

La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal*

Para opinar y debatir sobre los temas de este artículo, ir al Foro

AQUÍ

Luciano A. Hazan**

luhazan@gmail.com

I. Introducción. "Acusatorio" contra "adversarial"

La observación de las primeras experiencias de oralización de la etapa de preparación del juicio penal en la Provincia de Buenos Aires¹ muestra un incipiente cambio del modelo burocrático para el enjuiciamiento de personas. El proceso de cambio no es aislado, sino que se repite en Argentina en otras provincias como Chubut², y en otros países

latinoamericanos como Chile, Guatemala, Costa Rica, Ecuador, mientras que paulatinamente se suman a esta tendencia otros países de la región.

A esta nueva generación de reformas a la justicia penal en el continente se la ha llamado modelo "adversarial", haciendo una traducción literal del término inglés del *adversary criminal trial*³, dejando de lado el tipo ideal de "proceso acusatorio". La distinción, aunque poco explicitada y difundida, tiene sentido. El paso hacia los denominados sistemas "acusatorios" se centró predominantemente en la división de los roles de perseguir penalmente y juzgar entre fiscales y jueces⁴, mientras que la finalización del proceso en juicios orales y públicos fue un avance característico de los anteriores modelos denominados "inquisitivo reformado" o "mixto"⁵.

Sin embargo, las reformas hacia estos denominados procesos "acusatorios" no lograron cambiar las estructuras judiciales propias del sistema inquisitivo y mantuvieron como forma de comunicación, registro y toma de decisiones al expediente, en procesos que no lograron reducir sus tiempos de duración. Paralelamente, los actores que debían asumir las riendas del nuevo proceso, primordialmente el Ministerio Público Fiscal y en segundo término los abogados defensores (públicos y privados), en

* Algunas de las ideas de este ensayo fueron expuestas sucintamente en el epílogo del trabajo titulado "El plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata. Descripción, resultados y reflexiones", publicado en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2006/A, Editores del Puerto-INECIP, 2006, p. 278 y ss. Aunque más desarrolladas en este trabajo, todavía requieren de profundización y discusión. Espero que la publicación en este homenaje sirva para iniciar algún debate, y que genere el interés del Profesor Edmundo Hendler, un apasionado por el estudio de los sistemas procesales penales.

** Agradezco a Florencia Plazas por su atenta lectura de este trabajo y sus comentarios.

1 Cfr. Hazan, Luciano y Riego, Cristián, "La oralidad en las etapas previas al juicio: la experiencia de Mar del Plata", en *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa*, CEJA, Santiago, 2007; también publicado en *Revista Sistemas Judiciales* N° 11, CEJA-INECIP, Buenos Aires, 2006, con el título "Informe evaluativo del plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata". Y más recientemente, un informe del CEJA que incluye una evaluación de las reformas en los departamentos judiciales de Mar del Plata, San Martín, Zárate-Campana, Pergamino, Necochea, La Matanza y Mercedes; Hazan, Luciano y Iud, Alan, *Informe de evaluación del proceso de fortalecimiento del sistema acusatorio en la Provincia de Buenos Aires – Plan de flagrantia*, CEJA, Santiago, 2009, en prensa.

2 Con proyectos en sentidos similares en provincias como Santa Fe y Entre Ríos.

3 Cuya traducción sería proceso penal adversarial.

4 Podrían ponerse como ejemplos en Argentina el modelo cordobés actual o el de la Provincia de Buenos Aires de fines de los 90s.

5 En este sentido, se pueden mencionar solo para ejemplificar en Argentina al precursor código cordobés puesto en funciones en 1940 y al código federal de 1992.

general no se hicieron cargo de manera cabal del nuevo rol asignado⁶, permitiendo que los jueces mantuvieran un protagonismo distorsivo.

Como consecuencia de este diseño normativo y político, el juicio oral y público no llegó a consolidarse como el centro del proceso penal y se mantuvieron muchas de las prácticas del sistema inquisitivo. En conclusión, fracasaron los objetivos políticos de las reformas, orientadas en general en la década del 80' a disminuir la violencia e injusticia del proceso penal y consolidar el respeto de los Derechos Humanos de imputados y víctimas, en un contexto en el que la mayoría de los países de la región salían de tremendas dictaduras militares. La denuncia sobre la masividad de la prisionización de personas inocentes expuesta en el trabajo "El preso sin condena en América Latina y el Caribe"⁷ lejos de quedar en el pasado se tornó más presente que nunca agravándose la situación en la mayoría de los países.

Es posible definir convencionalmente que el denominado modelo "adversarial" tiene como eje superar los obstáculos con los que no pudo lidiar el "acusatorio", y que su objetivo primordial es cambiar el método de toma de decisiones durante la preparación del debate supliendo el expediente por un sistema de audiencias orales y públicas⁸.

