

Augusto Quintana Benavides\*

# Reforma al Sistema de Administración de Justicia y profundización de las democracias en América

Nuestro continente americano, después de un largo interregno de gobiernos autocráticos, goza, a partir de la década de los años noventa, de una era de gobiernos democráticos en casi toda su extensión geográfica y, sin desconocer los efectos actuales de crisis asiática y brasileña, de una relativa bonanza económica. Esta realidad emergente ha suscitado una serie de expectativas, con diferentes niveles de intensidad, cuya satisfacción impone un desafío político y ético a las democracias nacientes. Ello ha motivado el impulso de iniciativas tendientes a reformar los órganos del Estado, de manera que sirvan en forma más adecuada a las personas y se cumpla su finalidad de bien común.

En este sentido, uno de los procesos más innovadores que se han gestado en esta renovada etapa democrática, reconociendo la heterogeneidad de situaciones que se presentan, es la reforma al Sistema de Administración de Justicia. Más allá de los distintos puntos de partida y los ritmos ineludiblemente cambiantes en unos y otros países, existe la sensación de estar frente a un proceso que surge a partir de un diagnóstico similar acerca la vigencia efectiva del derecho a la justicia.

A su vez, sin que mediara una concertación previa, llama la atención que el esfuerzo de los Gobiernos se encamine hacia soluciones relativamente similares, lo que se ha traducido en normas legales ya aprobadas o en trámite, y en temas de etapa de estudio e investigación. Es expresión de lo anterior, la común preocupación por la justicia penal y, en inferior medida, otros tópicos de gran importancia, tales como los sistemas alternativos de solución de controversias (arbitraje y mediación, principalmente); el acceso a la justicia de las personas de escasos recursos; la reestructuración de la justicia civil, de familia y vecinal; la modernización de la gestión de tribunales; la formación y capacitación de los magistrados, etc.

\**Abogado y  
Magister en  
Derecho Público.*

Ni siquiera la América anglosajona se escapa a un severo cuestionamiento de su sistema de justicia criminal y civil<sup>1</sup>, con la salvedad que aquí no se anuncian grandes transformaciones estructurales sino, más bien, el perfeccionamiento de instituciones ya consolidadas en un marco libertario y progresista. No obstante lo anterior, aquí también existe conciencia de que está en juego la esencia misma de la democracia y el constitucionalismo, en la medida que no se brinda una garantía suficiente de la plena vigencia de los derechos y libertades fundamentales.

En todo caso, más allá de las peculiaridades de cada país, sea que se propicien o no transformaciones estructurales al Sistema de Administración de Justicia, existe un diagnóstico común sobre el impacto negativo en la apreciación ciudadana respecto de la eficiencia y eficacia de las instituciones democráticas, merced a la ineptitud del referido sistema de brindar acceso oportuno y fluido al bien justicia. En el caso latinoamericano, la deficiencia del Sistema de Administración de Justicia pone en riesgo, adicionalmente, la relativa estabilidad económica, el éxito de los procesos de integración y la paz social.

Asimismo, se ha extendido la convicción de que las transformaciones en curso o programadas poseen algunas falencias, entre las que merecen citarse la falta de información empírica; el escaso conocimiento de la experiencia comparada, incluso a nivel regional; la mínima profundización científica respecto del perfil de determinadas instituciones, entre otras. Sin perjuicio de ello, ante la evidente obsolescencia de las instituciones, y procedimientos vigentes, los distintos Estados se han visto compelidos a dar curso al proceso de transformaciones. En todo caso, sí existe claridad en torno a la necesidad de abordar el problema de la justicia en forma holística, sea que se la mire informando un sistema integral ora integrante de un sistema mayor (el Estado Democrático y Constitucional de Derecho).

Ahora bien, en atención a la ausencia de una investigación científica comparada relativa a la orientación y contenido de la innovación institucional y de procedimientos, se estima imprescindible la coordinación legislativa, técnica y académica de los países americanos. En este sentido es positivo el acuerdo adoptado en la última Cumbre de las Américas, celebrada en la ciudad de Santiago de Chile el año pasado, en orden a crear un Centro de Estudio de Justicia de las Américas. Refuerza el sentido de esta orientación la necesaria visión holística-internacional del problema, puesto que el fortalecimiento de los organismos internacionales, la apertura convencional o unilateral del comercio exterior y la revolución de las comunicaciones generan una ineludible dimensión internacional a la solución de los problemas domésticos de cada Estado, de manera que ya no resultan viables las soluciones realmente originales a los desafíos que sean comunes o análogos en dos o más países con raíces históricas y culturales afines.

