



UNA REFORMA IMPOSIBLE  
LA JUSTICIA LATINOAMERICANA  
EN EL BANQUILLO

LUIS PÁSARA



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

UNA REFORMA IMPOSIBLE.  
LA JUSTICIA LATINOAMERICANA EN EL BANQUILLO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 255

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Leslie Cuevas Garibay  
Héctor Yeraldo Arias Alamilla  
*Cuidado de la edición*

Ana Julieta García Vega  
Jessica Quiterio Padilla  
*Formación en computadora*

Edith Aguilar Gálvez  
*Elaboración de portada*

LUIS PÁSARA

UNA REFORMA  
IMPOSIBLE.  
LA JUSTICIA LATINOAMERICANA  
EN EL BANQUILLO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
MÉXICO, 2015

Primera edición: 7 de mayo de 2015

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-6310-1

*A la memoria de Guillermo O' Donnell  
quien supo, como pocos, mirar el derecho  
desde fuera de sí mismo*

*En recuerdo de Volkman Gessner quien contribuyó  
a este libro de su interés por América Latina*

## CONTENIDO

Presentación . . . . .	XI
Introducción. La justicia como problema . . . . .	XIII
CAPÍTULO PRIMERO	
LA JUSTICIA RECIBIDA . . . . .	1
I. Cuando los derechos no están garantizados . . . . .	1
II. Una historia de subordinación . . . . .	16
III. Distante, ininteligible, difícilmente accesible. . . . .	36
IV. Un ejercicio (casi) inútil. . . . .	52
CAPÍTULO SEGUNDO	
CLAVES DEL SISTEMA . . . . .	55
I. Herencia y tradición . . . . .	56
II. La pesada carga de la cultura jurídica . . . . .	73
III. Sociedad y justicia. . . . .	110
CAPÍTULO TERCERO	
LOS INTENTOS DE REFORMA . . . . .	131
I. Avances y límites . . . . .	139
II. Los obstáculos . . . . .	185
III. El caso de la reforma procesal penal. . . . .	204

## CAPÍTULO CUARTO

OTROS ACTORES, UN MITO Y NUEVOS DESAFÍOS. . . . .	223
I. La búsqueda sociedad civil . . . . .	224
II. El papel de la cooperación y los actores internacionales	231
III. El mito acerca del papel de la justicia en el crecimiento económico . . . . .	250
IV. El desafío de la pluralidad jurídica . . . . .	263
V. Los jueces en la arena política . . . . .	278
Conclusiones. Entonces, ¿es posible hacer algo? . . . . .	289

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA JUSTICIA RECIBIDA

¿Cómo es la justicia realmente existente en América Latina? Esta primera parte se propone reconocerla como ha sido y como es, incluidas las variaciones de las últimas décadas. Se aborda el tema en tres niveles críticos que, más allá de la mera descripción, son portadores de una interpretación que busca explicar la justicia que tenemos. El primero corresponde a la insuficiencia, cuando no la ineffectividad, de la ley en la vida social de la región; una falta de eficacia que configura un Estado de derecho débil en el que se enmarca el funcionamiento del aparato de justicia. El segundo es la historia de subordinación al poder que ha caracterizado al aparato de justicia durante la vida republicana de nuestros países, haciendo que con demasiada frecuencia el control del ejercicio del poder, a cargo de los jueces, sea inexistente. El tercero consiste en el examen de los obstáculos que se interponen entre la justicia y poblaciones masivas que carecen de los recursos educativos y económicos necesarios para comparecer ante ella de modo tal que sus derechos puedan ser reconocidos y respetados.

#### I. CUANDO LOS DERECHOS NO ESTÁN GARANTIZADOS

En cualquier sociedad, sin importar cuál sea su grado o forma de desarrollo, sus miembros tienen determinados derechos y deberes. Ambos se hallan dentro de un conjunto de normas que quienes viven en esa sociedad deben obedecer —para que derechos y deberes sean efectivos—, con la intervención ocasional de una autoridad encargada de obligar a que sean cumplidas o

de sancionar su incumplimiento. Ese principio, que se considera esencial para el funcionamiento de una sociedad, está en el núcleo de lo que juristas y politólogos llaman Estado de derecho.

Se oponen al Estado de derecho tanto la imposición de la fuerza, ejercida por particulares por sobre los derechos establecidos, como la arbitrariedad de la autoridad que ignore las normas y ejerza el poder sin más límites que la voluntad de quienes gobiernan. No basta entonces con que existan normas. Es preciso que esas normas sean eficaces; esto es, que rijan efectivamente las relaciones entre todos, contando para ello con el respaldo de la autoridad.

Precisamente es la eficacia de las normas lo que en nuestros países resulta cuestionado en la práctica. La endeblez del Estado de derecho consiste en que los derechos de cada ciudadano —declarados en textos constitucionales minuciosos y leyes abundantes— no están garantizados. Y constatamos que no lo están cuando alguien acude a la justicia, para asegurar que sus derechos sean respetados, y no lo logra.

En eso reside la debilidad central de la justicia latinoamericana: los jueces no garantizan el respeto y cumplimiento de derechos y deberes ciudadanos, pese a que están escritos en la Constitución y las leyes. Para que tales normas sean efectivas se necesita que los tribunales sean accesibles por cualquier persona, que los jueces procedan imparcialmente en los casos sometidos a su resolución y que sus decisiones sean ejecutadas de manera pronta y efectiva. Por cierto, además, se requiere de ciertas garantías complementarias en el aparato administrador de justicia, como que las sentencias sean razonadas o que los juicios sean públicos. Ciertamente, en lo que toca a los jueces, es preciso que éstos busquen realizar su trabajo, en los casos a su cargo, de acuerdo a los principios que están establecidos para ejecutar esa función, aunque en ocasiones esto les suponga cierto riesgo personal.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> John V. Orth, “Exporting the Rule of Law”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 24, 1998, pp. 79-81.

La justicia y los jueces que, en general, han conocido los países latinoamericanos no corresponden a esas caracterizaciones. El sistema de justicia en la región es tradicionalmente ineficaz y lo es porque en él se ha separado de una manera llamativa lo que dicen las normas de su vigencia efectiva.<sup>2</sup> Los latinoamericanos sabemos, seguramente mejor que en otras partes del mundo, que no basta lo que diga la ley —en ocasiones, lo que dice es manifiestamente inútil— porque entre la norma escrita y el derecho aplicado hay una distancia que a menudo es muy larga e incluso insalvable. Esa distancia se manifiesta, como una enfermedad congénita, en el aparato de la justicia.

En México, un estudio empírico sobre conflictos judicializados, realizado en los años sesenta constató que, tratándose de pleitos entre desiguales “el derecho no juega ningún papel”, puesto que es el más fuerte “quien determina el desenlace del conflicto”, pero no mediante la utilización de las normas sino de “los muchos medios de influencia internos del sistema”. En concordancia, el poder a través de la justicia resultaba efectivo para “pocos grupos de la población”, especialmente “cuando las partes están en la misma posición social.” De otro modo, las diferencias se resolvían según el equilibrio real de fuerzas.<sup>3</sup> En el caso venezolano, un estudio del periodo (1958-1999) constató el predominio de un sistema clientelar en el que “las reglas tienen que ser flexibilizadas —hasta el grado de su desnaturalización— cuando no simplemente ignoradas”, para lo cual un sistema de justicia que “seguía la misma lógica” hizo que “el Estado no pudo nunca garantizar los derechos ciudadanos”.<sup>4</sup> En Chile, ni las cortes ordinarias ni el Tribunal Constitucional se hallaron históricamente

<sup>2</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 124, 320 y 331.

<sup>3</sup> Volkmar Gessner, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1986, pp. 221, 246 y 247.

<sup>4</sup> Rogelio Pérez Perdomo, “Venezuela 1958-1999: el derecho en una democracia renqueante”, en Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003, pp. 648, 654 y 710.

inclinadas a defender los derechos constitucionales.<sup>5</sup> Finalmente, el caso colombiano ofrece una variante que se ha reproducido durante décadas: “En muchas zonas rurales opera un control directo por los distintos grupos armados, que tienden a desarrollar estructuras informales de justicia privada y que mantienen relaciones muy complejas con las instancias oficiales”.<sup>6</sup>

Respecto a tiempos recientes, se cuenta a modo de ilustración con las respuestas dadas a una encuesta aplicada en 2011 en 12 países de la región, que inquirió por la experiencia de robo en la vivienda del encuestado, incluyendo lo ocurrido posteriormente en relación con el sistema de justicia (tabla 1).

TABLA 1. EN LOS ÚLTIMOS 3 AÑOS, ¿ALGUIEN INGRESÓ EN SU RESIDENCIA SIN PERMISO PARA ROBAR O TRATAR DE ROBAR ALGO? (2011)

<i>País</i>	<i>Total de encuestados</i>	<i>Sufrieron robo</i>	<i>Denunciaron</i>	<i>Capturaron a los autores</i>	<i>Los sancionaron</i>
Brasil	850	82 (9.65%)	35 (42.68%)	6 (7.3%)	2 (2.44%)
Chile	850	123 (14.47%)	76 (61.79%)	14 (11.38%)	6 (4.88%)
Guatemala	998	155 (15.53%)	81 (52.26%)	10 (6.45%)	2 (1.29%)
Jamaica	998	76 (7.62%)	43 (56.58%)	4 (5.26%)	2 (2.63%)
Venezuela	1000	137 (13.7%)	51 (37.23%)	5 (3.65%)	2 (1.46%)
Argentina	998	184 (18.44%)	126 (68.48%)	—	7 (3.8%)
Bolivia	993	228 (22.96%)	98 (42.98%)	—	7 (3.07%)

<sup>5</sup> Javier Couso y Lisa Hilbink, “From Quietism to Incipient Activism. The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 99.

<sup>6</sup> Rodrigo Uprimny *et al.*, “Entre el protagonismo y la rutina. Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003, p. 246.

TABLA 1. EN LOS ÚLTIMOS 3 AÑOS, ¿ALGUIEN INGRESÓ EN SU RESIDENCIA SIN PERMISO PARA ROBAR O TRATAR DE ROBAR ALGO? (2011)

Colombia	1007	152 (15.09%)	77 (50.66%)	—	6 (3.95%)
República Dominicana	997	292 (29.29%)	160 (54.79%)	—	55 (18.84%)
El Salvador	1013	106 (10.46%)	61 (57.55%)	—	3 (2.83%)
México	1057	149 (14.10%)	102 (68.46%)	—	11 (7.38%)
Perú	1009	209 (20.71%)	126 (60.29%)	—	4 (1.91%)
Total	11 770	1893 16.08%	1036 (54.73%)	—	107 (5.65%)

*Fuente:* World Justice Project Rule of Law Index.

El 16% de los encuestados dijeron haber sufrido robo en su vivienda en el lapso de los tres años previos a la entrevista, encontrándose el nivel más alto en República Dominicana (29.29%). Si se toma el conjunto de víctimas, el primer dato importante corresponde a las denuncias, que en los 12 países correspondieron a algo más de la mitad de los casos (54.73%); sea porque la víctima desconfiara del aparato de justicia o debido a que presumiera incompetencia en él para resolver el caso, la “cifra negra” —los casos no denunciados y que, en consecuencia, no integran la estadística oficial— superaron 45% de los robos producidos. Los datos por país muestran que a Venezuela correspondió el nivel más bajo de denuncias (37.23%), mientras en el otro extremo se encontraban México (68.46%), y Argentina (68.48%). Los datos sobre capturas producidas no cubren a todos los países, por lo que no pueden ser analizados comparativamente. Aquellos casos en los que la justicia produjo sanciones equivalieron, en el conjunto de países, a uno de cada 20 casos denunciados (5.65%), pero si se examina los resultados por país, resaltan, en un extremo, República Dominicana con (18.84%) de casos en los que hubo sanción, y en el otro, debido al bajo nivel de eficacia, Perú

(1.91%), Venezuela (1.46%) y Guatemala (1.29%), en los que no hubo sanción para más de (98%) de los casos denunciados.

Los datos examinados ejemplifican la ineficacia en materia penal, que es una de las áreas más importantes del aparato de justicia, no sólo debido a que esta materia tiene un peso muy grande dentro del volumen de casos que el sistema de justicia conoce sino también porque en este ámbito se juzgan —o, más bien, se deben juzgar— asuntos entre los que se hallan derechos fundamentales —entre ellos, el derecho a la vida y a la integridad personal—.

La encuesta recién citada, realizada por World Justice Project Rule of Law Index, indagó también en algunos países por los casos de homicidio ocurridos en la familia o en la vivienda del encuestado, en los últimos tres años. Las respuestas indican que en Brasil fueron sancionados los autores de tres de los 45 casos de homicidio señalados por los encuestados; en Venezuela lo fueron tres entre un total de 37 casos y en Guatemala, apenas dos de 69 homicidios.

Nuestros aparatos de justicia viven con naturalidad su ineficacia —cuyo efecto social consiste en una radical falta de respeto por la ley— que en otras partes se considera una anomalía o una degeneración del funcionamiento de la justicia. Los jueces incluso se desentienden usualmente del cumplimiento de sus decisiones. Les basta con emitir la sentencia; consideran que su obligación llega hasta ese punto y si, luego, la decisión es obedecida o no, es algo que parecen considerar como un tema distinto, que no les importa demasiado. Los jueces latinoamericanos no comparten la idea de que el derecho que no es eficaz, en realidad, no es derecho sino “letra muerta” o “papel mojado”, que no tiene otra función que la de engañar incautos.

Hay un punto especialmente crítico en el desempeño de la justicia en nuestros países, que revela una fuente esencial de tales comportamientos. Es la incapacidad sistemática para sancionar responsabilidades en los órganos y agentes del Estado. La excepción aparece eventualmente cuando la demanda proviene de in-

tereses económicos poderosos que se consideran agraviados por una norma tributaria o una restricción del libre mercado. Resulta probable que esos demandantes encuentren jueces con oídos atentos a su reclamo. Pero cuando se trata de normas restrictivas de derechos civiles, emitidas por congreso o ejecutivo, los mismos oídos parecen taponados a cualquier razonamiento. Y, sobre todo, cuando llega la hora de procesar ciertos abusos del poder, ninguna prueba parece ser suficiente. Los miembros de las fuerzas de seguridad en muchos países no saben lo que es ser condenado, trátese de haber ocasionado lesiones, torturas, violaciones o incluso muertes. Hay trabajos que han verificado esta tendencia ominosa en determinados países. Así sabemos, por ejemplo, que en San Pablo y en Buenos Aires la actuación de las llamadas fuerzas del orden en muchos casos ni siquiera se preocupa por ocultar evidencias acerca de sus propios crímenes. De antemano se sabe que las cortes no encontrarán culpables porque —no interesa qué dicen las leyes— hay en vigencia una norma no escrita según la cual es tolerable que la policía ejecute a los delincuentes violentos.<sup>7</sup>

Para el ciudadano promedio, que no es víctima directa del abuso, acaso no haya hecho más irritante —y, al mismo tiempo, deprimente— que la constatación de la existencia de un sistema que garantiza impunidad a aquél que abusa de otros haciendo uso del poder otorgado por un cargo de autoridad. Los ciudadanos saben que esto es lo que ocurre. Casi cuatro de cada cinco entrevistados en una encuesta nacional en México (78.5%) manifestaron que la gente está insuficientemente protegida ante el abuso de autoridad, dos de cada cinco (40.4%) pensaban que no se puede demandar al gobierno si éste le causa algún daño, y de plantearse tal demanda en los tribunales, 86% creían que existían pocas o ninguna posibilidad de ganar.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Daniel Brinks, “The Rule of (Non) Law. Prosecuting Police Killings in Brazil and Argentina”, en Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2006, pp. 201 y 226.

<sup>8</sup> Hugo Concha Cantú *et al.*, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México UNAM-Tribunal Electoral del

Augusto Pinochet murió sin ser condenado, pese a su demostrada responsabilidad por violaciones de derechos humanos y por haber obtenido beneficios económicos irregulares en ejercicio del gobierno. Su impunidad fue lamentable —y vergonzosa para la justicia chilena— pero, al lado de la de tantos otros, no causó sorpresa. Fue más bien sorprendente que la justicia peruana —que por diversas razones no se halla entre las más presentables de la región— condenara a Alberto Fujimori, también, por violaciones de derechos humanos y corrupción en el poder. En ese caso, un Tribunal sentó la excepción, más que la regla, porque la justicia latinoamericana ha abdicado usualmente de la función de investigar atropellos dramáticos de este tipo. Y en esa renuncia de su responsabilidad reside una de las pruebas más escandalosas acerca de la debilidad o la ausencia —según los casos— del Estado de derecho en la región.

La noción de Estado de derecho es controvertida, utilizada de diversas maneras, a veces contradictorias, y en definitiva, significa contenidos diferentes entre públicos distintos.<sup>9</sup> Pese a esta dificultad, es indispensable basarse en ella porque resulta crucial en el asunto que este libro aborda, que es la justicia.

El Estado de derecho significa mucho más que un conjunto de normas dotado de eficacia. Al someterse a un conjunto de normas, una sociedad expresa un proyecto de vida en común y cooperación colectiva que, cuando se hace realidad, ha alcanzado el Estado de derecho.<sup>10</sup> Para que éste sea efectivo se requiere

Poder Judicial de la Federación-Comisión Federal de Mejora Regulatoria, 2004, p. 41.

<sup>9</sup> Guillermo O'Donnell, "Why the Rule of Law Matters", *Journal of Democracy*, vol. 15, núm. 4, octubre de 2004, p. 33; S. Haggard, A. MacIntyre y L. Tiede, "The Rule of Law and Economic Development", *Annual Review of Political Science*, núm. 11, 2008, p. 220; Rachel Sieder, "Legal Globalization and Human Rights", en Pedro Pitarch *et al.* (eds.), *Human Rights in the Maya Region: Global Politics, Cultural Contention and Moral Engagements*, Durham, Duke, 2008, p. 69.

<sup>10</sup> Pilar Domingo, *Rule of Law and Judicial Systems in the Context of Democratization and Economic Liberalisation: A Framework for Comparison and Analysis in Latin*

que los ciudadanos tengan acceso a los mecanismos para resolver sus conflictos, que la actuación del Estado se halle efectivamente bajo control de la ley, y que ambos factores sean de responsabilidad de un aparato de justicia independiente y efectivo.<sup>11</sup> Desde luego, no existe ninguna sociedad en la que estos elementos se hayan desarrollado a plenitud, ni es posible esperar que el Estado de derecho cubra plenamente toda relación que se dé en un grupo social. Pero, cuando la tendencia en una sociedad determinada apunta a que, en general, las normas sean efectivamente aplicadas por jueces relativamente imparciales, puede decirse que allí existe —como estándar, siempre susceptible de ser ocasionalmente transgredido— un Estado de derecho. No es fácil decirlo en los países de América Latina.

Si se quiere mayor precisión, puede sostenerse que la noción de Estado de derecho originalmente correspondió<sup>12</sup> a la existencia de leyes de conocimiento público, aprobadas por una autoridad competente con anterioridad a los hechos a los que han de ser aplicadas, tarea que debe ser ejercida imparcialmente por las autoridades investidas de la facultad de hacerlo. La imparcialidad no sólo supone que la aplicación no corresponda a privilegios de clase, estatus o poder económico o político; además, se requiere que, como consecuencia de ella, nadie quede fuera de la aplicación de la ley o por encima de ella. Esto es lo que se conoce como la igualdad ante la ley, pero lograda en términos efectivos y no meramente declarativos.

Como el derecho no es estático sino que cambia con la evolución social, posteriormente se han ido agregando otros elementos necesarios. El primero, referido al origen de la ley, que en una democracia debe tener raíz en la elección popular de quienes legislan y en el cumplimiento de los procedimientos previstos para

*América*, Mexico CIDE-División de Estudios Políticos, Documento de trabajo 25, 1995, p. 3.

<sup>11</sup> Mark Ungar, *Elusive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, Boulder-Londres Lynne Rienner Publishers, 2002, p. 1.

<sup>12</sup> Guillermo O'Donnell, *op. cit.*, p. 33.

la emisión de normas. El segundo, acerca de la necesidad de que todo caso similar reciba tratamiento semejante en los tribunales, lo que hace de las decisiones judiciales algo previsible. El tercero, la exigencia de que normas y procedimientos correspondan a la constitución y, además, a las normas internacionales que han sido adoptadas por el Estado de que se trate.

Finalmente, este conjunto de elementos debe producir cierto orden en la sociedad, en términos de seguridad, regulación de las conductas y desactivación de conflictos sobre la base de las normas y criterios enunciados. Así entendido, el orden hace posible la convivencia armónica en el marco normativo de un Estado que responde a la necesidad de proteger los derechos de sus ciudadanos<sup>13</sup> y lo hace a través de la efectividad de un sistema institucionalizado en el que las reglas son aplicadas consistentemente en todo el territorio.<sup>14</sup>

Tal es el sistema que caracteriza a las democracias occidentales que, ciertamente, distan mucho de ser perfectas al respecto pero cuyo funcionamiento se orienta en esa dirección, lo que significa que sí se produce una violación de las normas, lo esperable es que sea castigada. Debe notarse que a las democracias occidentales les ha costado mucho recorrer ese camino. De un lado, revoluciones y guerras; de otro, siglos. El crecimiento del Estado de derecho ha sido lento porque implicó no sólo consagrar ciertos principios a través de normas sino, mucho más que eso, cambios culturales profundos.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> David A. Shirk y Alejandra Ríoz Cázares, "Introduction: Reforming the Administration of Justice in Mexico", en Wayne Cornelius y David A. Shirk, *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, Notre Dame, La Jolla, University of Notre Dame Press, Center for U.S.-Mexican Studies, University of California, San Diego, 2007, pp. 3 y 4.

<sup>14</sup> Guillermo O'Donnell, "Horizontal Accountability: The Legal Institutionalization of Mistrust", en Scott Mainwaring y Christopher Welna (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 43.

<sup>15</sup> John V. Orth, "Exporting the Rule of Law", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 24, 1998, p. 80.

El contraste con las sociedades latinoamericanas surge cuando, en éstas, ciertas características del funcionamiento de la ley y sus instituciones aparecen asumidas con normalidad, y resultan aceptadas casi como si tuvieran fuerza normativa. La primera de esas características es la ineffectividad del sistema legal. La segunda es consecuencia de la primera: un vasto sector de la ciudadanía no encuentra efectivamente reconocidos sus derechos fundamentales.<sup>16</sup> La aplicación de la ley es intermitente<sup>17</sup> y selectiva.<sup>18</sup> La intermitencia significa que el sistema se aplica en ciertos casos y en otros no; la selectividad atiende a quiénes resultan beneficiarios de la intermitencia. En ambas se basa la desigualdad efectiva ante la ley que produce la denominada ciudadanía de baja intensidad; en esa condición, amplios grupos sociales acceden a algunos derechos —como el más o menos generalizado derecho a elegir, por ejemplo— pero no a otros. A fines de los años sesenta, un observador adjudicó a esta justicia un carácter de clase, que explicaría tanto su lentitud, como sus costos y discriminaciones; una justicia destinada a proteger a los señores y que presta poca atención a los problemas de la gente común; pese a que la ley reconozca los derechos individuales de todos, la justicia tiene poco interés en garantizarlos.<sup>19</sup>

En nuestros países, el incumplimiento de la ley —o su aplicación selectiva— no es excepcional ni procede de un error del aparato o de la influencia ocasional de alguien con poder. Se trata de un rasgo del sistema. Las instituciones han hecho suya esta

<sup>16</sup> Guillermo O'Donnell, "Acerca del Estado en América Latina contemporánea: diez tesis para discusión", *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004, p. 178.

<sup>17</sup> Guillermo O'Donnell, "Reflections on Contemporary South American Democracies", *Journal of Latin American Studies* 33, 2001, pp. 601-603.

<sup>18</sup> Alberto Binder, "La cultura jurídica, entre la tradición y la innovación", en Luis Pásara (ed.), *Los actores de la justicia latinoamericana*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2007, pp. 21-40.

<sup>19</sup> Víctor Alba, *The Latin Americans*, Nueva York, Praeger Publications, 1969, p. 346.

característica por la cual las normas se aplican dependiendo de circunstancias precisas que determinan cuándo, usualmente en razón de quién se trate. Ciertamente, esto significa que es inherente al sistema la incapacidad de aplicar las normas por igual a quienes gobiernan y a quienes son gobernados.<sup>20</sup> Pero, además, implica un estatuto de impunidad para los sectores privilegiados, que gozan de mayor poder; en América Latina quienes tienen poder generalmente disfrutan de la garantía de que no serán sancionados en el caso de que incurran en una violación de la ley.<sup>21</sup> Se trata, como escribió Guillermo O'Donnell, de una tradición por la cual en la región se ignora o retuerce la ley para favorecer a los fuertes y reprimir a los débiles.<sup>22</sup>

El eje de funcionamiento de ese sistema es un Estado débil que, pese a los dos siglos de vida independiente, no tiene control sobre todo el territorio;<sup>23</sup> en éste determinadas áreas —no sólo rurales sino también en las grandes ciudades— y ciertas relaciones sociales, económicas y políticas se hallan, en términos efectivos, fuera de la acción de las autoridades. En el caso brasileño se ha sostenido que “el ordenamiento jurídico no regula las relaciones sociales de la mayoría de la población”.<sup>24</sup> En la región, el Estado no ejerce el monopolio legítimo de la fuerza, conforme a la definición clásica, como lo demuestra —entre otros ejemplos de crimen organizado— la vasta acción del narcotráfico en toda la región.

En el plano territorial puede tratarse de pandillas o *maras* que controlan barrios de una ciudad, o de grupos armados que impo-

<sup>20</sup> Jeremy Adelman y Miguel Ángel Centeno, “Between Liberalism and Neoliberalism: Law’s Dilemma in Latin America”, en Yves Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *Global Prescriptions: the Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, University of Michigan, 2002, p. 158.

<sup>21</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

<sup>22</sup> Guillermo O'Donnell, *op. cit.*, p. 40.

<sup>23</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, p. 101.

<sup>24</sup> Eliane Bottelho Junqueira, “Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, *cit.*, 2003, p. 189.

nen cupos y ciertas reglas en zonas rurales. En el plano de relaciones sociales hay que incluir en el cuadro todas aquéllas que el Estado no tiene capacidad de someter a las normas teóricamente vigentes: la servidumbre de los empleados en el hogar, las relaciones laborales al margen de toda ley, la violencia intrafamiliar, etcétera. A todo ello, agréguese la acción de las bandas al servicio de narcotraficantes y la de sicarios, que proveen a quienes los contraten el servicio de cobro de deudas y agravios. Puede trazarse así el vasto espacio latinoamericano que el Estado no controla y donde subsisten o se han creado —y en todo caso se aplican— normas distintas a aquellas que en las facultades de derecho se estudian haciendo omisión de esa realidad, conforme se examinará más adelante.

En parte, esta acción —de sujetos o grupos que alcanzan capacidad para imponer sus normas en un ámbito dado— es viable no sólo por la ausencia del Estado sino por otro flanco de su debilidad que consiste en la porosidad que ofrece para ser colonizado por intereses particulares. Varias o muchas de esas relaciones sociales en las que una persona o un grupo impone la fuerza sobre otros son posibles mediante la acción u omisión de agentes del Estado, que reciben un beneficio a cambio de este comportamiento.

De allí que pueda decirse que, tanto debido a la ausencia del Estado como en razón de la actuación “privatizada” de sus agentes, el Estado latinoamericano es una fuente de desorden.<sup>25</sup> Los agentes estatales —incluidos los pertenecientes al sistema de justicia— contribuyen directamente a la falta de certeza derivada de una aplicación inconstante y selectiva de la ley. Como se ha señalado para el caso colombiano, los funcionarios hacen uso del derecho, haciéndolo cumplir cuando concurren determinadas circunstancias;<sup>26</sup> en unos casos puede ser que una fuente de poder

<sup>25</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, p. 16.

<sup>26</sup> Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, “El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia”, en Álvaro Camacho Guizado y Francisco Leal Buitrago (comp.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Santa Fe de Bogotá, PESCOL-IEPRI-CEREC, 1999, p. 59.

exija su cumplimiento; en otros, la ausencia de un poder significativo que se interese en el caso puede abrir un espacio para que la ley cobre vigencia. A menudo, las reglas de juego a ser aplicadas están sujetas a negociación, disputa, manipulación y corrupción,<sup>27</sup> alcanzando una forma maleable, a disposición de las fuerzas en disputa, que desvirtúa por completo la noción de Estado de derecho.

En determinados casos, la existencia paralela de normas en conflicto da validez a la idea de dualismo normativo. Son situaciones frente a las cuales la ley dice algo distinto de lo que de hecho son las prácticas que rigen usualmente. Esta dualidad conlleva lenguajes y exigencias paralelas, que requieren de los participantes disimulo y manipulación,<sup>28</sup> a través de las cuales en definitiva prevalecen las prácticas de las relaciones personales —y sus lazos de parentesco, amistad y clientelismo— sobre las reglas formales.

El hecho central, del cual se deriva el carácter del derecho y la justicia en nuestros países, es entonces la debilidad del Estado, que caracteriza a la mayoría de países latinoamericanos.<sup>29</sup> Al lado de esa debilidad probablemente deba considerarse una tradición histórica en la que está siempre presente la influencia externa,<sup>30</sup> expresada a menudo como copia y trasplante de normas e instituciones jurídicas extranjeras. De ese hecho central se derivan dos factores íntimamente ligados. De una parte, el Estado de derecho que estas sociedades pueden producir ha resultado sumamente frágil, constante que limita y erosiona el funcionamiento del régimen democrático.<sup>31</sup> De otra, la ciudadanía también es

<sup>27</sup> Carlos Aguirre y Ricardo D. Salvatore, “Introduction. Writing the History of Law, Crime and Punishment in Latin America”, en Ricardo D. *et al.*, *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2001, p. 16.

<sup>28</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, p. 94.

<sup>29</sup> Guillermo O’Donnell, *op. cit.*, p. 38.

<sup>30</sup> Peter Waldmann, *op. cit.*, p. 100.

<sup>31</sup> Rachel Sieder, “Renegociando ‘la ley y el orden’, Reforma judicial y respuesta ciudadana en la Guatemala de posguerra”, *América Latina Hoy*, núm. 35, 2003, p. 62.

endeble, al no reconocerse los ciudadanos como sujetos de derechos —debido a la ausencia o inoperancia de un Estado que los constituyera como tales—, se facilitaron las condiciones para que abusos y atropellos prevalezcan sobre derechos.

La carencia o flaqueza de un aparato de justicia que desempeñe a cabalidad su función constitucional, cuidando de que los órganos del Estado se atengan a las reglas establecidas en el orden legal, afecta severamente el sistema de “pesos y contrapesos” que es constitutivo del juego democrático. Si los jueces no tienen capacidad efectiva de poner límites al uso del poder por las autoridades, la democracia resulta resentida. Pero el efecto social puede ser aún más profundo: cuando las normas no son aplicadas a todos por igual, las diferencias existentes en la sociedad —en razón de riqueza, origen étnico, nivel de educación, etcétera— se exacerbaban debido a la ausencia de un conjunto de reglas efectivamente compartidas y consideradas legítimas por todos.<sup>32</sup> En ese caso, la cohesión social resulta dañada.

De allí que pueda sostenerse que una parte considerable de la inestabilidad y la agitación por las que pasan cíclicamente nuestros países tiene origen en el fracaso del Estado de derecho. De ese fracaso proviene un estado de cosas en el que aquéllos que son débiles y carecen de poder son víctimas de los más fuertes, a partir del cual se extiende la sensación de que la ley y sus instituciones se encuentran al servicio de intereses privados, y no del interés público.<sup>33</sup>

Si el marco en el que se desarrolla el accionar de la justicia es uno en el que la debilidad del Estado hace frágil, y en ocasiones precario, el Estado de derecho, la pregunta subsecuente es qué

<sup>32</sup> Douglas North *et al.*, “Order, Disorder, and Economic Change: Latin América vs. North America”, en Bruce Bueno de Mesquita y Hilton Root (eds.), *Governing for Prosperity*, New Haven-Londres, Yale University Press, 2000, p. 24.

<sup>33</sup> Jeremy Adelman y Miguel Ángel Centeno, “Between Liberalism and Neoliberalism: Law’s Dilemma in Latin America”, en Yves Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *Global prescriptions: the production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy*, University of Michigan, 2002, p. 158.

puede esperarse, en esas condiciones, del aparato de justicia. Si el crecimiento y robustecimiento del Estado de derecho no es asunto de cambiar la Constitución o aprobar unas cuantas leyes sino que consiste en un largo proceso de transformación del ejercicio y la distribución del poder, y de la relación entre los ciudadanos y el Estado,<sup>34</sup> qué puede hacerse entretanto con las instituciones de la justicia. O, dicho en otras palabras, hasta qué punto contar con un Estado de derecho es un prerrequisito para que se levante una justicia digna de tal nombre, como sostienen algunos autores.<sup>35</sup> Es ésta una interrogante que acompaña todo el desarrollo de este volumen.