De esta forma, pareciera que sigue estando en el horizonte el cambio hacia un sistema más parecido al anglosajón, con la pretensión de abandonar la herencia en la región de los sistemas europeos continentales, aunque es posible afirmar que todas las reformas penales en América Latina y en el Caribe desde la década de 1980 se han desarrollado con caracteres propios⁹.

Es interesante destacar que el sistema anglosajón también tuvo su evolución, y lo que habitualmente en el mundo hispano se entiende por "acusatorio", simplifica esas diferencias históricas. De hecho, hasta mediados del siglo XVIII, primaba lo que se

denominaba *altercation-style trial*, que se caracterizaba por un fiscal ausente en la gran mayoría de los casos y un acusado que tenía prohibida la asistencia de un abogado o consejero legal. Es el más puro sistema de partes enfrentadas. El *adversary trial* surge en ese momento y se consolida hacia el último cuarto del siglo XVIII cuando los jueces permiten el acceso de los abogados defensores y aparece el fiscal también en un rol central, virtualmente silenciando a las partes en el juicio¹⁰.

Sin embargo, no es el objetivo de este ensayo la tipificación de estos dos modelos procesales¹¹, el "acusatorio" y el "adversarial", sino comenzar a desarrollar una intuición que surge de la observación de las primeras experiencias de oralización de la etapa preliminar al juicio: el aún incipiente cambio de prácticas ha comenzado a mostrar un quebrantamiento del modelo burocrático inquisitorial (propio del denominado sistema acusatorio) basado en el expediente judicial, mientras que el nuevo modelo oral y público para la toma de decisiones previas al juicio ha demostrado una potencialidad humanizadora del proceso de enjuiciamiento criminal.

II. La tipificación del modelo burocrático inquisitorial

No es casual que el modelo burocrático inquisitorial se consolide en Europa continental en el siglo XIII, momento histórico en el cual nacen los Estados en su forma de monarquías absolutas, se desarrolla el sistema capitalista y aparecen las modernas burocracias¹² como herramientas para el ejercicio del poder de esos Estados y de las nuevas empresas capitalistas¹³. De hecho, es en ese momento en el que se comienza

6 Cfr. Duce, Mauricio, "El Ministerio Público la reforma procesal penal en América Latina: Visión general acerca del estado de los cambios", en *Revista Sistemas Judiciales* N° 8, CEJA-INECIP, Buenos Aires, 2005, p. 65 y ss.

7 Carranza, Elías; Houed, Mario; Mora, Luis Paulino; Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, San José, 1988.

8 A este objetivo se le ha sumado con fuerza la separación de las funciones de juzgamiento de las administrativas, y en muchos casos se ha puesto en cabeza del Ministerio Público Fiscal la responsabilidad de lidiar con el incremento sostenido de determinados delitos violentos en las grandes ciudades, fenómeno comúnmente denominado "inseguridad ciudadana".

9 Es esclarecedor en este sentido el trabajo de Máximo Langer, *Revolución en el proceso penal Latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*, CEJA, 2008.

10 Ver la historia del desarrollo del *adversary criminal trial* en Langbein, John H., *The origins of adversary criminal trial*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 253 y ss.

11 Una descripción de la dicotomía entre acusatorio e inquisitivo desde distintos niveles conceptuales en Langer, Máximo, "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en Edmundo S. Hender (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, 2004 (1º reimpresión), p. 243 y ss; un muy completo estudio de la inserción de la historia política del derecho procesal penal en Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999 (1º reimpresión de la segunda edición), p. 257 y ss.

12 Weber, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002 (traducido de la cuarta edición en alemán en 1964; primera edición en alemán de 1922), p. 723; da como primer ejemplo histórico de un burocratismo desarrollado al Egipto de la época del Nuevo Imperio, aunque pone énfasis en su consolidación con el advenimiento del absolutismo real. Ver también p. 728.

13 Sobre la relación de la aparición del estado moderno y las transformaciones en las formas de castigar, Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias del los pensamientos criminológicos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 15 y ss.

a hablar de “administración de justicia”, como una rama más de la administración del Estado¹⁴.

Para explicar la tendencia hacia la burocratización en el Estado moderno el sociólogo alemán Max Weber mencionaba las crecientes necesidades de una sociedad que se acostumbraba a una “pacificación absoluta por medio de la aplicación del orden y la protección en todos los sectores”. Se trataba del nacimiento del poder de policía y de las primeras políticas de seguridad¹⁵.

La administración de los asuntos del Estado, así como la resolución de los conflictos a través de esta moderna maquinaria estatal organizada se beneficiaban de los nuevos aportes de la técnica y buscaban así ganar en eficacia. “La precisión, la rapidez, la univocidad, la oficialidad, la continuidad, la discreción, la uniformidad, la rigurosa subordinación, el ahorro de fricciones y de costas efectivas y personales son infinitamente mayores en una administración severamente burocrática, y especialmente monocrática, servida por funcionarios especializados, que en todas las demás organizaciones de tipo colegial, honorífico o auxiliar”¹⁶.