1 La American Bar Association, en un estudio, acusa el abandono y desfinanciamiento de la justicia civil norteamericana, lo que en parte se debería a la prioridad asignada a la justicia criminal, la cual, a su vez, se ha visto saturada en los últimos años debido a los elevados y crecientes porcentajes de incidencia de los delitos sobre drogas o conexos a ellos ("ABA blueprint for improving the civil justice system". American Bar Association, Chicago, 1992).

En atención a la gran cantidad de temas que requieren de revisión legislativa o de prácticas, es necesario individualizar aquellos que revistan mayor importancia según sea la sensibilidad ciudadana y la opinión de los especialistas, para luego —como primera etapa— focalizar el esfuerzo y estudio de los organismos públicos concertados en ese Congreso en torno a dichos tópicos. A la sazón, los temas más relevantes serían: 1) el acceso a la justicia; 2) la gestión administrativa de tribunales; 3) la justicia civil (eventualmente de carácter estatal); 4) los mecanismos alternativos de solución de controversias, y 5) la justicia penal. En lo que resta de la presente minuta se estudiarán por separado estos cinco grandes temas. Dicho estudio se realizará a partir de innovaciones en curso o que se encuentren en etapa de estudio, de manera que ilustren sobre la necesidad y complejidad de las transformaciones que se requieren. Finalmente formularemos, como objetivo político, la transformación de la cultura judicial del continente.

## **I. Acceso a la Justicia. El proceso como garantía constitucional. Rol solidario del Estado**

Eventualmente la totalidad de las Constituciones de los países americanos consagran o aseguran el derecho a la justicia<sup>2</sup>. Sin embargo, más allá de la retórica declaración de derechos, es dable preguntarse sobre la efectividad de la garantía estatal de los derechos y libertades.

En buenas cuentas, se trata de revisar la situación actual de una institución llamada “proceso”. A este respecto, más allá del clásico devaneo intelectual para inquirir la naturaleza jurídica del proceso (como contrato, cuasicontrato, relación jurídica, situación jurídica, entidad jurídica compleja o institución), aceptamos como presupuesto válido que el proceso es una herramienta que ofrece el Estado para garantizar la vigencia de los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce a la persona y, para los iusnaturalistas, adicionalmente, aquellos que derivan de la naturaleza humana. De consiguiente, para los efectos de esta minuta, postulamos la idea de proceso como una institución-garantía.

El proceso, como garantía de los derechos humanos, es una institución de carácter estatal, no privada, que supone la realización de un principio fundante de la actividad del Estado, cual es la solidaridad. Es en razón de este principio que el Cuerpo Político estatuye una institución para garantizar la vigencia efectiva de los derechos humanos, en atención a que las personas integrantes de esa comunidad no están en condiciones de brindarse por sí solas tal

2 A modo de ejemplo: 1) La Constitución de la Nación Argentina, en sus Arts. 18 y 42; 2) La Constitución de la República Federativa del Brasil, en su Art. 5 numerales XXXVIII, LIV, LIX, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII y LXXIII; 3) la Constitución Política de Colombia, Arts. 29 y 86; 4) la Constitución de la República de Cuba, Arts. 26, 59 y 120; 5) la Constitución Política de la República de Chile, Arts. 12, 19 N°3, 20, 21, 73 inciso segundo, 74 inciso primero y 80, principalmente; 6) la Constitución de Estados Unidos de América, Art. III, Sección 2, inciso final y Enmiendas VI y VII; 7) la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Arts. 13, 14, 16, 17, 20, 23, 103, 105, II y 107; 8) la Constitución Nacional del Paraguay, Arts. 15, 17, 132, 133, 134 y 135, y 9) la Constitución de la República Dominicana, Art. 8 N°2 letras g) y j).

protección. De lo anterior se sigue que el acceso a la justicia tiene su fundamento en la finalidad solidaria del Estado, que se postula como benéfica no sólo de los menesterosos, sino de la comunidad completa.