## II. UNA HISTORIA DE SUBORDINACIÓN

Los estudiosos del desarrollo de los procesos democráticos no dudan acerca del carácter crucial que se debe asignar en él a cortes y jueces. Es ante el órgano judicial que se puede hacer responsables de sus actos, constitucional y legalmente, a quienes ejercen el poder. Las autoridades deben rendir cuentas del ejercicio del poder ante los jueces,<sup>36</sup> cuando sean requeridos para hacerlo por aquéllos a quienes la ley faculta a hacerlo.

Sin embargo, la tradición de nuestros poderes judiciales dista mucho del cumplimiento de esa responsabilidad. Un sociólogo europeo contrastó en los años sesenta esa tradición con la de la Corte Suprema de Estados Unidos para observar que las cortes supremas latinoamericanas no se atrevían a usar su poder y que exhibían una constante de inhibición ante asuntos de naturaleza

<sup>34</sup> Thomas Carothers, “Rule-of-Law Temptations”, en Nelson Heckman *et al.* (eds.), *Global Perspectives on the Rule of Law*, Nueva York, Routledge, 2010, p. 25.

<sup>35</sup> Kelley, R. Lynn, “Venezuelan Constitutional Forms and Realities”, en John D. Martz y David J. Meyers (eds.), *Venezuela: The Democratic Experience*, Nueva York, Praeger, 1944, p. 44.

<sup>36</sup> Scott Mainwaring, “Introduction: Democratic Accountability in Latin America”, en Scott Mainwaring y Christopher Welna (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 15.

política. Indicó que en tales casos las cortes de la región solían decidir que no era de su competencia juzgar la constitucionalidad de la acción de los legisladores y que dudaban mucho a la hora de reconocer que un presidente había actuado en contra de, o al margen de la constitución. Señaló los casos de México, Argentina y Brasil como ejemplos de judicaturas que se habían acomodado a la periódica suspensión de garantías constitucionales y habían mostrado demasiada amplitud para reconocer gobiernos de facto. A este mismo observador le llamó la atención el efecto diferenciado de los nombramientos judiciales, que tanto en Estados Unidos como en América Latina respondían a presiones políticas, pero en el primer caso el mecanismo no parecía repercutir sobre la independencia judicial, a diferencia de lo que sí ocurría en la región.<sup>37</sup>

A mediados de la década de los años ochenta, justo antes de que se iniciara la ola de reformas del sistema judicial que patrocinó la cooperación estadounidense, se afirmaba que sólo un puñado de cortes tenían libertad para resolver los casos sobre la base de las características de los mismos y el contenido del derecho vigente. Si bien se reconocía que no había estudios sistemáticos que lo probaran, el consenso en la bibliografía disponible era que las cortes supremas latinoamericanas eran políticamente dependientes y estaban dominadas por el ambiente político que las enmarcaba, aunque se admitía que había variaciones considerables entre países, y en cada país, de acuerdo al tiempo.<sup>38</sup>

Respecto al caso argentino, hay consenso en la bibliografía acerca del perfil alcanzado por el Poder Judicial. Hasta cambios ocurridos muy recientemente, la Corte Suprema se restringió en el uso del control de legalidad y de constitucionalidad sobre ac-

<sup>37</sup> Jacques Lambert, *Latin America. Social Structure and Political Institutions*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 1988, pp. 288, 292 y 293.

<sup>38</sup> Joel G. Werner, "The Independence of Supreme Courts in Latin America: A Review of the Literature", *Journal of Latin American Studies*, vol. 16, parte 2, noviembre de 1984, pp. 463, 466, 468 y 505.

tos de gobierno,<sup>39</sup> gracias a que se pudo “conformar las cortes supremas, prácticamente, a la medida de las necesidades del poder político”,<sup>40</sup> recurriendo a destituciones que se hicieron rutina aplicada en cada cambio de régimen.<sup>41</sup> En definitiva, como afirmara Carlos Nino, “la relación de los jueces con el poder político en la Argentina ha ido adquiriendo una configuración deplorable”,<sup>42</sup> hasta el punto en el que el presidente Carlos Menem, al incrementar el número de miembros de la Corte para lograr una mayoría bajo control gubernamental, preguntara en voz alta: “Por qué debería ser yo el único presidente en 50 años que no ha tenido su propia Corte?”.

El retrato ofrecido por Eduardo Gamarra, acerca del Poder Judicial en Bolivia,<sup>43</sup> no es mejor. La politización de los periodos de nombramiento, la selección y la promoción de jueces ha atado a la judicatura del país con los lazos del clientelismo manejado por los ganadores de la contienda política. Pilar Domingo ha advertido que la tradición judicial del país está caracterizada por la subordinación tanto a intereses políticos como económicos.<sup>44</sup> Castagnola y Pérez Liñán han examinado el juego político sistemáticamente destinado a deshacerse de quienes desempeñan cargos judiciales y reemplazarlos por gentes de confianza de

<sup>39</sup> Peter G. Snow, “Argentina: Politics in a Conflict Society”, en Howard J. Wiarda y Harvey F. Kline (eds.), *Latin American Politics and Development*, Boston, Houghton Mifflin, 1979, p. 123.

<sup>40</sup> Karina Ansolabehere, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, Flasco-Fontamara, 2007, p. 123.

<sup>41</sup> Daniel Brinks, “Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The beginning of a New Millennium?”, *Texas International Law Journal*, Vol. 40, 2005, p. 608.

<sup>42</sup> Carlos Nino, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992, p. 81.

<sup>43</sup> Eduardo Gamarra, *The System of Justice in Bolivia: an Institutional Analysis*, San José, Florida International University, 1991.

<sup>44</sup> Pilar Domingo, “Weak Courts, Rights and Legal Mobilisation in Bolivia”, en Roberto Gargarella *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington, Hampshire-Ashgate, 2006, pp. 235-238.

quienes gobiernan.<sup>45</sup> Faundez ha explicado cómo la aparente independencia de la judicatura chilena fue fruto de su irrelevancia política, derivada de una renuncia institucional a hacer que prevalecieran derechos constitucionales básicos sobre medidas adoptadas por los otros poderes del Estado; esa renuncia ha producido una ausencia sistemática de remedios judiciales para proteger a los ciudadanos del abuso del poder por el Ejecutivo.<sup>46</sup>

El caso mexicano guarda cierta semejanza con el chileno; ambos tienen en común la delimitación de los jueces de un terreno propio, que no es el establecido por la ley sino que resulta de la abstención de los jueces de cuestionar decisiones tomadas por los otros poderes. En el caso mexicano esta abstención ha sido observada por diversos autores<sup>47</sup> y no es fruto de la revolución priísta sino que ya había sido proclamada en 1882 por quien entonces presidía la Suprema Corte de Justicia. La Revolución mexicana hereda la subordinación judicial y la mantiene mediante el control presidencial sobre el aparato de justicia federal,<sup>48</sup> al tiempo que los poderes judiciales de cada estado —que conocen la mayor parte de los conflictos judicializados— eran “ineficientes y vulnerables a los caprichos de los caciques, de los políticos y de

<sup>45</sup> Andrea Castagnola y Aníbal Pérez-Liñán, “Bolivia. The Rise (and Fall) of Judicial Review”, en Gretchen Halmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 302.

<sup>46</sup> Julio Faundez, *Democratization, Development, and Legality Chile, 1831-1973*, Nueva York, Hampshire-Palgrave Macmillan, 2007, pp. 4, 8 y 145.

<sup>47</sup> Robert Scott, *Mexican Government in Transition*, Urbana, University of Illinois Press, 1964, pp. 269 y 270, Carl Schwarz, “Jueces en la penumbra: la independencia del Poder Judicial en los Estados Unidos y en México”, *Anuario Jurídico*, II, 1975, UNAM, p. 197; Héctor Fix-Fierro, “Poder Judicial”, en María del Refugio González y Sergio López-Ayllón (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 2000, p. 173.

<sup>48</sup> Sara Schatz, Hugo Concha y Ana Laura Magaloni Kerpel, “The Mexican Judicial System: Continuity and Change in a Period of Democratic Consolidation”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk, *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, San Diego, Notre Dame, La Jolla, University of Notre Dame Press, Center for U.S.-Mexican Studies, University of California, 2007, pp. 199 y 200.

los gobernadores”.<sup>49</sup> En el caso de la Suprema Corte de la Justicia Federal, un estudio de 3,700 decisiones tomadas entre 1917 y 1960, respecto de casos en los que el presidente de la República aparecía como autoridad responsable de la conculcación de algún derecho,<sup>50</sup> pareció sugerir la existencia de un control judicial sobre el ejecutivo puesto que 28% de las decisiones dieron la razón al quejoso. Sin embargo, el trabajo vino a añadir un matiz a la existencia de la subordinación: ésta se relativizaba para admitir los intereses económicamente poderosos. Dos terceras partes de los casos reclamados correspondían a derechos de los grandes propietarios (44% del total) o se referían a utilidades (23%). De 24 reclamos presentados por trabajadores, la Corte admitió cuatro. La interpretación constitucional de los jueces mexicanos, en general, ha dependido de los valores impuestos por el Poder Ejecutivo.<sup>51</sup>

En Ecuador la politización ha “plagado” el sistema judicial, que se convirtió en prenda de la lucha política, y como resultado, ha sido incapaz de atender los casos de abusos en derechos humanos. En particular, el control partidario de la Corte ha sido visto como una manera de prevenir la persecución política por la oposición.<sup>52</sup> La marca de la politización también aparece en Honduras y en Nicaragua, tanto en la selección de jueces y magistrados como en las decisiones adoptadas por las cortes supremas, divididas según fronteras partidarias.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> Luis Rubio *et al.*, *A la puerta de la ley*, México, Cal y Arena, 1994, p. 59.

<sup>50</sup> Pablo González Casanova, *La democracia en México*, México, Era, 1965, pp. 19-21.

<sup>51</sup> Sergio López-Ayllón, “Notes on Mexican Legal Culture”, *Social & Legal Studies*, vol. 4, núm. 4, 1995, p. 485.

<sup>52</sup> Laura Chinchilla y David Schodt, *The Administration of Justice in Ecuador*, San José, Center for the Administration of Justice, 1993, pp. 14 y 15, 58 y 77.

<sup>53</sup> Mark Ungar, *Policing Democracy. Overcoming Obstacles to Citizen Security in Latin America*, Washington, D.C., Baltimore Woodrow Wilson Center Press-The Johns Hopkins University Press, 2011, p. 140; Luis G. Solís y Richard J. Wilson, *Political Transition and the Administration of Justice in Nicaragua*, San José, Florida International University, 1991, pp. 11 y 12.

“El Poder Judicial salvadoreño no ha sido nunca independiente del Ejecutivo o el Legislativo”; altamente politizado, su subordinación al poder militar se hizo extrema durante los 12 años de la guerra interna, mientras los jueces eran escogidos según su filiación política.<sup>54</sup> En Guatemala, la subordinación de los jueces ha sido de tal naturaleza que, según algunos autores, debe hablarse de “ausencia de separación de poderes en el Estado”.<sup>55</sup> En la historia de Venezuela, “la partidización del Poder Judicial es un hecho constatado”;<sup>56</sup> el resultado consiste en que “la penetración del cuerpo de jueces por redes clientelares o político-clientelares y la venalidad de un número importante de jueces, impidieron que la judicatura fuera una instancia confiable donde pudieran ser castigados los delitos de los poderosos, incluyendo la corrupción”.<sup>57</sup>

En este paisaje regional, durante el siglo XX aparece sólo una excepción clara: Costa Rica. No obstante que el Poder Judicial de ese país compartió con los otros países latinoamericanos el rasgo de subordinación al poder político, desde la creación, en 1989 de la Sala Constitucional en la Corte Suprema, se ha establecido una presencia importante de la justicia en los asuntos públicos y en la vida política, con principal incidencia en la protección de los derechos constitucionales y la vigilancia sobre la legalidad de la actuación de los otros poderes.<sup>58</sup> Como sugieren las

<sup>54</sup> Margaret Popkin, *Peace Without Justice. Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2000, pp. 182 y 183.

<sup>55</sup> Rachel Sieder y Patrick Costello, “Judicial Reform in Central America: Prospects for the Rule of Law”, en Rachel Sieder, (ed.), *Central America. Fragile transition*, Londres, Institute of Latin American Studies-MacMillan Press, 1996, p. 193.

<sup>56</sup> *Venezuela. Administración de justicia y crisis institucional*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 46.

<sup>57</sup> Rogelio Pérez Perdomo, “Venezuela 1958-1999: el derecho en una democracia renqueante”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, cit., p. 689.

<sup>58</sup> Bruce M. Wilson, “Enforcing Rights and Exercising an Accountability Function. Costa Rica’s Constitutional Chamber of the Supreme Court”, en

decisiones de la llamada Sala Cuarta del Poder Judicial de Costa Rica, con ocasión de las acciones de amparo y de los recursos de habeas corpus que le son planteados, el sistema judicial tiene no sólo la oportunidad sino la obligación de intervenir en los asuntos públicos para ejercer la porción de autoridad que la Constitución y la ley le asignan.

La tendencia adoptada por los jueces latinoamericanos ha estado marcada, más bien, por una retracción temerosa que transmitió a la sociedad el mensaje de que a ellos les correspondía sólo una mínima cuota de poder efectivo. Los jueces fueron usualmente muy cuidadosos para no crear tensiones en el ámbito político, a costa de dejar de asegurar el respeto de la ley por las autoridades.<sup>59</sup>

Al efecto, una serie de mecanismos fueron desarrollados como prácticas judiciales. El refugio en el formalismo fue útil cuando el incumplimiento, real o aparente, de cualquier requisito procedimental mínimo podía servir de excusa para no amparar, por ejemplo, un recurso de hábeas corpus que solicitaba dar cuenta de un detenido por razones políticas. Otro subterfugio extensamente utilizado fue la dilación: al postergar una decisión, el asunto podía encontrar otra salida sin que los jueces se arriesgaran a imponer una. A menudo, la justicia sirvió al poder más mediante sus omisiones<sup>60</sup> que mediante sus acciones.

El argumento mayor, sin embargo, fue el que mal utilizó el concepto de separación de poderes para sostener, a propósito de asuntos respecto a los cuales a los jueces resultaba incómodo decidir, que al Poder Judicial no corresponde intervenir en cuestiones de naturaleza política pertenecientes al ámbito de otros poderes. Fue la razón dada repetidamente por la Corte Suprema de Chile para no declarar fundados miles de recursos de amparo planteados ante los tribunales en nombre de detenidos, torturados y desaparecidos durante el gobierno del general Pinochet.

Gretchen Halmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, pp. 55-80.

<sup>59</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 302 y 328.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 712.

Debe resaltarse que en América Latina el mismo argumento fue esgrimido tanto durante gobiernos de facto como bajo gobiernos democráticamente elegidos. En general, cual fuese el régimen político, los jueces siguieron una política institucional de abstención en asuntos políticamente sensibles.<sup>61</sup> Pese a contar con facultades legales suficientes para decidir en ellos, la justicia decidió mostrar en estos casos una actitud pasiva y de no confrontación con actores políticamente fuertes.<sup>62</sup> En casos de gran impacto social, cuando el sistema judicial habría tenido que arbitrar asuntos altamente conflictivos, los jueces optaron por rehuir esa responsabilidad<sup>63</sup> y las posibles consecuencias de su decisión. Consideraciones de tipo genuinamente político, en verdad, les aconsejaron no aplicar el poder confiado a ellos constitucionalmente.<sup>64</sup>

El papel de los tribunales en la escena política latinoamericana —y, en general, en su historia— fue caracterizado como extremadamente débil.<sup>65</sup> La rama judicial era vista por los políticos como una institución bajo control, donde era conveniente colocar partidarios o, cuando menos, personas políticamente inofensivas que, sino les fueren leales, por lo menos se abstuvieran de perjudicarlos. El papel de la justicia, convertida de esa manera oblicua en un brazo más del gobierno, se mantuvo disminuido e incluso desde los sectores contestatarios de la izquierda el Poder

<sup>61</sup> Linn A. Hamnergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Boulder, Westview Press, 1998, p. 18.

<sup>62</sup> Pilar Domingo, “Judicial Independence and Judicial Reform in Latin America”, en Andreas Schedler, Larry *et al.* (eds.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder-Londres, Lynne Rienner, 1999, p. 161.

<sup>63</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, 2004, p. 312.

<sup>64</sup> Arpad Von Lazar, *Latin American Politics. A Primer*, Boston, Allyn and Bacon, 1971, p. 41.

<sup>65</sup> Arpad Von Lazar, *Latin American Politics. A Primer*, Boston, Allyn and Bacon, 1971, p. 40; Luis Salas y José Ma. Rico, *Carrera judicial en América Latina*, San José, Centro para la Administración de Justicia, 1990, p. 42.

Judicial fue visto con menosprecio.<sup>66</sup> Este cuadro resultó reforzado cuando los jueces de Argentina, Guatemala y Chile —para señalar los casos más importantes— no pusieron reparos a la represión aplicada por gobiernos militares, que en cada uno de esos países costó miles de muertos. Años después, la experiencia no sería muy distinta en el caso de la “guerra sucia” que vivió Perú.

Luego de la etapa de las dictaduras, los gobiernos elegidos popularmente no fortalecieron la independencia judicial, y en general, manipularon a los tribunales según su conveniencia.<sup>67</sup> Como resultado, tanto en democracia como bajo gobiernos autoritarios, la relación entre gobernantes y jueces sólo muy excepcionalmente pasó por tensiones. En general, los jueces miraron hacia otro lado cuando las autoridades hacían algo legalmente impropio y, para éstas, esa actitud era todo lo que necesitaban. La vía para llegar a esa suerte de equilibrio pernicioso, más que la imposición, fue el acuerdo, periódicamente renovado, entre aquéllos a quienes tocaba gobernar y las cúpulas de las instituciones judiciales.<sup>68</sup> De esa manera y salvo circunstancias insólitas, los jueces no tuvieron que recibir pedidos expresos para actuar —o dejar de hacerlo— de un modo que resultara favorable a los intereses de los gobernantes. El propio juez estaba dispuesto, de antemano, a servir esos intereses,<sup>69</sup> anticipando en el ejercicio de la función lo que el poder deseaba de él.

<sup>66</sup> Jorge Correa Sutil, “Judicial Reforms in Latin America: Good News for the Underprivileged?”, en Juan E. Méndez *et al.* (eds.), *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1999, pp. 258 y 259.

<sup>67</sup> Juan E. Méndez, “Institutional Reform, Including Access to Justice: Introduction”, en Juan E. Méndez *et al.* (eds.), *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1999, p. 223.

<sup>68</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 349.

<sup>69</sup> Sebastián Linares Lejarraga y Borja Díaz Rivillas, “Fortalecimiento de la independencia judicial en Centroamérica: un balance tras veinte años de reformas”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, p. 59.

De allí que en el caso de México se haya afirmado que hasta entrada la década de los años noventa, el Poder Judicial fue una especie de órgano administrativo cuyo poder era derivado del Poder del Ejecutivo.<sup>70</sup> En Argentina, luego del entusiasmo generado por los juicios a los integrantes de las juntas militares que gobernaron el país entre 1976 y 1983; “el escepticismo en cuanto al papel político de la administración de justicia tendió a generalizarse, junto con la percepción de su falta de independencia del poder político y su carácter socialmente discriminatorio”.<sup>71</sup> Un informe de USAID, la agencia de cooperación estadounidense, afirmó en 2002 que, con pocas excepciones —la más notable de las cuales era reconocida en el caso de Costa Rica—, las cortes latinoamericanas recibían el trato de apéndices del régimen en el poder.<sup>72</sup> La lista de poderes judiciales que se han ido apartando de la tendencia descrita incluyó luego a Colombia. Algunos autores reconocen en Colombia, Brasil y Costa Rica la mayor accesibilidad por el ciudadano para solicitar a los jueces el control sobre actos de gobierno.<sup>73</sup>

¿Cómo se explica la hasta hoy predominante tendencia de la justicia a subordinarse al poder? Desde que los politólogos, no los juristas, percibieron la significación del papel desempeñado por la justicia en nuestros países, se ha buscado responder esta pregunta. Ante todo, se ha notado que la dependencia política se establece principalmente a través de las cortes supremas que, a su vez, la transmiten escalonadamente a las otras instancias mediante la obligación no escrita de seguir los criterios establecidos por el

<sup>70</sup> Luis Rubio, *op. cit.*, p. 161.

<sup>71</sup> María Inés Bergoglio, *Litigar en Córdoba. Investigaciones sociológicas sobre la litigación*, Córdoba, Triunfar, 2001, p. 39.

<sup>72</sup> *Achievements in Building and Maintaining the Rule of Law. MSP's Studies in LAC, E&E, AFR and ANE*, Washington D.C., Office of Democracy and Governance, Bureau for Democracy, Conflict and Humanitarian Assistance, USAID, Occasional Paper Series, noviembre de 2002, p. 1.

<sup>73</sup> Rachel Sieder *et al.*, “Introduction”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndmills-Palgrave Macmillan, 2005, p. 14.

máximo Tribunal, como se hizo en Chile,<sup>74</sup> o valiéndose de formas de reclutamiento generadoras de lealtades y de relaciones de clientela, como se hizo en México.<sup>75</sup> En términos generales, los tribunales serían producto del clima político del país y su grado de independencia estaría determinado por el papel que la clase política le asigne y la sociedad acepte o tolere.<sup>76</sup> Ese papel se revela en las purgas judiciales ocurridas en la segunda mitad del siglo XX en la región y que llegaron a 17 en Bolivia, 11 en Ecuador y 6 en Argentina.<sup>77</sup> En un periodo de sólo 10 años, la Corte Suprema de Venezuela fue disuelta completamente en cinco ocasiones: 1945, 1947, 1948, 1953 y 1955. El autoritarismo prevaleciente, junto a la inestabilidad política, explicarían la excepcionalidad de la independencia en los jueces.<sup>78</sup>

Más específicamente, se ha señalado varios factores que, combinados, hacen posible la dependencia del poder: el rol dominante del Poder Ejecutivo en el régimen político, la propia tradición institucional de subordinación y la carencia de sustento popular que padece el Poder Judicial.<sup>79</sup> Este último factor puede referirse a un mecanismo de nombramientos y designaciones judiciales que no se basa en la elección popular o puede aludir a

<sup>74</sup> Lisa Hilbink, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship*, Lessons from Chile, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, pp. 5 y 6.

<sup>75</sup> Angélica Cuéllar Vázquez, *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales-Miguel Ángel Porrúa, 2000, p. 30; Héctor Fix-Fierro, "Poder Judicial", en María del Refugio González y Sergio López-Ayllón (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 2000, p. 193.

<sup>76</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 156.

<sup>77</sup> Gretchen Helmke, "Checks and balances by other means: Strategic Defection and Argentina's Supreme Court in the 1990s", *Comparative Politics*, 35, 2, 2003, pp. 213-230.

<sup>78</sup> Mark Ungar, *Evasive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, Boulder-Londres, Lynne Rienner Publishers, 2002, p. 130.

<sup>79</sup> Jodi S. Finkel, *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2008, pp. 6 y 7; Siri Gloppen *et al.*, *Courts and Power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010, p. 34.

la crónica falta de aprobación ciudadana que padecen nuestros poderes judiciales. Sea uno u otra la base del señalamiento de una carencia de sustento popular, ésta ha sido vinculada al hecho de que en nuestros países una parte importante la población es pobre, analfabeta y padece opresión o tiene una baja conciencia política desde la cual sospecha de los tribunales.<sup>80</sup> Se sugiere tal vez así que la falta de legitimidad social de los jueces latinoamericanos los deja a merced del poder y, acaso por esa razón, apegados al texto literal de la ley en procura de lograr alguna otra fuente de legitimidad.

La manipulación de los políticos se ha valido de una serie de recursos destinados a obtener de cortes y tribunales aquello que les favorece. Entre las prácticas informales, que un estatuto de aparente autonomía judicial no logra detener, se halla la modificación de la legislación que determina la competencia judicial, el no desembolso oportuno de los fondos previstos en el presupuesto nacional para las instituciones del sistema de justicia, y de una manera más directa, la remoción de jueces —en ocasiones, rebajando la edad jubilatoria— o el incremento de cargos en las cortes supremas,<sup>81</sup> a fin de proveerlos con personajes más atentos a las voces del poder.

Aparte de las purgas judiciales ya mencionadas, un mecanismo especialmente utilizado en el mismo sentido es el que se vale de la inestabilidad en los cargos judiciales o de nombramientos por plazos cortos, que requieren renovación o ratificación periódicas. Antes de iniciarse las reformas, a mediados de los años ochenta, en nueve países de la región el congreso era el único responsable de nombrar a los jueces, y en Haití los nombraba di-

<sup>80</sup> Joel G. Werner, “The Independence of Supreme Courts in Latin America: A Review of the Literature”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 16, parte 2, noviembre de 1984, p. 473.

<sup>81</sup> Rebecca Bill Chávez *et al.*, “A Theory of the Politically Independent Judiciary. A Comparative Study of the United States and Argentina”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 219.

rectamente el Poder Ejecutivo.<sup>82</sup> En diversos países, jueces pobremente educados y mal pagados han sido designados por razones políticas circunstanciales.<sup>83</sup> Para el caso boliviano se ha subrayado la incidencia de la política en los procedimientos de selección, promoción y disciplina aplicables a los jueces.<sup>84</sup> En el caso de Honduras, los dos grandes partidos pactaron en 1971 que el partido que perdiera la presidencia en las elecciones obtendría, a cambio, mayoría en la integración de la Corte Suprema cuyos miembros eran designados por el congreso.<sup>85</sup>

En efecto, cuando se examina la incapacidad de los tribunales para tomar decisiones que, en ejercicio de sus funciones, contraríen a los otros poderes del Estado, se observa que la forma de los nombramientos parece tener cierta capacidad explicativa, especialmente —pero no sólo— en aquellos países donde las designaciones para los cargos judiciales se adoptan en sedes políticas, como ejecutivo o congreso, o por delegados de ellas. Pero, en los jueces, probablemente también opere el temor a la represalia que puede dañar no sólo individualmente al magistrado que se atreva a tomar cierta decisión sino a la institución. Junto a ello, se dice, actúa otro temor: que las decisiones judiciales no sean acatadas por otros órganos del Estado.<sup>86</sup>

Es necesario advertir que los trabajos disponibles sobre este tema muestran que, pese a una tradición jurídica común y a ór-

<sup>82</sup> Joel G. Werner, “The Independence of Supreme Courts in Latin America: A Review of the Literature”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 16, parte 2, noviembre de 1984, p. 475.

<sup>83</sup> Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder, *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies-University of London, 2001, p. 27.

<sup>84</sup> Eduardo Gamarra, *The System of Justice in Bolivia: an Institutional Analysis*, San José, Florida International University, 1991, p. 83.

<sup>85</sup> Joel G. Werner, “The Independence of Supreme Courts in Latin America: a Review of the Literature”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 16, parte 2, noviembre de 1984, p. 498.

<sup>86</sup> Matthew M. Taylor, *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*, Stanford University Press, 2008, p. 162.

denes normativos similares, existen diferencias significativas según países, y en algunos casos, distintos momentos en un país dado. Como se ha anotado, las cortes de Colombia y Costa Rica han ganado reconocimiento en las últimas décadas por su vigilancia sobre la legalidad de los actos de gobierno. En cambio, históricamente el caso chileno ilustra cuán complaciente puede ser un Poder Judicial con los otros poderes —con excepción del periodo correspondiente al gobierno de Salvador Allende—. La Corte Suprema argentina se ha mostrado débil en algunas etapas y fuerte en otras<sup>87</sup> pero su tendencia histórica ha tenido, cuando menos hasta hace pocos años, un carácter restrictivo de la intervención judicial en el espacio de la política. En cambio, en el caso mexicano se cree advertir que, desde 1995, la Suprema Corte ejerce crecientemente una intervención decisoria en asuntos antes reservados a los ámbitos específicamente políticos.<sup>88</sup> En Centroamérica, la subordinación al poder, con la excepción señalada de Costa Rica, ha marcado la trayectoria de los poderes judiciales, en el contexto dado por regímenes políticos donde el Poder Ejecutivo ha sido dominante y las autoridades civiles han estado subordinadas a un poder militar que ha disfrutado de impunidad respecto a abusos y violaciones de derechos humanos.<sup>89</sup>

Hay quien ha puesto en duda este cuadro de situación proponiendo un cuestionamiento: si tal fuera la dependencia de la justicia respecto del poder, ¿cómo puede explicarse la tendencia creciente del ciudadano a llevar problemas ante la justicia?<sup>90</sup> En otras palabras, si es tan evidente que los jueces latinoamericanos

<sup>87</sup> Siri Gloppen *et al.*, *Courts and Power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010, p. 151.

<sup>88</sup> Karina Ansolabehere, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, FLAGSO-Fontamara, 2007, pp. 147, 239.

<sup>89</sup> Rachel Sieder y Patrick Costello, “Judicial Reform in Central America: Prospects for the Rule of Law”, en Rachel Sieder (ed.), *Central America. Fragile transition*, Londres, Institute of Latin American Studies-Macmillan Press, 1996, p. 170.

<sup>90</sup> Gretchen Helmke y Jeffrey K. Staton, “The Puzzling Judicial Politics in Latin America. A Theory of Litigation, Judicial Decision, and Interbranch

se subordinan a otras fuentes de poder, qué sentido tiene para los ciudadanos someter sus conflictos ante ellos, dado que la decisión del caso será probablemente dictada por los intereses del poder y no de acuerdo a los derechos que se aleguen. La objeción pasa por alto varios elementos que componen el cuadro. El primero es que, como se verá en su momento en este libro, existen dudas fundadas acerca de las cifras de causas que ingresan y tienen a su cargo los aparatos de justicia latinoamericanos, dado que las estadísticas están sujetas tanto a errores gruesos como a cierta manipulación. El segundo se refiere a las razones por las que se litiga, entre las cuales hay varias que no tienen que ver con las expectativas de obtener resolución de un juez imparcial y confiable; ganar tiempo que resulta favorable al interesado o crear un escándalo público utilizando el caso judicial son objetivos estratégicos que pasan por valerse de un proceso judicial de cuya resolución en rigor no se espera nada. El tercero concierne al hecho de que no en todo conflicto sometido a la autoridad judicial intervienen intereses lo suficientemente poderosos como para inclinar la decisión; probablemente, en la mayoría de los casos que conoce la justicia esta intervención no ocurre debido a su poca relevancia en términos de poder. Pero no es la incidencia cuantitativa del poder lo que importa sino su intervención decisiva en casos de gran significación. Finalmente, el cuestionamiento pasa por alto las cifras crecientes de desconfianza ciudadana en la justicia, que manifiestan una duda sobre su actuación basada, cuando menos en parte, en la percepción de su dependencia respecto al poder, según sugieren las encuestas disponibles.

La interferencia política en la justicia está claramente presente en la región. Así, en los años noventa el presidente Carlos Menem incrementó el número de miembros de la Corte Suprema, como se ha recordado antes, a fin de contar en Argentina con lo que uno de sus ministros denominó públicamente una “Corte

Conflict”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 307.

adicta”. En esos mismos años, el presidente Alberto Fujimori dio un autogolpe en Perú para, entre otros propósitos, purgar y controlar al Poder Judicial, objetivo al que dedicó atención y esfuerzos bastante exitosos. A fines de la misma década, en Venezuela la Asamblea Constituyente destituyó a los miembros de la Corte Suprema para dar paso luego al Tribunal Supremo de Justicia, cuyas decisiones han demostrado que sus miembros responden al gobierno de Hugo Chávez. Ya en el presente siglo, Rafael Correa ha impulsado una reforma del aparato judicial ecuatoriano que en 2011 puso de lado algunas normas de la Constitución aprobada en 2008 a fin de efectuar una purga del personal del sistema, a cargo de la cual está un equipo interventor nombrado políticamente. Estos ejemplos, que no son los únicos en América Latina, ilustran el hecho de que la interferencia no es una etapa superada sino, más bien, un fantasma activo que de vez en cuando se corporiza en determinado país mediante una intervención directa y que, casi sin pausa, se insinúa a través de intervenciones indirectas para lograr de los tribunales aquello que interesa al poder.

No obstante el alto grado de dependencia de la justicia respecto al poder, en las últimas décadas esa tradición ha conocido alteraciones. Dos son las principales novedades incorporadas. La primera consiste en la modificación del sistema de nombramientos judiciales, que ha introducido cierta distancia con las instancias de poder político. La segunda corresponde al desarrollo de la justicia constitucional, que ha abierto posibilidades de revisar en la vía judicial la constitucionalidad y legalidad del ejercicio del poder.