Específicamente en la administración de justicia que se había desarrollado como burocracia, la forma de comunicación de los interesados en un caso judicial, así como la fuente para la toma de decisiones, cambian de manera radical. Rigen los principios de jerarquía funcional y de la tramitación, propios de todas las organizaciones burocráticas. Se trata de “un sistema firmemente organizado de mando y subordinación mutua de las autoridades mediante una inspección de las inferiores por los superiores”. La metodología le da “al dominado” la posibilidad mediante regulación de apelar de una autoridad inferior a una instancia superior. Es, ni más ni menos, que el origen del recurso de apelación en todo el derecho continental.

Weber da la siguiente descripción: toda administración moderna organizada como burocracia se basa en documentos que se ordenan en base a un

expediente que se conserva en borradores o minutas, y en un cuerpo de empleados subalternos y de escribientes de toda clase. “El conjunto de los empleados que trabajan a las órdenes de un jefe junto con sus archivos de documentos y expedientes constituye un ‘negociado’”, llamado en las empresas privadas “despacho”¹⁷.

Este tipo organizativo fue especialmente funcional al desarrollo capitalista ya que ofrecía las condiciones ideales para la realización del principio de división del trabajo según puntos de vista objetivos, distribuyéndolo entre funcionarios especializados que se van adiestrando con la práctica.

En el marco de su tipificación de la burocracia como forma de dominación racional mediante organización, Weber sostiene que en su desarrollo pleno la burocracia se caracteriza por el principio latino *sine ira ac studio*, es decir, con la eliminación del odio, del amor y de todos los elementos sensibles puramente personales. “Su peculiaridad específica, tan bienvenida para el capitalismo, la desarrolla tanto en mayor grado cuanto más se ‘deshumaniza’”¹⁸.

La metodología de funcionarios tramitando un expediente genera efectivamente un distanciamiento de los casos concretos a resolver, y por lo tanto de las personas que protagonizan un conflicto, ya que no se le autoriza a los funcionarios a decretar normas especiales para cada caso particular, sino que le obliga a limitarse a una reglamentación abstracta¹⁹. Estos notorios obstáculos para la resolución de casos particulares fueron de hecho advertidos por el propio Weber²⁰, defensor de la administración burocrática.

Merton, desde un costado más crítico, encuentra que estas características²¹ llevan paradójicamente a las burocracias a generar ineficacia cuando se debe resolver el caso concreto. En este sentido, define: “1) Una burocracia eficaz exige seguridad en las reacciones y una estricta observancia de las reglas; 2) Esta observancia lleva a hacerlas absolutas; ya no se consideran relativas a un conjunto de propósitos; 3) Esto impide la rápida adaptación en circunstancias especiales no claramente previstas por quienes redactaron las reglas generales; 4) Así, los mismos elementos que conducen a la eficacia en general conducen a la ineficacia en casos específicos”²².

14 Anitua y Zaffaroni señalan que es en este marco en el que nace la criminología, porque con el Estado nace su poder punitivo. Anitua, *Op. Cit.*; Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 150.

15 Weber, *Op. Cit.*, p. 730, menciona de manera crítica al agente de policía como “representante de Dios en la tierra”.

16 *Op. Cit.*, p. 731; aunque ya tempranamente el mismo Weber advirtiera que algunas características como la inamovilidad de los cargos de los funcionarios, o “derecho al cargo”, constituía una traba en sus fines eficientistas, ya que dificultaba la provisión de vacantes en la estructura de acuerdo a consideraciones de utilidad técnica así como las posibilidades de carrera para los mejores candidatos.

17 *Op. Cit.*, p. 717.

18 *Op. Cit.*, p. 732.

19 *Op. Cit.*, p. 718.

20 *Op. Cit.*, pp. 731 y 735.

21 Que define como incapacidad adiestrada del burócrata.

22 Merton, Robert K., *Teoría y estructuras sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002 (primera edición en inglés de 1949), p. 280.

Según Weber, es esta estructura burocrática la que creó las bases para la organización de un derecho sistematizado y racional fundado en “leyes”, “tal como en su mayor perfección técnica lo creó la época imperial romana”. Durante la edad media, la penetración de este derecho fue paralela a la burocratización de la judicatura²³, que respondió a “la necesidad técnica de poner en manos de especialistas racionalmente entrenados los procedimientos judiciales” frente a las necesidades probatorias que llegaron de la mano de la complejidad de los casos a medida que se fue desarrollando la economía capitalista²⁴.

Algunos de estos rasgos característicos de la organización burocrática, como el rol central del expediente, la división del trabajo, la despersonalización y la deshumanización, serán objeto de reflexión en los apartados siguientes.

