

Perspectivas y Dilemas de la Reforma Judicial en América Latina

■ Diálogo con Linn Hammergren¹
1/ 21/2007

Entrevista realizada por
Farith Simon y Daniel Pontón C.

iC **¿Cuáles son los aspectos más relevantes de estos años de reforma judicial en América Latina?**

Los procesos de reforma a los cuales nos referimos tuvieron sus inicios en la década de 1980 y no se limitaron sólo a la judicatura, razón por la cual prefiero hablar de reformas del sector justicia. Entre sus principales efectos se pueden mencionar: mayor atención pública al sector y mayor interés en mejorar su desempeño, cambios sustanciales en su tamaño, estructura y operaciones, la

¹ Experta en reformas judiciales con 20 años de experiencia en la región latinoamericana. Tiene doctorado en Ciencias Políticas y ha escrito libros, monografías, y artículos sobre las reformas, las políticas de la asistencia externa, y los nuevos retos para mejorar el desempeño de los organismos del sector justicia. Su libro más reciente, *Envisioning Reform*, resume la historia, estrategia y alcances de las reformas latinoamericanas en las últimas dos décadas.

generación y difusión de mucha información novedosa sobre su funcionamiento y “productos”, y el ingreso de fondos significativos de los gobiernos nacionales y también de los donantes. En este punto, hay que resaltar los aumentos presupuestarios de parte de los gobiernos. En comparación con estos, lo que han traído los donantes es muy poco, y además sus usos son limitados. Por ejemplo casi nunca se utiliza para apoyar los gastos de operación (ni los sueldos). Los donantes sí hicieron alianzas con los reformadores locales y también han promovido el desarrollo de una serie de ONG especializadas en el tema. Otra tendencia novedosa tiene que ver con el intercambio entre países como parte de un movimiento regional reformista.

El crecimiento del tamaño del sector empezó aún antes, pero su ritmo aumentó en base de las reformas. Esto ha ampliado su cobertura a áreas geográficas y poblaciones que nunca antes tenían ese servicio y también ha contribuido al desarrollo de una organización sectorial mucho más compleja. Como resultado, la demanda ha crecido y hay mucha más expectativa, en cuanto a los beneficios que pueden traer a nuevos usuarios.

¿Cuáles consideras que son los aspectos positivos y negativos de estos procesos?

Lo positivo es la atención que ha recibido el sector y los consensos respecto a la necesidad de mejorar el desempeño. También son importantes el énfasis en aumentar la independencia judicial, en proveer recursos y salarios adecuados, y en mejorar la selección del personal al interior del sector y no sólo en la judicatura. El solo hecho de hablar de un sector y no únicamente del Poder Judicial cabe destacar como un reconocimiento de las muchas organizaciones involucradas, sobre todo en materias como lo penal. Este cambio de lenguaje a veces molesta a los miembros de la judicatura, pero de ninguna manera implica hacer caso omiso de su rango como Poder de Estado, ni de las reformas dirigidas específicamente a fortalecer esta parte de su rol.

Otro aspecto positivo es la entrada de nuevos temas como el acceso a la justicia, los cuales han significado la adición de líneas de acción como la creación de servicios de asistencia legal, medidas alternativas de resolución de disputas, programas de educación legal popular, y el reconocimiento de la justicia comunal o indígena.

Mucho de lo negativo tiene sus raíces en la tendencia de confiarse demasiado en una serie de mecanismos sencillos – las balas o varas mágicas, tal como los nuevos códigos, la automatización, la capacitación, y ahora la “oralidad.” Todos tienen su parte; el error está en creer que con un cambio puntual en una parte del sistema todo se va a mejorar. Ya nos damos cuenta que un cambio legal es sólo un primer paso, pero la tendencia de buscar soluciones sencillas para problemas con múltiples causantes sobrevive, con el agravante de exagerar su aplicabilidad a situaciones donde pueden hasta producir peores resultados. No todo se puede “oralizar” y un proceso oral siempre requerirá documentos escritos, aunque se mantengan en forma electrónica. La capacitación es importante, pero mantener una buena porción de los operadores en una

suerte de capacitación perpetua disminuye la cantidad de servicios para el público. Otro ejemplo se encuentra en la independencia judicial, donde hemos visto mejoras reales, pero sin tomar en cuenta el otro lado de la moneda, aumentar también su rendición de cuentas (accountability) a la sociedad.