Ahora bien, para que las personas sean objeto de una real garantía en el goce de sus derechos, el Estado tiene que discriminar entre aquellos que pueden por sus propios medios emplear la garantía del proceso y quienes no están en esa condición. Para ello, en un nuevo esfuerzo de solidaridad social, se han estatuido sistemas de servicios jurídicos (o, a veces, únicamente judiciales), sean estatales, particulares o mixtos, tendientes a facilitarle medios de defensa a la parte débil. Es relevante y esperanzadora, a este respecto, la experiencia de los Estados Unidos de América, que al efecto contempla tres categorías de representación legal de defensores de indigentes ("public defender", "assigned counsel" y "contract attorneys"), en la cual, se ha apreciado que, en algunas territorios jurisdiccionales analizados, la defensoría de indigentes se muestra más exitosa que la defensa privada en resolver casos en forma más expedita, sin que existan diferencias apreciables o significativas en la obtención de resultados favorables<sup>3</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, existe un sentimiento, más o menos extendido, de que las finalidades del proceso no se cumplen respecto de los estratos más pobres<sup>4</sup>, aunque no solamente de ellos, de lo que se deriva un descrédito del proceso como institución-garantía y, en último término, de la noción de justicia en una sociedad determinada. Esta emoción, elevada a categorías políticas, tiene en potencia efectos explosivos y puede dar pábulo a estados de inestabilidad institucional y a graves estallidos sociales.

Por lo mismo, una reflexión serena acerca la estabilidad democrática del continente amerita una profunda revisión de la institución "proceso" como garantía de los derechos humanos y de los sistemas de asistencia jurídica a las personas de escasos recursos, sin excluir las dificultades en el acceso a la justicia que afecta a otros segmentos de la población. Para encontrar soluciones satisfactorias es imprescindible, por tanto una visión internacional-comparada razón por la cual justificamos la inclusión de estos temas en la agenda de la Cumbre de Presidentes de América, del mismo modo como ya fue preocupación en la anterior Cumbre de Las Américas<sup>5</sup>.

3 Véase en "Indigent defenders. Get the job done and done well", National Center for State Courts, Williamsburg, Virginia, 1992.

4 Una encuesta de opinión realizada a los estratos populares, en relación con la justicia chilena en general, arrojó los siguientes resultados: "Sólo el 6,8% de los encuestados opinó positivamente, expresando juicios favorables. Una abrumadora mayoría (82,8%) opinó negativamente, explicitando juicios adversos a la justicia chilena. Por último, el 2,7% opinó de modo ambivalente, explicitando juicios favorables, como adversos" (*Justicia y Marginalidad. Percepción de los Pobres*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1993, pág. 23).

5 En la Cumbre de Las Américas, celebrada en Miami, se contempló un plan de acción, entre cuyas bases se declara que "debe haber acceso universal a la justicia y a los medios efectivos para hacer que los derechos fundamentales sean observados", agregando que "una democracia se juzga por los derechos de que disfrutan los individuos menos influyentes" (pág. 87).

## **II. Modernización de la gestión de los tribunales.**

### **Función servicial de la justicia**

Siguiendo la línea anterior, estimamos que no basta con contar con leyes adecuadas respecto de la institución “proceso” y del sistema de asistencia jurídica que un país requiere. Adicionalmente, es necesario que los recursos materiales y humanos destinados a dar vida al proceso y a la asistencia jurídica sean canalizados y gestionados adecuadamente. En otras palabras, se trata de llevar hasta sus últimas consecuencias la noción sobre la servicialidad del Estado; es decir, el deber que le asiste de servir a las personas que lo requieren para el goce legítimo de sus derechos.