III. La resistencia en el contexto anglosajón

Es interesante detenerse con lógica comparativa en las causas por las cuales el desarrollo de las burocracias demoró su ingreso en Inglaterra y aquellas más específicas por las cuales esta burocracia de tipo inquisitorial no logró influenciar los procesos judiciales de esa región. El Estado británico continuó manejando su administración a través de los denominados *honorarios*, que eran notables dotados de prestigio social de origen estamental, cuya posición económica les permitía dedicarse a las tareas de gobierno en el antiguo régimen.

Este tipo de organización honorífica, típicamente colegiada, decía Weber que producía “rozamientos y demoras, compromisos entre intereses y puntos de vista contradictorios, y con ello se realiza con menor precisión, con más independencia de las autoridades superiores, con menor uniformidad y mayor lentitud”²⁵.

Una de las explicaciones que daba Weber para la resistencia inglesa al establecimiento de la burocracia estatal estaba centrada en una primera etapa en la falta de necesidad de contar con un ejército permanente del estilo que requería un Estado continental que manifestaba tendencias expansionistas²⁶, para cuyo desarrollo esta nueva forma de organización parecía imprescindible.

Pero más específicamente en el mundo jurídico, encontró su razón histórica en intereses de poder. Así, explicaba que la frustración de los intentos codificadores y del ingreso del derecho romano en Inglaterra y Estados Unidos estuvo basada en la eficaz resistencia del gremio de los abogados, “capa de *honorarios* de cuyo seno han surgido los jueces de las grandes cortes de justicia”.

Definía la formación jurídica de estos abogados como un arte empírico basado en los precedentes, altamente desarrollado desde el punto de vista técnico. Mientras que los intentos de los jueces eclesiásticos y de las universidades por hacer ingresar este “derecho racional” no hacía más que poner en peligro sus posiciones sociales y materiales. Así, la subsistencia de *Common Law* obedeció a estos intereses económicos que contaron con el apoyo de la realeza²⁷ y a la fuerte centralización de la justicia. Mientras tanto, en países como Alemania, no había una corporación fuerte de abogados y la burocratización había influido fuertemente el resto de los estamentos estatales.

Según Weber, el capitalismo se pudo compaginar con esta forma empírica de administración de justicia en el primer país desarrollado bajo este sistema económico porque el modo de organización judicial y de los procedimientos procesales en Inglaterra equivalió hasta la época moderna a “denegar justicia a los económicamente más débiles”, y porque además sí se introdujeron procedimientos procesales de tipo burocráticos en conflictos nacidos del comercio²⁸.

IV. Influencia del modelo burocrático en el proceso penal

IV.A- Expediente, división del trabajo y letargo de la responsabilidad por las decisiones

Parte de la hipótesis que orienta este ensayo está centrada en que buena parte de las características de las burocracias antes descritas se concentran en el expediente judicial, conjunto de documentos y otros papeles que pasa a ser el centro de la escena del proceso penal, generando una serie de distorsiones que alejan al proceso de sus fines declarados, se trate de la realización del derecho penal, la averiguación de la verdad o la garantía de los derechos de las partes o cualquier otro de los fines que

23 Weber, *Op. Cit.*, p. 732.

24 *Op. Cit.*, p. 733.

25 *Op. Cit.*, p. 731.

26 *Op. Cit.*, p. 728.

27 *Op. Cit.*, p. 733.

28 *Op. Cit.*, pp. 733-734; según el sociólogo, el elevado costo en dinero y en tiempo motivado en los intereses económicos de los abogados produjo en Inglaterra un proceso de acumulación e inmovilización de las tierras.

señala la doctrina²⁹. De esta forma, la organización burocrática genera una serie de incentivos que provoca que la construcción del expediente funcione como un fin en sí mismo, perdiéndose de vista las metas originales del proceso penal.

En este mismo sentido, sostenía Merton que el funcionamiento de las burocracias a través de su sistema de reglamentación abstracta requiere que los funcionarios se sometan a una disciplina, interpretada como conformidad a esas reglas. La adhesión a las reglas, concebidas originariamente como un medio, se transforma en un fin en sí mismo, lo que llama un “desplazamiento de metas”. Así, esta disciplina produce rigideces y una incapacidad para adaptarse rápidamente. “De ahí se sigue el formulismo, o hasta el ritualismo, con una insistencia indiscutida sobre la adhesión puntillosa a procedimientos formalizados”³⁰.

La construcción del expediente como eje del proceso se conjuga con la división funcional del trabajo que también caracteriza a las organizaciones burocráticas. De esta manera, una multiplicidad de funcionarios judiciales de distintas jerarquías va poniendo su trabajo diario en la construcción de esas carpetas con papeles. En los sistemas “mixtos” o “inquisitivos reformados” esa tarea está centrada en los juzgados de instrucción, mientras que en los sistemas “acusatorios”, confluye en las fiscalías de instrucción³¹.