Otro aspecto negativo tiene que ver con que los donantes han puesto énfasis en el financiamiento de cosas de menos prioridad para mejorar el desempeño o sin insistir que estos insumos (especialmente infraestructura, equipo, y grandes programas de capacitación) se utilicen a este fin. Soy muy escéptica en cuanto al argumento que mejorar la situación física y monetaria de los operadores les incentivará a comportarse mejor. Hay que hacer una suerte de pacto con ellos enfatizando las nuevas metas y monitoreando su cumplimiento, y probablemente dando otro tipo de asistencia para superar los obstáculos institucionales y políticos. Esto es lo que se me ocurre en el momento. Creo que ha cambiado mucho el sector, pero las mejoras en cuanto a la calidad y cantidad de sus servicios han quedado atrasadas. Creo que ahora toca trabajar en los factores a los cuales hemos hecho caso omiso, tal vez por ser los retos más difíciles.

¿Cuáles son los principales obstáculos con los cuales se enfrentan estos avances en la reforma judicial?

Bueno, hay varios obstáculos que surgen de fallas de metodología (dependencia en balas mágicas, falta de entendimiento de cómo promover cambios institucionales, modelos procesales mal concebidos), pero los obstáculos más difíciles son netamente políticos.

En principio, creo que los primeros avances se debían en alguna parte a la falta de atención prestada por la oposición “natural”, es decir los intereses creados que se iban a perjudicar con la eliminación de varios aspectos del sistema antiguo. Los cambios legales y hasta la introducción de nuevas organizaciones se realizaron sin que los futuros per-

dedores captaren los impactos potenciales sobre su situación privilegiada. O tal vez lo captaron pero dándose cuenta que el peligro venía sólo con una implementación más completa. Cualquiera que sea la explicación, ahora se están movilizand o varios intereses dentro de las instituciones y fuera para proteger lo suyo, mayormente por la manipulación de las nuevas reglas y estructuras. Está bien cambiar el sistema formal para escoger los jueces, pero “yo siempre quiero tener mi juez, así que voy a encontrar la manera de infiltrar el nuevo mecanismo”. Hemos visto estas maniobras en muchas partes.

Hay otro fenómeno político que no sé si es un obstáculo, pero podría llegar a serlo. Tiene que ver con los choques entre poderes, originándose en el rol de la judicatura como defensor de la constitución y las implicaciones no sólo para los poderes fácticos sino también para la gobernabilidad y la capacidad del poder ejecutivo de armar programas y políticas consistentes. Bruce Wilson habla de constituciones que se han escrito para nunca ser implementadas. Ahora que los jueces están insistiendo en la aplicación de la ley, sobre todo en la ley constitucional, están surgiendo contradicciones y conflictos, lo cual ha provocado en algunos países otro intento muy visible, de parte de los ejecutivos de controlar a los jueces.

Tenemos varios ejemplos recientes en Ecuador, en Perú con Fujimori, Venezuela, Bolivia, Paraguay y Argentina. El problema básico es estructural y no tiene solución fácil. Por lo menos en las dimensiones que está tomando figura, como un resultado no anticipado de las reformas. Relacionado a esto vemos un nuevo cuestionamiento del modelo básico del Estado de Derecho, de un lado basado en un poder “excesivo” de los jueces y del otro, en el rechazo de una ley hecha por y para las elites. Este rechazo tiene varias versiones – lo que un académico brasileño (Ivan Ribeira) llama la tesis “Robin Hood” (que el juez debe apoyar la parte débil aun si esto implica ir en contra de la ley) pero también

la insistencia en varios países que los mecanismos indígenas deben no sólo reconocerse sino tener igual valor que los modelos “occidentales.” Obstáculos, no sé, pero es evidente que lo que se suponía fácil se está poniendo mucho más complejo por las divergencias en las visiones de los objetivos fundamentales.