En efecto, a lo largo de las últimas décadas, en algunos países se ha logrado un acuerdo, al que han concurrido grupos políticos mayoritarios, para recortar la intervención de los operadores políticos en, cuando menos, los nombramientos judiciales. ¿Cómo se explica ese voluntario recorte de poder por parte de quienes lo ejercen? Aparte de la presión internacional, que en ciertos casos ha estado presente —por ejemplo, ejercida en Argentina sobre el gobierno de Menem para que el Consejo

Nacional de la Magistratura fuera puesto en marcha,<sup>91</sup>— probablemente han intervenido otros factores. De un lado, gobiernos salientes han asegurado mayor independencia al Poder Judicial en busca de que el gobierno entrante no utilizara a éste como un instrumento contra los adversarios que dejen el poder; de otro lado, advertir el grado de ilegitimidad que el funcionamiento sesgado de la justicia añade al régimen político es el factor que ha aconsejado a algunos políticos adoptar un cambio en este terreno,<sup>92</sup> como respuesta a demandas sociales organizadas.

En tanto los textos constitucionales se renovaban en varios casos y se producía en la región el desarrollo de la teoría neoconstitucionalista, siete países de la región instalaron cortes o tribunales constitucionales —esto es, institucionalmente separados del Poder Judicial— y otros seis especializaron salas constitucionales en sus cortes supremas. De modo que Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Perú y República Dominicana tienen cortes o tribunales constitucionales; Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela cuentan con salas de la corte suprema especializadas en asuntos constitucionales. Contar con una instancia especializada, y en ciertos casos autónoma, para ejercer el control de constitucionalidad parece haber producido, por de pronto, un espacio más legitimado para evaluar los casos; de hecho, la lectura de ciertas resoluciones de estos tribunales evidencia algún nivel de ruptura respecto al papel tradicional de la justicia en materia de control del ejercicio del poder, antes descrito. Al tiempo que algo ha mejorado en términos de acceso a estas vías, evitar o esquivar pronunciamientos resulta un escape más visible y embarazoso para jueces cuya

<sup>91</sup> Rebecca Bill Chavez, *The Rule of Law in Nascent Democracies. Judicial Politics in Argentina*, Stanford, Stanford University Press, 2004, p. 143.

<sup>92</sup> Jeffrey K. Staton, “Lobbying for Judicial Reform: The Role of the Mexican Supreme Court in Institutional Selection”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk, *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, San Diego, Notre Dame, La Jolla-University of Notre Dame Press-Center for U.S. Mexican Studies-University of California, 2007, pp. 275 y 276.

función específica consiste en conocer y pronunciarse sobre este tipo de asuntos.

En algunos de los países donde no se han producido rediseños institucionales, las propias cortes supremas parecen mostrar también una presencia distinta a la tradicional, como ilustra el caso mexicano. Del conjunto del cuadro puede decirse, pues, que en las últimas dos décadas los jueces —ordinarios o constitucionales— han jugado un papel algo más importante en la confrontación de los intereses prevalentes en los otros poderes del Estado.<sup>93</sup> No obstante, quienes han estudiado el tema observan que, en este desarrollo institucional por el que la justicia aparece más en la toma de decisiones políticas, el desempeño de los jueces constitucionales es muy diverso<sup>94</sup> y no resulta enteramente previsible.

Un campo de estudio que recientemente ha recibido atención es el que trata de precisar, a partir de datos empíricos, cuándo y bajo qué circunstancias los jueces dan el paso novedoso, que en ocasiones puede resultar arriesgado, de contradecir lo actuado por los otros poderes. Una tesis muy aceptada es que los jueces avanzan en este terreno cuando el poder en los otros órganos del Estado se halla fragmentado o distribuido entre diversas fuerzas, de modo tal que las represalias se tornan improbables.<sup>95</sup> Un análisis más fino atiende a tres conjuntos de factores explicativos de las nuevas conductas judiciales frente al poder: el contexto sociopolítico y la tradición, la estructura institucional y la motivación personal. De la interacción de estos elementos depende no sólo la actuación del juzgador sino también las oportunidades abiertas a los litigantes para plantear ante los tribunales el tipo de

<sup>93</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 157.

<sup>94</sup> Julio Ríos-Figueroa y Matthew M. Taylor, “Justicia Constitucional y Derechos Humanos en América Latina”, *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, vol. 3, 2010, p. 54.

<sup>95</sup> Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, “Introduction. Courts in Latin America”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 6.

asuntos que implican una confrontación con el poder. Sin duda, una decisión judicial de corte distinto al tradicional se convierte en un disparador de nuevas demandas que buscan ser acogidas en la misma disposición.<sup>96</sup>

Entre los tres aspectos señalados, importa reparar en uno que resulta crucial: la actitud personal del juzgador. Esta incluye desde aspectos emocionales —dado el riesgo que para el juez supone transitar en esta especie de campo minado— hasta filiaciones ideológicas o doctrinarias. Un componente clave es la concepción que el juez tenga de la propia función, que desde hace unos años ha dejado de ser homogénea —no sólo en el conjunto de la región sino en cada país—, se ha diversificado y exhibe una gama de posiciones. Pero también la autoestima personal y la preocupación por acrecentar la reputación profesional sobre la base de un desempeño exitoso de los deberes de la función<sup>97</sup> pueden jugar un papel importante en el plano del individuo que debe tomar decisiones que afecten el ejercicio del poder.

El reemplazo o la sustitución de la forma en la que justicia y poder se han vinculado durante dos siglos de vida independiente en América Latina está en la agenda de los aparatos judiciales de la región, aunque la conciencia existente entre los magistrados sobre el asunto sea muy variable. Sin un cambio profundo en esa forma de vinculación, la independencia judicial no es posible.<sup>98</sup> Aunque hay signos de que se han producido algunas modificaciones, éstas no se han generalizado y no todas ellas son sanas. Cuando la idea de autonomía no conduce al aislamiento,<sup>99</sup> puede dar lugar a una postura autárquica desde la que los jueces —o específicamente la respectiva corte suprema— se comportan como

<sup>96</sup> Siri Gloppen *et al.*, *Courts and Power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010, p. 175.

<sup>97</sup> John V. Orth, “Exporting the Rule of Law”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 24, 1998, p. 76.

<sup>98</sup> Luis Salas y José Ma. Rico, *Carrera judicial en América Latina*, San José, Centro para la Administración de Justicia, 1990, pp. 42 y 43.

<sup>99</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 223.

si no tuvieran que dar cuenta de sus actos a nadie. En el caso argentino, que corresponde a esta tendencia, el extremo posible se revela en la decisión de la Corte Suprema, con base en una forzada interpretación constitucional, de que los jueces no paguen impuestos.

Los jueces pueden entender la independencia como ausencia de responsabilidad, que es la base para el abuso del poder del que disponen; se ha señalado que así ocurrió en Venezuela durante el periodo en el que el Poder Judicial disfrutó de autogobierno.<sup>100</sup> De hecho, la liberación de presiones e influencias no será suficiente<sup>101</sup> si los jueces no tienen un sentido cabal de su responsabilidad frente a la sociedad en la que juzgan, y en consecuencia, hacen mal uso de la independencia para fomentar privilegios o echar mano de interpretaciones arbitrarias de las normas<sup>102</sup> que, so pretexto de su autonomía, luego no aceptan que sean sometidas a discusión y cuestionamiento.

Se ha sostenido que el juez es independiente cuando su nombramiento no está bajo el control de alguien que tiene interés en un pleito y cuando no está sujeto a interferencias en su decisión.<sup>103</sup> Siendo esto exacto, es preciso tener presente que la independencia del juzgador no se establece en beneficio de él sino de la imparcialidad que el sistema —y los ciudadanos— espera de él en el desempeño de sus funciones. Por esa razón debe notarse que de la independencia no se deriva necesariamente la imparcialidad,

<sup>100</sup> Laura Louza Scognamiglio, “Relación entre gobierno judicial y administración de justicia. Reflexiones a la luz del caso «Venezuela»”, *Sistemas Judiciales*, año 5, núm. 10, 2006, p. 34.

<sup>101</sup> Linn Hammergren, *Do Judicial Councils Further Judicial Reform? Lessons from Latin America*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, núm. 28, junio de 2002, p. 17.

<sup>102</sup> Guillermo O’Donnell, “Why the Rule of Law Matters”, *Journal of Democracy*, vol. 15, núm. 4, octubre de 2004, p. 35.

<sup>103</sup> Daniel Brinks, “Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The beginning of a new Millennium?”, *Texas International Law Journal*, vol. 40, 2005, p. 600.

tal como se ha señalado desde la experiencia brasileña,<sup>104</sup> donde las relaciones informales prevalecientes en el funcionamiento del sistema de justicia conducen a que jueces institucionalmente independientes mantengan la impunidad del poderoso y reserven “todo el peso de la ley” para los sectores sociales vulnerables.

Desde este ángulo es preciso insistir en que el uso que el magistrado dé a la independencia el componente personal es decisivo. La institución puede ser independiente y no serlo el juez o el fiscal que carece de la ambición de que su reconocimiento y avance personales estén vinculados a una administración imparcial del estado de derecho. Cuando esta cultura de la función no existe, las posibilidades de un desempeño independiente —y, en rigor, imparcial— se reducen.<sup>105</sup>

En suma, siendo así que el modelo tradicional de subordinación ha sido atacado por varios frentes, no se ha alcanzado la claridad y solidez de un nuevo modelo. Numerosas dificultades existentes hacen que los cambios no sean fáciles y anuncian que, si se estuviera andando en una dirección positiva, probablemente aún se requiera largos años para arribar, luego de debates y enfrentamientos,<sup>106</sup> a un patrón más favorable para el ejercicio de una justicia que, de cara al poder, sea tal.

### III. DISTANTE, ININTELIGIBLE, DIFÍCILMENTE ACCESIBLE

El acceso ciudadano a la justicia resulta obstaculizado por una serie de factores —que inciden de modo especialmente grave sobre los sectores más pobres de la población latinoamericana—

<sup>104</sup> Fiona Macaulay, “Democratización y Poder Judicial: agendas de reforma en competencia”, *América Latina Hoy*, vol. 39, 2005, p. 150.

<sup>105</sup> John V. Orth, “Exporting the Rule of Law”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 24, 1988, p. 82.

<sup>106</sup> Hugo Frühling, “Judicial Reform and Democratization in Latin America”, en Felipe Agüero Jeffrey Stark, *Fault Lines of Democracy in Post-Transition in Latin America*, Coral Gables, North-South Center Press, University of Miami, 1998, p. 249.

na— y que hacen que en la región y la justicia sea un bien básico caro.<sup>107</sup> Los elementos que intervienen para determinar un alto precio de la justicia son varios; algunos resultan obvios, otros no tanto. Entre los primeros, se hallan los costos de traslado hasta la sede judicial —en ocasiones, lejana— y los desembolsos que las partes deben hacer en costos judiciales, y sobre todo, en pagos a los abogados intervinientes. Menos evidente es el tiempo dedicado por las partes al caso y que al final puede considerarse invertido o perdido, según sea el resultado; este rubro importa horas que fueron restadas al trabajo y pérdidas de ingreso. Asimismo, el tiempo que lleva resolver un caso en definitiva, sin que las partes puedan retomar la normalidad, es un costo, incluso en términos afectivos, importante.

En algunos países —como Bolivia, Guatemala y Perú— la lengua que se habla en los tribunales no es aquella que por lo menos una parte de la población maneja como propia, y pese a que ese sector no se conduce fluidamente en castellano, no se pensó hasta hace poco en la posibilidad de llevar a cabo los procedimientos judiciales en la lengua hablada localmente. En todos los casos, el lenguaje de los procedimientos judiciales es incomprensible para la población, con excepción de aquellos operadores del sistema que son los abogados. Ni siquiera las oficinas de comunicación o las unidades de información al público, creadas en los últimos años, han sido capaces de utilizar un lenguaje accesible por los ciudadanos de a pie. Éstos, llamados *los justiciables*, ven con aturdimiento cómo “el proceso, sea civil o penal, no parece representar una organización de la búsqueda de la verdad, sino un cumplimiento de pasos que representan ficciones reconocidas”, mecanismo guiado por el ritualismo que llena la actuación de los intervinientes de pasos inútiles y trámites sin sentido.<sup>108</sup>

<sup>107</sup> Alejandro M. Garro, “Access to Justice for the Poor in Latin America”, en Juan E. Méndez *et al.*, (eds.), *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1999, p. 279.

<sup>108</sup> Felipe Fucito, *¿Podrá cambiar la justicia en la Argentina?*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 115 y 131.

Estamos, pues, en primer lugar, ante una oferta insuficiente o inadecuada de instancias de resolución de conflictos que lleva a que las cuestiones menores no encuentren lugar para “ser planteadas, ni por el tiempo, ni por el costo”,<sup>109</sup> acumulándose así tensiones que agravan la conflictividad social. En segundo lugar, enfrentamos un asunto de costos que operan como barrera al acceso, dejando fuera del sistema a quienes no pueden pagarlos. En tercer lugar, encaramos una dificultad correspondiente a la distancia cultural entre quienes tienen un conflicto y el ambiente institucional formalmente dispuesto por el Estado para resolverlo.

Tales factores hacen que el funcionamiento de la justicia opere como un complejo sistema de intermediación, entre aquél que es parte en un proceso y el juez que ha de decidir en él.<sup>110</sup> Los diversos factores intervinientes en esa intermediación pueden ser leídos en clave económica, como costos, pero a menudo resultan verdaderas barreras que impiden o dificultan que el ciudadano promedio acceda a los tribunales para defender un derecho. De allí que pueda hablarse no sólo de barreras económicas sino también de obstáculos materiales, de conocimiento e incluso psicológicos que traban el acceso a los tribunales.<sup>111</sup>

Cuando se compara los ingresos de la población sólo con los costos económicos del proceso, en cada país existe un sector —por de pronto los que tienen estadísticamente la condición de pobres— para el cual la justicia resulta inaccesible.<sup>112</sup> No sólo la carencia de recursos para pagar los gastos indispensables sino la falta de

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>110</sup> Antonio Peres Velasco, “Aspectos críticos y desafíos de la implementación de la ley del órgano judicial y puesta en marcha del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo de la Magistratura”, *Hacia el nuevo sistema de justicia en Bolivia. Pensando la transición constitucional*, La Paz, Fundación Construir, 2012, p. 29.

<sup>111</sup> María Dakolias, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*, Washington, World Bank Technical Paper, núm. 319, 1996, p. 37.

<sup>112</sup> *Acceso a la justicia y equidad. Estudio de siete países de América Latina*, San José, Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 415; Felipe Fucito, *op. cit.*, p. 123.

conocimiento del sistema y la escasez de conexiones con quienes pueden influir en el curso del caso hacen que los más pobres, en los hechos, estén excluidos del sistema de justicia.<sup>113</sup> La pobreza, que es acompañada por la ignorancia —y, a menudo, por el miedo— respecto al sistema, hace del pobre alguien inerme, sin capacidad de negociación<sup>114</sup> y de buscar alternativas en el pleito que quisiera plantear o que alguien le plantea.

Las diversas carencias enumeradas tornan a la justicia en inaccesible, por ejemplo, para la mayoría de los bolivianos, país en el cual el sistema judicial aparece especialmente plagado por ritualismo y formalismo.<sup>115</sup> El analfabetismo, la indigencia, la pasividad e impotencia de las fiscalías y la concentración de los tribunales en áreas urbanas dan como resultado un acceso limitado a la administración de justicia en Ecuador.<sup>116</sup> En 2001 uno de cada cuatro ciudadanos nicaragüenses carecía de cédula de identidad, lo que le impedía comparecer ante la justicia según la exigencia legal.<sup>117</sup> Se ha sostenido que en México, “la mayoría de la población sigue excluida del acceso a los servicios jurisdiccionales”;<sup>118</sup> lo comprobó un estudio sobre el juicio ejecutivo mercantil —usualmente destinado al cobro de pequeñas deudas— que mostró que más de la mitad de los deudores (58%) “no contó con un

<sup>113</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*, Arlington, Agency for International Development, Assessment Report, núm. 7, 1994, p. 35.

<sup>114</sup> Alejandro M. Garro, “Access to Justice for the Poor in Latin America”, *op. cit.*, 1999, p. 279.

<sup>115</sup> Pilar Domingo, “Weak Courts, Rights and Legal Mobilisation in Bolivia”, en Roberto Gargarella *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington, Hampshire Ashgate, 2006, pp. 238 y 239.

<sup>116</sup> Laura Chinchilla y David Schodt, *The Administration of Justice in Ecuador*, San José Center for the Administration of Justice, 1993, pp. 13 y 14.

<sup>117</sup> *La justicia en Nicaragua. Diagnóstico del sistema de justicia*, Managua, Programa de Apoyo Institucional a la Justicia, Unión Europea, 2006, p. 117.

<sup>118</sup> Héctor Fix-Fierro, “La reforma judicial en México: ¿de dónde viene? ¿hacia dónde va?”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 2, julio-diciembre de 2003, p. 298.

abogado que los defendiera, y por lo tanto, el juicio se siguió sin que el deudor siquiera contestara la demanda”.<sup>119</sup>

Pero no sólo los estrictamente pobres padecen estas dificultades frente a la justicia. Desde el punto de vista económico, para todos aquellos que tienen recursos escasos el sistema de justicia es difícilmente accesible. Adicionalmente, una buena parte de la población de cada país tiene una escasa conciencia de sus derechos, de modo que cuando son violados no conoce la base sobre la cual puede hacer un reclamo ante la justicia. Si a eso se suma la falta de información y conocimiento acerca del uso de los canales legales a ser utilizados en el caso,<sup>120</sup> que el sistema educativo no provee, podría afirmarse que son mayoría en nuestros países aquéllos que viven la justicia como una presencia distante y brumosa. De allí que se halle extendido el criterio de que, antes de acudir a un tribunal, es preferible arreglar las diferencias entre las partes; mas de la mitad de entrevistados en una encuesta nacional en México (51.2%) manifestaron esa predilección.<sup>121</sup> Por su parte, quienes efectivamente acceden al sistema no llegan a comprender sus reglas ni la ruta que sigue su caso. Cuatro de cada cinco entrevistados en México, Distrito Federal, entre usuarios de los tribunales de familia dijeron que nunca fueron informados “respecto de la duración del proceso ni tampoco sobre sus posibilidades legales en el litigio”.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> Ana Laura Magaloni Kerpel, “La reforma judicial. Diagnósticos empíricos vs. recetas legislativas”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 10, julio-diciembre de 2007, p. 66.

<sup>120</sup> Pilar Domingo, *Rule of Law and Judicial Systems in the Context of Democratization and Economic Liberalisation: A Framework for Comparison and Analysis in Latin America*, México, CIDE-División de Estudios Políticos, Documento de trabajo 25, 1995, p. 23.

<sup>121</sup> Hugo Concha Cantú et al., *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Comisión Federal de Mejora Regulatoria, 2004, p. 38.

<sup>122</sup> Gustavo Fondevila, “La cara amable de la justicia. Los tribunales de familia en el Distrito Federal”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 10, julio-diciembre de 2007, p. 84.

Careciendo del tiempo, el dinero, la información y la educación, la capacidad de comunicación y los contactos que resultan necesarios para llevar adelante un proceso, el ciudadano promedio tiene tres posibilidades: dejar de lado el agravio a sus derechos —si es que él no ha sido el demandado—, contratar un abogado o tomar la justicia en sus propias manos.<sup>123</sup> Por ejemplo, una encuesta ha explorado en aproximadamente la mitad de los países latinoamericanos cuál es el rumbo que adopta el ciudadano cuando se halla ante el incumplimiento de una obligación o el impago de una deuda, por un tercero. De los datos contenidos en la tabla 2 se desprende que entre los 11,737 entrevistados en 12 países de la región en 2011, en los últimos tres años 12.73% habían tenido un problema con alguien que se negó a cumplir un contrato o a pagar una deuda. De los 1,494 agraviados —llamémoslos así—, aproximadamente tres de cada diez fueron a algún escalón de la justicia. Dos de cada diez (21.75%) optaron por renegociar la deuda, pero uno de cada cinco (19.68%) optaron por no hacer nada, quedando al margen de cualquier solución. Para ellos no hubo ningún tipo de acceso para resolver el conflicto sobreenvidido.

Los datos disponibles sobre algunos países corroboran la tendencia a que los conflictos no se lleven a la justicia. En Colombia, en 1998 no se judicializaba 67% de los conflictos sociales<sup>124</sup> y en Brasil una encuesta reveló que 37.5.% de los involucrados en conflictos en el periodo (1995-1998) prefería no judicializarlos.<sup>125</sup>

<sup>123</sup> Robert M. Kossick, Jr. y Rubén Minutti Z, “Citizen Access and Professional Responsibility in the Mexican Justice System”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk, *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, San Diego, Notre Dame, La Jolla, University of Notre Dame Press, Center for U.S. Mexican Studies, University of California, 2007, p. 299.

<sup>124</sup> Alfredo Fuentes y Carlos Amaya, “Demanda y oferta judicial: dificultades de ajuste”, *Desarrollo y Sociedad*, 2002, p. 150.

<sup>125</sup> Elaine Junqueira, “Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, *cit.*, p. 185.

Tabla 2. EN LOS ÚLTIMOS 3 AÑOS, ¿A USTED O A ALGUIEN QUE VIVIERA CON USTED LE OCURRIÓ QUE UN TERCERO SE NEGARA A CUMPLIR UN CONTRATO O A PAGAR UNA DEUDA? (2011)

<i>País</i>	<i>Total de encuestados</i>	<i>Tuvieron un conflicto</i>	<i>Recurrieron a tribunales</i>	<i>Recurrieron a justicia de menor cuantía</i>	<i>Utilizaron un arbitraje</i>	<i>Se sirvieron de una autoridad tradicional</i>	<i>Renegociaron</i>	<i>No hicieron nada</i>
Brasil	849	98 (11.54%)	5 (5.10%)	--	15 (15.31%)	5 (5.10%)	0 (0.0%)	36 (36.73%)
Chile	850	85 (10.00%)	22 (25.88%)	--	2 (2.35%)	6 (7.06%)	2 (2.35%)	34 (40.00%)
Guatemala	995	64 (6.43%)	20 (31.25%)	--	3 (4.69%)	5 (7.81%)	1 (1.56%)	22 (34.38%)
Jamaica	994	131 (13.18%)	23 (17.56%)	--	4 (3.05%)	0 (0.0%)	6 (4.58%)	46 (35.11%)
Venezuela	985	52 (5.28%)	17 (32.69%)	--	2 (3.85%)	3 (5.77%)	3 (5.77%)	6 (11.54%)
Argentina	997	143 (14.34%)	43 (30.07%)	11 (7.69%)	13 (9.09%)	3 (2.10%)	41 (28.67%)	21 (14.69%)
Bolivia	992	194 (19.56%)	47 (24.23%)	8 (4.12%)	33 (17.01%)	50 (25.77%)	46 (23.71%)	9 (4.64%)
Colombia	1008	197 (19.54%)	33 (16.75%)	27 (13.71%)	10 (5.08%)	3 (1.52%)	76 (38.58%)	47 (23.86%)
Rep. Dominicana	995	182 (18.29%)	52 (28.57%)	24 (13.19%)	7 (3.83%)	18 (9.89%)	18 (9.89%)	20 (10.99%)
El Salvador	1014	70 (6.90%)	13 (18.75%)	15 (21.43%)	3 (4.29%)	0 (0.0%)	21 (30.00%)	15 (21.43%)
México	1053	194 (18.42%)	53 (27.32%)	14 (7.22%)	19 (9.79%)	4 (2.06%)	76 (39.18%)	26 (13.40%)
Perú	1005	84 (8.36%)	26 (30.95%)	1 (1.19%)	7 (8.33%)	0	35 (41.67%)	12 (14.29%)
Total	11737	1494 (12.73%)	354 (23.69%)	100 (6.69%)	118 (7.90%)	97 (6.49%)	325 (21.75%)	294 (19.68%)

Fuente: World Justice Project Rule of Law Index.

En el caso mexicano, las encuestas del ICESI<sup>126</sup> indican que los delitos denunciados a las autoridades pasaron de 26% en 2002 a 21% en 2007, porcentaje que se halla entre los más bajos de la región; entre los más altos está el de Chile que, no obstante, pasó de 42.4% de delitos denunciados en 2003 a 37% en 2008, según la Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana de ese año. El significado social de este volumen, que es ascendente, de conflictos que no son llevados ante la autoridad responsable de resolverlos —y probablemente no encuentran solución— acaso deba ser leído en términos de una acumulación de resentimientos y frustraciones que tienda a repercutir tanto en una mayor conflictividad como en la generación de violencia, que por lo demás también es creciente en la región.

Los servicios gratuitos de asistencia legal suministrados por el Estado, con las probables excepciones de Chile y Costa Rica, tienen sobrecarga y bajos niveles de oferta —en razón de que la mayoría se limitan a casos penales— y de calidad.<sup>127</sup> En vista de esta situación, puede que el ciudadano empeñado en llevar un conflicto ante la justicia se decida a contratar los servicios de un abogado. Esta opción puede originarse tanto en que el procedimiento a seguir requiera legalmente esta intervención profesional como en que, aún no siendo requerida, el actor de a pie se sienta desconcertado y desarmado frente a los procedimientos de la administración de justicia. Si da este paso, lo espera un escenario en el que lo más probable es que tampoco se sienta a gusto cuando tenga que enfrentar varias barreras, adicionales a los honorarios profesionales que deberá pagar. Entre ellas destaca la falta de información del abogado al cliente.

<sup>126</sup> ICESI, *Segunda Encuesta Nacional sobre inseguridad en entidades federativas. Resultados primer semestre 2002*, 2003, p. 25, ICESI, *Quinta Encuesta Nacional sobre Inseguridad 2007*, 2008, p. 53.

<sup>127</sup> Mark Ungar, *Evasive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, Boulder-Londres, Lynne Rienner Publishers, 2002, p. 197; Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 300.

En cada país existe un mercado profesional con estratos o niveles bastante definidos, con dos polos, que corresponden a proporciones diversas, según cada caso nacional. En los niveles más altos están probablemente los mejores abogados, que también son los más caros, y como en muchas otras partes, sirven a los sectores de mayor poder.<sup>128</sup> En el caso peruano se ha observado que, según esta tendencia, capacidades o recursos profesionales y sector social atendido quedan vinculados en sus respectivos niveles: los abogados de mayor capacidad y honorarios más altos sirven a los sectores que pueden pagarlos,<sup>129</sup> esto es, conglomerados empresariales —principalmente extranjeros— y, algo marginalmente, clientes individuales de gran fortuna. Un patrón similar ha sido identificado en México.<sup>130</sup> Lo que es propio del mercado profesional de abogados en América Latina es lo que ocurre con el resto de la oferta profesional.

Dentro de ese espectro, se sitúan en un extremo los abogados que no tienen clientes regulares ni llevan casos sino que se ganan la vida preparando escritos en el momento en el que se los solicitan o, peor aún, firmando textos preparados por otros. Inmediatamente por encima de éstos se hallan los abogados que tienen muchos clientes, reciben de ellos pagos diminutos y en realidad no atienden los casos supuestamente a su cargo. Si en la cumbre de la pirámide se hallan los profesionales a quienes se “confía” la suerte de un gran negocio o de una fortuna, hacia la parte baja de la pirámide están los abogados que ejercen el mínimo de formalidad profesional cuando ponen una firma o hacen algún trámite en un proceso que en rigor no manejan. Éstos pueden transmitir

<sup>128</sup> John R. Schmidhauser, “Introduction: The Impact of Political Change upon Law, Courts and Judicial Elites”, *International Political Science Review*, 1992, vol. 13, núm. 3, p. 224.

<sup>129</sup> Luis Pásara, *Ley, justicia y sociedad en América Latina*, México, UNAM, 2010, p. 507.

<sup>130</sup> Sergio López-Ayllón y Héctor Fix-Fierro, “¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, cit., p. 579.

al cliente la sensación de que tienen un abogado, al que pagan por un servicio que en realidad no reciben.

En nuestros países, la mayoría de los profesionales, como se ha señalado para el caso argentino, se divide una masa de clientes con escasos recursos y asuntos de poca rentabilidad.<sup>131</sup> El conjunto incluye diversos niveles de calidad y distintas formas de actuación y en él aparecen con creciente frecuencia la poca preocupación por el interés del cliente y el descuido de los casos, a veces ocasionado por el exceso de trabajo cobrado a precios modestos, que entonces redundan en una baja calidad del servicio prestado. Quien paga relativamente poco por el trabajo de un profesional, creyendo que de ese modo cuenta con un abogado que está a cargo de su caso, ignora que en realidad el caso está librado a su suerte. A la cola se halla un segmento integrado por abogados desempleados o en subocupación.<sup>132</sup> Como se ha indicado para el caso mexicano, las circunstancias económicas y la falta de profesionalismo en los abogados lleva a que pocos de aquéllos que deben defenderse puedan encontrar o pagar un abogado competente.<sup>133</sup>

La grave imperfección —llamémosla así— del mercado profesional de abogados consiste en que existiendo un número creciente de abogados, existe también un enorme conjunto de personas indefensas que no pueden acceder a un abogado de calidad aceptable.<sup>134</sup> Este sector de población que demanda asisten-

<sup>131</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, p. 96.

<sup>132</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 529.

<sup>133</sup> Sara Schatz *et al.*, “The Mexican Judicial System: Continuity and Change in a Period of Democratic Consolidation”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk, *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, San Diego, Notre Dame, La Jolla-University of Notre Dame Press-Center for U.S. Mexican Studies-University of California, 2007, p. 212; Héctor Fix-Fierro, “The Role of Lawyers in the Mexican Justice System”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk, *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, San Diego, Notre Dame, La Jolla University of Notre Dame Press-Center for U.S. Mexican Studies-University of California, 2007, pp. 264 y 265.

<sup>134</sup> Alberto Binder, “El mercado de los servicios legales y la crisis de la abogacía”, *Sistemas Judiciales*, año 5, núm. 9, 2005, p. 69.

cia no tiene acceso a la oferta de servicios profesionales existente o la tiene a un servicio de muy baja calidad. De esta manera, el mercado profesional de abogados erige, pues, varias barreras en el camino del ciudadano a acceder a la justicia. A primera vista se levanta una barrera evidente y eliminatoria que deja fuera del sistema de justicia a una parte, acaso mayoritaria, de la población y que consiste en la imposibilidad de pagar una defensa profesional;<sup>135</sup> quien no pueda pagar un abogado sabe que no tendrá cómo defenderse. A continuación se encuentra una barrera menos obvia para el ciudadano que no tiene criterios con los que pueda estimar la calidad del abogado que contrata; paga un honorario que se encuentra al alcance de sus posibilidades pero logra a cambio un patrocinio profesional endeble, en razón de la pobre aptitud profesional del abogado o de su insuficiente atención al caso. Finalmente, el cliente promedio descubrirá una tercera barrera en la relación con su abogado; constatará que se halla en una condición disminuida frente a él, debido a que no sólo no llega a comprender los códigos que aquél maneja sino que el profesional no hace demasiados esfuerzos por hacerle posible que los entienda. En ocasiones no tan infrecuentes, este tipo de relación facilita la comisión de abusos por el proveedor del servicio, lo que ciertamente no ocurre cuando se trata de un cliente de los sectores sociales más altos. En la mayoría de casos, el cliente se halla a merced de lo que el abogado le explica, hace creer, aconseja o induce, como la vía más conveniente a sus intereses. El velo espeso que oculta la comprensión del contenido del orden jurídico, y sobre todo, su funcionamiento, hace que el usuario típico se halle a merced del abogado que haya podido contratar.

Los diversos elementos examinados hasta aquí configuran una situación que no corresponde a la igualdad ante la ley, que los textos legales proclaman. En efecto, no hay igualdad ante la

<sup>135</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *IDB Experience in Justice Reform. Lessons Learned and Elements for Policy Formulation*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2001, p. 9.

ley cuando un importante sector de población encuentra obstáculos abrumadores, y como resultado de la distribución desigual de recursos, muchas personas casi no tienen posibilidad de éxito en una acción ante los tribunales de justicia.<sup>136</sup> Se ha sostenido que en México “la garantía del debido proceso está relacionada de algún modo con el tono de la piel y/o la clase social”.<sup>137</sup> La distribución de recursos existentes en una sociedad hace, asimismo, que las ineficacias del sistema de justicia no signifiquen lo mismo para todos; esto es, que afecten más significativamente a los pobres y menos a quienes, por ejemplo, tienen recursos como para soportar los daños causados por el retardo en la solución de un proceso.<sup>138</sup> Quien no puede esperar, a menudo tiene que recurrir a una transacción que en otras circunstancias sería inaceptable o, simplemente, se ve forzado a abandonar el proceso. En vista de ese resultado, incluso puede sostenerse que las ineficiencias benefician a quienes tienen recursos para soportarlas. Conviene notar que el hecho de que no todos sufran por igual los importes de una justicia que funciona deficientemente conduce a que no todos tengan el mismo interés en su reforma.