La servicialidad del Estado debe enfocarse a partir de los siguientes lineamientos:

- 1º En el caso del proceso, si la función de garantía debe abarcar todo o parte, y en qué proporción, las posibles controversias jurídicas entre partes. Este tema se analizará más pormenorizadamente a propósito de la justicia civil, los mecanismos alternativos de solución de controversias y la justicia penal.
- 2º En relación con la asistencia jurídica, que insistimos no debe ser solamente judicial, es preciso orientarla no necesariamente hacia los sectores más pobres de la población, sino que, más genéricamente, hacia los que no pueden acceder a la justicia privada ni tampoco, por sus propios medios, a la justicia estatal (brindada a través del “proceso”). Aquí deben analizarse la acción estatal directa, es decir, de las prestaciones que brindan las agencias públicas (solidaridad social estatal) y las acciones indirectas (función de promoción de la solidaridad social por parte de los grupos intermedios), sea que se presten por los particulares en forma autónoma o con aportes fiscales. Tratándose de la labor indirecta, sea que aporte dinero a los particulares o no, el Estado no puede desligarse de su función de superintendencia, ya que es dicho ente quien en último término estatuye el proceso y garantiza el goce de los derechos sustantivos.
- 3º Tanto en lo que respecta al proceso, mirado como un servicio que presta el Estado a través de sus funcionarios (judiciales), como a las agencias públicas que administren servicios de asistencia jurídica, es menester la racionalización de los recursos humanos y materiales disponibles. Con este lineamiento entroncamos con el proceso macro de modernización del Estado, que abarca tanto su estructura, dimensiones, funciones, atribuciones y sistemas de gestión.

El último lineamiento nos conduce a la revisión de la eficiencia y eficacia de los tribunales como servicio público, tanto en lo relativo a su infraestructura como a los recursos presupuestarios y humanos con que están dotados. Esto nos lleva a analizar el número de tribunales requeridos, al lugar de su

emplazamiento e, incluso, a su diseño arquitectónico; a la formación y capacitación de los magistrados y del personal subalterno, como asimismo de los demás funcionarios auxiliares de la administración de justicia; al empleo extensivo de la tecnología, especialmente de la informática, tanto en lo que atañe a la gestión de los tribunales como al seguimiento y, pensando en términos futuristas, al desarrollo mismo del proceso.

La modernización de los órganos del Estado-Justicia y de sus procedimientos, entonces, es esencial para que el proceso no pierda su virtud garantista de derechos y para la vigencia misma del valor de la justicia. En una sociedad democrática no debe escatimarse esfuerzo alguno para perfeccionar la dimensión servicial del Estado, especialmente en un área tan sustancial a aquélla, como lo son los derechos de las personas. Y la dimensión internacional de las soluciones resulta evidente, pues es conociendo las experiencias de otros países, de las dificultades que presentan y los logros que se van obteniendo, lo que permite el perfeccionamiento más expedito de los mecanismos internos. Esta es la lógica de la innovación administrativa.

### **III. Reforma de la justicia civil. Rol subsidiario del Estado. Justicia y desjudicialización de causas**

Comencemos con el análisis de la justicia civil. Más bien dicho de la justicia civil estatal, que se realiza a través del proceso, en contraposición con la justicia civil privada; en cuyo caso entramos en el terreno de la autocomposición, la que será analizada a propósito de los mecanismos alternativos de solución de controversias. De consiguiente, cuando nos refiramos a la justicia civil en esta parte, nos estaremos refiriendo a aquella que es gestionada por el Estado y sus organismos; es decir, al proceso.

Se ha dicho, con justa razón, que el fin del proceso civil es privado y público, ya que "satisface, al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción"<sup>5</sup>. Para los efectos de esta minuta, nos interesa perfeccionar la justicia civil para dar satisfacción a ambos intereses<sup>6</sup>.

5 Eduardo J. Couture: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Roque Depalma - Editor, Buenos Aires, 3ª edición, 1958, pág. 146.

6 En estricto sentido, el Estado no tiene "intereses" sino funciones y deberes, señaladas por el ordenamiento jurídico, el que -para su fiel cumplimiento- le dota de las potestades necesarias. Aceptar la noción de "interés" estatal supondría incursionar en el peligroso terreno del Estado como sujeto de finalidades propias, ajenas al bien común y a su misión servicial. Con este alcance aceptamos la idea de un "interés estatal" (Couture, eso sí, habla de interés "social"), referente a las funciones y deberes jurídicos del Estado.