En este contexto, ¿puedes explicar que papel ha cumplido la reforma procesal penal?

Eso ha sido el punto de entrada y ha permitido que se lleven adelante otros cambios. Es lo que más alcance tenía entre los gobiernos, las ONG, los políticos, los donantes, y hasta cierto punto la ciudadanía. Si uno hubiera hablado de reformar las organizaciones, creo que eso no habría tenido tanta popularidad y seguramente habría provocado una oposición más directa.

El problema es que estas reformas que ponen énfasis en los códigos y los nuevos procesos han incentivado y producido cierta tendencia a olvidarse de la calidad de las organizaciones. Y ahora estamos viendo que si el nuevo proceso va a funcionar, hay que fortalecer todas las organizaciones y la vinculación entre ellas.

Dudo mucho que se pueda reformar el proceso penal si no se reforma el conjunto de la institución policial y no sólo la policía de investigación. Pero por lo menos para mantener el ritmo, el interés y para llegar a promover ciertos cambios esenciales la reforma procesal penal ha sido de suma importancia. Sin embargo, ha habido muchos errores en cuanto a su estrategia y eso son los retos que debemos enfrentar ahora.

¿Las innovaciones en la gestión de los despachos han acompañado a la reforma procesal penal, por ejemplo?

Con la reforma procesal penal en algunos casos se han hecho cambios a la gestión de los despachos. Yo no creo que siempre hayan

sido mejoras de verdad. No soy muy amiga de eso de los mega despachos porque a veces han tendido a crear más burocracia y en algunos casos, más corrupción. Los esfuerzos han tenido su lado positivo sobre todo en la creación de algunos servicios comunes – por ejemplo, la notificación o el archivo. También pueden eliminar las formas más burdas de corrupción y mejorar la atención al cliente. Sin embargo, los modelos más populares tienden a dejar al juez sin mucho que hacer. El modelo es como una línea de producción, la idea de que cada uno hace su parte y al final de la línea se encuentra el juez quien va a decidir. En los despachos muchas veces encuentran que el juez está desocupado, está esperando que los demás terminen con su trabajo. El juez como el elemento más caro debe estar ocupado todo el tiempo. Creo que hace falta algo en el modelo. En el Perú, por ejemplo, fue diseñado por ingenieros y los ingenieros muchas veces no entienden como debe funcionar un proceso judicial. Tampoco cuadra con otra tendencia moderna, el juez como gestor del proceso – lo que no quiere decir que haga todo, sino que dará el impulso y determinará y monitoreará los pasos anteriores.

Creo que otro problema reside en que no se necesita cambios sólo a nivel de despacho, sino a nivel de organización. Es decir, uno puede mejorar lo que se hace dentro del juzgado, pero si la estructura global no funciona, el impacto será menor. Tal vez hemos estado demasiado micro en nuestro concepto de las reorganizaciones que se necesitan y ahora vamos a tener que ser un poco más macro. Además, mover procesos más rápidamente sólo sirve si los pasos específicos tienen relevancia; si el juez no ejerce más disciplina sobre los pedidos de las partes, lo que se agiliza es lo de menos. Un recurso innecesario siempre aumenta la demora aun si se procesa en menos tiempo. Calculo que aún en los países, y si los hay, donde los programas con la gestión de despacho han funcionado, pero sólo pueden mejorar los tiempos en un

15 por ciento. Un programa contra demoras necesita mucho más.

¿El sistema acusatorio y la oralidad han logrado una mejora en el sistema de justicia, en aspectos como la reducción de los tiempos, un mayor acceso y un incremento de la transparencia en el manejo de los casos?