De cara a emprender reformas, la primera pregunta a plantearse es cuánto de este cuadro depende de las instituciones que en conjunto prestan el servicio de justicia en un país dado. Asuntos como la falta de educación ciudadana o, más claramente aún, las desigualdades sociales que se convierten en desigualdad ante la ley, trascienden los límites y posibilidades de la justicia; no sólo de la que existe sino de aquella que pudiéramos ima-

<sup>136</sup> Marcela Rodríguez, “Some Thoughts on Institutional Structures in the Judicial Process”, en Irwin P. Stotzk (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993, p. 169.

<sup>137</sup> Robert M. Kossick, Jr. y Rubén Minutti Z., “Citizen Access and Professional Responsibility in the Mexican Justice System”, *op. cit.*, p. 301.

<sup>138</sup> Juan E. Méndez, “Institutional Reform, Including Access to Justice: Introduction”, en Juan E. Méndez et al. (eds.), *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, *op. cit.*, p. 225; Carmen Luisa Roche (coord.), *Los excluidos de la justicia en Venezuela*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 21.

ginar como resultado de reformas profundas. En ciertos casos puede argumentarse que es el Estado y no sólo su aparato de justicia quien debe adoptar determinadas nociones para orientar su actuación;<sup>139</sup> por ejemplo, si se asume la diversidad cultural no basta con que las instituciones de la justicia acometan una transformación en consecuencia puesto que, además de hacerla más improbable, resultaría insuficiente.

La distinción indicada permite demarcar qué problemas específicos de acceso a la justicia que tenemos sí dependen de políticas a ser adoptadas por el sistema.<sup>140</sup> Los sistemas de justicia latinoamericanos se hallan entre aquéllos que, mediante una serie de obstáculos y formalidades, restringen el acceso<sup>141</sup> que ya tiene limitaciones predeterminadas que provienen de las características de nuestras sociedades. Entre las dificultades ofrecidas por los propios sistemas están: los aranceles cobrados incluso a los más pobres, la falta de acceso en lenguas nativas, el lenguaje incomprensible para el ciudadano que es utilizado en trámites y resoluciones, el retraso en producir respuestas y la corrupción en el funcionamiento.

Debe decirse que el fenómeno de la corrupción, que aparece señalado como un mal generalizado en nuestros sistemas de justicia por casi toda encuesta de opinión disponible, requeriría de un mayor nivel de precisión. De un lado, en muchos países de la región es relativamente frecuente que los medios de comunica-

<sup>139</sup> Rosalva Aída Hernández y Héctor Ortiz Elizondo, “Different but Equal: Access to Justice for Mexico’s Indigenous Peoples”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk, *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, Notre Dame, La Jolla, University of Notre Dame Press, Center for U.S. Mexican Studies, University of California, San Diego, 2007, p. 387.

<sup>140</sup> David Lovatón, *Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática. Informe final del proyecto ‘Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas’*, Washington, Organización de los Estados Americanos (OEA), 2007, p. 18.

<sup>141</sup> Herbert Jacob, “Introduction”, en Herbert Jacob *et al.*, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1996, p. 7.

ción denuncien casos concretos de corrupción en la justicia, que no sabemos si son representativos de un problema muy extendido. De otro lado, las encuestas que indagan por la corrupción en la justicia, cuando preguntan en general si la justicia es corrupta obtienen un sí mayoritario. Pero cuando se pregunta a quienes han pasado por un proceso judicial si han pagado un soborno, la respuesta afirmativa es bastante menos abrumadora. En un sondeo efectuado en Perú en 2005, entre los entrevistados en Lima Metropolitana, casi uno de cada cuatro (23%) sostuvo que su abogado le solicitó dinero para pagar un soborno, mientras la mayoría negaba tal hecho. Cuando se hizo la misma pregunta a una muestra de condenados, 86% de los entrevistados negó que se les hubiera solicitado pagos ilegales.<sup>142</sup> Pero en ambos casos la forma de la pregunta hizo que entre las respuestas positivas quedasen incluidos casos en los que el abogado pudo valerse de esa excusa para pedir una suma adicional al cliente; en este caso la corrupción correspondería al abogado y no a las instituciones del sistema. Una encuesta entre usuarios de los tribunales federales en México D. F., encontró que 4.6% de los entrevistados dijo haber pagado sobornos.<sup>143</sup> La indagación efectuada en el 2011 en cinco países de la región, entre aquéllos que habían recurrido a un proceso judicial, preguntó si en algún momento se les solicitó una coima o se esperó de ellos cierta retribución (tabla 3). Entre los 122 entrevistados, 11.91% respondieron afirmativamente con referencia a personal de los tribunales, 9.54% en relación con la policía, y 7.43% en señalamiento de un juez o magistrado. El contraste entre encuestas produce alguna incertidumbre. Sin duda, la imagen institucional es de corrupción pero las respuestas aportadas respecto a haber experimentado la corrupción en el sistema son minoritarias.

<sup>142</sup> Luis Pásara, “Los abogados de Lima en la administración de justicia”, en Luis Pásara, *Tres claves de la justicia en el Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 340.

<sup>143</sup> Gustavo Fondevila, “La cara amable de la justicia. Los tribunales de familia en el Distrito Federal”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 10, julio-diciembre de 2007, p. 91.

En los últimos años se han realizado diversos esfuerzos destinados a mejorar el acceso a la justicia. No obstante, el cuadro no ha podido ser transformado drásticamente, en buena medida en razón de que, como se ha observado antes, la magnitud del problema supera los límites del aparato de justicia. La primera línea de actuación ha sido el aumento de cobertura del sistema, con lo cual se ha incrementado la “oferta” de las instituciones que participan en la impartición de justicia. Este incremento ha sido posible merced a la multiplicación de recursos disponibles para la justicia. En Colombia el aumento de órganos y un paralelo incremento de la productividad permitieron acrecentar el número de casos resueltos,<sup>144</sup> lo que probablemente redujo la demora. En sentido contrario, en el caso de Ecuador, un significativo incremento de presupuesto, que expandió limitadamente los tribunales durante una década, no se tradujo en un aumento de los casos sentenciados anualmente.<sup>145</sup>

Dado que las líneas tradicionales de ayuda legal —consultorios jurídicos gratuitos— han tenido un impacto muy limitado, al servir sólo a un pequeño sector de población,<sup>146</sup> las reformas incorporadas al sistema de justicia a partir de los años noventa incluyeron diversas líneas en materia de acceso: mejoras en el sistema de defensa pública, ONG y clínicas universitarias, defensorías del pueblo, mecanismos alternativos de resolución de conflictos y, en los países de población indígena, reconocimiento e impulso de las formas de resolución tradicionales.<sup>147</sup> Pese a que el balance de estas reformas será visto en la tercera parte de este libro, puede adelan-

<sup>144</sup> Alfredo Fuentes, “La reforma en Colombia: tendencias recientes 1991-2003”, en Luis Pásara (ed.), *En busca de una justicia distinta*, México, UNAM, 2004, pp. 141-193.

<sup>145</sup> Luis Pásara, *La producción judicial en Ecuador*, México, UNAM, 2011, pp. 24 y 25.

<sup>146</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*, Arlington, VA: U.S. Agency for International Development, Assessment Report núm. 7, 1994, p. 39.

<sup>147</sup> Mark Ungar, *Evasive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, Boulder-Londres, Lynne Rienner Publishers, 2000, pp. 188 y 189, 200.

TABLA 3. EN ALGÚN MOMENTO DEL PROCESO JUDICIAL, ¿ALGUNO DE LOS SIGUIENTES FUNCIONARIOS LE SOLICITÓ, O ESPERÓ DE USTED, EL PAGO DE UN SOBORNO O ALGÚN OTRO INCENTIVO ILEGAL? (2011)

País	Personal del juzgado			Policía			Jueces o magistrados		
	Total de encuestados	No	Si	Total de encuestados	No	Si	Total de encuestados	No	Si
Brasil	24	23 (95.83%)	1 (4.17%)	24	23 (95.83%)	1 (3.70%)	23	23 (100.00%)	0 (0.00%)
Chile	27	27 (100.00%)	0 (0.00%)	27	27 (100.00%)	0 (0.00%)	27	27 (100.00%)	0 (0.00%)
Guatemala	27	22 (81.48%)	5 (18.52%)	27	22 (81.48%)	5 (21.74%)	27	23 (85.19%)	4 (14.81%)
Jamaica	23	20 (86.96%)	3 (13.04%)	23	19 (82.61%)	4 (18.18%)	23	21 (91.30%)	2 (8.70%)
Venezuela	21	16 (76.19%)	5 (23.81%)	22	17 (77.27%)	5 (4.07%)	22	19 (86.36%)	3 (13.64%)
Total	122	108 (88.09%)	14 (11.91%)	123	108 (87.44%)	15 (9.54%)	122	113 (92.57%)	9 (7.43%)

Fuente: World Justice Project Rule of Law Index.

tarse que, de un lado, el análisis de la eficiencia de estas formas de enfrentar los problemas de acceso resulta limitado por la carencia de evaluaciones idóneas y, de otro, el impacto parcial logrado parece absolutamente insuficiente en relación con la magnitud de las necesidades existentes.<sup>148</sup>

#### IV. UN EJERCICIO (CASI) INÚTIL

Parecería relativamente sencillo obtener de los aparatos de justicia latinoamericanos datos como el número de jueces y fiscales con los que cuentan, cuántas causas ingresan y cuántas son resueltas en un año, y el presupuesto con el que operan. En la realidad, no es sencillo. En la preparación de este volumen se trató de obtener ese tipo de información, correspondiente a la década iniciada en el año 2000, a fin de compararla entre países. El propósito encontró una serie de dificultades.

La información no siempre pudo ser localizada en los portales electrónicos de las instituciones. Cuando se encontraba, frecuentemente estaba incompleta, como ocurrió en los casos de Bolivia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Perú y Paraguay. Ocurría también que en algunos países faltaba, para cierto año, uno o varios datos específicos, lo que impidió construir una serie histórica. En Chile la información se iniciaba en el 2005; en Nicaragua se interrumpía en el 2008. En República Dominicana, la información se encontraba desagregada por tribunales, sin ofrecerse los totales nacionales. En Uruguay no se indicaba las causas resueltas cada año. Y Venezuela sólo consignaba la información sobre el Tribunal Supremo, no respecto de las otras instancias.

Varias dificultades se presentaron al examinar la información. Había países en los que se registraba el número de causas ingresadas pero no se precisaba a qué área correspondieron (civil, penal, etcétera), o no se indicaba si se incluía en tal núme-

<sup>148</sup> *Acceso a la justicia y equidad. Estudio de siete países de América Latina*, San José, Banco Interamericano de Desarrollo-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 450.

ro los asuntos llamados no contenciosos, que comprenden todos aquellos trámites que requieren intervención de un juez pero no corresponden a un litigio entre partes y que frecuentemente engrosan artificialmente el número de causas. En algunos países las estadísticas se presentaban en informes periódicos, que seguían una misma estructura al desagregar los datos. En otros, la información se recogía en tablas que no permitieron construir una secuencia anual de los datos. En los dos países del área que tienen estructura federal —Argentina y México— la información disponible estaba referida a la justicia de la Federación pero no había datos, o los había muy incompletos, respecto de estados o provincias, cuyos poderes judiciales reciben el mayor volumen de casos.

Se consigna aquí la historia de esta búsqueda frustrada debido a dos razones. La primera corresponde a la explicación de que las dificultades encontradas hicieron imposible efectuar la comparación pretendida. La segunda es que estos problemas, referidos a información que puede ser considerada elemental —no sólo para el público sino también para tomar decisiones en las propias instituciones—, revelan una falencia significativa que ha de repercutir en el funcionamiento de los sistemas de justicia en la región.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

Libro completo en

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?!=3882>

## CAPÍTULO SEGUNDO

### CLAVES DEL SISTEMA

En esta segunda parte se intenta introducir al lector en el conocimiento de algunos elementos que están en la base del funcionamiento de la justicia que tenemos y que no resultan especialmente visibles, sobre todo a la mirada de quien no se halla familiarizado con el derecho. Pero incluso para los abogados, adiestrados en el manejo de leyes y códigos vigentes, tales elementos no son evidentes porque no les resulta sencillo distanciarse de ese universo cerrado del derecho en el que fueron iniciados a lo largo de su paso por la universidad. Como resultado, tienden a “naturalizar” el funcionamiento del sistema legal, como si las características adquiridas por él en nuestros países fueran inherentes al derecho, y usualmente carecen de la capacidad crítica para enjuiciar su funcionamiento.

Esas claves, que esta parte del libro busca identificar, tienen que ver, en primer lugar, con la tradición del derecho en América Latina, profundamente marcada por la herencia histórica ibérica, la Revolución francesa y las características del derecho romano-civil, familia jurídica a la cual pertenece el derecho latinoamericano. En segundo lugar tenemos lo que usualmente se llama cultura jurídica, que consiste en la forma en la que se piensa y se vive todo aquello relacionado con las normas del derecho, y que exploraremos, primero, entre los abogados, luego en las instituciones del sistema de justicia, y por último, en el trabajo realizado en las facultades de derecho que, con notables diferencias de nivel y calidad, reproducen esa cultura para que los nuevos abogados se mantengan fieles a esa tradición, casi inhabilitados no

sólo para romperla sino incluso para pensar su objeto de trabajo fuera de aquellos marcos. En seguida, exploraremos algunos contenidos de la cultura jurídica popular, que corresponde a los ciudadanos en general, nivel desde el cual afrontaremos una idea que no por ser simple se halla suficientemente incorporada a la hora de pensar en la justicia y su reforma: cualquier sistema de justicia corresponde en buena medida a las características de la sociedad a la que pertenece.

## I. HERENCIA Y TRADICIÓN

Los territorios que habrían de convertirse en países latinoamericanos estuvieron regidos durante aproximadamente tres siglos por normas que habían sido escritas y aprobadas en la Metrópoli española. Más aún, las normas con las que empezaron a vivir nuestras repúblicas fueron las mismas que habían regido durante la colonia y cuya vigencia fue prorrogada mediante leyes de las nuevas repúblicas, en muchos países hasta fines del siglo XIX o comienzos del XX. Incluso cuando algunas naciones promulgaron códigos propios —redactados “por una pequeña elite de juristas” con escaso contacto con la realidad para la cual legislaban—,<sup>149</sup> lo que hicieron fue limitarse a adoptar la legislación española de entonces, introduciéndole algunas variantes.

Aunque la influencia de otros sistemas jurídicos nacionales sobre los nuestros ha cobrado importancia, posteriormente, en las bases jurídicas de los países de la región están presentes elementos que provienen directamente de la tradición ibérica. Algo tan crucial como la manera de entender la ley parece venir básicamente de la experiencia colonial, regida por las llamadas Leyes de Indias. Un estudioso del orden español en América ha escrito que: a lo largo de toda la vida jurídica colonial [se observa] un positivo divorcio entre el derecho y el hecho. Una fue la doctrina

<sup>149</sup> Sergio López-Ayllón y Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 508.

declarada en la ley y otra la realidad de la vida social”.<sup>150</sup> Este autor explica tal divorcio por el hecho de que las Leyes de Indias, formuladas para regir sólo en América y no en la Península, fueron escritas por moralistas y teólogos, en lugar de serlo por juristas y hombres de Estado, y que de tal autoría se deriva un desconocimiento de “ineludibles imperativos económicos y sociales”, entre los cuales, debemos intuir, estaba la explotación de las poblaciones aborígenes en condiciones de semi-esclavitud, que pese a hallarse terminantemente prohibidas por la legislación, se desenvolvió sin dificultad en las colonias.

Retengamos, sin embargo, lo esencial: la brecha entre el derecho y la práctica, el hecho macizo de una ley escrita y formalmente vigente pero carente de eficacia en la realidad. Esa brecha fue constitutiva en la organización de la vida colonial. Salvador de Madariaga, en su biografía de Hernán Cortés, describe la forma en la que el conquistador encaró el asunto de normas y leyes en el gobierno de lo que hoy es México:

Los funcionarios reales le habían traído unas instrucciones dictándole reglas para el gobierno de la Nueva España. Cortés las recibió según la costumbre ya establecida entre los gobernadores de Ultramar y los conquistadores: las obedeció, pero en cuanto a su cumplimiento apeló primero al rey para deshacerse de la mayoría de ellas. Sus famosas Ordenanzas de 20 de marzo de 1524 son en un todo independientes, y casi siempre incompatibles, con las instrucciones recibidas de la metrópoli. Pero esta discrepancia no se debía a indisciplina por parte suya. Era honrada diferencia de opinión y convicción por su parte de que, de las dos opiniones, la suya era la que valía más. El 15 de octubre de 1524, firma una carta al Emperador en que discute punto por punto los temas sobre que hay diferencia... Casi toda la carta viene a constituir una refutación de las instrucciones reales...<sup>151</sup>

<sup>150</sup> J. M. Ots Capdequí, *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 13.

<sup>151</sup> Salvador de Madariaga, *Hernán Cortés*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1941, p. 558.

La actitud adoptada por Cortés —cuyas Ordenanzas buscaban organizar el país bajo un sistema feudal, según nos dice el propio Madariaga— pasaba por ignorar las normas dictadas en la Península para el gobierno de las nuevas colonias. Sin embargo, esa aparente transgresión era no sólo la costumbre sino que era norma vigente en el imperio español. En 1624 se publicó la edición definitiva de una suerte de manual dirigido a corregidores, *jueces y otros funcionarios públicos*, preparado por Jerónimo Castillo de Bobadilla, un letrado al servicio de su majestad, que en el capítulo “De la obediencia y cumplimiento de los mandatos reales” (en palabras adaptadas al castellano actual) precisa:

Y por leyes de estos Reinos está dispuesto que las provisiones y cédulas reales, que se dieren contra derecho, y en perjuicio de partes, no valgan, y sean obedecidas y no cumplidas... y la razón de esto es, porque tales provisiones y mandatos se presume que están fuera de la intención del Príncipe.<sup>152</sup>

El manual añade que luego de que el juez (o la autoridad que fuere en el caso concreto) alegara ante al rey el absurdo y la injusticia de la cédula en cuestión, si el rey persistiere en que fuera cumplida, el funcionario deberá hacerlo, “según lo dispone una Ley de Partidas”. Según se ha visto, Hernán Cortés recurrió a esta vía que facultaba al funcionario para proceder a una suerte de suspensión de la ejecución de la disposición real, condicionada al resultado de su impugnación razonada y sobre la artificiosa presunción de que tal norma no podía corresponder a la intención del monarca. No se sabe si en ese caso el rey se pronunció sobre la impugnación e insistió o no en que su mandato original fuera cumplido. Tampoco existen estudios que den cuenta de todas las impugnaciones que, a tenor de este procedimiento, se habrían producido y del resultado de las mismas.

<sup>152</sup> Jerónimo Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra...*, Barcelona, Sebafian de Cormellas, 1624, t. I, libro II, capítulo X, p. 440.

Lo que sí sabemos es que esta práctica, de un lado, dejó a criterio de la autoridad más inmediata establecer cuándo una disposición real se había dado “contra derecho” o “en perjuicio de partes” —posibilidad esta última de obvia ambigüedad—, y de otro lado, introdujo aquella fórmula de “obedezco pero no cumplo”, que vino a producir una separación radical entre el texto de una norma y su ejecución, que es integrante esencial de la tradición jurídica que nos fue legada. De esa separación, como veremos, se derivan una serie de consecuencias que, en conjunto, constituyen un obstáculo formidable para la construcción del Estado de derecho.<sup>153</sup>

Según han indicado los estudiosos del tema, la brecha entre el derecho escrito y su aplicación se extendió a las regulaciones generales de la administración española en América; aprovechando la distancia y la demora en las comunicaciones, los funcionarios entendieron que podían salirse con la suya, a menudo en connivencia con autoridades que hacían otro tanto al ignorar las restricciones legalmente impuestas. Entre esas disposiciones ignoradas estuvieron, desde luego, las que afectaron el conjunto de normas dictadas por la corona para proteger a los indios, que adquirieron el carácter de letra muerta.<sup>154</sup> Al analizar la falta de respeto a la ley en Argentina en nuestros tiempos, un autor llevó su rastreo hasta aquello que encontró como un rasgo prominente de la vida colonial: “La franqueza con que la ley impuesta por las autoridades de la metrópoli era violada por los funcionarios locales”.<sup>155</sup> Examinando el mismo asunto, un autor mexicano concluyó en que el asunto clave de la historia constitucional “ha sido la separación, si no es que el abismo, entre la norma y la realidad”.<sup>156</sup>

<sup>153</sup> Rachel Sieder y Patrick Costello, “Judicial Reform in Central America: Prospects for the Rule of Law”, en Rachel Sieder (ed.), *Central America. Fragile transition*, Londres, Institute of Latin American Studies-Macmillan Press, 1996, p. 170.

<sup>154</sup> C. H. Haring, *The Spanish Empire in America*, Nueva York, Oxford University Press, 1947, pp. 123 y 127.

<sup>155</sup> Carlos Nino, *op. cit.*, p. 54.

<sup>156</sup> Luis Rubio *et al.*, *A la puerta de la ley*, México, Cal y Arena, 1994, p. 17.

A la brecha entre la norma escrita y su vigencia efectiva hay que agregar una característica propia del derecho español en los tiempos coloniales: la fragmentación en varias jurisdicciones (real, eclesiástica, fueros locales, etcétera), que dio lugar a interpretaciones diversas, y en ocasiones, contradictorias, entre las cuales asomaban con frecuencia determinados privilegios. En ese cuadro, un papel fundamental correspondió a la alta discrecionalidad de la que dispusieron los jueces, que produjo tanto heterogeneidad normativa como incertidumbre en la aplicación.<sup>157</sup>

Sin embargo, la discrecionalidad en la aplicación de la ley no hizo parte de un estatuto de autonomía de los jueces. A diferencia de Inglaterra, los tribunales no alcanzaron en España el lugar de terceros neutrales, con autoridad formal y reconocimiento social para dirimir los conflictos; también en aquellos casos donde la corona era parte. Una judicatura independiente hubiera sido una amenaza para los intereses de largo plazo de la monarquía española, dado que ésta hubiese perdido parte de su poder de decisión si el tenedor de un derecho hubiera podido llevarlo a efecto sin depender de la voluntad y la actuación del rey. La forma de guardar lealtad a la corona en España y la de ejercer el poder desde ella hubieran resultado afectadas a largo plazo<sup>158</sup> por un sistema judicial que garantizara la aplicación de derechos y exonerara al recurrente de solicitar la merced del soberano.

Instalada en América esa forma de operar del derecho —teniendo como contenido las llamadas Leyes de Indias, sujetas al principio de “obedezco pero no cumplo”—, la resultante de una legislación sujeta a una aplicación antojadiza consistió en que tanto el sistema jurídico como sus tribunales se establecieron, a

<sup>157</sup> Carlos Aguirre y Ricardo D. Salvatore, “Introduction. Writing the History of Law, Crime and Punishment in Latin America”, en Ricardo D. Salvatore *et al.* (eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2001, p. 3.

<sup>158</sup> Douglas North *et al.* “Order, Disorder, and Economic Change: Latin América vs. North America,” en Bruce Bueno de Mesquita y Hilton Root (eds.), *Governing for Prosperity*, New Haven-Londres, Yale University Press, 2000, p. 41.

partir de la época colonial, como “algo extraño a la sociedad”,<sup>159</sup> incapaces, por consiguiente de generar adhesión a este componente clave de la estructura política. A lo largo del proceso independentista del siglo XIX se hace patente la ausencia de un sistema de convicciones popularmente compartidas, y en consecuencia, la carencia de consensos en torno a los fundamentos constitucionales—<sup>160</sup> factores que explican una escasez de compromisos firmes con los Estados fundados.<sup>161</sup> Se construyó así repúblicas dotadas de un orden sin legitimidad, esencialmente inestable debido a las desigualdades y las injusticias percibidas en él,<sup>162</sup> que los tribunales —provistos con leyes que no estaban destinadas a ser aplicadas— fueron incapaces de remediar.

La herencia dualista, iniciada bajo el argumento de que la norma colonial dictada en la Metrópoli era inaplicable, se autonomizó de esta justificación y pervivió como mecanismo que se plasmó en regímenes autoritarios dotados de normas liberales carentes de aplicación. En el periodo que siguió a las luchas por la independencia, los caudillos disputaban el control del territorio hasta que finalmente uno derrotaba a los otros y esta victoria, expresión de la ley del más fuerte, se revestía luego de un formato constitucional. Las súbitas alternancias en el poder, gestadas por esta vía, explican las numerosas Constituciones que nuestros países conocieron a lo largo del siglo XIX. Pero la adopción de

<sup>159</sup> Volkmar Gessner, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1986, p. 13.

<sup>160</sup> Sergio López-Ayllón, “Notes on Mexican Legal Culture”, *Social & Legal Studies*, vol. 4, núm. 4, 1995, p. 478; Jeremy Adelman y Miguel Ángel Centeno, “Between Liberalism and Neoliberalism: Law’s Dilemma in Latin America”, en Yves Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *Global Prescriptions: the Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, University of Michigan, 2002, p. 147.

<sup>161</sup> Douglas North *et al.*, “Order, Disorder, and Economic Change: Latin América v. North America”, en Bruce Bueno de Mesquita y Hilton Root (eds.), *Governing for Prosperity*, New Haven-Londres, Yale University Press, 2000, p. 47.

<sup>162</sup> Jeremy Adelman y Miguel Ángel Centeno, “Between Liberalism and Neoliberalism: Law’s Dilemma in Latin America”, en Yves Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *op. cit.*, p. 141.

un “régimen constitucional” no eliminaba la distancia entre esa formalidad republicana, que incluía un conjunto de derechos individuales y la organización del Estado en poderes separados, de un lado, y las prácticas políticas autoritarias, personalistas y de clientela,<sup>163</sup> del otro. Como se ha escrito para el caso de México en el siglo XIX, “había orden, el orden de los caciques y los señores, de los pueblos y los comandantes militares. Lo que no se consiguió en todo el siglo fue un Estado de derecho eficaz”, fracaso que no se originó en que las normas estuvieran “en contradicción con ninguna esencia nacional; simplemente no tenían apoyo. No era ése el orden que producía la sociedad”.<sup>164</sup>

Al terminar el siglo XIX, la dualidad entre norma y realidad ya había producido, además de una retórica ambigua no siempre exenta de cinismo, la prevalencia de la estabilidad de los derechos de aquellos que tenían el poder suficiente para hacerlos predominar, a costa de la falta de legitimidad del orden así establecido.<sup>165</sup> Los derechos del hombre, la igualdad ante la ley y las formas representativas de gobierno quedaron restringidos al ámbito de los textos, manteniéndose así una continuidad con el estilo del régimen colonial, que las declaraciones de independencia no alteraron.<sup>166</sup> El Poder Judicial, no obstante lo que dijeran los textos constitucionales, desde entonces quedó rebajado a un rol secundario, y en todo caso, subordinado a quienes ejercían el poder real, en términos políticos o económicos.<sup>167</sup>

<sup>163</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 36 y 37.

<sup>164</sup> Fernando Escalante Gonzalbo, *Ciudadanos imaginarios*, México, El Colegio de México, 1992, pp. 100, 288.

<sup>165</sup> Jeremy Adelman y Miguel Ángel Centeno, “Between Liberalism and Neoliberalism: Law’s Dilemma in Latin America”, *op. cit.*, p. 148.

<sup>166</sup> Joseph M. Gilbert, “Preface”, en Ricardo D. Salvatore *et al.* (eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2001, p. XIII.

<sup>167</sup> Margaret Popkin, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, *Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial*, Washington, USAID, 2002, pp. 112 y 113.

La herencia está viva. En el caso mexicano se ha señalado, en nuestros días, el contraste entre la estructura escrita, racionalista y de pretensión sistemática, de un lado, y de otro, la práctica informal, incorporada a la costumbre que está dotada de legitimidad social. La institución de la “mordida” corresponde, en esta interpretación, al sistema prebendario implantado en la colonia, que subsiste en la cultura actual del país.<sup>168</sup>

El caso brasileño siguió un camino parecido<sup>169</sup> debido a que el origen de la herencia fue ibérico y no sólo español. Portugal, igual que España, estuvo caracterizado por una profunda desigualdad jurídica, hasta representar la antítesis de un sistema legal universalista. Los administradores coloniales tampoco pusieron en vigencia efectiva las normas expedidas por la corona, con resultados equivalentes a los producidos en las colonias españolas, incluyendo la necesidad de solicitar favores a ser dispensados desde el poder, en lugar de reclamar derechos. Brasil, igual que los otros países latinoamericanos, ha recurrido, a lo largo de su historia republicana, a promulgar leyes sin consideración por la factibilidad de ponerlas en práctica. El llamado *jeito* —un mecanismo ampliamente utilizado que valiéndose de relaciones personales encuentra una salida alternativa a la prescrita por la ley, en vista de los obstáculos y dificultades que esta última presenta— tiene sus raíces en esa herencia ibérica; en particular, se atribuye al componente católico —su rigidez dogmática, formalismo y resistencia al cambio— haber estimulado las actividades tipo *jeito*.

Puede sostenerse, entonces, que los problemas que enfrentan el derecho y la justicia en la región tienen claramente un origen histórico identificable.<sup>170</sup> De tal origen se deriva una de las características del funcionamiento del derecho en las nuevas repúblicas: la facilidad para adoptar como propias instituciones

<sup>168</sup> Luis Rubio *et al.*, *A la puerta de la ley*, México, Cal y Arena, 1994, p. 150.

<sup>169</sup> Keith S. Rosenn, “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *Florida International Law Journal*, vol. I, núm. 1, 1984, pp. 1-43.

<sup>170</sup> Jeremy Adelman y Miguel Ángel Centeno, *op. cit.*, p. 158.

y normas legales originadas en otros países. La irresponsabilidad con la que se ha trasplantado a nuestros países legislación de diversos orígenes, sin atender al crucial asunto de su aplicabilidad en las condiciones y circunstancias locales,<sup>171</sup> tiene raíz en la conjunción de algunos de los elementos examinados. Primero, una tradición en la que las leyes venían de fuera. Segundo, la callada presunción de que, en rigor, la ley trasplantada no sería puesta en práctica; para qué preguntarse entonces sobre su aplicabilidad y qué sería necesario para ello. Tercero, el papel relativamente superficial de las normas escritas, incluidos los textos constitucionales, restringidas a operar como expresión formalizada de deseos aparentes que, a falta de mecanismos de ejecución, vinieron a ser letra muerta. Tales elementos, una vez arraigados en un país dado, han configurado una cultura jurídica y un modo de operación del derecho que contrastan con el caso de aquellos países donde el sistema jurídico y las instituciones judiciales son, en mayor medida, producto de un desarrollo endógeno.<sup>172</sup>

En el desarrollo de un encadenamiento histórico iniciado en la colonia, al independizarse los países de la región se eligió modelos importados, usualmente de Europa, para elaborar constituciones y leyes, que se sobrepusieron de mala manera sobre realidades y estructuras de corte autoritario. Se adoptó rápidamente, en el nivel constitucional, disposiciones liberales difícilmente compatibles con la realidad social y que por tal razón resultaban resistentes a ser puestas en ejecución,<sup>173</sup> incluso en las ocasiones en las que había voluntad política de hacerlo.

En el caso latinoamericano, no se formuló la pregunta acerca de si el trasplante de instituciones legales podía ser bien aceptado o no por el país receptor. Copiar normas se presentó siempre,

<sup>171</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 116.

<sup>172</sup> John R. Schmidhauser, "Introduction: The Impact of Political Change upon Law, Courts and Judicial Elites", *International Political Science Review*, núm. 3, vol. 3, 1992, p. 231.

<sup>173</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 66 y 67.

hasta estos tiempos, como signo avanzado de modernización o, simplemente, como un “adelanto”. Además de los políticos, juristas y abogados han encontrado natural buscar en leyes extranjeras una base sólida para legislar o proponer modificaciones legales.<sup>174</sup> No se percataron, primero, de lo ilusorio que era, y sigue siendo, esperar del funcionamiento de tales instituciones resultados similares a los que produjeron en el país de origen; y segundo, de que en razón de la inadaptación del trasplante sistemático, se agudizó la perniciosa dicotomía, históricamente fundada, entre la norma escrita y la realidad.