Una primera aproximación al tema propuesto es la de hacer más expedito los procedimientos judiciales, tanto los que informan los eslabones forenses como las prácticas administrativas, a las que ya hicimos mención en la parte relativa a la gestión de los tribunales. Aquí profundizaremos sobre las normas de procedimiento; vale decir, a los códigos procesales civiles. Nuestra reflexión se orientará a dar cuenta de la necesidad de revisar algunos de sus principios informantes, del modo que a continuación se enuncia:

- 1º Los organismos técnicos y políticos deben abordar la necesidad de mayores niveles de oralidad en la justicia civil<sup>7</sup>, particularmente en la rendición de la prueba e, incluso, para la dictación de la sentencia definitiva, puesto que ello facilita la inmediación del tribunal, lo que también configura una garantía estatal. Si este principio es válido para la justicia penal no vemos razón alguna para que no lo sea en la civil. Piénsese, por ejemplo, en la deposición de testigos y la conveniencia de que fuera prestada ante el juez que debe resolver el asunto.
- 2º En la misma perspectiva se ubica la posibilidad de revisar el principio de la pasividad judicial, con la finalidad de darle mayor expeditación a la tramitación de las causas, adoptándose los mecanismos para que no se afecten los derechos de las partes<sup>8</sup>.

Un segundo tema, además de la privatización de aquellas causas que pueden ser solucionadas directamente por las partes merced a las mecanismos alternativos de solución de controversias, es la denominada “desjudicialización” de ciertas materias entregadas al conocimiento de los tribunales de justicia. Aquí no se produce un efecto “privatizador”, sino de correcta asignación de competencias. Esta postura obedece a que existen múltiples materias que conocen los tribunales pero que no miran a la resolución de controversias, que configuran la denominada jurisdicción voluntaria o de asuntos no contenciosos. La idea que se esconde tras la desjudicialización de materias no estrictamente judiciales es la de descongestionar los tribunales (punto común con la generalización del arbitraje y la mediación); empero, debe tenerse a la vista que tales asuntos deben ser conocidos por un organismo –eventualmente público– que ofrezca tanta seriedad como los tribunales de justicia y con la prevención de que no por mejorar el sistema de administración de justicia se recarguen otros servicios estatales, igualmente necesarios.

7 Es interesante la experiencia uruguaya, cuyo Código General del Proceso establece una extendida aplicación al principio de la oralidad, para lo cual se estatuye un sistema de audiencias cuyas normas básicas se contienen en los Arts. 100 a 103. Las principales audiencias prescritas para el procedimiento ordinario son la audiencia preliminar (Arts. 340 y sgtes) y la audiencia complementaria (Art. 343).

8 El Artículo 3º del Código General del Proceso uruguayo, relativo al impulso procesal, prescribe que “promovido el proceso, el tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible”.

#### **IV. Mecanismos alternativos de solución de controversias. Justicia privada y supervigilancia estatal**

Siempre en el ámbito de la justicia civil, encontramos que los particulares en múltiples ocasiones se encuentran en condiciones de resolver sus disputas por sus propios medios, sin que tengan la necesidad de recurrir a la justicia estatal. Con esta presentación nos incorporamos plenamente al tema de la subsidiariedad del Estado y a su función de suplencia. Este principio que es aplicable a toda la estructura estatal, bien puede y debe aplicarse a la resolución de disputas. El desarrollo de esta política pública trae consigo un cuestionamiento frontal a la tesis estatista del “juez natural”, puesto que se invierte la lógica predominante en nuestra cultura jurídica –cuyas raíces se encuentran en los tiempos de la monarquía– que sólo admite como juez natural al órgano estatal competente. Esta nueva visión acerca la noción de juez natural; esto es, el tercero en disputa que naturalmente está llamado a dirimir una controversia entre partes, radica dicha figura en un tribunal que las partes libremente acuerden y no el que imponga el Estado. Sólo en caso de que no se acuerde una cláusula compromisoria podría recurrirse a la justicia estatal para que solucione la disputa.