De forma paralela, en cualquiera de las dos versiones normativas, muchas otras oficinas del sistema de justicia penal ponen lo suyo en la construcción colectiva del expediente. Quizás las más notables sean la fiscalía y la defensoría (en el sistema “mixto”) o la defensoría y el juzgado de garantías (en el sistema “acusatorio”). Pero a ellas se deben sumar los tribunales que resuelven recursos, las fuerzas de seguridad, los cuerpos periciales y demás organismos estatales que suelen “colaborar” en el armado del expediente a través de la tramitación de oficios judiciales.

29 Es interesante en este sentido tener en cuenta que el cambio de modelo procesal puede variar el equilibrio entre los distintos fines del proceso. En este sentido, Langbein, *Op. Cit.*, hace hincapié en las dificultades del sistema adversarial anglosajón en la averiguación de la verdad.

30 Merton, *Op. Cit.*, p. 279. Sobre el ritualismo como uno de los tipos de la desviación, véase Merton, *Op. Cit.*, p. 229 y ss; para Bauman, todas las burocracias tienden a perder de vista el objetivo original y a centrarse en los medios, que se convierten en fines; Bauman, Zygmunt, *Modernidad y holocausto*, Sequitur, Buenos Aires, 2006, p. 132.

31 Como se sostenía en la introducción, el funcionamiento inquisitivo del sistema se comprueba a pesar de que la regulación legal determine la existencia del modo de enjuiciamiento denominado “acusatorio”, especialmente por el diseño reflejo de las instituciones del sistema reformado a las viejas estructuras inquisitivas; ver Binder, Alberto M. y Obando, Jorge, *De las “Repúblicas aéreas” al Estado de Derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 227 y ss.

De esta manera, es posible identificar dos niveles de división funcional del trabajo en torno al expediente. El primero se concentra en la oficina “dueña” del expediente, donde suelen participar al menos un “despachante” que se hace cargo del trabajo cotidiano, un “secretario” que controla esas labores y un juez o fiscal que tiene como rol un control de mayor jerarquía. Las cámaras de apelaciones y en su caso los fiscales de cámara tienen paralelamente el rol de control de máxima autoridad. El segundo nivel en la división del trabajo lo ocupan las oficinas paralelas que forman parte del sistema y que aportan dictámenes, escritos, peticiones u oficios al expediente. Todas ellas además están organizadas de una forma burocrática similar, con una división del trabajo a su interior.

La división del trabajo crea distancias entre la mayor parte de los que contribuyen al resultado final de la actividad colectiva (expediente) y el propio resultado³² (resolver la prisión preventiva de una persona, por ejemplo). Según Zygmunt Bauman esa distancia entre las personas y los resultados de su actividad es esencial para la sustitución de la responsabilidad moral por la técnica, y se acrecienta cuando esa división además de jerárquica es, como en el caso del expediente judicial, funcional³³.

La organización burocrática en el marco del proceso penal genera de esta manera un letargo en la responsabilidad moral frente a las decisiones. En este contexto, cada una de estas decisiones se construye como un silogismo que tiene como premisas al expediente. Entonces, la resolución del juez se diluye como tal y pasa a ser una decisión compartida por una multiplicidad de personas, la mayoría de las cuales nunca tuvo contacto con las personas afectadas.

Así, con ánimo simplificador podría describirse alguna de las actividades judiciales de la siguiente forma: un empleado administrativo recibe al imputado en la mesa de entradas del juzgado o fiscalía, posiblemente acompañado de un policía; un funcionario abogado de la fiscalía le toma la declaración junto a otro de la defensoría; algún abogado o estudiante enviará unas notas solicitando informes a otras oficinas públicas; un secretario o algún auxiliar del juzgado escribirá un proyecto de prisión preventiva siguiendo la documentación aportada al expediente por la fiscalía y la policía, dejando sentada eventualmente la opinión presentada por la defensa; y el juez, luego de controlar las formalidades y la coherencia de los criterios jurisprudenciales de su Juzgado y de su tribunal “superior”, lo

32 Bauman, *Op. Cit.* p. 124.

33 *Op. Cit.*, p. 127.

firmará³⁴. Cada uno de ellos puede sentirse menos responsable de la decisión tomada colectivamente de privar a una persona de su libertad, una de las más violentas que toma una oficina del Estado.

El expediente, construido por la fiscalía, la defensoría y el juzgado es un trabajo colectivo y, por lo tanto, más “legítimo” y “verdadero”. Su elaboración es el objetivo burocrático global del sistema de enjuiciamiento penal, y especialmente, es la fuente de la decisión, que no es propiedad del juez, a quien de esta forma se le facilita la asunción de responsabilidades técnicas mientras se distancia de las morales. El juez no es quien toma una decisión respecto de la libertad de una persona, sino quien encabeza una oficina pública, encargada junto a otras de la construcción de un expediente.

Esta distancia con el resultado se acrecienta notablemente cuando cada uno de los pasos es tomado espaciadamente, y sin la presencia del receptor de la decisión. Los plazos prolongados y la notificación de la decisión por escrito llevada al imputado a una entidad estatal distinta (como una comisaría o un penal) por otro actor que sólo se ocupa del correo (sea funcionario de los tribunales o de la policía), son funcionales con este sistema que adormece la responsabilidad moral, sustituida por la técnica³⁵.