Los códigos existentes en América Latina usualmente son claros, lógicos y detallados pero, a menudo, guardan poca relación con la vida real.<sup>175</sup> Los tribunales de la región deben trabajar con un marco normativo que acaso no esté diseñado para ser aplicado universalmente en esa vida real<sup>176</sup> sino que se destina a una aplicación selectiva,<sup>177</sup> según circunstancias en las que el poder de las partes impone privilegios. A menudo, los programas de reforma —que serán examinados en la siguiente parte de este libro— no se hacen cargo de que, en rigor, el lazo entre las leyes y aquellas normas —no escritas— que efectivamente guían la conducta de jueces y abogados es muy débil.<sup>178</sup> Todo ello no constituye una realidad recientemente surgida. Es

<sup>174</sup> Mirjan Damaska, “The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, pp. 851 y 852.

<sup>175</sup> Víctor Alba, *The Latin Americans*, Nueva York, Praeger Publications, 1969, pp. 345 y 346.

<sup>176</sup> Linn Hammargren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, University Park: The Pennsylvania State University Press, 2007, p. 209.

<sup>177</sup> Alberto Binder, “La cultura jurídica, entre la tradición y la innovación”, en Luis Pásara (ed.), *Los actores de la justicia latinoamericana*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2007, pp. 21 y 40.

<sup>178</sup> Erik G. Jensen, “The Rule of Law and Judicial Reform: The Political Economy of Diverse Institutional Patterns and Reformers’ Responses”, en Thomas C. Heller y Erik G. Jensen (eds.), *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford, University Press, p. 361.

el producto de actitudes y comportamientos perfilados a lo largo de siglos.<sup>179</sup>

En eso consiste nuestra tradición jurídica, entendida no como las raíces de un conjunto de disposiciones legales sino como una parte de la cultura, compuesta de actitudes históricamente condicionadas, y profundamente enraizadas, acerca de la naturaleza del derecho, su papel en la sociedad y el Estado, la organización del sistema jurídico y la manera en que el derecho debe ser generado, aplicado, estudiado y enseñado.<sup>180</sup>

A esa tradición corresponde un determinado perfil del juez. Un rasgo central de ese perfil es la dependencia del juzgador de una jerarquía que, en los orígenes de la tradición, estaba presidida por Dios y por aquél a quien —en las Partidas, un libro fundador del derecho ibérico— se consideraba su vicario en la tierra, el rey.<sup>181</sup> La ideología judicial atribuía la potestad de impartir justicia al monarca, quien la ejercía a través de sus delegados, los jueces.<sup>182</sup> De ahí que en una pieza de teatro clásico español se proclamara la supremacía del juzgador primigenio: “El mejor alcalde, el rey”.

La Revolución francesa introduce un cambio pero abre paso a una continuidad. El cambio consiste en que Dios y el rey son sustituidos por el parlamento. A partir de la Revolución, los jueces tendrán que atenerse a lo que diga la ley, que es producto de la voluntad popular expresada a través de la legislatura. La continuidad radica en que el juez se mantiene subordinado a una jerarquía —en cuyo escalón superior se halla el legislador que dispone aquello que deberá ser exactamente aplicado—, pese a

<sup>179</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 20 y 21.

<sup>180</sup> John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2a. ed., Stanford, Stanford University Press, 1985, pp. 1, 2, 145.

<sup>181</sup> Francisco Tomás y Valiente, “De la administración de justicia al Poder Judicial”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 14.

<sup>182</sup> Daniel E. Herrendorf, *El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 97.

que los tribunales son reconocidos nominalmente como un poder del Estado. Al elaborar la noción de la división de poderes, Montesquieu cuidó de que los jueces —identificados con el “antiguo régimen”— carecieran de atribuciones suficientes como para defender los intereses de la nobleza, con la que se habían identificado históricamente. A tal fin, consagró una redefinición de la función judicial: “El juez es la boca de la ley”, cuyo texto es dictado por el parlamento. A eso debería limitarse y quedar limitado el juez.

El siguiente paso se dio con la codificación, emprendida bajo el imperio napoleónico como un proceso de sistematización de las normas que aspiraba a abarcar cualquier situación humana. En los códigos debía estar comprendido todo, y por eso mismo, de un lado, el derecho no era otra cosa que los códigos, y de otro, la justicia quedó referida a su estricta aplicación.<sup>183</sup> El Código de Napoleón en 1804, que se consideró en la época —y en América Latina durante los dos siglos siguientes— como la más alta expresión posible del derecho, sometió la tarea del juez a una subordinación absoluta:<sup>184</sup> la que corresponde al mero aplicador de sus normas.

La codificación vino a apartar una pretensión revolucionaria referida al origen popular de la ley. Al ser la tarea codificadora un asunto altamente especializado, necesariamente reservado a los juristas; se perdió como referencia la voluntad popular. En ese paso se esfumó la posibilidad de cierto control social sobre el contenido del derecho, y como consecuencia, en el caso latinoamericano se profundizó la desconexión, existente desde la colonia, entre sociedad y derecho.<sup>185</sup> Los dos mundos se alejaron aún más al refinarse la producción del derecho como asunto restringido a los expertos.

<sup>183</sup> Bartolomé Clavero Salvador, “Códigos y jueces (las puertas y los porteros de la ley)”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 80.

<sup>184</sup> Carlos Eymar Alonso, “La justicia de la razón y las razones de los jueces”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 160.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 161.

Respecto del juez, dos características quedaron definidas en el modelo surgido de ese momento histórico: el juez es un simple aplicador de la ley escrita y las cortes carecen de poder para vigilar la legalidad del desempeño de ejecutivo y parlamento. Incorporados estos dos elementos a la tradición jurídica, en América Latina pervivieron durante más tiempo que en Europa, alejados de las perturbaciones que se hubieran derivado de un mayor contacto con otras tradiciones jurídicas.

El juez, en la tradición así definida, vio devaluada su tarea, en su calidad de aplicador mecánico de normas sobre cuyo contenido no tenía intervención, salvo en casos excepcionales, expresamente autorizados por la propia ley. Concibiendo su función como la de aplicadores de la norma —y no intérpretes que le asignan un sentido en el caso concreto—,<sup>186</sup> los jueces latinoamericanos han adherido, desde el principio de la vida de nuestras repúblicas, al texto de la ley. En Guatemala, se encuentra vigente desde 1989 una Ley del Organismo Judicial que dispone: “cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu” (artículo 10) y que, para lograr la mayor fidelidad al texto, ordena que a los efectos de la aplicación: “Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente” (artículo 11).

Atado de esa manera al texto de la ley, el juez nuestro hubo de entender que era un simple administrador de la legislación y que, pese a lo que declaraban los textos constitucionales, carecía de un verdadero poder. De esa condición proviene un rasgo que los jueces latinoamericanos arrastran hasta hoy: la falta de prestigio del cargo, que ocasiona una dificultad “para atraer al cargo de juez a abogados altamente calificados”, constatada en el caso

<sup>186</sup> Agustín Squella, “Independencia interna del Poder Judicial: ante quiénes, en qué y para qué tenemos jueces independientes”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile, Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, 2007, pp. 20 y 21.

ecuatoriano<sup>187</sup> y señalada en México como la razón para reclutar para la tarea a quienes en los estudios universitarios no superaron la medianía.<sup>188</sup> En suma, la definición de la tarea del juez y su subordinación en nuestra tradición explican que la judicatura se haya convertido, para muchos, en el refugio de aquellos que disponen de menos capacidades, tanto en términos profesionales como sociales, y están dispuestos a retribuir, en el ejercicio del cargo, el favor recibido al ser nombrados o promovidos.<sup>189</sup>

En la tradición del derecho romano-civil, la carencia de poder del juez se formaliza cuando en Francia, por ley de agosto de 1790, la administración pública quedó configurada como un poder no sujeto al control de la justicia.<sup>190</sup> Aquella ley recogió la interpretación según la cual la división de poderes significaba que los jueces no conocieran en revisión resoluciones adoptadas por los otros poderes del Estado.<sup>191</sup> Como hemos visto en la primera parte de este libro, la Corte Suprema chilena invocó precisamente esta interpretación para cruzarse de brazos ante los recursos que le fueran presentados en relación con las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura del general Pinochet. Podía haber cierto cinismo al refugiarse en ese argumento —dado que aquel principio no había sido aplicado por esa misma Corte durante el gobierno de Salvador Allende— pero el razonamiento correspondía genuinamente a la tradición jurídica

<sup>187</sup> Ecuador. *Legal and Judicial Sector Assessment*, Washington, The World Bank, 2002, p. 19.

<sup>188</sup> Michael C. Taylor, “Why No Rule of Law in Mexico? Explaining the Weakness of Mexico’s Judicial Branch”, *New Mexico Law Review*, vol. 27, núm. 1, 1997, p. 165.

<sup>189</sup> Ives Dezalay y Bryant Garth, “Law, Lawyers and Social Capital: ‘Rule of Law’ versus Relational Capitalism”, *Social & Legal Studies*, vol. 6 núm. 1, 1997, p. 126.

<sup>190</sup> Francisco Tomás y Valiente, “De la administración de justicia al poder judicial”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 20.

<sup>191</sup> Jesús Peces Morate, “Consolidación de una estructura judicial”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa, cit.*, p. 188.

latinoamericana, heredera de la ibérica y complementada por el legado de la Revolución francesa.

El contraste resulta marcado si se compara esa definición de la función judicial con la correspondiente a la tradición anglosajona (*Common Law*). En ésta el juez es claramente identificado como alguien que toma decisiones y las justifica con un razonamiento explícito que, al ir mucho más allá de las meras referencias legales, contribuye activamente a la elaboración del derecho.<sup>192</sup> Ya en Inglaterra los tribunales establecieron una tradición de defensa del individuo contra los abusos del poder, que desempeñó un papel activo en la destrucción del feudalismo, una tradición en la que los tribunales tenían el poder de *mandamus*, para compelir a un funcionario a cumplir con sus deberes, y el de *warranto*, para cuestionar la legalidad de un acto de gobierno.<sup>193</sup> Pero fue el desarrollo de la judicatura en Estados Unidos lo que hizo el contraste todavía más marcado, dado que en ese país no se tuvo la experiencia de tribunales al servicio del “antiguo régimen” como ocurrió en Francia, y en consecuencia, la Revolución americana no los trató como enemigos.

En 1803 la Corte Suprema de los Estados Unidos —que, contando con una constitución escrita, tenía un punto de partida distinto al de Inglaterra— decidió ejercer el control de constitucionalidad (*judicial review*) sobre la actuación del congreso y del ejecutivo, de una forma desconocida en ese momento en Inglaterra.<sup>194</sup> Al decidir en el *caso Marbury v. Madison*, la Corte estableció que los tribunales federales tenían la obligación de controlar la constitucionalidad de los actos del congreso y declararlos nulos cuando contrariaran la Constitución, pese a que en el texto de

<sup>192</sup> John Bell, “The Judge as Bureaucrat”, en J. Eklaar y J. Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 36.

<sup>193</sup> John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2a. ed., Stanford, Stanford University Press, 1985, p. 16.

<sup>194</sup> Herbert Jacob, “Introduction”, en Herbert Jacob *et al.*, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1996, p. 4.

ésta no se estableció tal facultad. En la tradición anglosajona, la interpretación de la separación de poderes no llevó, pues, al aislamiento retraído del Poder Judicial, como ocurrió en la tradición ibérico-francesa, sino que condujo a situar como eje del funcionamiento constitucional el mecanismo de pesos y contrapesos (*check and balances*), equilibrio en el cual les fue reservada a los jueces —o, más bien, éstos pasaron a ocupar— una responsabilidad importante en el ejercicio del poder.<sup>195</sup>

John H. Merryman trazó un contraste entre los jueces de una y otra tradición<sup>196</sup> y sostuvo que, a pesar de que ambos llevan la misma denominación, unos y otros corresponden a realidades muy distintas. Atribuye tales diferencias, precisamente, al legado que corresponde a cada tradición. Tratándose de la tradición romano-civil, que es como se denomina usualmente a la familia de derecho a la cual pertenece el de América Latina, considera significativo que no haya grandes nombres que recordar entre jueces, pero sí los haya entre legisladores. El juez del sistema romano-civil, sostiene, no es un personaje ilustre o reconocido, ni siquiera una figura paternal, como sí ocurre en el sistema anglosajón. La imagen de nuestro juez es la de un funcionario público, importante pero repetitivo y burocrático en su tarea, sus razonamientos no son publicados ni, menos aún, estudiados y sometidos a escrutinio público porque no se espera que sean creativos u originales y, por cierto, sólo excepcionalmente lo son.

Mientras en el sistema anglosajón flexibilidad y certeza compiten, observa Merryman,<sup>197</sup> en el sistema romano-civil la flexibilidad ha sido sacrificada a favor de la certeza y la necesidad de flexibilidad es vista, más bien, como una dificultad que complica el trabajo del juez. Los jueces del sistema anglosajón solucionan problemas, mientras sus homónimos en el sistema romano-civil tienden a practicar un formalismo que no los resuelve. Esta

<sup>195</sup> John Henry Merryman, *op. cit.*, p. 15.

<sup>196</sup> *Ibidem*, pp. 36-38.

<sup>197</sup> *Ibidem*, pp. 49 y 50, 66 y 83.

tendencia ha ensanchado la brecha entre el modelo legal, de un lado, y lo que la gente y las instituciones hacen, de otro.

En medio de ese cuadro, la figura del juez se ha empequeñecido en nuestra tradición mientras que la del legislador ha crecido. Los redactores de nuestras piezas de legislación más importantes han sido gentes de trayectoria académica, mientras en el sistema anglosajón han sido jueces, abogados y políticos, que conocían cómo resolver problemas. El papel de los profesores universitarios como redactores legislativos corresponde al hecho de que en nuestro sistema se ha considerado que el derecho es una ciencia, al tiempo que entre los anglosajones el derecho es visto como un instrumento práctico para resolver conflictos.<sup>198</sup>

La nuestra es, pues, una tradición judicial de origen ibérico, con matriz colonial, e impregnada por la visión de derecho, ley y justicia de la Revolución francesa. El juez responde siempre ante el soberano; primero, el rey; luego, el parlamento. En parte a eso se debe que, hasta hace poco, se considerara adecuado en la región que los jueces fueran nombrados, o destituidos, por el congreso. También de esa manera se ha vinculado el origen del sistema jurídico a la autoridad, que a los efectos de legislar se auxilia con quienes han hecho del derecho una ciencia. Como veremos enseguida en esta parte del libro, el cultivo de esa ciencia está a cargo de las facultades de derecho.

La idea del control de constitucionalidad y de legalidad de los actos de gobierno por los jueces es una idea extraña a esta tradición, que ha sido incorporada recientemente al orden normativo de los países latinoamericanos. Hasta ese momento, los textos constitucionales eran la cúspide del orden legal, pero tenían sólo efectos simbólicos, sin mucha aplicación práctica. El cambio normativo ha encontrado, para ejercer la función de controlar el uso del poder, a personajes que, al encarnar aquella vieja tradición aún viva, acaso no resulten los más idóneos para desempeñarla.

<sup>198</sup> Herbert Jacob, *op. cit.*, p. 4.

## II. LA PESADA CARGA DE LA CULTURA JURÍDICA

Hasta aquí se ha examinado cómo una tradición, anclada en la historia, configura un modo de ver y usar el derecho. El repaso efectuado muestra de qué manera limitar el enfoque del sistema de justicia a él mismo conduce a una visión parcial, sesgada en tanto el sistema no puede ser separado del funcionamiento de otras instituciones,<sup>199</sup> y menos aún, de las características básicas del medio social del que se trata. Corresponde ahora examinar cómo la tradición en la que vive nuestro derecho se condensa en ideas y creencias, valores y discursos, actitudes y comportamientos de los sujetos que viven en el sistema de justicia. Lo que será objeto inmediato de nuestra atención será la cultura jurídica, que algunos autores descartan como un concepto poco útil,<sup>200</sup> pero que, sin duda, tiene capacidad para referirnos específicamente a un determinado modo de pensar, sentir y actuar en relación con el derecho, que es propio de un grupo social determinado. Claro está, nociones y representaciones no interesan aquí en abstracto, ni en sí mismas, sino en la medida en que tienen suficiente entidad como para orientar y respaldar conductas. De allí que no pueda pensarse en el cambio de las instituciones sin tomar en cuenta la cultura existente en ellas.<sup>201</sup>

Es preciso, pues, poner en relación derecho y sistema de justicia con los rasgos de la cultura jurídica en medio de la cual operan en razón de que el derecho —en especial, su funcionamiento— es un producto histórico y social. Como consecuencia, las reformas que respecto de él se intenten quedarán encuadradas en las for-

<sup>199</sup> Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *Sistemas Judiciales*, año 4, núm. 8, 2005, pp. 93, 103.

<sup>200</sup> Alexandra Hunneus *et al.*, “Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America”, en Javier Couso *et al.* (eds.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, p. 7.

<sup>201</sup> William Davis, “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 197.

mas en que el derecho ha sido establecido, puesto en práctica y entendido históricamente, y condicionadas tanto por las relaciones entre Estado y sociedad como por la conciencia y las actitudes ciudadanas respecto a la ley y el orden.<sup>202</sup> En rigor, nada de eso tiene significados universales sino que está circunscrito a la experiencia histórica propia.

En esta sección, nuestro examen empezará por la cultura jurídica de los abogados, luego veremos el caso de jueces, fiscales y funcionarios de las instituciones del sistema, y finalmente, nos detendremos en el lugar de reproducción de esa cultura, las facultades de derecho.

Interesan en primer lugar los abogados, a quienes en verdad debe tomárseles como principales reproductores, multiplicadores y amplificadores, activos y duraderos,<sup>203</sup> de aquello que llamamos cultura jurídica. Como observó Merryman,<sup>204</sup> el derecho para los abogados de nuestro sistema jurídico no es un instrumento destinado a resolver problemas concretos sino un conjunto de reglas e instituciones. Sus nociones acerca del derecho proceden de las normas legales formalmente aprobadas y de la construcción conceptual que los juristas han hecho a partir de ellas —denominada *doctrina*— y que no se sujeta a ser validada en confrontación con la realidad. Todo aquello que no es jurídico —esto es, las realidades políticas, sociales y económicas— queda fuera de atención desde esta forma de cultura jurídica que privilegia una certeza que, según su discurso, se deriva de las leyes mismas.

Ese enfoque utiliza un silogismo como método para aplicar las normas: la ley es la premisa mayor, el hecho concreto es la

<sup>202</sup> Rachel Sieder, “Renegociando «la ley y el orden», Reforma judicial y respuesta ciudadana en la Guatemala de posguerra”, *América Latina Hoy*, núm. 35, 2003, p. 63.

<sup>203</sup> Douglas Hay, “Afterword. Law and Society in Comparative Perspective”, en Ricardo D. Salvatore (eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2002, p. 418.

<sup>204</sup> John H. Merryman, *op. cit.*, pp. 69, 78, 82.

premisa menor, y la conclusión es el juicio jurídico aplicable. Esta herramienta de trabajo ha sido trasladada por los abogados a su mirada respecto a la relación entre ley y realidad, en general; en la ley entonces no tiene que cuidarse su adecuación a la realidad porque ésta es la que debe calzar en las normas. Dado que “para el jurista típico, sancionar una norma tiene el mágico efecto de cambiar el mundo”,<sup>205</sup> es frecuente que los abogados razonen como si fuera la sociedad la que debe adaptarse a los términos fijados por las leyes que expide el Estado.<sup>206</sup> Este enfoque, claro está, contribuye a ahondar la brecha entre derecho y sociedad que corresponde a nuestra tradición.

Esta cultura jurídica, que tiene base en la tradición ibérico-francesa pero se ha desarrollado de una manera particular en América Latina, ha pervivido pese a la creciente influencia del derecho anglosajón en esta región. Si bien es cada vez más frecuente trasplantar normas e instituciones provenientes, sobre todo, de Estados Unidos, esa manera tradicional de ver el derecho se mantiene, probablemente debido a que la cultura jurídica no es fácilmente exportable, como sí lo son las leyes, el lenguaje universal de las matemáticas o las conclusiones derivables de experimentos científicos reproducibles en cualquier parte del mundo.<sup>207</sup>

En las prácticas de los abogados, a lo largo de su ejercicio profesional, las nociones de cultura jurídica más abstractas se mantienen como un telón de fondo que esporádicamente es utilizado como justificación de su quehacer. Pero las prácticas mismas —orientadas más por hacer que el cliente gane que por procurar justicia—<sup>208</sup> parecen estar guiadas por imperativos concretos que, dentro de la cultura jurídica, tienen el carácter de instituciones informales, esto es, que no tienen validez meramente circunstancial sino que constituyen conjuntos de reglas no escritas que al-

<sup>205</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, p. 43.

<sup>206</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 650.

<sup>207</sup> John V. Orth, “Exporting the Rule of Law”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 24, 1998, p. 82.

<sup>208</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, p. 108.

canzan vigencia social plena. En lo que se sigue se intenta asomar al lector a la interacción de nociones abstractas e instituciones informales.

En lo que se refiere al ámbito de la justicia, el abogado litigante es más bien un tramitador de procesos; esto es, el profesional activa, y luego prosigue ritualmente, una serie de mecanismos y pasos que mantienen en movimiento la petición en la que ha traducido legalmente el interés de su cliente. Muy pocos de esos pasos contienen elementos de sustancia —como son las pruebas y los argumentos de fondo sobre el tema en discusión—; la mayoría se limitan a efectuar gestos procesales, que son necesarios para seguir el rito del proceso pero que no tocan directamente el asunto de fondo. En el examen de procesos judiciales se verifica, a partir de la actuación de la mayoría de los abogados litigantes, que se concede más importancia al trámite que a la solución del litigio.<sup>209</sup>

A tal efecto, el abogado litigante utiliza los defectos y vicios del sistema de aquellas maneras que le resulten beneficiosas. Pese a que los abogados suelen quejarse del funcionamiento del sistema de justicia, al tiempo de que no han convertido sus críticas en apoyo a los procesos de reforma,<sup>210</sup> sus prácticas revelan que están bien adaptados al estado de cosas existente, sirviéndose de sus males para obtener el logro que les importa. Uno de esos males es el retardo en la procuración de justicia que, pese a no haber sido materia de suficientes mediciones confiables,<sup>211</sup> es objeto de una de las críticas más generalizadas en torno al funcionamiento de la justicia. La duración de un juicio es, en cierta medida, asunto de los abogados y no sólo del aparato judicial que es quien usualmente aparece responsabilizado en razón de la actuación ineficiente de los jueces y el resto de su personal. En un estudio sobre cobro de deudas en cuatro países de la región —Argentina,

<sup>209</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 541 y 555.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>211</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2007, p. 76.

Brasil, México, Ecuador y Perú— se comprobó que con frecuencia los atrasos del proceso se debían a la parte demandante o a su abogado.<sup>212</sup> El retraso es un instrumento manipulado por los abogados de las partes según el provecho que puedan obtener de él; desde los primeros trámites, especialmente en los casos no penales, los abogados dejan correr plazos y recurren a apelaciones inconducentes, como una forma de alargar el proceso, en beneficio propio —porque justifican así un mayor honorario— o de su cliente, al que han prometido, especialmente cuando es el demandado, una solución que, si no es favorable, por lo menos tarde en llegar. Incluso el abogado del demandante a menudo, por descuido o por recargo en su propio trabajo, deja que los plazos transcurran sin ejercer acción alguna, conducta que ciertamente no dejará ver ante su cliente pero que aparece de manera cristalina cuando se examinan expedientes judiciales.

Para demorar el proceso, o para obtener cualquier otro resultado que considere ventajoso, el abogado latinoamericano se vale de lo que se conoce como formalismo. Esta manera de ver y operar el derecho perteneciente a la familia romano-civil adquiere raíces conceptuales en la región en el siglo XIX, llegadas desde Europa para acompañar a los primeros códigos nacionales y los comentarios que los explicaban.<sup>213</sup> El formalismo tiene dos aspectos, ambos aún presentes en importante medida entre los abogados latinoamericanos de hoy. El primero también es conocido como legalismo y restringe el contenido del derecho a lo dispuesto en las normas legales: no hay otra fuente del derecho que la ley y en ésta importa sólo la literalidad de la disposición, lo que conlleva el rechazo de cualquier interpretación que incorpore principios, criterios o valores, incluso aquellos que están presentes en el texto constitucional. Aquello que no está textualmente en la ley

<sup>212</sup> Linn Hammergren, “Usos de la investigación empírica para el reenfoque de las reformas judiciales: lecciones desde cinco países”, *América Latina Hoy*, vol. 39, 2005, p. 35.

<sup>213</sup> Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, p. 119.

no tiene efectos jurídicos. Aunque no siempre esta posición se expone de manera abierta, la práctica de los abogados la revela, en razón de que, como se ha señalado para el caso ecuatoriano, “la mayoría de abogados y jueces centran su análisis en la semántica de textos legales en lugar de un análisis conceptual”.<sup>214</sup>

El segundo aspecto consiste en el culto a la formalidad, esto es, la exigencia rigurosa del cumplimiento de requisitos y trámites, aunque la falta de alguno de ellos no haya tenido ningún efecto de significación respecto del asunto que se discute. La falta de una firma, la omisión de un documento de identidad, una incongruencia menor en las fechas que se citan, o cualquier otro detalle que no afecta el fondo del litigio suele ser usado como materia de impugnación, que si fuera rechazada por el juez a cargo, será objeto de apelación y de cuanto recurso pueda interponerse.

La reiteración de este tipo de comportamiento hace que en los procesos que la justicia conoce, por lo general, la atención a los asuntos formales sea mayor que la que se concede a los términos de discusión del problema mismo. Ante las numerosas discusiones de tipo formal —que según el procedimiento requieren recabar primero el parecer de la otra parte, luego la decisión del juzgador, en seguida las notificaciones a las partes y a menudo conducen a una apelación ante la instancia superior donde el ir y venir del trámite se repite— que se encuentran en los expedientes judiciales nuestros, resulta difícil argüir que el formalismo —tanto en lo referido al culto al texto de la ley como a lo atingente a la veneración de las formalidades— no es un concepto útil para describir la cultura jurídica latinoamericana, como se ha sostenido.<sup>215</sup>

Puede argumentarse que el formalismo en el litigio corresponde, en ciertos casos, a una estrategia consciente para evitar el

<sup>214</sup> Ecuador. *Legal and Judicial Sector Assessment*, op. cit., p. 22.

<sup>215</sup> Alexandra Hunneus et. al., “Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America”, en Javier Couso et al. (eds.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, p. 3.

cambio o,<sup>216</sup> cuando menos retrasarlo. En Ecuador, al contestar una demanda es usual que los abogados presenten una serie larga de excepciones o cuestiones previas que incluyen la tacha de testigos que la otra parte presente o “llegare a presentar”, impugnándolos sin saber siquiera quiénes son. Asimismo, el abogado “impugna y redarguye de falsas, improcedentes, ilegales y mal actuadas las pruebas presentadas y que presentare” la otra parte y contradice “desde ya todo lo que vaya a manifestar” el contrario.<sup>217</sup> Aparte de la inutilidad efectiva de esta retórica que sólo logra recargar inútilmente los términos del litigio, anteponer excepciones e interponer nulidades —dos de los instrumentos preferidos por los litigantes formalistas— responde a una búsqueda de mantener el *status quo*, de conservar a como dé lugar la situación, expectativa que corresponde a aquel que se beneficia de tal estado de cosas.

Al tiempo que el abogado litigante dedica esfuerzos en el aparato de justicia a los trámites del proceso, utilizando la demora como instrumento de combate y valiéndose del formalismo como arma, fuera de la arena institucional echa mano a lo que se ha dado en llamar “capacidad relacional”.<sup>218</sup> Este importante elemento de la cultura jurídica profesional consiste en el uso de diferentes redes sociales para alcanzar todo aquello que pueda poner al servicio de sus objetivos. Lazos de parentesco, de escuela, colegio y universidad, de militancia o simpatía partidaria, de clubes privados, etcétera son capitalizados oportunamente por el abogado litigante para establecer contactos que tengan capacidad para ejercer influencia sobre actores decisivos en el desenlace del caso a su cargo. Este tipo de recurso, de cuyo uso sistemático obtienen mayor provecho los abogados mejor situados en la

<sup>216</sup> Keith S. Rosenn, “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *Florida International Law Journal*, vol. I, núm. 1, 1984, p. 25.

<sup>217</sup> Luis Pásara, *La producción judicial en Ecuador*, México, UNAM, 2011, p. 94.

<sup>218</sup> Luis Pásara, “Los abogados de Lima en la administración de justicia. Una aproximación preliminar”, en Luis Pásara, *Tres claves de la justicia en el Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 362.

estratificación profesional, moviliza el capital social propio para avanzar posiciones en términos de poder.<sup>219</sup> Cuando se da a estos mecanismos cierta capacidad de operación estable, los abogados con conocida capacidad de influencia en las instituciones del sistema de justicia llegan a manejar lo que se conoce como “tribus judiciales”,<sup>220</sup> tramas organizadas cuidadosamente que abarcan desde clientes fijos hasta integrantes de las cortes supremas respectivas, pasando por jueces, funcionarios auxiliares y jefes policiales. En ese punto, la llamada capacidad relacional se convierte con facilidad en tráfico de influencias o corrupción. Como se sabe, éstos son componentes del ejercicio profesional y del sistema de justicia nuestros.

No obstante que, con frecuencia, los intereses gremiales tienden a presentarse como demandas de interés general,<sup>221</sup> la actuación correspondiente a las asociaciones profesionales de abogados no ha sido, respecto al tipo de ejercicio profesional existente, un correctivo. En México se ha señalado que los colegios de abogados han operado más como clubes sociales, y en los peores casos, como grupos de presión política; en todo caso, no han jugado un papel significativo en el fortalecimiento del Estado de derecho.<sup>222</sup> De manera más específica, se ha observado que la Orden de Abogados de Brasil ha combatido la adopción del efecto vinculante —una reforma atingente a un posible mejor funcionamiento de la justicia— en defensa del mercado de trabajo de sus miembros: la restricción del efecto de la decisión judicial al caso para el cual fue dictada conduce a la instauración de muchos nuevos procesos en los que otros reclaman el derecho que los tribunales ya han

<sup>219</sup> Ives Dezalay y Bryant Garth, “Law, Lawyers and Social Capital: «Rule of Law» versus Relational Capitalism”, *Social & Legal Studies*, vol. 6, núm. 1, 1997, p. 132; Yves Dezalay y Bryant G. Garth, “Introduction. Lawyers, Law, and Society”, en Ives Dezalay y Bryant G. Gart (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2011, p. 3.

<sup>220</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 347-348.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 564.

<sup>222</sup> Héctor Fix-Fierro, “The Role of Lawyers in the Mexican Justice System”, *op. cit.*, pp. 263 y 264.

establecido, multiplicándose así la carga judicial al tiempo que el conjunto de los juicios resultan retardados<sup>223</sup> pero, claro está, esta sinrazón provee de trabajo a los abogados de los nuevos casos. En términos generales, los colegios y las asociaciones de abogados no sólo han dejado de apoyar la reforma de la justicia sino que los abogados se constituyen con frecuencia en los principales opositores a los cambios del sistema.<sup>224</sup>

Pese al desempeño que de hecho tienen los abogados, a ellos corresponden importantes funciones en cualquier sistema de justicia, especialmente cuando la ley exige que su intervención sea imprescindible, a través de lo que se denomina defensa cautiva. De los abogados dependen tanto el desarrollo como el mantenimiento de un sistema de justicia.<sup>225</sup> Como se ha dicho muchas veces, el abogado es el portero del acceso a la justicia:<sup>226</sup> los abogados pueden influir decisivamente en que un caso vaya o no a juicio. Los abogados traducen a términos legales el reclamo de su cliente y de que hagan adecuadamente o no esta tarea, dependen tanto el cliente particular como el sistema de justicia en conjunto. Al actuar como intermediarios entre el ciudadano y la justicia, hacen que ésta gane o pierda confianza pública. Asimismo, los abogados pueden contribuir, de distintas maneras, a mejorar la legislación.<sup>227</sup> Finalmente, hay que tener presente que ninguna revolución social o política logra desplazar a todos los abogados

<sup>223</sup> Rogério B. Arantes, “Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brasil”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, Palgrave MacMillan, 2005, p. 252.

<sup>224</sup> Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies-University of London, 2001, p. 43.

<sup>225</sup> J. H. Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems*, Washington, Washington Book Co., 1928, p. 1127.

<sup>226</sup> Paul Súmar Gilt, *El cuerpo de la toga. Datos y apuntes para el estudio de abogados y abogacía*, Lima, Asesores Empresariales, 1997, p. 18.

<sup>227</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, pp. 264 y 265.

en funciones, en parte porque la función resulta necesaria y en parte debido a que es difícil remplazarlos.<sup>228</sup> Son profesionales cuya función se perpetúa.