La aplicación de dicho principio de carácter adjetivo nos conduce al tema de los mecanismos alternativos de solución de controversias; esto es, alternativos al proceso o a la justicia estatal. Tales mecanismos son fundamentalmente la mediación y el arbitraje, aunque en Estados Unidos, por ejemplo, se incluyen bajo esa denominación, también, la evaluación neutral temprana, los juicios sumarios y los minijuicios, configurándose lo que los norteamericanos llaman la “multi-door courthouse”; es decir, una jurisdicción de múltiples puertas o vías. Esta libertad de opción asume o puede asumir la condición de un derecho, como derivación del derecho a la justicia y la libertad personal. Esta perspectiva es congruente con la idea de la subsidiariedad, en tanto admite la libertad de los particulares para resolver sus litigios al margen de la justicia estatal propiamente tal.

La aplicación lógica del principio de la subsidiariedad nos conduce a cuestionar la clásica distinción entre arbitraje forzoso, prohibido y facultativo, no en tanto no deban existir asuntos que escapen de la justicia estatal (arbitraje forzoso), asuntos vedados al arbitraje (en cuyo caso se habla de arbitraje prohibido) o libertad para escoger uno u otro sistema (arbitraje facultativo), sino a la dificultad práctica de precisar con rigor qué asuntos caen en las situaciones precedentes<sup>9</sup>.

La subsidiariedad no implica, eso sí, que el Estado renuncie a su rol tutelar de

<sup>9</sup> Una posición innovadora se encuentra en la reciente legislación brasileña sobre arbitraje, recogida en la Ley N° 9.307, de 1996, en cuyo artículo 1º se prescribe el ámbito del arbitraje, permitiendo su extensión a los litigios relativos a “derechos patrimoniales disponibles”, sin definir cuáles son.



los derechos; de manera que las normas regulatorias del arbitraje deben hacerse cargo de los eventuales abusos que pueda cometer la parte más fuerte y garantizar que tal mecanismo alternativo se substanciará con arreglo a los principios informantes del debido proceso. Asimismo, el Estado, con la finalidad de que exista realmente una Justicia Arbitral debe, además, promover la profesionalización de los árbitros, su especialización y, en su caso, la conformación de conglomerados que se dediquen a la realización de arbitrajes. Lo importante es destacar la necesidad de impulsar el arbitraje como modalidad de autocomposición; esto es, como un mecanismo de solución de controversias efectuado por un tercero, cuya autoridad emana de la voluntad de las partes.

La mediación, propiamente tal, no se ubica necesariamente en una perspectiva de privatización de los servicios judiciales que presta el Estado sino, más bien, como un medio preventivo de un litigio que deba resolver un tercero (sea el juez o un árbitro). Aquí no hay ejercicio de jurisdicción, sentencia o proceso, sino un procedimiento guiado por un tercero para que las partes acuerden directamente una solución a sus disputas. La introducción masiva y seria de la mediación, con corporaciones dedicadas a ello y que cuenten con mediadores profesionales, permite aventurar una reducción de la carga de los sistemas público y privado de solución de controversias, máxime si se exige la mediación como trámite previo y obligatorio<sup>10</sup>. Asimismo, del éxito de la mediación puede seguirse un cambio en la cultura judicial, que perdería su actual naturaleza confrontacional y descansaría más en la persuasión y la armonía entre las partes.

## **V. Reforma de la justicia penal. Perspectiva garantista. Tránsito del sistema inquisitivo al sistema acusatorio**

Una de las falencias más serias del sistema de administración de justicia se encuentra en, por una parte, la ineficiencia del sistema punitivo del Estado para aplicar las sanciones previstas en la ley a los infractores de los ilícitos penales de mayor relevancia social y, por la otra, la aptitud de tal sistema para vulnerar, insensiblemente, los derechos humanos de las personas imputadas o procesadas, hayan tenido participación en los delitos pesquisados o no. Esta impresión, más o menos generalizada en el continente, corroe el sistema democrático en sus bases, en la medida que se muestra incapaz de hacer justicia frente a hechos delictuosos que conmueven a la comunidad y, a la par, se enquistan en la democracia un sistema punitivo estatal atentatorio de la dignidad humana,