Según Bauman, “ya no sólo no se da una experiencia personal y directa de la puesta en práctica real de la tarea a la que contribuyen los sucesivos estadios sino que desaparece el parecido entre la tarea de cada cual y la de la oficina como conjunto... El impacto psicológico de este distanciamiento es profundo y extenso”³⁶.

El sociólogo polaco sostiene que como resultado de la división funcional del trabajo en el marco de una organización burocrática y del proceso paralelo de sustitución de la responsabilidad moral por la técnica, se da una disociación de la valoración moral de sus fines. Y que cuando los medios se someten únicamente a criterios instrumentales y racionales “el uso de la violencia es más eficiente y rentable”³⁷.

El letargo de la responsabilidad moral se afianza con la utilización del juicio abreviado en el marco de los procesos prolongados centrados en el expediente en casos de presos preventivos. En este sentido, cuando en un contexto verdaderamente extorsivo el juicio oral se transforma en una garantía inalcanzable en el tiempo, los actores del sistema de enjuiciamiento descansan en la “decisión” de la persona bajo imputación: es él mismo quien reconoce su responsabilidad, y legitima su privación de libertad previa, siendo inocente³⁸.

IV.B- Deshumanización a través de la categorización y la despersonalización

En el marco de su análisis sobre la estructura burocrática y la personalidad, Merton sostiene que el carácter general de las reglas que gobiernan las burocracias requiere del uso constante de la categorización, por medio de la cual los problemas y los casos particulares se clasifican de acuerdo a criterios definidos³⁹.

Esta categorización junto con la despersonalización de las relaciones, generan conflictos en las relaciones del burócrata con el público, que suele sentir que se desconocen las particularidades de los casos individuales⁴⁰. Este tipo de conflictos se suelen presentar con imputados que denuncian que ningún funcionario judicial los visita en las prisiones, con sus familiares, o con víctimas que no reciben información sobre el avance de los procesos⁴¹.

Por otro lado, a partir del distanciamiento que genera la burocracia, el expediente y el procedimiento en general se reducen a un conjunto de medidas desprovistas de calidad, y es ahí, siguiendo el estudio de Bauman, donde comienza la deshumanización, porque este conjunto de papeles no trata con seres humanos. Así, los nombres de las personas bajo proceso se reemplazan por términos como “el imputado”, “el encartado” o “el reo”, mientras que los jueces se despersonalizan para ser “el suscripto”, “VS”, “VE”, “el a quo” o el “ad quem”. “Es difícil percibir y recordar que hay seres humanos tras todos esos términos”⁴².

38 Cfr. Traverso, *Op. Cit.*, p. 49.

39 Merton, *Op. Cit.*, p. 276.

40 *Op. Cit.*, p. 282.

41 Este tipo de conflictos suele reducirse en las burocracias privadas, ya que el cliente puede dirigirse a otra empresa dentro del sistema de competencia, situación que no se presenta en organizaciones de tipo monopólico como la justicia.

42 Bauman, *Op. Cit.*, p. 129; “Se dice a los soldados que disparen contra unos blancos a los que se les da. A los empleados de las grandes empresas se les anima para que destruyan a la competencia. Los funcionarios de los centros de asistencia social manejan bonificaciones discrecionales, en algunos casos, y, en otros, créditos personales. Sus objetos son los receptores de ayudas complementarias” (cursiva en el original); Traverso, *Op. Cit.* p. 54.

34 La ejecución de esa decisión quedará, claro, en manos ajenas: de la policía en una comisaría o del servicio penitenciario en un penal.

35 Enzo Traverso, siguiendo a Max Weber en *Economía y Sociedad*, se refiere a la “indiferencia moral” de los miembros de las modernas burocracias especializadas; cfr. Traverso, Enzo, *La violencia nazi. Una genealogía europea*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002, p. 52.

36 Bauman, *Op. Cit.*, p. 127.

37 *Op. Cit.*, p. 124.

La lógica del “trámite” o “petición” propia de los sistemas centrados en el expediente, en contradicción a la idea de “litigio entre partes”⁴³, lleva a los operadores del sistema a “cumplir mecánicamente operaciones estandarizadas”, lo que Traverso llama al estudiar la división del trabajo propia del modelo taylorista “un ser deshumanizado, alienado, un autómatas”⁴⁴.

El funcionamiento de la justicia en el marco de procesos basados en el expediente como medio para la toma de decisiones viabiliza una extraña cohabitación relativamente armónica⁴⁵ de estas prácticas que deshumanizan y llenan las cárceles de personas inocentes con el desarrollo constante de las garantías procesales y de los Derechos Humanos en el plano normativo, en evidente colisión de los planos del ser y el deber ser⁴⁶.