Pero la realidad parece corresponder a un terreno lejano de lo que se espera del cumplimiento de sus deberes. Estudios realizados en varios países latinoamericanos sugieren que el papel del abogado defensor en procesos penales es más bien marginal y de baja calidad. La relación con el cliente, a partir del lenguaje utilizado en ella por el profesional, no mejora la comprensión que el ciudadano tenga acerca del funcionamiento de la justicia, ni siquiera para entender su propio caso; en esas condiciones, el cliente se halla a merced del abogado, que en muy pocos casos resulta obligado a rendir cuentas ante tribunales o instancias de control, que funcionan muy pobremente.<sup>229</sup> Todo ello redundaría en un incremento de la desconfianza social respecto de las instituciones y los actores jurídicos.<sup>230</sup> Este cuadro no es típico sólo de América Latina: en Estados Unidos se ha denunciado que, en las últimas décadas, el conjunto de los abogados no han reforzado el ideal de legalidad de la sociedad, ni lo han mantenido como una preocupación profesional importante.<sup>231</sup>

Todo lo dicho conduce a sostener que, si fuera posible transformar la justicia en América Latina, la práctica profesional de los abogados tendría que ser uno de los temas de atención.<sup>232</sup> No obstante, el papel de los abogados en la administración de justicia no ha sido suficientemente expuesto ni, menos aún, debatido.<sup>233</sup>

<sup>228</sup> Douglas Hay, “Afterword. Law and Society in Comparative Perspective”, *op. cit.*, p. 417.

<sup>229</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, pp. 264, 266, 268; Luis Pásara, “Los abogados de Lima en la administración de justicia. Una aproximación preliminar”, *op. cit.*, pp. 308-322; Luis Pásara, *La producción judicial en Ecuador, cit.*, pp. 93-95.

<sup>230</sup> Robert M. Kossick, Jr. y Rubén Minutti Z., “Citizen Access and Professional Responsibility in the Mexican Justice System”, *op. cit.*, p. 299.

<sup>231</sup> Francis A. Allen, *The Habits of Legality. Criminal Justice and the Rule of Law*, Nueva York, Oxford Oxford University Press, 1996, p. 99.

<sup>232</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 539.

<sup>233</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 270.

Es pues, un asunto que, estando pendiente, constituye un requisito para el cambio de la justicia.

Los magistrados, en cambio, han sido sometidos a una exigente crítica pública. Corresponde ahora examinar en jueces y fiscales el componente de la cultura jurídica. Sin embargo, a fin de entender cómo opera la cultura jurídica de la que ellos son portadores, es necesario acercarse un poco más a su personaje y trazar, en términos gruesos, un perfil.

Ciertamente, los jueces y fiscales no son cortados por las mismas tijeras en todas partes. Los magistrados pertenecientes a nuestra tradición generalmente no han trabajado como abogados antes de entrar a la carrera —como sí ocurre con el juez de la tradición anglosajona— y tienden a vincularse profesional y socialmente con otros jueces,<sup>234</sup> con lo cual mantienen una visión restringida de la realidad —incluso de la realidad profesional. Una encuesta aplicada en Colombia reveló que dos de cada cinco jueces y magistrados (41.72%) no habían tenido nunca un empleo fuera de la rama judicial.<sup>235</sup> Este rasgo contrasta marcadamente con el caso de los magistrados en el sistema anglosajón, que normalmente acceden a un puesto judicial luego de un desempeño profesional prolongado en otras áreas, tanto públicas como privadas. Los nuestros tienden a ver la realidad y el derecho sólo desde el punto de vista del magistrado, que es el único que ellos han tenido oportunidad de conocer desde adentro.

Un observador de la política latinoamericana anotó en los años setenta que los candidatos a la judicatura usualmente eran seleccionados por razones distintas a sus méritos o destrezas.<sup>236</sup> En ese momento, probablemente eran razones políticas las decisivas. No es tan claro que lo sean ahora, cuando en la región han

<sup>234</sup> John Henry Merryman, *op. cit.*, p. 103.

<sup>235</sup> Juan Manuel Dúmez Arias, “Perfil del juez de la jurisdicción ordinaria”, en Mauricio García Villegas (ed.), *Los abogados en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010, p.187.

<sup>236</sup> Arpad Von Lazar, *Latin American Politics. A Primer*, Boston, Allyn and Bacon, 1971, p. 41.

sido introducido concursos de méritos —que en diversos casos funcionan de manera relativamente transparente— y no se puede seguir sosteniendo, como tesis general, que los jueces deben su puesto a alguien. Sin embargo, en una encuesta aplicada a 303 jueces centroamericanos, a comienzos de la década de 2000, los entrevistados indicaron mayoritariamente que la amistad con miembros de la corte suprema, con legisladores o funcionarios del gobierno, el prestigio familiar o la pertenencia a un partido político gravitan en los procesos de selección. Asimismo, cuando se pidió que señalaran el principal obstáculo para que los jueces actúen de manera independiente, la inestabilidad en el cargo fue la opción señalada, entre jueces de tribunales inferiores de la rama penal, por 34.5% de los entrevistados en Nicaragua, 31.4% en Honduras y 30.4% en Guatemala. Finalmente, al indagar si los procesos disciplinarios funcionan como un mecanismo político para remover o sancionar a jueces que no están de acuerdo con el gobierno o con la corte suprema, se obtuvo 46.5% de respuestas afirmativas en Honduras, 44.7% en El Salvador, 42.2% en Nicaragua, 42.2%, 30.4% en Guatemala 30.4% e incluso 25.4% en Costa Rica.<sup>237</sup>

En cualquier caso, sigue siendo verdad que, a diferencia de lo que ocurre en la tradición anglo-sajona, los cargos judiciales no constituyen entre nosotros una ocupación apetecida por los mejores estudiantes de derecho ni están ocupados por los profesionales más brillantes. Al parecer, fue así casi siempre: en América Latina los jueces obtuvieron menos reconocimiento profesional que sus homólogos en otras partes del mundo. Quizá esto era menos evidente cuando los jueces eran reclutados de entre las clases altas; lo es menos ahora, que vienen de diversos sectores sociales,<sup>238</sup> y pese a que el estatus social de juez no se halla entre

<sup>237</sup> Sebastián Linares Lejarraga y Borja Díaz Rivillas, “Fortalecimiento de la independencia judicial en Centroamérica: un balance tras veinte años de reformas”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, pp. 64, 78 y 79.

<sup>238</sup> Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Boulder, Westview Press, 1998, p. 15.

los más altos, para muchos puede convertirse en un canal de ascenso importante.

Merryman propuso<sup>239</sup> una explicación para el personaje que examinamos, a partir de la tarea que realiza. Relegado, más por la cultura jurídica que por la ley, a un papel relativamente menor en los procesos a su cargo, su trabajo tiene mucho de rutinario; no es el lugar para abogados creativos o aquellos interesados en la formulación de políticas. El juez latinoamericano está convencido de que su papel consiste en aplicar las reglas creadas por otros. Como consecuencia, la carrera judicial es atractiva para quienes buscan seguridad, incluidos aquellos que carecen de ambición; esto es, para quienes temen no ser exitosos en el ejercicio de la profesión o llegar a destacar como profesores universitarios. Gentes de segunda fila, dice nuestro autor, que arriban a la clase media, proviniendo de orígenes humildes, mediante la carrera judicial.

Los rasgos incluidos en ese perfil pueden explicar algunos resultados que se tienen a la vista. El primero, la mediocridad profesional de los jueces, permite entender la pobre calidad de las sentencias que, como en el caso de Perú, “se limitan a la reproducción del texto de la ley o a repetir los fundamentos expuestos en la resolución apelada o recurrida”,<sup>240</sup> esto es lo que prevalece en muchos países de América Latina<sup>241</sup> y ha sido reconocido en el caso de México por un informe de la Suprema Corte: “Las sentencias son deficientes, respecto de su estructura, sintaxis y argumentación”.<sup>242</sup> El segundo rasgo, el bajo origen social y las expectativas de ascenso a través de la carrera judicial, acaso ex-

<sup>239</sup> John Henry Merryman, *op. cit.*, pp. 108 y 109.

<sup>240</sup> Manuel Sánchez Palacios (coord.), “Formación y capacitación de magistrados”, *Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú*, Lima, Ministerio de Justicia, 1994, pp. 48 y 49.

<sup>241</sup> Luis Pásara, *Las decisiones judiciales en Guatemala*, Ciudad de Guatemala Minugua, 2000; Luis Pásara, *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, UNAM, 2006; Luis Pásara, *La producción judicial en Ecuador*, *cit.*

<sup>242</sup> *Libro blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, pp. 403 y 404.

plique por qué los jueces latinoamericanos no se atreven a confrontar a los abogados,<sup>243</sup> cuando éstos cometen abusos o transgreden normas en el ejercicio profesional, y sancionarlos según las facultades que la ley les otorga para ello.

La pintura puede no ser exacta hoy ni abarcar todas las situaciones nacionales. Pero cubre a una buena porción de los jueces y fiscales latinoamericanos, y por eso nos habilita para, sobre esa base, perfilar la cultura jurídica que habita en el personaje. Una cultura jurídica asentada en una formación —incluyendo la educación en materia jurídica—<sup>244</sup> usualmente limitada, cuando no débil. Para el caso de México se ha indicado que, en comparación con la preparación alcanzada por los jueces en los países del *Common Law*, los jueces de ese país usualmente fueron estudiantes mediocres, provenientes de sectores sociales bajos pero con vocación de ascenso social.<sup>245</sup> En Colombia, país cuya judicatura se halla entre las más prestigiadas de la región, una investigación encontró que, entre 944 jueces y magistrados encuestados, sólo 39 habían publicado cuando menos un libro.<sup>246</sup>

La cultura jurídica del juez latinoamericano promedio no es muy distinta de la del abogado, cuyos rasgos ya han sido examinados. Sin embargo, algunos acentos y matices pueden ser añadidos desde la perspectiva del papel que le corresponde como juzgador. Si en la cultura del abogado se destaca cierta inhabilidad para percibir los conflictos como expresión de una temática social, y no sólo como contiendas en casos particulares, en el juez esa in-

<sup>243</sup> Linn Hamnergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2007, p. 83.

<sup>244</sup> Ibrahim Shihata, “La experiencia del Banco Mundial”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, pp. 407-426.

<sup>245</sup> Michael C. Taylor, “Why No Rule of Law in Mexico? Explaining the Weakness of Mexico’s Judicial Branch”, *New Mexico Law Review*, vol. 27, núm. 1, invierno de 1997, p. 165.

<sup>246</sup> Juan Manuel Dúmez Arias, “Perfil del juez de la jurisdicción ordinaria”, en Mauricio García Villegas (ed.), *Los abogados en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010, p. 199.

habilidad lo lleva a confundir el conflicto con el proceso judicial. Al reducir el conflicto entre las partes a su versión procedimental, que el expediente judicial condensa, el juez alcanza una percepción muy reducida de las raíces del conflicto real, equipara la sentencia con la que pone fin al proceso a la conclusión del conflicto y desatiende aquello que puede ocurrir —y lo que ocurre— luego de que él adopte su decisión.<sup>247</sup> Complementariamente, la cultura jurídica del juez lo hace sentirse liberado de responsabilidad respecto a las consecuencias de su decisión; es decir, alienta en él la irresponsabilidad respecto de los actos a su cargo sobre la creencia de que él sólo es un aplicador de la ley que otros hacen, para afirmar la cual, en esta cultura jurídica, se pone de lado sistemáticamente la capacidad discrecional que el juzgador efectivamente tiene.<sup>248</sup>

Si bien el juez y el fiscal son individualmente portadores —probablemente a partir de su educación universitaria— de esos elementos de cultura jurídica, hay otros que proceden directamente del ambiente institucional y que pesan en ellos de manera decisiva. Son elementos que integran la cultura organizacional,<sup>249</sup> un concepto en el que interesa detenerse antes de examinar su significación en las instituciones del sistema de justicia.

Existe una cultura en toda organización como respuesta a las necesidades de sus integrantes de alcanzar estabilidad, mantener congruencia y atribuir sentido a su actuación. Esta cultura combate la falta de certeza mediante la orientación de los actores para confeccionar rutinas que los habilitan a responder cotidianamente con medios previsibles a cualquier tipo de situación. Las instituciones son portadoras y transmisoras de una manera de ver

<sup>247</sup> Volkmar Gessner, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1986, p. 8.

<sup>248</sup> John Bell, “The Judge as Bureaucrat”, en J. Eklaar y J. Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 54; Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, *cit.*, pp. 16 y 17.

<sup>249</sup> Catherine Weaver, *Hypocrisy Trap. The World Bank and the Poverty of Reform*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008, pp. 36 y 37.

el mundo, esto es, moldean las mentalidades de los actores que funcionan en ellas.<sup>250</sup> En consecuencia, la ideología institucional hace de la institución, en la que los jueces son socializados, una estructura cognitiva.<sup>251</sup>

Esa estructura de conocimiento se halla dotada de reglas formalizadas pero también de normas no escritas, de procedimientos estándar y de entendimientos compartidos, acerca de “cómo se hacen las cosas”, que cuentan con mecanismos de sanción para las conductas de incumplimiento. Lo más importante, sin embargo, reside en el proceso de interiorización de tales contenidos que los actores realizan; al hacer suyos los contenidos de la cultura de la organización, los actores están en capacidad de interpretar el medio, seleccionar y procesar la información, y tomar decisiones, manteniendo una visión relativamente consistente del mundo y del papel que corresponde a su institución en él. Las rutinas adoptadas, como resultado del proceso de internalización, integran una ideología, ciertos valores, una serie de normas y determinado lenguaje, que se traducen en las prácticas regulares de la organización. A cambio, reducen la incertidumbre y la consiguiente ansiedad en sus integrantes. En la cultura organizacional se encuentra la fuente de resistencia más importante a cambios o reformas institucionales. En la medida en que las rutinas se enraízan, instalan y “normalizan”, como conductas habituales y esperables, sus reglas quedan fuera de debate o de cuestionamientos. Cuando una organización envejece, su cultura se esclerotiza, los miembros de la organización practican las rutinas con devoción y quienes busquen un cambio tendrán menor capacidad de acción para alterar el modo en que la organización realiza sus tareas.

<sup>250</sup> Lisa Hilbink, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.

<sup>251</sup> Rogers Smith, “Political Jurisprudence, the «New Institutionalism» and the Future of Public Law”, *American Political Science Review* 82:1, marzo de 1988, p. 91, citado por Lisa Hilbink, *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, p. 100.

Una encuesta aplicada a 570 jueces en Brasil, que incluyó a uno de cada cinco jueces en cinco estados del país y se aplicó en los años noventa, concluyó en que “los valores y normas del propio Poder Judicial constituyen el punto de referencia más fuerte de los jueces”,<sup>252</sup> lo que subraya que los jueces son educados principalmente por sus instituciones. ¿Cuáles son los rasgos de la cultura organizacional en los sistemas de justicia latinoamericanos que afectan el producto que generan?

El carácter burocrático, conservador, vertical y reacio al cambio, de la institución judicial, ha sido señalado por diversos autores.<sup>253</sup> La estructura refleja la cultura.<sup>254</sup> Sus personajes son burócratas de carrera, que tienden a mantener reclutamientos de carácter endogámico e integran una estructura altamente jerarquizada, en la que cada tribunal funciona de manera propia y los jueces ejercen un control determinante en sus ámbitos, con un estilo más bien feudal. A la par van el rechazo al seguimiento y la evaluación, en el sentido aceptado actualmente en otras organizaciones, fundamentalmente debido a que la organización existente es considerada como si fuera “el único modo de organización posible”.<sup>255</sup>

Las rutinas propias de esta organización son adquiridas a partir del momento en que se ingresa a ella y quien lo hace las ad-

<sup>252</sup> María Tereza Sadek, “La crisis del Poder Judicial vista por los jueces”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 404.

<sup>253</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 109; William Davis, “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, cit., Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 192; Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 80 y 81, 159.

<sup>254</sup> William Davis, “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *op. cit.*, pp. 192-195.

<sup>255</sup> María Inés Horvitz, “Independencia de los jueces y estructura judicial”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, 2007, p. 128.

quiere de buena gana porque sabe que de esa adopción depende su futuro en la institución. Como ocurre en toda otra organización, la ideología propia de las instituciones de la justicia produce determinada percepción de los problemas y una definición de lo que al sistema judicial corresponde hacer al darles tratamiento. En ese tratamiento resalta el manejo de los conflictos uno por uno, en tanto casos individuales, sin que se utilice, sino muy ocasionalmente, alguno de los canales previstos en la ley —los informes anuales de los presidentes de cortes y la iniciativa de ley, por ejemplo— para plantear la problemática social que el sistema de justicia conoce mediante su actuación y respecto de la cual podría realizar algún aporte<sup>256</sup> en términos propositivos.

La reducción al caso individual y la consiguiente inacción respecto de la problemática social corresponden, en los aparatos de justicia, a un problema mayor: la cultura jurídica institucional relega la realidad a un lugar muy secundario. No sólo la realidad social, de cuyos problemas el sistema se ocupa cotidianamente, es objeto de esa postergación. La propia realidad del aparato de justicia no parece generar mayor interés entre sus operadores, como demuestra el hecho de que de ordinario se carezca de diagnósticos que sistemáticamente den cuenta de cómo funciona y cuáles son sus problemas. Cuando se encarga algún informe que presenta algún aspecto de esa realidad interna —generalmente como resultado de alguna inducción externa—, luego no hay personal idóneo en el sistema que sepa qué puede hacerse con los resultados.<sup>257</sup>

Un aspecto específico de esa desatención de la realidad interna es el referido al manejo estadístico. Pese a los esfuerzos desarrollados en los últimos años, las cifras estadísticas no son confiables en diversos países de la región. Entre los diversos asuntos afectados se hallan las cifras referidas a los casos procesados por el sistema,

<sup>256</sup> Volkmar Gessner, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1986, pp. 3 y 4.

<sup>257</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 274.

que con frecuencia están infladas. En varios países, el personal de los juzgados —debido a la falta de tiempo o a razones premeditadas—, no descarga de los juzgados aquellos casos que han sido abandonados y que, según la ley, se deben declarar como tales y enviados al archivo.<sup>258</sup> Para comprender el fenómeno es preciso tener en cuenta, de una parte, que presentar una demanda es un acto que no siempre busca una decisión judicial. Presionar al deudor o cobrar a la aseguradora pueden ser objetivos que requieren pasar por una demanda judicial. Las razones para presentar una demanda, o una denuncia, son muy diversas y, probablemente, una parte significativa de ellas no persiguen, en rigor, llegar a un desenlace judicial a través de una sentencia. De otra parte, un demandante puede darse cuenta, una vez planteada su demanda, que seguir adelante le resulta demasiado caro o puede ser inútil. Además, las partes pueden llegar a un acuerdo y no comunicarlo al juzgado. Por consiguiente, cuando se identifica el número de causas ingresadas como aquél con el que debe lidiar el sistema, se falsea la realidad porque no se busca que el sistema haga frente a una buena parte de ellas y, de hecho, a través del abandono, el desistimiento o el archivo, el sistema no tendrá mucho que ver con muchas de ellas. Aunque cada cierto número de años se efectúen “inventarios” que depuren los casos que no están activos, en un momento dado, cuando se trata de averiguar los casos que tiene un juzgado, el número aparece hinchado por centenares o miles de casos que se hallan en abandono y respecto a los cuales el juez no tiene ninguna tarea, salvo la tarea omitida de declarar el abandono.

Hay algunas prácticas que agravan el falseamiento. Perú ha adoptado el uso de que, cuando un caso es objeto de apelación y pasa a ser conocido por la instancia superior correspondiente, y también cuando regresa de la apelación a la instancia que está a cargo de él, es contabilizado por el sistema estadístico como un

<sup>258</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, cit., pp. 73 y 74.

ingreso; de modo que el mismo caso aparece contado —como si se tratara de casos distintos— varias veces; tantas como cambios de instancia haya tenido el proceso. El resultado es que el número de casos que el sistema conoce se multiplica, sin que pueda saberse, en realidad, cuántos casos realmente tiene a cargo el sistema. Con un resultado similar, en Ecuador se ingresa al sistema asuntos de mero trámite, respecto a los cuales el juez no tiene que tomar una decisión sino apenas suscribir una resolución equivalente a la administrativa. Así, diligencias preparatorias, permisos de viaje firmados por ambos padres, consignaciones voluntarias y otros asuntos respecto a los cuales no hay en realidad un litigio, aparecen registrados como ingresos de causas.<sup>259</sup>

La impostura estadística que infla el número de causas ingresadas o en trámite no parece ser resultado de un error sino fruto de una política encaminada a obtener un doble beneficio: disimular los bajos niveles de productividad del sistema y reclamar la asignación de mayores recursos. A tales efectos, como carecer de un sistema estadístico ha dejado de ser aceptable, se infla artificialmente los ingresos, de modo de evitar que se conozca la cifra de casos que efectivamente están a cargo de un juzgado —o del sistema en conjunto—, a la espera de la acción y decisión de su personal. Se persigue de este modo que el número de casos aparezca lo mayor posible. El dato falseado será la excusa para, en su momento, explicar la dilación, y desde luego, solicitar más recursos. El pedido de más recursos, que los presidentes de cortes supremas repiten en ciertas ceremonias solemnes, en parte se basa en este tipo de falseamiento estadístico que impide conocer cuál es el volumen real de una carga de trabajo que, siendo en muchos casos grande, se exagera en todos premeditadamente.

La postergación o el ocultamiento de la realidad se dan la mano con el legalismo y el formalismo presentes en las instituciones judiciales latinoamericanas. Los jueces nuestros piensan “que las leyes y los reglamentos son la base y única fuente para

<sup>259</sup> Luis Pásara, *La producción judicial en Ecuador, cit.*, 2011, p. 30.

resolver”,<sup>260</sup> premisa desde la cual cualquier responsabilidad respecto de las decisiones que los jueces produzcan será remitida por éstos al legislador.<sup>261</sup> Tal como es practicado, este legalismo tiene la peculiaridad de preferir la norma de procedimiento sobre cualquier otra consideración, tanto legal, constitucional o de valores. Esa versión del legalismo conduce al formalismo. Durante décadas, en algunas cortes supremas latinoamericanas, los jueces ordenaban a algún miembro del personal auxiliar que, al ingresar un expediente a la corte, lo primero que debían buscar en él era alguna causal de nulidad, que pudiera dar motivo a cancelar buena parte de lo hecho en el caso y reenviarlo al punto en el cual se produjo el error que invalidaba de esta forma el proceso. Esto significaba, en términos prácticos, que tales cortes supremas anulaban lo avanzado y evitaban pronunciarse sobre el problema que les había sido sometido: se optaba por dejar de administrar justicia amparándose en el respeto a alguna formalidad. Éste es un ejemplo notorio acerca de cómo en el aparato de justicia se han venido practicando legalismo y formalismo de una manera que intenta, en algunos casos, dejar la vida real fuera de su versión judicial,<sup>262</sup> prefiriéndose la “verdad del expediente” a la de los hechos.

La paradoja de ese formalismo apegado al texto de la ley, especialmente la de carácter procesal, consiste en que, debido a diversas razones, los aparatos de justicia nuestros producen diariamente ilegalidades —por ejemplo, al incumplir de manera rutinaria los términos fijados por la ley para realizar determinados actos o fases del proceso— sin que los jueces y funcionarios consideren este comportamiento como algo impropio.<sup>263</sup> Esta práctica aceptada, junto a la vigencia del formalismo, corresponde al

<sup>260</sup> Felipe Fucito, *¿Podrá cambiar la justicia en la Argentina?*, *cit.*, p. 150.

<sup>261</sup> Manuel Sánchez Palacios, *op. cit.*, p. 49.

<sup>262</sup> Juan E. Méndez, “Institutional Reform, Including Access to Justice: Introduction”, *op. cit.*, p. 222.

<sup>263</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 621, 622 y 634.

universo de ficciones en el que vive la administración de justicia latinoamericana. Sólo un ejemplo ilustrativo: según el procedimiento civil vigente en la mayor parte de la región, cuando el demandante dice no conocer la dirección actual de un demandado, se hace conocer la demanda mediante la publicación en un diario local de un aviso judicial que sólo algunos abogados leen. Miles de personas, en cada uno de nuestros países, son condenadas anualmente a pagar cierta suma sin saberlo, o son divorciadas mediante sentencias de las que tienen la primera noticia cuando se les notifica la decisión judicial, o son condenadas al desalojo del inmueble que han venido ocupando, sin que tuvieran oportunidad de defenderse. La notificación a través de un aviso judicial es una ficción que, convertida en maña del ejercicio profesional, produce injusticias de manera sistemática. Los jueces, educados por la organización en cierta insensibilidad frente a este tipo de resultados, parecen no saberlo y no han planteado remedio al asunto. “Lo dispone la ley” es para ellos una razón suficiente para justificar el funcionamiento de esta irregularidad de fondo.

En un ámbito mayor, los aparatos de justicia latinoamericanos no han dudado en hacer una excepción al principio de legalidad para reconocer —siempre y en todo país, con la sola excepción de la Corte de constitucionalidad guatemalteca en 1993, cuando confrontó el golpe de Estado del presidente Jorge Serrano— a los gobiernos de facto erigidos a partir de un golpe militar o civil, que representan en la vida pública la mayor expresión de ruptura del orden jurídico.<sup>264</sup> Esto demuestra que los jueces nuestros ignoran la realidad o se apartan de la ley, según conveniencias circunstanciales. Acaso lo hagan en razón de un conservadurismo —que los hace inclinarse en la dirección indicada por este factor— que refleja los intereses establecidos de determinados grupos.<sup>265</sup>

<sup>264</sup> Carlos Nino, *op. cit.*, p. 61.

<sup>265</sup> Herbert Jacob, “Introduction”, en Herbert Jacob *et al.* *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, *cit.*, p. 8.

La prescindencia de la realidad se reviste de cierta impermeabilidad. En los años setenta, un observador de la política latinoamericana anotó que, en la medida en que la región cambiaba y surgían nuevos problemas legales, el viejo sistema de justicia se volvía menos relevante debido a que carecía de una capacidad de innovación.<sup>266</sup> Es la cultura jurídica, que da contenido a la tradición institucional, la que inhibe la capacidad para adaptarse a circunstancias nuevas o cambiantes e incluso impide reconocer la necesidad de hacerlo.<sup>267</sup> En los años noventa, en la encuesta a jueces brasileños ya citada, la mayoría de los jueces entrevistados sostuvo que los problemas enfrentados por el Poder Judicial se originan más por falta de recursos materiales o por cuestiones relacionadas con la legislación, que por deficiencias internas de la institución, mientras sólo 15.8% del total estuvieron totalmente de acuerdo en que existía una crisis del Poder Judicial.<sup>268</sup>

¿Cómo enfrentan los jueces, en general, la fuerte reprobación y los insistentes reclamos que vienen desde la sociedad? Ante una demanda social crecientemente crítica sobre la justicia, la propuesta en la institución judicial consiste en mejorar su rendimiento mediante la resolución de más casos.<sup>269</sup> Es decir, más de lo mismo. A los jueces, esta visión estrecha acerca de qué es lo que se demanda de ellos, los lleva a plantear la necesidad de mayores presupuestos, incremento de personal y más instalaciones.<sup>270</sup> Sin una lectura compleja acerca de la demanda social existente, los jueces latinoamericanos piensan que el problema principal de la

<sup>266</sup> Arpad Von Lazar, *Latin American Politics. A Primer*, Boston, Allyn and Bacon, 1971, p. 43.

<sup>267</sup> Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Boulder Westview Press, 1998, p. 16.

<sup>268</sup> María Tereza Sadek, "La crisis del Poder Judicial vista por los jueces", *op. cit.*, p. 393.

<sup>269</sup> María Dakolias, *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*, Washington, World Bank Technical Paper, núm. 430, 1999, p. 52.

<sup>270</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 69.

justicia consiste en la congestión, que podría ser resuelto si se les asignara más recursos. Los límites de comprensión impuestos por la cultura jurídica institucional les impiden entender que el reclamo no consiste en pedir más sentencias sino una justicia distinta.

Esa cultura interna no sólo determina los límites del cambio sino que moldea el curso adoptado por los intentos de reforma del sistema de justicia. La importancia de la cultura organizacional ha sido detectada con ocasión de los procesos de reforma judicial, en los que se ha observado, primero, que son los valores y la cultura de los individuos integrantes del sistema los factores que constituyen la diferencia,<sup>271</sup> y segundo, que los límites de las reformas puestas en marcha resultan determinados por la capacidad y los intereses de las culturas jurídicas internas.<sup>272</sup> Por eso mismo, se ha propuesto tanto que las estrategias de reforma reconozcan la necesidad de producir cambios culturales en los actores<sup>273</sup> como que la capacitación de jueces se diseñe con el propósito explícito de cambiar sus actitudes,<sup>274</sup> un aspecto integrante de la cultura institucional. La duda subsistente consiste en saber si esto último es factible.

En relación con la viabilidad de las reformas, la experiencia acumulada sugiere que, de una parte, aquellas reformas que no afectan la sustancia de la cultura jurídica institucional y, en consecuencia, no generan resistencias mayores —como actividades de capacitación, mejoras en la comunicación, uso de computa-

<sup>271</sup> Laura Louza Scognamiglio, “Relación entre gobierno judicial y administración de justicia. Reflexiones a la luz del caso ‘Venezuela’”, *Sistemas Judiciales*, año 5, núm. 10, 2006, p. 33.

<sup>272</sup> Erik G. Jensen, “The Rule of Law and Judicial Reform: The Political Economy of Diverse Institutional Patterns and Reformers’ Responses”, en Thomas C. Heller y Erik G. Jensen (eds.), *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford, Stanford University Press, 2003, p. 353.

<sup>273</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *IDB Experience in Justice Reform. Lessons Learned and Elements for Policy Formulation*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2001, p. 29.

<sup>274</sup> Margaret Popkin, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, *op. cit.*, p. 133.

doras y otros cambios administrativos— pueden ser llevadas a término sin mayores obstáculos.<sup>275</sup> De hecho, la encuesta hecha en Brasil en los años noventa detectó que prácticamente todos los jueces apoyaban la informatización de los servicios judiciales y la reducción de las formalidades procesales.<sup>276</sup> De otra parte, en la medida en que los cambios que se intente introducir contradigan elementos importantes de esa cultura, la reforma enfrentará serias dificultades que pueden desembocar en la hipocresía institucional cuando los objetivos de la reforma y los cambios propuestos son adoptados formalmente, en señal de aceptación de las expectativas que presionan desde fuera, pero no se produce un serio esfuerzo interno para que los cambios se conviertan en realidad. Esto es lo que ha ocurrido en los aparatos de justicia latinoamericanos en relación con cierto número de proyectos de reforma que han fracasado.<sup>277</sup> De allí que sea posible sostener que el principal objetivo de un proceso de reforma de la justicia sea el cambio de la cultura jurídica institucional.<sup>278</sup> Mientras las reformas se focalicen en problemas que son tan reales como importantes —tales como la mora, la delegación de funciones, la calidad deficiente en las sentencias e incluso la corrupción o la baja calidad profesional del personal— pero no alcancen el terreno de la cultura que está en la base de ellos, probablemente estén condenadas a seguir experimentando reveses.

El lugar donde se transmite, de generación en generación, la manera de ver al derecho es el propio de la enseñanza: las facultades de derecho. En la mayoría de éstas prevalece, en América

<sup>275</sup> Jeffrey K. Staton, “Lobbying for Judicial Reform: The Role of the Mexican Supreme Court in Institutional Selection”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk (eds.), *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, Notre Dame, La Jolla University of Notre Dame Press, Center for U.S. Mexican Studies, University of California, San Diego, 2007, p. 278.

<sup>276</sup> María Tereza Sadek, “La crisis del Poder Judicial vista por los jueces”, *op. cit.*, p. 395.

<sup>277</sup> Catherine Weaver, *Hypocrisy Trap. The World Bank and the Poverty of Reform*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008, pp. 7, 141.

<sup>278</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 785.

Latina, la transmisión de contenidos centrados en los textos legales y en lo que se ha escrito en torno a ellos con prescindencia del funcionamiento efectivo del orden normativo, es decir, la doctrina. Desde este enfoque, el incumplimiento de las leyes —incluso cuando es generalizado o permanente— no es considerado como un elemento que ponga en cuestión la existencia misma de la ley,<sup>279</sup> o cuando menos, su valor dentro del conjunto normativo. En términos más generales, la prescindencia del estudio del funcionamiento de las normas escritas en leyes y códigos conduce a una visión circunscrita del derecho, que algunos erróneamente llaman teórica. No hay teoría en ello; más bien estamos ante la ausencia de la realidad.