10 Una de las experiencias más relevantes de mediación, en América Latina, se configura en la República Argentina, especialmente después de la aprobación y entrada en vigencia de la Ley N°24.573, sobre mediación y conciliación, en cuyo Artículo 1° se prescribe que la mediación es un trámite obligatorio y previo a todo juicio, con las excepciones contenidas en el Art.2° del mismo cuerpo legal. La referida ley, en lo sustantivo, contiene las normas básicas sobre procedimiento de mediación y crea tres instituciones: 1) el Registro de Mediadores, a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación; 2) la Comisión de Selección y Contralor, llamada a pronunciarse acerca de la idoneidad de los mediadores y autorizar su inscripción en el Registro, y está integrada por 2 representantes del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo Nacional, cada uno. 3) el Fondo de Financiamiento, destinado fundamentalmente para pagar los honorarios de los mediadores y las erogaciones que implique el funcionamiento del Registro de Mediadores.

contrariando su finalidad primordial de aquélla, cual es, precisamente, de respetar, servir y promover los derechos de las personas. En síntesis, la realidad jurídico-práctica del Estado Sancionador en América contradice la noción misma de Estado, tanto para asegurar la paz frente al estado de naturaleza que es esencialmente violento (doctrina del "Leviathan" de Hobbes) como para asegurar los derechos que los súbditos poseían en su estado natural (doctrina jusnaturalista de Locke).

Para superar esta falencia estructural se han aventurado diversas críticas, sea a la potestad punitiva del Estado, a las características del Estado moderno surgido de la Ilustración o, más concretamente, a la forma cómo el Estado moderno ejerce su atribución-deber de punición. Esta última es la perspectiva de análisis que sigue el profesor argentino Alberto Binder<sup>11</sup> y que estimamos posee mayor aptitud constructiva, pues desde ya, junto con ser un punto de vista crítico de lo actual, anuncia la existencia de una alternativa posible que conjugue la eficacia sancionatoria con la naturaleza garantista de los actos estatales.

En este sentido, la médula de las críticas apunta a la actividad inquisitiva del Estado fundada en la existencia de una instrucción preliminar o preparatoria del juicio criminal, generalmente a cargo de un juez. Es en esta etapa en que identifica a los supuestos hechores y se les aprehende, en desmedro del principio de inocencia. La etapa de instrucción, que lógicamente antecede a un juicio, se convierte en el juicio mismo. Asimismo, en este sistema se desnaturaliza la función judicial, que ya no se destina preferentemente a la resolución de controversias, sino a la pesquisa de antecedentes. La situación de los imputados se ve agravada con la aplicación de medidas tales como el secreto de la investigación, la detención y la prisión preventiva, y la adopción de medidas tales como la incomunicación y el arraigo. Por su parte, la ineficacia del sistema, en gran medida, obedece a la aplicación sin reserva del principio de legalidad, en cuya virtud el Estado debe pesquisar, aclarar y sancionar todos los ilícitos previstos en su legislación penal, con lo que el Estado asume una carga imposible desde un punto de vista operativo. Excluimos de estas apreciaciones la situación de la América anglosajona, cuyo sistema desde sus inicios se ha sustentado en bases distintas.

La reestructuración de la justicia penal, que con distintos niveles de avances se está desarrollando en el continente, siguiendo en parte las posturas de Alberto Binder<sup>12</sup>, puede descansar en las siguientes bases<sup>13</sup>:

- 11 Véase en su artículo "Reflexiones sobre el proceso de transformación de la justicia penal" (*La Implementación de la Reforma Procesal Penal*, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, Santiago de Chile, 1996, págs. 45 y sgtes.).
- 12 "Crisis y Transformación de la Justicia Penal en Latinoamérica", artículo publicado en *Reformas Procesales en América Latina: La Oralidad de los Procesos*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1993, págs. 67 y sgtes.
- 13 Una línea similar se encuentra en diversos estudios patrocinados por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (I.L.A.N.U.D.), a saber: 1) *El Ministerio Público en América Latina desde la Perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno*, San José de Costa Rica, 1991, 243 págs., y 2) *La Defensa Pública en América Latina: Desde la Perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno*, San José de Costa Rica, 1991, 190 págs.