V. Irrupción del denominado modelo “adversarial” en América Latina. Ruptura del tipo burocrático inquisitivo

La incorporación de la oralidad a la etapa de preparación del juicio, esfuerzo que se está realizando en muchos países de la región, busca profundizar un sistema acusatorio que se veía privado de sus virtudes por la perpetuación de las prácticas y de la organización propia del sistema inquisitivo tanto en los juzgados, como en las fiscalías y las defensorías.

En este sentido, las audiencias orales ante los jueces de garantías han dado un paso importante hacia la eliminación del expediente del proceso penal⁴⁷. Decisiones como una prisión preventiva o una nulidad ya no tienen como fuente al expediente, sino a los argumentos contradictorios de los

abogados frente al juez y, muy especialmente, frente a la persona bajo proceso.

De esta manera, fiscales, defensores y jueces ya no son más los constructores de un expediente común, el objeto central de preocupación burocrática. Los dos primeros son adversarios en audiencias orales y públicas, un ámbito de contradicción que mejora enormemente la calidad de la información con la que el juez toma sus decisiones, pudiendo corroborar la credibilidad de las afirmaciones al estar todas las partes presentes.

La división funcional del trabajo en torno del expediente, propia del sistema burocrático inquisitivo y heredada por el sistema “acusatorio”, desaparece. En las audiencias cada parte asume su rol contradictorio y es el juez quien toma las decisiones, sin delegación.

La importancia de que sea un juez quien toma todas las decisiones jurisdiccionales en audiencias públicas, no radica exclusivamente en cuestiones de transparencia, sino también en la ruptura de la división del trabajo en su oficina y en la consiguiente asunción de la responsabilidad moral de decisiones que implican una enorme violencia. La audiencia también anula la delegación en funcionarios subalternos en fiscalías y defensorías. Los empleados y funcionarios del juzgado se dedican al apoyo administrativo y logístico para que el juez pueda estar en la audiencia tomando decisiones en un contexto de imparcialidad. Los auxiliares de fiscales y defensores tendrán que colaborar para que aquéllos reflejen en la audiencia sus argumentos de la mejor manera posible.

El proceso ya no tiene entonces un objeto único al que se dirige la acción burocrática, sino tantos objetos como agencias burocráticas compiten en el proceso, sumado al del juez: garantizar los derechos de las partes. Los jueces en las audiencias ganan en exposición pública y responsabilidad, pero también en credibilidad y prestigio. La asunción clara y diferenciada de los roles de los actores en el proceso es la única manera de romper el letargo.

Por otra parte, la audiencia permite la presencia de imputados, víctimas y sus familiares; es decir, de quienes son objeto de las decisiones, sin mediatización. Este contexto estimula en el juez y en las partes la asunción de la responsabilidad moral de las decisiones que toman. Pero además es un contexto que humaniza: la audiencia recuerda al juez y a los abogados que lo que se está dirimiendo es un conflicto entre personas. Ya no es más “el imputado” o “el encartado”, es una persona que se individualiza por un nombre y quien se puede hacer escuchar.

43 Binder, Alberto M., *La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República*, en Centro de Documentación del INECIP, www.inecip.org.

44 Traverso, *Op. Cit.*, p. 49.

45 Suelen romper la armonía los motines de los presos o acciones de organismos de Derechos Humanos como el recurso de hábeas corpus colectivo interpuesto por el CELS y resuelto en el caso “Verbitsky”. Tanto unos como otras se valen necesariamente de la publicidad que no les da el proceso penal para poner el tema de la violencia del sistema penal en la agenda pública; respecto de la importancia de la publicidad en los procesos penales ver Anitua, Gabriel Ignacio, *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Editores del Puerto, Colección Tesis Doctoral, Buenos Aires, 2003, Séptima Parte, “La burocratización y el secreto, la participación y la publicidad”, p. 377 y ss.

46 Cfr. Bauman, *Op. Cit.*, p. 137.

47 Aunque en la experiencia para casos de flagrancia en la Provincia de Buenos Aires aún perviven trámites escritos como la conversión de la aprehensión en detención, que genera que el juez de garantías tome decisiones jurisdiccionales fuera de la audiencia oral y pública, con las que se forma un pequeño expediente.

Además, las decisiones le son comunicadas al imputado en el mismo momento por el juez de garantías, cara a cara; y las afirmaciones del fiscal sobre su personalidad y antecedentes, utilizadas normalmente para justificar el riesgo de que no se vuelva a presentar a la justicia o de que vaya a entorpecer la investigación, pueden ser discutidas por el acusado, quien podrá inclusive guiar a su defensor.

Se trata precisamente de un ámbito en el que se potencian las posibilidades de la defensa; el centro de atención ya no es la tesis persecutoria del fiscal y la policía, el expediente, sino los argumentos vertidos en la audiencia. La igualdad de armas deja de ser una enunciación teórica para ser un principio posible. La audiencia debe ser un ámbito en el que se desarrolle el conflicto, y que rompa con la normalidad con la que se toman las decisiones por escrito. Cada decisión que envíe a un procesado a la cárcel debe ser un drama particular para cada persona presente en esa sala.