El cuerpo conceptual propio de este acercamiento al derecho es la doctrina. Que es una construcción de nociones, definiciones y estructuras de ideas generadas en torno al contenido de las leyes, que se mantiene cuidadosamente aislada de toda posible fuente de contaminación cultural y se usa como una suerte de mapa orientador, en el complejo territorio de la legislación,<sup>280</sup> para centrar el foco de atención de la interpretación en aquellas normas a las que se otorga el valor de ejes articuladores del sistema. Con el aporte acumulado de los autores “doctrinarios” se constituye el *corpus* pretendidamente científico del derecho, que es objeto de enseñanza en las facultades de derecho. Bajo la influencia del pensamiento positivista, la doctrina se presenta usualmente como ideológicamente neutral, sobre la base de su restricción al estudio de fenómenos exclusivamente legales.<sup>281</sup> Al renunciar a referirse al funcionamiento del derecho y a valores o teorías concernientes a la justicia, su tarea se concentra en el estudio de conceptos correspondientes al orden legal. Esas nociones no son vistas como simples instrumentos convencionales

<sup>279</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 320.

<sup>280</sup> Diego Eduardo López Molina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, p. 290.

<sup>281</sup> John H. Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, *cit.*, p. 65.

para analizar la ley; son consideradas como verdades<sup>282</sup> que la enseñanza debe transmitir.

Las definiciones de conceptos, diferencias y distinciones formuladas a partir de los textos legales, que integran la doctrina, usualmente no son sometidas entre nosotros a la prueba de ser contrastadas con la realidad,<sup>283</sup> excepto en aquellos pocos centros de enseñanza del derecho en los que se ha adoptado el método de enseñanza estadounidense. Lo que la enseñanza latinoamericana predominante hace, incluso en facultades prestigiosas, es enseñar al alumno el contenido de las normas escritas y su ubicación en un cuadro de referencia conceptual. En los casilleros legales que el futuro abogado aprende a distinguir, en algún momento colocará los hechos que conozca en el ejercicio profesional, a fin de producir un resultado favorable a su cliente. O, cuando menos, eso es aquello a lo que esta enseñanza parece dirigirse.

El autor de este libro estudió derecho en una época en la que los profesores hacían gala de ceñirse a la enseñanza de la ley. En algunas ocasiones la pregunta de un alumno, referida al derecho en la práctica, era tajantemente desechada por el maestro: “Lo que se enseña en la facultad es la ley. En la práctica ustedes aprenderán cómo funciona”. Ley y realidad se mantenían así separadas, como se aprendió a hacer en los tiempos coloniales. En términos concretos, este divorcio aconsejaba, a todo aquél que quería llegar a ser un buen abogado, realizar “la práctica” en un estudio o bufete de abogados, donde llegaría a conocer cómo operaba el sistema.

En la década de los años ochenta, los observadores extranjeros se sorprendían por la existencia de esta forma de tratar el derecho en nuestras universidades. En Brasil, un investigador estadounidense notó que el estudio del derecho no había dedicado esfuerzos a examinar cómo funcionan las reglas en la práctica.<sup>284</sup>

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>284</sup> Keith S. Rosenn, “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *Florida International Law Journal*, vol. I, núm. 1, 1984, p. 23.

En México, un estudioso alemán subrayó la ausencia de trabajos acerca del efecto de las regulaciones jurídicas.<sup>285</sup> Los profesores de derecho latinoamericanos consideraban normal que una cosa fuera el derecho (en realidad, la ley) y otra, distinta, su práctica. Esta última no era parte de su visión del derecho, circunscrita, como estaba —y para muchos, sigue estando— a los textos legales.

Los profesores que tenían como ocupación principal la práctica profesional —que en esa época eran la mayoría, si no todos— padecían lo que un autor consideró una suerte de esquizofrenia profesional:<sup>286</sup> como abogados practicantes, miraban al derecho de modo pragmático, en búsqueda de resultados favorables a los intereses de su cliente, sirviéndose de los instrumentos legales —y, en ocasiones diversas, de los no legales— que le fueran útiles. Como profesores, enseñaban y escribían acerca de ese mismo instrumento llamado derecho en un estilo abstracto, manteniendo las reglas de pretensión científica que habían visto desarrollar a otros enseñantes. En el profesor —como en el alumno en cuanto ingresara a una práctica profesional— se corporizó la brecha entre derecho y realidad, como divorcio<sup>287</sup> entre lo que se hace con el derecho y lo que se dice —y acaso también se piensa— acerca de él. La cultura jurídica mantiene así y reproduce, entre los docentes, la vieja separación entre orden jurídico y sociedad, gestada en la colonia.

Mientras en la práctica se utiliza el derecho para aquello que sirve, esto es, resolver problemas o ganar en los conflictos, la enseñanza ha presentado una visión del derecho como un conjunto abstracto, sistemático y armónico de reglas e instituciones.<sup>288</sup> Esta visión correspondía a la consideración del derecho como

<sup>285</sup> Volkmar Gessner, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1986, p. 3.

<sup>286</sup> John H. Merryman, *op. cit.*, p. 108.

<sup>287</sup> Keith S. Rosenn, “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *op. cit.*, p. 24.

<sup>288</sup> John H. Merryman, *op. cit.*, 1985, p. 69.

una ciencia y a la definición de la tarea del especialista en ella como el análisis y la elaboración de los principios que provienen de un estudio cuidadoso de la legislación; vista tal ciencia como una estructura, conformada por componentes puramente legales, dotada de un conjunto de verdades fundamentales que se hallan relacionadas entre sí por una lógica deductiva rigurosa.<sup>289</sup>

A la omisión, ya anotada, del funcionamiento de tales normas, hay que agregar una segunda exclusión la correspondiente al contexto. El derecho ha sido enseñado en América Latina como un orden conceptual dotado de estabilidad, esto es, no sujeto a las contingencias históricas que el mundo y la región han conocido. Mediante la relegación de la historia del derecho a un lugar insignificante, las grandes instituciones del derecho han sido presentadas como inalterables, pertenecientes a un universo de conceptos exento de los azares de la vida real. A este efecto, se descartó también un caudal de información “no jurídica”, esto es, todos los datos —provenientes de la estadística, y más ampliamente, de las ciencias sociales— que dieran cuenta de las conexiones entre las normas y la sociedad que las generaba o, mediante el incumplimiento relativo o total, en los hechos las modificaba o derogaba.

La ignorancia derivada de la prescindencia de otras disciplinas facilitó la creencia —a menudo bien intencionada— en que el derecho tiene respuestas simples y predeterminadas para cualquier problema que requiera solución.<sup>290</sup> Por esta vía, la del universo normativo dotado de una existencia propia, según los desarrollos realizados por los cultores de la ciencia jurídica, resultó inadvertido un elemento central en la realidad del derecho, el conflicto. Aunque en la práctica, aquello que los abogados enfrentan en su ejercicio profesional son conflictos —o las formas de prevenirlos—, ni en la preparación de las normas ni en su aplicación a los casos concretos se hace lugar suficiente al análisis

<sup>289</sup> Keith S. Rosenn, *op. cit.*, p. 23.

<sup>290</sup> Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, *cit.*, p. 273.

del conflicto que subyace.<sup>291</sup> Esto tiene explicación en el hecho de que en la base conceptual este factor fue relegado. De haberlo aceptado como disparador de la puesta en marcha del sistema jurídico —tanto en la gestación de la norma como en su aplicación— se hubiese abierto una compuerta por la cual la realidad hubiera ingresado inevitablemente, transformando la cultura jurídica heredada.

A diferencia de lo que plantearon algunas teorías jurídicas crecidas en el sistema anglosajón, en nuestra tradición jurídica el conflicto social no tuvo lugar. Se admitió la existencia de conflictos particulares entre dos personas, con nombre y apellido, en torno a determinado asunto, y se sostuvo que debía ser sometido a determinado tratamiento prescrito en las normas. Pero se descontextualizó el conflicto individual: se le privó de una caracterización atingente a las fuerzas y tensiones sociales vigentes, se extrajo su desarrollo del campo en el cual se había gestado. Por lo tanto, se renunció al uso de instrumentos que permitieran considerar los problemas sociales —a los cuales está referida la ley— en toda su complejidad,<sup>292</sup> opción que hubiera habilitado a nuestros juristas para efectuar un análisis crítico de la utilidad del instrumento normativo.

De esta manera, los juristas podían tratar un conflicto como problema localizado sin hacerse cargo de que tanto las normas aplicables como la solución que se diera para resolverlo correspondían a las particularidades y el momento propios de una sociedad determinada. El profesor de derecho tradicionalmente permaneció ajeno, en su tarea, a los conflictos tipo que su sociedad atravesaba —salvo que personalmente optara por la actividad política y abandonara entonces el terreno circunscrito del jurista— y trató cada uno de ellos como lo hace un médico particular con una enfermedad, no como el epidemiólogo que tiene

<sup>291</sup> Volkmar Gessner, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1986, p. 3.

<sup>292</sup> *Idem*.

que enfrentar una plaga. Al hacerlo así, abstrayendo el conflicto de su medio, el jurista renunció a la comprensión de una parte, probablemente importante, de los factores que determinan la situación conflictiva.<sup>293</sup>

De esa renuncia se derivan, entre otros efectos, un par de consecuencias de cierta importancia en el ámbito de la justicia. La primera es la construcción de un muro divisorio entre derecho y política, que recubre de apoliticismo la función judicial y la aísla de la vida pública, de un modo que los jueces chilenos llevaron al extremo, en busca de afirmar internamente conformidad y conservadurismo.<sup>294</sup> La segunda consiste en una manera de formular las decisiones judiciales que no tiene en cuenta los resultados sociales, económicos o políticos que ocasionan. “La ley es la ley”, se limitan a repetir hasta hoy los juristas nuestros, cuando se produce un resultado manifiestamente injusto o socialmente indeseable. Es una manera de reforzar la noción de un orden legal que tiene en sí mismo la razón de su validez y que está, de modo intencional y expreso, separado de la realidad social y de todo aquello que da cuenta de ella.<sup>295</sup>

Podría considerarse que hay en esta visión una falta de contenido crítico. No lo piensan así los juristas que —con una frecuencia no excesiva, es verdad— critican las leyes vigentes desde la doctrina. Es decir, fundamentalmente preocupados por la consistencia del orden normativo, observan incongruencias, anotan deficiencias y vacíos de los textos legales, a menudo echando mano a la comparación con legislación de otros países. Pero sólo en ocasiones excepcionales ellos acometen al cuestionamiento de las normas desde fuera de ese mundo propio, construido para

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>294</sup> Lisa Hilbink, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship*, Lessons from Chile, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.

<sup>295</sup> Héctor Fix-Fierro, “The Role of Lawyers in the Mexican Justice System”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk, *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, Notre Dame, La Jolla, University of Notre Dame Press, Center for U.S. Mexican Studies, University of California, San Diego, 2007, p. 260.

respaldar y robustecer la existencia de las leyes. Así, la ley puede ser mejorada pero no será puesta en cuestión. De eso se trata.

En general, la abundante bibliografía jurídica que se ha producido en países como Argentina y México no ha sido capaz de adoptar una perspectiva crítica del derecho, la política jurídica y la función judicial. Las críticas que se han formulado se hallan asentadas dentro del orden normativo, en busca de su mayor coherencia, de modo que el conjunto de leyes no exhiba contradicciones y las resoluciones judiciales conserven una sola manera de interpretar la ley.

Esta “perspectiva interior” que caracteriza el discurso jurídico en América Latina ha llevado a la profesión legal tradicional no sólo a carecer de criterio frente a, por ejemplo, el uso de nuevas tecnologías —debilidad que ha perjudicado severamente la utilidad de introducir sistemas informáticos en la justicia— sino que, algo mucho más relevante, ha llevado a sus miembros a rehusarse ante el cambio en sí.<sup>296</sup> Allí reside la razón de la resistencia que los intentos de reforma han encontrado muy especialmente entre los abogados, como se verá en la tercera parte de este volumen.

En este cuadro, caracterizado por la transmisión de una visión limitada del derecho, debe incorporarse el dato de la mediocridad en la enseñanza de la profesión, que predomina en América Latina. “Profesores que no quieren discusiones... textos que deben ser obedecidos y nunca analizados críticamente” han sido señalados en Argentina;<sup>297</sup> “baja calidad de los cursos, con profesores sin titulación, alumnado excesivo y escasa infraestructura” han sido denunciados en Brasil.<sup>298</sup> Expansión desordenada, debilidad docente y falta de controles de calidad fueron indicados en-

<sup>296</sup> Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, cit., p. 273.

<sup>297</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, p. 56.

<sup>298</sup> Eliane Botelho Junqueira, “Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003, p. 172.

Perú.<sup>299</sup> En Venezuela, en las facultades de derecho “no se espera de los alumnos que aprendan a construir y resolver problemas, buscar y analizar información, negociar, argumentar o desarrollar alguna otra habilidad”; prevalece, pues, en ellas, “el desolador panorama de una enseñanza desactualizada y arcaica, aún en las escuelas de derecho que gozan de un prestigio positivo”.<sup>300</sup> En México se ha observado que la educación jurídica es excesivamente tradicional, se halla anacrónicamente estancada en un pensamiento jurídico envejecido y padece de pobreza teórica,<sup>301</sup> está a cargo de profesores que no se dedican al trabajo en la universidad y utilizan métodos de enseñanza en los que los problemas reales están ausentes.<sup>302</sup> El panorama así trazado es válido para toda América Latina, con excepción de aquellas facultades de derecho, minoritarias y que cobran tarifas elevadas, que proporcionan un alto nivel de formación, están usualmente vinculadas a universidades del exterior —donde sus egresados pueden estudiar el posgrado— y forman a los abogados que se integrarán en las firmas profesionales más prestigiosas.

La mayoría de autores que han examinado el tema desde la perspectiva del funcionamiento de la justicia, creen advertir que la actual carencia de calidad de la enseñanza del derecho corresponde a un deterioro,<sup>303</sup> que se halla ligado a la masificación en las universidades públicas y el surgimiento desbocado de nu-

<sup>299</sup> Luis Pásara, “La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia”, en Luis Pásara, *Tres claves de la justicia en el Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, pp. 209-286.

<sup>300</sup> Rogelio Pérez Perdomo, “Venezuela 1958-1999: el derecho en una democracia renqueante”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, *cit.*, p. 698.

<sup>301</sup> Luis Rubio *et al.*, *A la puerta de la ley*, México, Cal y Arena, 1994, p. 106; Sergio López-Ayllón y Héctor Fix-Fierro, “¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, *cit.*, p. 566.

<sup>302</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 260.

<sup>303</sup> William Ratliff y Edgardo Buscaglia, “Judicial Reform: The Neglected Priority in Latin America”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 550, núm. 1, marzo de 1997, p. 67.

meras universidades privadas. Ni unas ni otras están sujetas a controles efectivos de calidad<sup>304</sup> y muchas ofrecen el título de abogado —a través de estudios que, centrados en la ley, no requieren una alta inversión pedagógica—, entregando baja calidad a un precio accesible.<sup>305</sup> Cada vez más abogados, con menor educación profesional, ingresan al mercado profesional.<sup>306</sup>

La interpretación proporcionada por un autor,<sup>307</sup> para explicar la enorme desatención a la formación dada en las facultades de derecho tiene base en la importancia que en el ejercicio profesional adquieren las relaciones sociales. Siendo éstas decisivas, el adiestramiento en capacidades jurídicas resulta situado en un papel secundario para evaluar al joven egresado, a quien le bastan conocimientos básicos; si busca éxito en el ejercicio de la profesión, habrá de contar con sus relaciones familiares y adquiridas como un factor clave. Que las tenga sería el elemento decisivo para evaluarlo a su ingreso en la vida profesional; la universidad de la que provenga importará más, en ciertos casos, por la “capacidad relacional” ganada en ella que por la calidad de los estudios realizados.

En cualquier caso, si se tiene esa “capacidad relacional”, la competencia profesional que le haga falta al abogado para desempeñarse bien la puede aprender mediante la práctica, que en muchos casos se le requiere iniciar cuando acaba de ingresar en la facultad, convenciéndolo de que es en ella, y no en la universidad,

<sup>304</sup> Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, cit., p. 266; Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, *op. cit.*, p. 43; Héctor Fix-Fierro, “La reforma judicial en México: ¿de dónde viene? ¿hacia dónde va?”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 2, julio-diciembre de 2003, p. 317; Sergio López-Ayllón y Héctor Fix-Fierro, “¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 567.

<sup>305</sup> Luis Pásara, *op. cit.*, pp. 207-286.

<sup>306</sup> Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, *op. cit.*, p. 43.

<sup>307</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 260.

donde habrá de adquirir los conocimientos y las habilidades que necesita. La práctica profesional, pensada en principio como un complemento de los estudios, con frecuencia los sustituye como foco de atención del estudiante, y como el inicio en esa práctica es temprano, ocurre que el futuro profesional empieza a enfrentar diversos temas jurídicos en este trabajo antes de conocerlos en las aulas. Desde la facultad estas prácticas no se supervisan, sino en apariencia o formalidad, de modo que no se integran con los estudios en una sola experiencia formativa. Las prácticas que se realizan en estudios o bufetes profesionales de primer nivel pueden llegar a absorber la mayor dedicación de aquél a quien se supone estudiando el derecho en la universidad, factor que, al restar la participación enterada del estudiante en clase, contribuye a la declinación de las facultades de derecho como lugar de formación.

En la educación profesional del abogado latinoamericano se pone énfasis en el limitado papel que toca al juez en su tarea,<sup>308</sup> dando, para ello, la menor atención posible a aquellas normas de procedimiento que lo facultan a adoptar un rol activo en el proceso. Pero, más allá de este asunto específico, es la escasa capacidad profesional —con la cual anualmente egresan de las facultades de derecho decenas de miles de abogados latinoamericanos— un serio obstáculo para la administración de justicia<sup>309</sup> que inevitablemente tendrá a una porción de ellos como operadores, en calidad de jueces, fiscales, funcionarios auxiliares o abogados litigantes. Esa formación deficiente, que corresponde a la debilidad de la comunidad académica en el ámbito del derecho, ha contribuido, y contribuye, al atraso de los sistemas judiciales.<sup>310</sup>

En Brasil, como luego en varios países de la región, la introducción de exámenes de aptitud profesional para seleccionar

<sup>308</sup> Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, cit., p. 266.

<sup>309</sup> Margaret Popkin, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, *op. cit.*, p. 135.

<sup>310</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 733.

al personal del sistema se encontró con tasas de aprobación sumamente bajas,<sup>311</sup> que pusieron de manifiesto la deficiente formación profesional. En El Salvador, después de la firma de los acuerdos de paz que incluyeron compromisos para transformar la justicia, se constató que, a pesar de que tales pactos no se referían a la formación de los abogados, el cambio de la justicia requería una mejora radical de la enseñanza.<sup>312</sup> En varios procesos de reforma de la justicia, las escuelas judiciales recién creadas han destinado esfuerzos encaminados a subsanar las deficiencias de la formación universitaria detectadas en los operadores del sistema. Lo que no solamente tiene poco sentido sino también poca utilidad debido a que las carencias básicas difícilmente pueden ser remediadas<sup>313</sup> por una formación tardía y que se requiere destinar a otros objetivos.

En toda la región, las facultades de derecho han estado ausentes del tema de la justicia y su transformación. Como se ha recordado para el caso de Costa Rica, las reformas no han sido preparadas, ni siquiera estimuladas, en el ámbito universitario.<sup>314</sup> Más aún, en nuestras universidades no se ha abordado, ni como materia de enseñanza ni como tema de investigación, el funcionamiento del sistema de justicia.<sup>315</sup> Puede decirse entonces que, tanto por acción como por omisión, las facultades de derecho han contribuido al mantenimiento del Estado existen-

<sup>311</sup> Keith S. Rosenn, “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>312</sup> Margaret Popkin, *Peace Without Justice. Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2000, p. 216.

<sup>313</sup> Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, *op. cit.*, p. 45.

<sup>314</sup> Francisco Dall’Anese Ruiz, “Retos del Ministerio Público en un sistema democrático”, *Ministerio Público, políticas de persecución penal y sistema de justicia*, Santo Domingo, República Dominicana, Procuraduría General de la República, 2008, p. 49.

<sup>315</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*, *cit.*, p. 25.

te en los sistemas de justicia, preparando mediocrementemente a sus operadores, proveyéndolos de una visión del derecho en el que su (in)efectividad es un tema inexistente y renunciando a ejercer una función crítica sobre su desempeño.<sup>316</sup>

Entre quienes trabajan en los procesos de reforma se considera que la mejora de la educación profesional es un componente clave, destacándose que “el cambio fundamental debe comenzar en las facultades de derecho”, y comprende el establecimiento de estándares altos para la admisión, la revisión de los planes de estudio y el cambio de métodos de enseñanza.<sup>317</sup> No obstante, debe tomarse en cuenta que los esfuerzos desarrollados en varios países, a lo largo de las últimas décadas, para reformar la enseñanza del derecho han fracasado o se han pasmado en alguna etapa sin haber alcanzado plenamente sus objetivos.

Merryman señaló,<sup>318</sup> en la década de los años ochenta, que los intentos de introducir, en el derecho romano-civil, maneras diferentes de ver el derecho no habían ido lejos. Antes que haber sido refutadas, las escuelas de pensamiento jurídico alternativo no habían logrado penetrar en la conciencia profesional, con lo cual la función judicial tendió a permanecer ideológicamente encerrada en los límites que le fueron fijados por la tradición. En el cuarto de siglo transcurrido desde entonces el panorama ha variado sólo en alguna medida. Los cuestionamientos formulados al desempeño de jueces y justicia probablemente han remecido la estrecha noción que les asignó la tradición, sin alcanzar a desenraizar las elaboraciones doctrinarias acerca del derecho que la produjeron. El surgimiento de algunas corrientes de pensamiento jurídico ha sustituido partes del pensamiento heredado. Pero, en definitiva, no se ha producido una visión alternativa con la consistencia suficiente como para relevar el viejo concepto y sus modelos, que acaso se hallen impugnados y

<sup>316</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 678.

<sup>317</sup> María Dakolias, *op. cit.*, pp. 54 y 55.

<sup>318</sup> John H. Merryman, *op. cit.*, p. 84.

arrinconados, desprovistos de defensores numerosos y brillantes, pero aún se encuentran en pie. La cultura jurídica tradicional ha sufrido embates que la han resquebrajado pero no ha sido transformada ni reemplazada.

### III. SOCIEDAD Y JUSTICIA

Cuando en Estados Unidos se dispuso el uso obligatorio del cinturón de seguridad en los vehículos, a la entrada de las autopistas aparecía un aviso luminoso que alternativamente recordaba, primero, el uso del cinturón, y luego la razón de su obligatoriedad: *It's the law*. “Es la ley” o “lo manda la ley” es un mensaje dirigido a la cultura del estadounidense promedio para el cual que el mandato tenga base legal es razón suficiente para obedecerlo. En América Latina, una prevención semejante hubiese ocasionado comentarios risueños o mordaces, además del débil impacto que se hubiera logrado de esa manera respecto al uso del cinturón.

El examen realizado en este capítulo se ha referido hasta aquí a la cultura jurídica de los operadores del derecho, y por consiguiente, del sistema de justicia: abogados, jueces y fiscales. Es preciso ingresar al examen de la cultura jurídica del ciudadano que es usuario del sistema de justicia pero que, antes de eso, es el destinatario de las normas que en una sociedad determinada le otorgan derechos y le imponen deberes. No contamos, para este abordaje, con muchos estudios que sistemáticamente, y con base en trabajos empíricos, nos habiliten para describir con rigor la cultura jurídica popular prevaleciente en la región. Sin embargo, desde el ámbito del ensayo hasta el de la encuesta, algo se ha avanzado en el tema; cuando menos para tener una aproximación inicial a la relación entre el ciudadano promedio y las normas.

Para tener en claro a qué nos referimos al abordar el tema de la cultura jurídica popular, puede utilizarse la definición que un autor clásico, Larry Diamond, propuso para definir la cul-

tura política, apoyándose en Almond y Verba.<sup>319</sup> Adaptando tal definición, es posible sostener que la cultura jurídica popular está constituida por las creencias, actitudes, valores, ideales, sentimientos y evaluaciones acerca del sistema jurídico, y del papel de uno mismo en él, que predominan entre los habitantes de un país o una circunscripción determinados. Probablemente resulta pertinente subrayar que, tal como ocurre con la cultura política, es característica de la cultura jurídica su persistencia, que le permite sobrevivir a los cambios de leyes e incluso a los intentos deliberados de transformar las bases del orden legal.<sup>320</sup>

Entre fines de los años sesenta y comienzos de los setenta dos analistas ajenos a la región se refirieron tangencialmente al significado de la ley para quienes habitaban en ella. El autor vasco Víctor Alba sostuvo que la gente en general tenía poco respeto por la ley y prefería arreglar sus disputas apelando al arbitraje de una persona respetada, en unos casos, o tomando la ley en sus propias manos, en otras.<sup>321</sup> Complementariamente, el profesor estadounidense Arpad Von Lazar escribió que la mayor parte de los latinoamericanos preferían evitar el litigio civil recurriendo a sobornos o coimas y a influencias personales, como consecuencia de la proclividad cultural a servirse de modos personalizados de resolución de disputas.<sup>322</sup>

En tiempos recientes parece haber consenso entre quienes se han ocupado del tema, sean latinoamericanos o no, en torno a que nuestras sociedades están acostumbradas a no cumplir las normas o a prescindir de ellas<sup>323</sup> o, lo que es lo mismo, que las normas se

<sup>319</sup> Larry Diamond, *op. cit.*, p. 163.

<sup>320</sup> Douglas Hay, "Afterword. Law and Society in Comparative Perspective", en Ricardo D. Salvatore *et al.* (eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2002, p. 417.

<sup>321</sup> Víctor Alba, *The Latin Americans*, Nueva York, Praeger Publications, 1969, p. 347.

<sup>322</sup> Arpad Von Lazar, *Latin American Politics. A Primer*, Boston, Allyn and Bacon, 1971, p. 40.

<sup>323</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 124.

perciben como inválidas o como ineficaces; esto es, que lo legal se entiende como ilegítimo y lo ilegal, en cambio, como razonable y necesario.<sup>324</sup> Se trata de una actitud social que no reconoce obligatoriedad respecto a las leyes,<sup>325</sup> y como contracara, considera que obedecer voluntariamente la ley es cosa sólo de tontos, puesto que estar sometido a la ley no consiste en ser portador de derechos que se puede hacer cumplir sino una señal cierta de debilidad social.<sup>326</sup> Latinoamérica está caracterizada, pues, por una ausencia generalizada de internalización de derechos y obligaciones, que se corresponde con niveles altos de desconfianza e insatisfacción con el sistema de justicia.<sup>327</sup> En el caso argentino se ha subrayado que la tendencia a la inobservancia de las normas caracteriza en especial a los centros de poder pero que corresponde recurrentemente a toda la sociedad, lo que genera una disfuncionalidad en ella;<sup>328</sup> específicamente, se ha señalado:

el sometimiento al derecho no fue más que un discurso para ciertas ocasiones, pero en el cual no hemos creído, como integrantes de una sociedad... en Argentina el derecho oficial se cumple si conviene o si no existe más remedio... Falta una conciencia de la justicia que tenga caracteres fuertes de imparcialidad, que se entienda como aplicable a todos, custodiada por todos, exigida por todos. Éste es un requisito básico para que un sistema de control social funcione.<sup>329</sup>

<sup>324</sup> Rodolfo Vázquez, “Crisis de la globalización y mitos modernos”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (eds.), *Globalización y derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 194.

<sup>325</sup> Mark Ungar, *Elusive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, Boulder, London Lynne Rienner Publishers, 2002, p. 5.

<sup>326</sup> Guillermo O’Donnell, “Why the Rule of Law Matters”, *Journal of Democracy*, vol. 15, núm. 4, octubre de 2004, p. 40.

<sup>327</sup> Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), “Conclusions: Promoting the Rule of Law in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder, *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies-University of London, 2001, p. 151.

<sup>328</sup> Carlos Nino, *op. cit.*, pp. 24, 31.

<sup>329</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, pp. 11, 14, 25.

Diversas encuestas corroboran la reseña presentada acerca de la bibliografía disponible, aunque las respuestas a algunas de ellas no están exentas de contradicciones. Pero es quizá en México donde la cultura jurídica popular ha sido más extensamente explorada mediante sucesivas encuestas nacionales de actitudes, percepciones y valores. Es ésta “una cultura contraria al respeto y sincera observancia de la ley”, en la que prevalece “una idea común de que el más hábil es aquel que mejor burla la ley”.<sup>330</sup> Casi una cuarta parte de entrevistados (23.2%) señala que *se puede desobedecer las leyes si parecen injustas* y un porcentaje algo mayor (26.5%) señala su acuerdo con *violar la ley no es tan malo, lo malo es que te sorprendan*. En conjunto, 30.5% de los encuestados dijo estar de acuerdo con la práctica de torturas en un detenido que probablemente cometió un delito pero se niega a admitirlo y 40.6% consideró que es peor dejar libre a un culpable que encarcelar a un inocente. Casi la mitad de entrevistados (48.1%) consideraron aceptable la justicia por mano propia.

Del mismo modo, las encuestas encargadas por el World Justice Project para confeccionar el Rule of Law Index, que fueron aplicadas en 2011 en cuatro países hispanoamericanos y uno caribeño, revelan en conjunto un nivel bajo de respeto por la ley.

TABLA 4

		<i>Es justificado desobedecer la ley</i>	
<i>País</i>	<i>Muy de acuerdo</i>	<i>Algo de acuerdo</i>	<i>Algo en desacuerdo</i>
Brasil	845	367 (43.43%)	478 (56.57%)
Chile	849	261 (30.74%)	588 (69.26%)
Guatemala	992	404 (40.73%)	588 (59.57%)
Jamaica	963	400 (41.54%)	563 (58.46%)
Venezuela	987	293 (29.69%)	694 (70.31%)
Total	4636	1725 (37.22%)	2911 (62.78%)

*Fuente:* World Justice Project Rule of Law Index.

<sup>330</sup> Hugo Concha Cantú *et al.*, *op. cit.*, p. 21.

Esta tabla recoge el resultado de las reacciones obtenidas respecto a la afirmación: *Es justificado desobedecer la ley*, habiéndose reunido las respuestas en sólo dos categorías (se agrupó en una sola categoría, de un lado, las respuestas “muy de acuerdo” y “de acuerdo”, y de otro, las correspondientes a “en desacuerdo” y “muy en desacuerdo”. Más de un tercio (37.22%) de quienes fueron entrevistados y respondieron se mostraron de acuerdo con la afirmación. Si se pone atención a las respuestas correspondientes a los países incluidos, el nivel de acuerdo es bastante alto en Brasil (43.43%) y en Jamaica (41.54%), alcanzando su nivel más bajo en Chile (30.74%) donde, por consiguiente, siete de cada diez entrevistados manifestaron desacuerdo con la afirmación propuesta. Una encuesta encargada por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) de México, y aplicada entre 2010 y 2011 en otros cuatro países latinoamericanos, indagó por el nivel de acuerdo con la desobediencia de la ley bajo una condición específica: que la ley pareciera injusta al entrevistado. Las respuestas aparecen en la (tabla 5).

TABLA 5. LA GENTE TIENE DERECHO A DESOBEDECER LAS LEYES SI LE PARECEN INJUSTAS (%)

<i>País</i>	<i>Muy de acuerdo</i>	<i>Algo de acuerdo</i>	<i>Algo en desacuerdo</i>	<i>Muy en desacuerdo</i>	<i>NS/NC</i>
Colombia	38	27 (65)	13	17 (30)	5
Ecuador	27	24 (51)	18	27 (45)	3
México	23	29 (52)	21	23 (44)	4
Perú	16	26 (42)	25	25 (50)	8

*Fuente:* Encuesta CIDE Las Américas y el Mundo. Opinión pública y política exterior en Brasil, Colombia, Ecuador, México y Perú (2010-2011).

Sumadas las respuestas correspondientes al acuerdo y al desacuerdo producen los porcentajes que en la tabla 5 aparecen entre paréntesis. El acuerdo con la desobediencia de la ley en este supuesto roza los dos tercios en Colombia (65%) y llega a algo más de la mitad de los entrevistados en México (52%) y en Ecuador (51%). El desacuerdo con la afirmación alcanza su mayor porcentaje en Perú, donde la mitad de los entrevistados (50%) discrepa de ella.

Finalmente, la tabla 6 recoge las respuestas a otra pregunta formulada en la encuesta del World Justice Project, que indaga de otra manera sobre el mismo tema, al preguntar por el nivel de acuerdo con la afirmación: *siempre hago lo que considero que está bien, sin que me importe lo que diga la ley*.

TABLA 6

		<i>Siempre hago lo que quiero que está bien, sin que me importe lo que diga la ley</i>	
<i>País</i>	<i>Muy de acuerdo</i>	<i>De acuerdo</i>	<i>En desacuerdo</i>
Brasil	847	706 (83.35%)	141 (16.65%)
Chile	848	742 (87.50%)	106 (12.50%)
Guatemala	985	702 (71.27%)	283 (28.73%)
Jamaica	980	886 (90.41%)	94 (9.59%)
Venezuela	985	763 (77.46%)	222 (22.54%)
Total	4645	3799 (82.00%)	846 (18.00%)

*Fuente:* World Justice Project Rule of Law Index.