CEJA es la única organización que ha intentado medir eso a nivel regional; en el Ecuador se realizó con la Fundación Esquel. Sin embargo, creo que hasta el momento no han podido demostrar un cambio en los tiempos, en el acceso y aún en la transparencia en el manejo de los casos. Una razón es la falta de tiempo para realizar los cambios, pero también estamos viendo problemas en cuanto a la inflexibilidad de los códigos. Por ejemplo en Honduras pasa algo que sucede en muchos países. Como el código dice que el fiscal tiene 60 días para terminar la investigación y preparar su caso, el fiscal mantiene el informe policial en su despacho por dos meses sin agregar nada. Muchos de esos casos y sobre todo los in flagrantis se pueden procesar en base del informe policial. Así se hace en los Estados Unidos, Gran Bretaña, y Europa. Esto es lo que quiero decir por un modelo demasiado inflexible. No reconoce que las necesidades varían según el tipo de caso. Hemos encontrado en algunos países, que la receta única alarga los tiempos para los casos sencillos y a la vez desincentiva la atención a los más complejos porque allá los 60 días son insuficientes. Usted me da 60 días y yo tomo 60 días, y además, enfocándome en los sencillos puedo tener una productividad aparentemente fenomenal, sin mover un dedo, y dejando lo importante sin atender.

Lo de la transparencia también tiene su complejidad. Ha aumentado en muchos aspectos pero existe la idea de que la oralidad resolverá todo. Sin embargo, en los sistemas orales muchas decisiones se realizan antes del juicio en foros forzosamente menos públicos.

Podemos empezar, por ejemplo, con la decisión por parte de la policía de si va a investigar o no, o, no importa si haya principio de oportunidad, las varias decisiones del fiscal en cuanto a qué hará por su parte. El uso de procesos abreviados, sobre todo en los Estados Unidos el uso de plea bargaining, es el menos transparente de todos. Así que la audiencia pública pone más transparencia, pero no sirve para todo. En vez de oralizar demasiado, hay que pensar en otros factores – por ejemplo reglamentar el descubrimiento (discovery o el intercambio de información sobre pruebas antes del juicio, y por supuesto algo que se hace por escrito); el control interno sobre el uso, inevitable de varios tipos de discreción policial o fiscal, y la recolección, difusión, y análisis de estadísticas sobre desempeño. Estas estadísticas son importantes para dar a los líderes organizativos información sobre qué está pasando adentro, y también pueden ser utilizados por grupos externos como otro tipo de monitoreo. Punto final – si alguien cree que la ‘oralidad’ no se presta a varios abusos tradicionales (sobre todo las prácticas dilatorias y la corrupción) hay muchos ejemplos de dentro y fuera de la región que sugieren que su fe está mal ubicada.

¿Qué tipo de desarrollo han tenido en la región los indicadores de gestión para la función judicial?

El desarrollo no ha sido suficiente. Hay pocos países que mantienen un sistema confiable de estadística judicial y sin ello, hablar de indicadores es una fantasía. Es una pena y un misterio, porque se han invertido mucho en sistemas automatizados, los que se supone se utilizarían para medir el impacto de las reformas o por lo menos para monitorear lo que está pasando dentro los sistemas. Sin embargo, en casi toda la región, las estadísticas que se publican y los sistemas de registro no permiten medir ni los tiempos ni los resultados. Esto de las entradas y salidas que era la manera tradicional de ver si el juez estaba

trabajando y que data de tiempos anteriores a la computadora, no se ha cambiado mucho aún con la automatización. Por eso medir las reducciones en los tiempos es muy difícil y para tener una idea de qué pasa hemos tenido que utilizar metodologías más caras como el levantamiento de muestras de casos. Hicimos esto en Argentina, con colaboración de FORES. Tomando el ejemplo de las provincias de Buenos Aires (con nuevo código) y Santa Fe (sistema tradicional), el estudio mostró que con el cambio de código, la tasa de sentencias o de investigaciones exitosas era más o menos igual. La diferencia era que con el nuevo código en vez de dejar los casos abiertos los clausuraron. Pero, además, los datos sugieren que siempre eran los casos más sencillos que llegaron a juicio y sentencia (algo parecido a lo de Honduras). Pero realmente no tenemos estadísticas suficientes, sólo sistemas más o menos desarrollados.