- 1º La preservación del juicio –oral– como el momento central de todo el proceso penal;
- 2º Recuperar la naturaleza jurisdiccional de la función de los jueces;
- 3º Que la investigación esté a cargo de organismos “civiles” y no de los jueces, en el cual el Ministerio Público cumpla un rol privilegiado;
- 4º Reestructurar globalmente el Ministerio Público;
- 5º La acción penal debe ejercerse primordialmente por el Ministerio Público, sin que ello signifique el sacrificio de los intereses de las víctimas;
- 6º El régimen de la acción penal debe ser concorde con los postulados de una política criminal democrática y, en contraposición del principio de legalidad, dar aplicación al principio de oportunidad o de selectividad en el ejercicio de la acción penal;
- 7º Simplificación del proceso penal y establecimiento de procedimientos abreviados;
- 8º Estatuir controles a la duración del proceso penal;
- 9º Crear verdaderos sistemas de defensa penal pública, y
- 10º Acentuar el respeto a las garantías básicas.

Es evidente que una transformación de esta envergadura en la justicia penal continental, amerita el esfuerzo mancomunado y coordinado de los países involucrados, por lo que recomendamos el tratamiento prioritario de este tópico en el concierto de las naciones americanas. El Congreso de Ministros de Justicia de las Américas está llamado a ser un foro iluminador respecto de los criterios generales que deben empapar la transformación en marcha.

## **VI. Una nueva cultura jurídica para el Continente**

Con todo, el esfuerzo de mayor significación debe estar orientado hacia el fomento de una nueva cultura jurídica, que empapada en los ideales de “libertad, igualdad y solidaridad” tenga una aptitud transformadora del pensamiento y prácticas de los aplicadores del derecho en las Américas, esto es jueces, fiscales y defensores, como asimismo de la población; ya que ningún cambio será auténticamente profundo si no se alteran la mentalidad y los hábitos de las personas. En efecto, está latente la posibilidad de que la desigualdad en el acceso a la justicia o, mejor dicho, en el goce de los derechos que el Estado-Justicia asegura por medio del proceso, perviva, aun en un nuevo ordenamiento estatal-judicial, si los Gobiernos de los Estados deciden ignorar la dimensión cultural de la transformación en ciernes.

Cuestión central en una nueva política judicial en el orden civil será la de sustituir los hábitos de solución de controversias, encaminado a sostener el necesario protagonismo, primero de las partes en conflicto, a través de la negociación directa y las técnicas de mediación, y luego de terceros que cuenten con la confianza de éstos; vale decir, de tribunales arbitrales, *ad hoc* o institucionales. A este respecto cobra interés la formación y capacitación de los actores del sistema jurídico, puesto que la nueva política judicial que propiciamos tenderá a una mayor integración de las funciones. En efecto, un abogado litigante —en el modelo de justicia solidaria y subsidiaria que propiciamos— podría estar llamado a desempeñar, esporádica o comúnmente, las veces de juez árbitro. Sólo como última *ratio* en este esquema se encomendará la solución de disputas a los jueces estatales.

Por lo mismo, podría ser útil que, junto a los programas de formación y capacitación de los aplicadores del derecho, se desarrolle una labor pedagógica con las nuevas generaciones, incorporando los temas del Sector Justicia dentro de los programas de educación cívica que se desarrollan en los colegios y escuelas. Esta medida permitirá el surgimiento de un ciudadano más consciente de sus derechos y del rol que le asiste para la realización del ideal de justicia. Este Nuevo Ciudadano, que no se confunde necesariamente con el Nuevo Hombre a que se refería San Pablo, está llamado a desempeñar un rol determinante en el modelo de democracia americana, signada por el respeto a los derechos humanos y el funcionamiento eficaz y eficiente de las instituciones republicanas. No se trata de elevar a su máxima perfección espiritual al ciudadano americano, sino de capacitar a éste para que se desenvuelva adecuadamente en una sociedad política en la cual no sólo es sujeto de derechos, sino también el responsable último de su ordenación al bien común.

Las reflexiones anteriores están cargadas de un sereno optimismo, ya que se vislumbra, no necesariamente hoy o mañana, el amanecer de una ecuación más apropiada de la noción de ciudadanía, en la cual el ciudadano se erige en titular de derechos y potestades públicas (entre las que se cuenta la facultad de accionar ante los tribunales de justicia y, en cuanto árbitro, destaca la facultad de impartir justicia) y en el cual descansará el cabal funcionamiento de las instituciones democráticas y, adoptando los sugestivos términos de Ihering, le asistirá un rol protagónico en la lucha por el Derecho.