La contradicción permite además mejores discusiones en torno a la necesidad de las medidas cautelares y respecto de su duración, limitándolas necesariamente. Esta discusión facilita al juez la selección de la más adecuada al caso concreto, haciendo que la privación de la libertad no sea la única alternativa. Las garantías pueden ser ejercidas, y dejan de ser deseos normativos ineficaces.

Entre los objetivos centrales de las audiencias orales y públicas en estas instancias tempranas de los procesos penales se encuentran también la necesidad de acercar información de mejor calidad al juez que tiene que tomar decisiones sobre la libertad de las personas, la eliminación por lo tanto de la delegación, y el acortamiento de los procesos garantizando plazos razonables. También se destaca la necesidad de aumentar las salidas tempranas alternativas al juicio como la suspensión del proceso a prueba o la aplicación del principio de oportunidad con reparación, como vías de escape al ingreso de personas al sistema penal y la aplicación de medidas de encierro. No casualmente los detenidos han llamado a la reforma introducida originariamente en Mar del Plata “PPB”, o “Plan de Penas Bajas”⁴⁸.

Los resultados parciales de la implementación de este tipo de audiencias en general han demostrado que el cambio de prácticas ha permitido a las agencias judiciales, entendidas en sentido amplio, sino ejercer con más eficacia el poder que se les ha entregado para la contención del poder punitivo estatal⁴⁹, al menos disminuir su violencia.

VI. Conclusión. La potencialidad o variable humanizadora

La hipótesis planteada en este ensayo seguramente requerirá para su comprobación de un mayor desarrollo de este tipo de procedimientos en América Latina, así como estudios de campo que profundicen lo que hasta aquí se ha expuesto. Es importante destacar que la palabra “variable” en el título, relacionada con la humanización del proceso, no es casual. De hecho, el lector que ha llegado hasta esta instancia de la lectura, seguramente habrá pensado en sistemas judiciales como los de Estados Unidos, que cuentan con este tipo de audiencias preliminares pero que, lejos de ser más humanos que los latinoamericanos, aparecen como los más feroces y punitivos del planeta, superando en ese país de América del Norte la cifra de los 2 millones de personas presas, sin contar a la multitud que se encuentra bajo control del sistema penal pero fuera de las prisiones.

Ese dato de la realidad no invalida directamente la hipótesis de trabajo. Resulta esclarecedor en este sentido un reciente trabajo de Massimo Pavarini sobre los procesos de re-encarcelamiento en el mundo⁵⁰, en el que demuestra que esos procesos que se dan de manera más o menos constante en todas las latitudes no encuentran explicaciones unívocas, sino todo lo contrario. Según el criminólogo italiano, investigaciones empíricas sobre el fenómeno ofrecen modelos interpretativos convincentes en una determinada realidad política-geográfica, que fracasan al dar cuenta del mismo fenómeno en otras realidades. En suma, distintas variables inciden de manera diversa en contextos diferentes.

Este ensayo pretendió mostrar que la puesta en crisis de lo que puede denominarse como modelo burocrático inquisitorial en América Latina, sería funcional a un proceso de reducción de la violencia del proceso penal en este período histórico. Ello no quiere decir que otras variables puedan incidir en sentido contrario.

Por otro lado, interesantes estudios sobre el proceso adversarial en el mundo anglosajón presentan serias críticas a ese modelo⁵¹. Alcanza el cine hollywoodense para observar audiencias preliminares en las que los detenidos pasan frente a los jueces casi sin siquiera tener la posibilidad de

⁴⁸ Cfr. Hazan y Riego, *Op. Cit.*, p. 283.

⁴⁹ Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Op. Cit.*, p. 20.

⁵⁰ Pavarini, Máximo, “Procesos de re-encarcelamiento en el mundo, o bien del dominio de un cierto ‘punto de vista’”, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B.J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 595 y ss.

⁵¹ Langbein, John, *Op. Cit.*

sentarse y ser escuchados. No cabe duda de que el proceso penal oral que se está desarrollando en América Latina tenderá a desarrollar rápidamente sus propias organizaciones burocráticas, que podrían generar con su estabilización algunos de los efectos descritos en este trabajo. Por ello es tan trascendente prestarle atención al diseño organizacional, de manera de tener estructuras burocráticas que posibiliten altos niveles de eficiencia en

sistemas judiciales que deben responder a crecientes niveles de demanda⁵², y que al mismo tiempo salvaguarden ese contacto personal que posibilitan las audiencias.

El desafío que se plantea es el de abandonar la organización burocrática de tipo inquisitiva, claramente deshumanizadora, en busca de formas distintas, más respetuosas de las personas.

.....
⁵² Las maneras de disminuir las demandas al sistema penal es otra de las variables, de carácter político criminal, sobre las que se debe avanzar.