Aun con las muestras hay que tener cuidado con la interpretación. Supongamos que estamos viendo el resultado con un código que entró en vigencia hace tres años. Cuando uno calcula el tiempo promedio de llegar a una sentencia, si uno toma los casos nuevos contra los casos antiguos, claro que los casos nuevos tienen una ventaja porque cualquier sentencia tiene que realizarse en menos que tres años. Las que tomarán más tiempo no salen en la muestra. Sería más informativo poner preguntas adicionales—la tasa de resolución (pero aquí hay que tomar en cuenta los cambios en el número de entradas), cuáles casos se están resolviendo y cuáles quedan atrás. Es difícil. Se necesita un sistema de estadística sofisticada para medir tiempos y uno tiene que cuidarse de no caer en trampas como esa.

¿Hay una mayor coordinación entre fiscales, jueces y policías?

En todos los países hay problemas en la coordinación entre fiscales, jueces y policías por lo que se tiene que trabajar más en esa

dirección. Me parece que los códigos se basan en cierto malentendido y que esto ha exacerbado las tensiones normales (y casi inevitables). En todo el mundo es la policía que investiga, no el fiscal, y además muchas investigaciones se basan sólo en el informe hecho por el policía quien llegó primero a la escena, y que usualmente es un policía preventivo. El fiscal no se mete en las investigaciones sencillas. Coordina con la policía y usa su información para la acción penal, pero jamás va a hacer la investigación el fiscal mismo. Si esta figura no se capta, produce varios problemas adicionales: una falta de atención a la necesidad de una reforma policial y la capacitación de toda la policía, y no sólo los investigadores en técnicas de investigación; más burocratización del proceso con la insistencia de que los investigadores, y después los fiscales hagan su propia indagación, y finalmente, la ausencia de esfuerzos de desarrollar protocolos para guiar las relaciones entre las partes.

Conozco países donde se puede hablar de una pésima coordinación. Los casos no llegan a sentencia y cada uno le echa la culpa al otro, hablando de corrupción, de ineficiencia, de no trabajar. Este fenómeno se tiene que remediar y no lo van a hacer con enmiendas al código (excepto para sacar cualquier impresión equivocada). Es trabajo de todos mejorar la coordinación y hay pocos países en donde eso se ve así.

¿Se pueden encontrar reformas similares en la justicia civil?

Se está hablando mucho de introducir los principios de oralidad en la justicia civil y de revisar los códigos. Sin duda lo civil requiere mejoras pero hay que aprender de la experiencia y evitar caer en las mismas trampas que han impedido los avances en el procesal penal. Aquí sería mejor poner atención en las debilidades institucionales antes – como creo que muchos problemas tienen su origen allá y no tanto en los procedimientos. Igual que con los antiguos procesos penales, la mala

formación, pobres incentivos y mala fe de algunos actores tienden a distorsionar la aplicación de las reglas básicas, y lo mismo pasará con procesos reformados si uno no atiende a estas condiciones. La situación en civil es también diferente: hay menos consenso (con la excepción de la oralidad) en cuanto a las soluciones o aún en cuanto a los problemas; los intereses probablemente afectados más directamente (los abogados) tendrán un rol mayor en proponer los cambios, y el interés o entendimiento de los demás stakeholders (el público, el gobierno) es menos desarrollado.

Propongo menos confianza y menos hincapié en la reforma global de los códigos, porque pueden crear más obstáculos; los cambios puntuales intentados por los brasileros y basados en estudios empíricos me parecen más interesantes. Tengo mis dudas en cuanto a la oralidad también, como hay ciertos procesos (juicios ejecutivos por ejemplo) que se manejarán (y se manejan en Europa) más rápidamente en forma escrita (hasta en Internet) siempre que los jueces controlen los esfuerzos de los abogados de introducir argumentos irrelevantes y dilatorias. A decir la verdad la falta de control también afecta los procesos orales. Lo bueno de la oralidad es poder concentrar los procesos y si no hacen hincapié en eso van a tener más demoras que antes. En todos los procesos lo que pasa antes de la llegada al juicio oral es muy importante, no solamente las audiencias preliminares, pero también la definición del conflicto, el descubrimiento y la fijación de tiempos (que dicho sea de paso no debe seguir un solo modelo para todos). En lo civil hay que ver también el abuso de los recursos. Es un tema muy delicado para muchos juristas en la región, pero es obvio que un derecho ilimitado de recurrir, da la ventaja a la parte con los bolsillos más profundos, y es responsable de una buena parte por las demoras.

Finalmente, aquí hay que pensar en introducir y fortalecer los juzgados de menor cuantía y la posibilidad de representación pro se (sin abogado) ya que los costos de proveer asistencia legal a todos los clientes pobres son

demasiado altos. Brasil ha hecho experimentos interesantes en este sentido, pero contra la resistencia de algunos abogados, agencias gubernamentales y proveedores privadas de servicios públicos porque amenazan sus intereses propios. Como esto demuestra existen actores importantes quienes sacan beneficios de un sistema judicial ineficiente y demoroso.

¿Se puede considerar a la resolución alternativa de conflictos como una de esas innovaciones?

La introducción de las medidas alternativas ha sido un proceso interesante porque al principio había mucha oposición de la parte de jueces y abogados. Sin embargo, ahora representan otra vara mágica, con muchas constataciones en cuanto a sus bondades que realmente hay que examinar. Yo creo que son importantes pero no se pueden usar para cualquier cosa. Hay países donde la conciliación no sólo es obligatoria sino que también cuesta, así que es otro obstáculo para los pobres. No es cierto que vaya a disminuir la congestión, por dos razones: atrae muchos casos que nunca hubieran llegado a los juzgados, y si no lo hace bien, van a terminar allá de todos modos. Tampoco está claro que es más rápido o eficaz que los procesos judiciales, pero para cierto tipo de caso puede promover resoluciones más aceptables a ambas partes. Así que aquí, igual que con los nuevos códigos, hay que intentar evaluar y ver lo que pasa y hacer cambios si no están funcionando bien.

Conclusión

En cuanto a las reformas de segunda generación, que tienen que ver con las reformas institucionales que nunca hicieron o que hicieron a medias, ahora toca atenderlas. Creo que los que promovieron las reformas de los códigos se dieron cuenta de su importancia, pero no reconocieron lo difícil que sería avanzar en su ausencia. Además no quisieron pararse por temor de perder ímpetu. Había mucho interés

en las reformas penales, y no quisieron invertir 5 o 10 años en asegurar que la policía funcionara bien, o que los jefes fueran honestos, o que trabajaran y fueran bien monitoreados y que la gobernanza judicial funcionara, y así perder oportunidades. No sé si fue una buena opción, pero finalmente no importa. Simplemente ahora toca hacer lo que no se hizo; los procesos han cambiado pero no sé si los resultados son mejores. En un país que revisé, dicen que tal vez con los casos in flagrantes hay menos abusos pero los casos complejos simplemente se pierden en el proceso y nadie tiene interés en ir en contra de las elites. Así que si los delitos de cuello blanco no se investigan y no se procesan se debe a debilidades en las organizaciones.

Aunque tengo fama de ser muy crítica, quisiera hacer énfasis en los cambios reales que se han realizado en los últimos 20 o 25 años y en el hecho de haber mantenido interés en la reforma. Éste último, más el reconocimiento de algunos errores estratégicos aumentan la posibilidad de mejorar los resultados cambiando el foco de los esfuerzos. Empezar con la reforma penal y el proceso acusatorio (que no es exactamente acusatorio, sino híbrido) es un hecho. No sé si los procesos así introducidos funcionarán en muchos países latinoamericanos sin modificaciones adicionales. Pero estas modificaciones, no se deben hacer con el propósito de “purificar” el modelo, sino de hacerlo funcionar y para esto, insisto, la calidad institucional es primordial. Ahora si vamos realmente a terminar esto bien, tendremos que pensar en función a lo que no se hizo. □