Las respuestas recogidas en la tabla 6 (agrupadas del mismo modo que en la tabla 4 muestran que algo más de cuatro de cada cinco entrevistados (82%) están de acuerdo con la propuesta, que corresponde a una desconsideración absoluta de la ley. El mayor nivel de desacuerdo, curiosamente, apareció en Guatemala (28.73%),

un país que no es reconocido por la vigencia del Estado de derecho en él.

En las diversas encuestas disponibles es posible encontrar tanto diferencias entre ellas como incongruencias en una misma encuesta, que acaso apunten a la inconsistente formación de la cultura jurídica popular en la región. Pero la tendencia común a la mayoría de sondeos, si no a todos, es el bajo respeto de la ley y de las instituciones del sistema de justicia. Si el funcionamiento de éstas no genera igualdad ante la ley, es preciso reconocer que ese desempeño ocurre en un paisaje social en el cual no existe el sometimiento general a la ley. Los conflictos resultan así particularizados<sup>331</sup> y sometidos a la fuerza relativa que puedan ejercer las partes para darles solución, dentro o fuera del sistema de justicia. Dentro de esta corriente, el funcionamiento de la ley y la justicia se hace especialmente dañoso cuando en los hechos se demuestra que el gobierno no está sometido a los límites de la ley, como se ha observado desde el caso brasileño<sup>332</sup> pero podría decirse asimismo de cualquier otro país de la región.

Para explicar el fenómeno se encuentran diversas hipótesis. Según un primer grupo de autores, el carácter arbitrario de los sistemas jurídicos de la región ha contribuido a moldear un tipo de cultura que exhibe una continuidad con el sistema de justicia colonial en cuanto atribuye a la ley cierta elasticidad.<sup>333</sup> En referencia al caso argentino, se ha subrayado precisamente que la sociedad fue educada durante la colonia en el desprecio a la ley, de modo tal que la idea se convirtió en sentimiento.<sup>334</sup> Además de la falta

<sup>331</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, p. 30.

<sup>332</sup> Keith S. Rossen, "Judicial Reform in Brazil", *NAFTA: Law and Business Review of the Americas*, vol. IV, núm. 2, 1998, p. 37.

<sup>333</sup> Carlos Aguirre y Ricardo D. Salvatore, "Introduction. Writing the History of Law, Crime and Punishment in Latin America", en *et al.* (eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2001, p. 16.

<sup>334</sup> Juan Agustín García, *La ciudad indiana*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986, p. 139.

de información sobre la existencia y el contenido de las normas, en el caso argentino se ha hecho notar la falta de promoción de la lealtad hacia las normas.<sup>335</sup> Según un segundo grupo de autores el origen del fenómeno se sitúa específicamente en los regímenes autoritarios, en cuya experiencia los ciudadanos latinoamericanos se han habituado a la búsqueda de soluciones extralegales para los agravios y han llegado al convencimiento de que cualquier reforma que se intente, usando medios legales, fracasará.<sup>336</sup>

Por una vía u otra, como se ha observado en el caso brasileño para los sectores populares, se está ante una ausencia o una insuficiencia severa de ciudadanía política y cultural que lleva al sujeto a no concebirse ni construirse como sujeto de derechos y que, desde luego, es acompañada por “una creencia muy frágil en la ley”.<sup>337</sup> Las normas sociales y las conductas habituales llevan a alguna gente a no pensar en la ley cuando encaran una disputa,<sup>338</sup> lo que alude a una distancia entre el contenido de las normas y el de las reglas socialmente practicadas —una lejanía cultural del derecho<sup>339</sup>— como base explicativa de la cultura jurídica en la región. Como resultado, en Argentina se constata “la tendencia a no tomar en cuenta las leyes como guía de la acción” como “un rasgo tan profundamente enraizado en la cultura legal”,<sup>340</sup> y en México

<sup>335</sup> Carlos Nino, *op. cit.*, 1992, p. 255.

<sup>336</sup> Philip Oxhorn, “Social Inequality, Civil Society, and the Limits of Citizenship in Latin America”, en Susan E. Eckstein (ed.), *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America*, Berkeley, University of California Press, 2003, p. 49.

<sup>337</sup> Eliane Bottelho Junqueira, “Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total”, en Héctor Fix-Fierro (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, *cit.*, pp. 183 y 184.

<sup>338</sup> Herbert Jacob, “Introduction”, en Herbert Jacob *et al.*, *op. cit.*, 1996, p. 5.

<sup>339</sup> Carmen Luisa Roche (coord.), *Los excluidos de la justicia en Venezuela*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 23.

<sup>340</sup> María Inés Bergoglio, “Argentina: los efectos de la institucionalización democrática”, en Héctor Fix-Fierro (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, *cit.*, p. 38.

se señala una “insuficiente internalización del significado y las consecuencias del Estado de derecho en la práctica social”.<sup>341</sup>

En este marco, si la confianza es baja y las expectativas ciudadanas adoptan el cinismo, las instituciones se convertirán en meras formalidades, carentes de respeto y de efectividad, en tanto la mayoría opta por la desobediencia a partir de la expectativa de que los otros también lo harán. De esa manera caracteriza Diamond lo que llama “un problema central en América Latina”, donde las leyes están huecas y los tribunales son débiles; la desobediencia y la desconfianza aparecen profundamente enraizadas en las expectativas sociales, concluye.<sup>342</sup>

Quizá el significado de este paisaje aparezca más nítidamente si se efectúa el contraste con el correspondiente a otros países. Es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos y de Alemania, donde la mayoría tiende a pensar en una buena parte de sus relaciones en los términos definidos en la ley, lo que hace al ciudadano más consciente acerca de la ley y sus derechos y deberes.<sup>343</sup> En el caso estadounidense, recuerda Guillermo O’Donnell,<sup>344</sup> Tocqueville encontró que las decisiones de las cortes eran obedecidas en razón de que la mayoría consideraba natural esa obediencia en tanto que veían a esas cortes como garantes de sus derechos reconocidos en la Constitución. Confianza en los tribunales y deber de obedecerlos van de la mano en determinados países, mientras son factores casi inexistentes en los nuestros.

Puede tomarse el caso de Brasil<sup>345</sup> para marcar el contrapunto. Como en el resto de América Latina, en Brasil las leyes y demás normas son aprobadas bajo el supuesto de que una parte sustan-

<sup>341</sup> Sergio López-Ayllón y Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 505.

<sup>342</sup> Larry Diamond, *op. cit.*, p. 208.

<sup>343</sup> Herbert Jacob, “Conclusion”, en Herbert Jacob *et al.*, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, *cit.*, p. 398.

<sup>344</sup> O’Donnell, Guillermo, “The Judiciary and the Rule of Law”, *Journal of Democracy*, vol. 11, núm. 1, 2000, p. 29.

<sup>345</sup> Keith S. Rosenn, “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *op. cit.*, pp. 1-43.

cial de ellas no serán obedecidas. Lo que distingue el caso brasileño es la importancia de la institución informal del *jeito* —que permite evadir la ley mediante el uso de relaciones personales—, componente esencial de la cultura jurídica popular del país, hasta el punto de que, para muchos efectos, el *jeito* es la norma y la regla legal formal es la excepción. En un ambiente social con un bajo nivel de lealtad y obligación hacia el conjunto social, y un fuerte sentido de lealtad y obligación con familiares y amigos, el *jeito* es el vehículo mediante el cual las relaciones se particularizan y personalizan. Tal vehículo es motorizado por la existencia de un marcado legalismo y de constantes cambios legales, para manejarse con los cuales el *jeito* proporciona, a un tiempo, flexibilidad mediante la adaptación a las necesidades de quien recurre a él y estabilidad proveniente de la previsibilidad del resultado a ser obtenido. Pero no todos se benefician por igual; la desigualdad jurídica de hecho se superpone a las desigualdades socio-económicas y las reglas aplicadas a las clases alta y media se diferencian de las aplicadas a las clases bajas; por ejemplo, Brasil ha establecido legalmente el derecho de las personas educadas a ser destenidas en prisiones diferentes a las que se destinan al resto de la población. El funcionamiento de estos mecanismos permite que la sociedad opere manteniendo sus patrones de comportamiento tradicionales, sin mayor atención a lo que diga la ley, gracias a que la cultura jurídica popular no se apropia del sistema legal formal.

En ese cuadro resalta lo que parece ser un eje de la cultura jurídica latinoamericana, no obstante constituir una clara paradoja. De un lado, el ciudadano tiene la experiencia —que incluye lo aprendido a través de la transmisión oral— de que la ley se aplica selectivamente y la justicia favorece a quienes tienen más recursos. De otro, al lado de la desobediencia epidémica de la ley, subsiste una recurrencia a lo legal y sus formas que no parece congruente con su propia experiencia. ¿Qué hay en la apelación a la ley por una sociedad que en sus comportamientos manifiesta poco respeto por ella? Puede ensayarse dos respuestas tentativas. La primera es que el ejercicio del poder requiere legitimarse a

través de un sistema legal —o de algún simulacro de tal—,<sup>346</sup> conforme demuestra la experiencia histórica incluso de gobiernos autoritarios —como el régimen nazi que vistió de leyes casi todas sus arbitrariedades— y dictatoriales, que usualmente se preocupan por escribir nuevas constituciones con el mismo objetivo. La segunda es que, pese a todo, en la relación existente entre derecho y poder, éste —precisamente en su búsqueda de legitimación social— abre ciertos márgenes en el sistema jurídico para hacer lugar a la esperanza de quien cree tener un derecho, de modo que pueda intentar ejercerlo. Por limitados que puedan ser esos márgenes en un momento y lugar dados, existen. En ellos probablemente tratan de ingresar los millones de ciudadanos latinoamericanos que recurren cada año al sistema de justicia para remediar un agravio, aferrándose a esa esperanza de que, cuando menos en su caso, se haga justicia.

Por si el desarrollo seguido hasta aquí hubiere dado lugar a la impresión de que un mejor derecho reside en el pueblo mismo, en contraste con el que emana del poder, es indispensable plantear al respecto cierta cautela. El punto bien puede ilustrarse con aquello que ocurre con la presunción de inocencia, una garantía del proceso judicial según la cual a quien es encausado se le considera inocente mientras no se pruebe su responsabilidad y sea condenado. En condiciones de un funcionamiento razonable del sistema legal, la sociedad tendría que compartir esa presunción, dado que sería esperable que la justicia y sólo ella determine que alguien es culpable. No es el caso en América Latina, donde apenas la policía detiene a un sospechoso de un delito, la impresión que se extiende —movilizada usualmente por los medios de comunicación— es que se trata del culpable. Puede argüirse que la desconfianza en el sistema de justicia hace que no se espere hasta su decisión, pero también podría argumentarse que el funcionamiento de la policía no es más confiable que el de los tribunales. Se ha notado que en

<sup>346</sup> Jean y John Comaroff, “Law and Disorder in the Postcolony”, *Social Anthropology*, vol. 15 (2), 2007, p. 146.

Guatemala las expectativas populares de la justicia demandan encarcelar y sancionar inmediatamente a los sospechosos y de allí que las garantías del debido proceso no cuenten con respaldo social.<sup>347</sup> Lo mismo ocurre en muchos otros países de la región.

Puede sostenerse que la presunción de inocencia y demás garantías del debido proceso se hallan situadas a contracorriente de la cultura jurídica popular. Las dificultades en el funcionamiento de la prisión preventiva así lo demuestran. Según las normas internacionales de derechos humanos, que han sido incorporadas al orden interno por casi todos los países de la región, la orden de prisión en contra de quien es procesado, pero no ha sido condenado en definitiva, es procedente sólo cuando hay peligro de fuga o de que, estando en libertad, afecte las pruebas del proceso que se le ha abierto. La razón de esta norma reside en la presunción de inocencia: si no se le presume culpable mientras no sea sentenciado, no hay razón para que se le encarcele, haciéndole pagar una pena por adelantado. El criterio extendido en la región es más bien contrario a esta norma y, en cualquier caso que adquiere cierta notoriedad, aparece una y otra vez la exigencia social de que se encarcele a quien, según las primeras evidencias, parecería ser responsable de un acto delictivo.

Los derechos humanos no parecen haber alcanzado un nivel importante de apoyo social, por lo menos en lo que toca al derecho penal. La cultura jurídica popular parece corresponder, más bien, a una etapa anterior en la evolución del derecho, cuando la venganza era la respuesta más usual frente al delincuente y las garantías del proceso judicial eran muy limitadas. Por esa razón, la demanda social —que en el caso de Bolivia llega a manifestar “hostilidad a los derechos civiles”—<sup>348</sup> se halla a favor de medidas

<sup>347</sup> Rachel Sieder, “Renegociando «la ley y el orden»: reforma judicial y respuesta ciudadana en la Guatemala de posguerra”, *América Latina Hoy*, Salamanca, núm. 35, diciembre de 2003, pp. 81, 83.

<sup>348</sup> Mark Ungar, *Policing Democracy. Overcoming Obstacles to Citizen Security in Latin America*, Washington, Baltimore Woodrow Wilson Center Press, The Johns Hopkins University Press, 2011, p. 219.

que se llaman usualmente “drásticas” pero en verdad son autoritarias<sup>349</sup> y reclama penas cada vez más altas para los delitos; este pedido encuentra oídos muy dispuestos en los políticos que lo convierten en objeto de proyectos dirigidos a endurecer las leyes penales, no obstante haberse demostrado la ineficacia de esta ruta para controlar el fenómeno delictivo.

La fibra autoritaria de la cultura jurídica popular latinoamericana se expresa de manera especial en los linchamientos, que se han extendido en la región durante las dos últimas décadas. La justicia por mano propia tiende a multiplicarse, según puede colegirse de los resultados de una encuesta aplicada en 2011 en cinco países de la región, que aparecen en la (tabla 7). Cuando menos —es el caso de Chile—, tres cuartas partes de los encuestados dijeron haber presenciado actos de justicia por mano propia, y en los casos de Brasil, Guatemala y Venezuela, las respuestas afirmativas correspondieron a más de cuatro de cada cinco entrevistados.

TABLA 7. EN LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS,  
¿EN SU BARRIO, USTED HA VISTO GOLPEAR A UN DELINCUENTE  
POR LA GENTE?

<i>País</i>	<i>Total de encuestados</i>	<i>Sí</i>	<i>No</i>
Brasil	847	736 (86.89%)	111 (13.11%)
Chile	850	678 (79.76%)	172 (20.24%)
Guatemala	993	854 (86.00%)	139 (14.00%)
Jamaica	960	715 (74.48%)	245 (25.52%)
Venezuela	996	830 (83.33%)	166 (16.67%)
Total	4646	3813 (82.07%)	833 (17.93%)

*Fuente:* World Justice Project Rule of Law Index.

<sup>349</sup> Rachel Sieder, “Legal Globalization and Human Rights”, en Pedro Pitarch, Shannon *et al.* (eds.), *Human Rights in the Maya Region: Global Politics, Cultural Contention and Moral Engagements*, Durham, Duke, 2008, p. 85.

Pese a que se ha interpretado el fenómeno de los linchamientos como un “reclamo del Estado de derecho”,<sup>350</sup> los términos en los que se producen en Bolivia, Guatemala, México y Perú, principalmente, sugieren el uso intencional de una vía que evita a la justicia existente —en ocasiones, extrayendo de la cárcel o el puesto policial a quien ha sido detenido— para aplicar un castigo terrible sin que medie proceso alguno ni haya certeza sobre la responsabilidad del sujeto.

Como sugiere el conjunto de datos examinados, el derecho efectivamente vigente no es sólo un conjunto de instituciones legalmente establecidas sino que también reside en la mentalidad de los ciudadanos de una sociedad dada, especialmente en lo referido a cómo entienden la ley y la justicia y cómo las usan.<sup>351</sup> En definitiva, la sociedad en conjunto desempeña un rol clave y complementario al del Estado en la construcción y el funcionamiento del Estado de derecho porque las tradiciones y normas sociales son las que guían más íntimamente la conducta del individuo, y así, proveen o no la base fundamental al cumplimiento de las normas jurídicas.<sup>352</sup> Dicho de otro modo, si las normas legales escritas no son complementadas con normas sociales —que están respaldadas con sanciones sociales—,<sup>353</sup> carecen de vigencia efectiva.

La justicia requiere ciudadanos comprometidos con el Estado de derecho, pese a las ventajas que ocasionalmente pueda dar a alguien la violación de las normas; cuando los actores reconocen el interés de largo plazo en contar con un aparato de justicia

<sup>350</sup> Daniel Goldstein, «In our own Hands»: Lynching, Justice, and the Law in Bolivia”, *American Ethnologist*, vol. 30, 1, 2003, p. 23.

<sup>351</sup> Thomas Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad. The Problem of Knowledge*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, núm. 34, 2003, p. 8.

<sup>352</sup> David A. Shirk y Alejandra Ríos Cázares, “Introduction: Reforming the Administration of Justice in Mexico”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk (eds.), *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, Notre Dame, La Jolla, University of Notre Dame Press, Center for U.S. Mexican Studies, University of California, San Diego 2007, p. 5.

<sup>353</sup> Carlos Nino, *op. cit.*, p. 185.

fuerte e independiente es que éste puede tener la autoridad y los recursos para ejercer su función.<sup>354</sup> La efectividad del sistema de justicia depende, pues, de normas que lo respalden no sólo en el Estado sino en la sociedad. Por esa razón, lo que la justicia es o puede llegar a ser, en un tiempo y lugar dados, se mueve entre los márgenes de aquello por lo que sus ciudadanos se movilizan y exigen. Así, por ejemplo, no se puede esperar de los jueces un desempeño democrático si su sociedad no se los demanda.<sup>355</sup> Pero, además de la conciencia ciudadana, en el ser de la justicia existen márgenes que provienen de la estructura social; por ejemplo, el ideal de la igualdad ante la ley resulta puesto en cuestión por la existencia de una distribución desigual del poder y la influencia,<sup>356</sup> dado que las asimetrías del poder existentes en un medio social —trátese de un país o de una comunidad indígena— siempre conducen a una distorsión en los términos en los que las reglas se aplican y los derechos son reconocidos.<sup>357</sup>

Se ha afirmado que aquello que el derecho es, en una sociedad determinada, depende del capital social incorporado en el derecho,<sup>358</sup> entendido aquél como la capacidad de los individuos para asociarse en torno a ciertos objetivos y organizarse de manera estable para participar en la vida social o política. Al mirar a la realidad latinoamericana es preciso hacerse cargo de determinadas características del capital social de estas sociedades que repercuten de manera particular en el accionar

<sup>354</sup> Larry Diamond, *Developing Democracy. Toward Consolidation*, cit., p. 112.

<sup>355</sup> Marvin E. Frankel, “Concerning the Role the Judiciary May Serve”, en Irwin P. Stotzk (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993, p. 28.

<sup>356</sup> Peter Fry, “Color and the Rule of Law in Brazil”, en Juan E. Méndez et al. (eds.), *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, cit., p. 187.

<sup>357</sup> Pilar Domingo, “The Judicialization of Politics: The Changing Political Rule of the Judiciary in Mexico”, en Rachel Sieder et al. (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave-Macmillan, 2005, p. 42.

<sup>358</sup> Yves Dezalay y Bryant G. Garth, “Introduction Lawyers, Law, and Society”, en Yves Dezalay y Bryant G. Gart (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2011, p. 3.

del derecho y la justicia. Peter Waldmann ha notado<sup>359</sup> que la prevalencia de los vínculos personales, que dan lugar a redes y grupos integrantes de verdaderas estructuras sociales, producen dos efectos significativos: de un lado, borran o tornan confusa la separación entre la esfera privada y la pública, que caracteriza a las democracias modernas; de otro lado, afectan profundamente la posibilidad de que los ciudadanos comprendan y acepten el concepto del derecho como un cuerpo abstracto de reglas generales que son aplicables por igual a todo individuo. A esa observación se ha sumado la referida a los países que vienen de vivir en regímenes autoritarios prolongados, experiencia que los deja mal preparados para la construcción de un orden constitucional efectivo y concurre a facilitar la corrupción y la interferencia política en el aparato del Estado, incluido el sistema de justicia.<sup>360</sup> A estas observaciones sigue una perturbadora secuela: si la operación del derecho y de la justicia dependen en buena medida de un sistema democrático efectivo, ¿puede el ideal democrático del Estado de derecho asentarse en un contexto social y cultural como el latinoamericano?<sup>361</sup>

En el caso de Colombia se ha admitido claramente que los “rasgos de la justicia colombiana —protagonismo de los jueces, precariedad funcional, y una cierta combinación de autoritarismo y defensa judicial de los derechos fundamentales— no son casuales, sino que se articulan a algunas características del Estado y la sociedad colombianas”.<sup>362</sup> En el caso mexicano, al tiempo

<sup>359</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 76 y 77.

<sup>360</sup> Mark Ungar, *Elusive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, Boulder-Londres, Lynne Rienner Publishers, 2002, p. 1.

<sup>361</sup> Hugo Frühling, “Judicial Reform and Democratization in Latin America”, en Felipe Agüero y Jeffrey Stark, *Fault Lines of Democracy in Post-Transition in Latin America*, Coral Gables-North-South Center Press, University of Miami, 1998, pp. 237 y 238.

<sup>362</sup> Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, “El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia”, en Álvaro Camacho Guizado y Francisco

que se ha pretendido que “la ausencia de un Estado de derecho en México no se debe a que el mexicano sea inherentemente irrespetuoso de las leyes, a una mentalidad “premoderna” o a la cultura política en la cual ha sido criado”, ha debido admitirse el legado de la “tradicción ibérica autoritaria, prebendaria, burocrática y oportunista” que está en la base de una cultura política que es producto “de instituciones políticas y jurídicas específicas que han persistido a lo largo de nuestra historia”.<sup>363</sup> Uno tras otro, los análisis de las experiencias nacionales confirman el vínculo entre sociedad y justicia: “El aparato judicial condensa y refleja en gran medida la debilidad de las instituciones en Venezuela”,<sup>364</sup> que es lo mismo que se concluye en Argentina: “el derecho y sus operadores no son ni más ni menos que el país, y si quisieran separarse de él, rápidamente la realidad los bajaría a sus límites naturales”.<sup>365</sup> El español Andrés de la Oliva ha resumido la tesis: la justicia de un país tiende a padecer los mismos males de la sociedad correspondiente”. En definitiva, no se puede pedir a la justicia que resuelva aquellos problemas que la sociedad no ha sido capaz de solucionar: “No es razonable pretender que la administración de justicia, en una sociedad, rectifique todas, la mayoría o las principales consecuencias torcidas del desnortamiento [*sic*] social.”<sup>366</sup>

Es imprescindible reconocer que “el derecho tiende a reflejar a la sociedad como un todo —su historia, sus valores, su cul-

Leal Buitrago (comps.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Santa Fe de Bogotá, PESCOL-IEPRI-CEREC, 1999, p. 44.

<sup>363</sup> Luis Rubio *et al.*, *A la puerta de la ley*, *cit.*, p. 137.

<sup>364</sup> *Venezuela. Administración de justicia y crisis institucional*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 115.

<sup>365</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, 2002, p. 37.

<sup>366</sup> Andrés de la Oliva Santos, “El «factor humano» en la justicia (hablando claro sobre el tópico ‘justicia y sociedad’)”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 10, julio-diciembre de 2007, p. 34.

tura y su política”,<sup>367</sup> así como el nivel de desarrollo de su economía. En consecuencia, las condiciones del funcionamiento de la justicia expresan lo que, en un momento dado, una sociedad es en conjunto. Específicamente, la independencia de los jueces se halla en correlación con el desarrollo socioeconómico de un país<sup>368</sup> o, dicho en otras palabras, la falta o la insuficiencia de independencia judicial —y del control de constitucionalidad, por los jueces, de los actos de gobierno— va bastante más allá de las disposiciones constitucionales o legales al respecto, para reflejar una enraizada carencia de observancia de las normas y de obediencia a la ley, y unos hábitos de impunidad y falta de respeto al derecho, establecidos desde antiguo.<sup>369</sup>

Dadas las dimensiones del cambio implícito en una transformación de la justicia, la reforma es un asunto de naturaleza política y, más aún, la política moldea la naturaleza de la reforma.<sup>370</sup> Este importante corolario no es siempre reconocido por intentos de reforma que, como veremos en la parte siguiente del volumen, pierden de vista el contexto que resulta determinante en la efectividad de las reformas.<sup>371</sup> El rediseño de las instituciones estatales está objetivamente limitado por procesos de largo plazo de formación del Estado y por los modos en que el derecho se ha configurado, ejercido y entendido por los diferentes grupos sociales.<sup>372</sup> En el extremo, las reformas de la justicia no

<sup>367</sup> Kenneth W. Dam, *The Law-Growth Nexus. The Rule of Law and Economic Development*, Washington, Brookings Institution Press, 2006, p. 231.

<sup>368</sup> Joel G. Werner, “The Independence of Supreme Courts in Latin America: a Review of the Literature”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 16, parte 2, noviembre de 1984, p. 481.

<sup>369</sup> Pilar Domingo; “Rule of Law and Judicial Systems in the Context of Democratization and Economic Liberalization: A Framework for Comparison and Analysis in Latin America”, México, CIDE-División de Estudios Políticos, Documento de trabajo 25, 1995, p. 18.

<sup>370</sup> William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Praeger, 2000, p. 8.

<sup>371</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, p. 6.

<sup>372</sup> Rachel Sieder, “Legal Globalization and Human Rights”, *op. cit.*, p. 85.

pueden planearse o ejecutarse sin tomar en cuenta “la crisis de la sociedad, sus raíces y sus efectos”;<sup>373</sup> sin embargo, no resulta claro cuáles son los límites que ese contexto impone concretamente, en un país y un momento dados, al desarrollo del Estado de derecho, y dentro de él, al robustecimiento del sistema de justicia.

En lo que sí puede concluirse es que una reforma efectiva del sistema de justicia requiere cambios de fondo en la cultura política, el sistema de valores y las expectativas de la sociedad y de su dirigencia política.<sup>374</sup> Se ha afirmado, de manera algo esquemática, que se tendrá la clase de judicatura —ni mejor, ni peor— que la gente que ejerce el poder del Estado demande.<sup>375</sup> Debe entenderse que esa demanda está condicionada por lo que haga, o deje de hacer, la sociedad en la que ese estado adquiere sus rasgos, recluta sus dirigentes y constituye su agenda.

En suma, no es la reforma de la justicia —especialmente si es entendida como una serie de modificaciones legales y algunos cambios de infraestructura— la que traerá, por sí misma, los cambios culturales sino que una reforma requiere, para desarrollarse, de una nueva cultura jurídica que la sociedad gestee y haga suya, lo que ciertamente corresponde al esfuerzo de algunas generaciones: “La mayoría de los países en transición y en desarrollo requerirán varias décadas para desarrollar la cultura jurídica y los cimientos requeridos para hacer efectiva la reforma de la justicia y el Estado de derecho”, entre los que se cuenta una “cultura general de respeto y apoyo al Estado de derecho y de aplicación justa e imparcial de la legislación”.<sup>376</sup> Sin tales cambios profundos, que si no deben preceder por lo

<sup>373</sup> Andrés de la Oliva Santos, *op. cit.*, p. 34.

<sup>374</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 11.

<sup>375</sup> Marvin E. Frankel, “Concerning the Role the Judiciary May Serve”, *op. cit.*, p. 24.

<sup>376</sup> John Hewko, *Foreign Direct Investment. Does the Rule of Law Matter?*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 2002, Rule of Law Series, núm. 26, pp. 4, 20.

menos tienen que acompañar el proceso de reforma del sistema de justicia, los resultados de cualquier intento fracasarán o se verán circunscritos a aspectos menores del sistema, que es precisamente lo que ha ocurrido con muchos de los proyectos desarrollados en este campo durante el último cuarto de siglo, como se verá en la siguiente parte de este libro.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

Libro completo en

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?!=3882>

## CAPÍTULO TERCERO

### LOS INTENTOS DE REFORMA

Aunque es frecuente que todavía se hable de “reforma judicial”, dado que el problema comprende un ámbito que es mucho mayor al de los tribunales, lo más apropiado sería referirse a la reforma de la justicia, puesto que es el sistema, integrado por varias instituciones, aquello que requiere ser reformado o, más precisamente, transformado.

Como se ha visto en este libro, los intentos de llevar a cabo aquello que se denomina reforma de la justicia empezaron en América Latina a mediados de la década de los años ochenta. En rigor, había comenzado años atrás, en Cuba, cuando la revolución abarcó al aparato de justicia y se diseñó un sistema distinto al tradicional, cuya mayor originalidad apareció en lo que parecía ser una forma de justicia popular, en el nivel local, que pronto se reveló dependiente de los mecanismos de control político a cargo del partido único. El caso cubano, que nunca llegó a ser una referencia para quienes ejercían la crítica de la justicia latinoamericana, perdió interés muy rápidamente.

En los años setenta, el proceso de cambios que lideró en Perú el general Juan Velasco Alvarado —quien, desde los inicios de su gobierno, destinó duras críticas al aparato judicial— abordó el tema de la reforma de la justicia, limitándola en los hechos a un cambio de personas. En 1976, por primera vez en América Latina, una corte suprema designó una comisión encargada expresamente de la reforma. No obstante, en conjunto, el proceso no fue mucho más allá de encargar estudios y diagnósticos del funcionamiento del sistema, que también estuvieron entre los primeros

que se hicieron en la región. Al adoptar el proceso político un curso de retracción, el impacto logrado sobre la justicia —particularmente sobre la judicatura— quedó reducido a la creación de algunos fueros especializados —destinados a acompañar ciertas reformas introducidas por el gobierno en materia agraria y laboral, principalmente— y al nombramiento de jueces mediante un sistema de concursos públicos,<sup>377</sup> que también constituyó una novedad en términos de la experiencia latinoamericana.

En el nivel regional se empezó a hablar de reforma de la justicia cuando el gobierno de Estados Unidos puso el tema en la agenda hemisférica y se iniciaron los programas auspiciados por la cooperación internacional, a mediados de los años ochenta. Los proyectos respectivos se convirtieron en una ola —o en varias, si se toma en cuenta los diferentes énfasis temáticos que se fueron sucediendo— en los años siguientes. En los años noventa se inició la Reforma Procesal Penal, que en las dos décadas siguientes llegó, con contenidos similares, a 15 países de la región, conforme se verá en la última sección de esta parte.

Dado que tanto el orden legal como el aparato de justicia son constantemente afectados por determinados cambios, sobre todo legales, en esta introducción es pertinente preguntarse ante qué tipos de cambio puede hablarse propiamente de un proceso de reforma. Éste requiere no sólo de cierta envergadura sino estar basado en, sino un diagnóstico, cuando menos una crítica de determinados aspectos del sistema de justicia que se intenta reformar. Desde esta perspectiva, un mero cambio de un código o un incremento presupuestal que permite la expansión de la cobertura judicial no tienen la entidad suficiente para constituir una reforma del sistema de justicia. Estamos ante una reforma, propiamente, cuando el proyecto de cambio identifica en el sistema un problema estructural —o varios— y se intenta resolverlo mediante un conjunto de acciones determinadas que, ciertamente, pueden incluir cambios legales o incrementos presupuestales pero como componentes de un plan mayor.

<sup>377</sup> Luis Pásara, “Jueces, justicia y poder en el Perú”, *op. cit.*, pp. 59-70.

Si nos atenemos a esta definición es que puede decirse que el proceso de reforma de la justicia ha atravesado América Latina —o la mayor parte de sus países— en los últimos 25 años. Esa historia ha sido condensada en diversas versiones, muchas de ellas con un enfoque crítico respecto de lo realizado. William Prillaman<sup>378</sup> da por sentado que en todo el proceso se ha carecido de una teoría de la reforma y apunta que, en consecuencia, cada proceso se ha focalizado en unos cuantos temas, buscando consolidar primero ciertos cambios para avanzar luego hacia otros temas. Al tiempo de abordar los temas separadamente, sostiene, se procedía con la reforma de la justicia aislándola, como si fuera posible, del juego de fuerzas políticas. Pilar Domingo<sup>379</sup> ha complementado la observación acerca de la falta de teoría al notar que todo el proceso ha estado caracterizado por el aprendizaje mediante la práctica (*learning-by-doing*).

Binder y Obando<sup>380</sup> consideran que la reforma tuvo una primera etapa referida al cambio de la educación y formación del abogado —que, situado a partir de los años sesenta, en rigor sería más bien un antecedente puesto que no tenía como objetivo explícito la búsqueda de una transformación del sistema de justicia—, seguida de varias otras que incluyeron la atención de temas medioambientales, el comercio internacional, la seguridad jurídica, y más recientemente, la seguridad ciudadana; finalmente, se habría planteado el tema del acceso a la justicia. Linn Hamnergren<sup>381</sup> ha subrayado la incorporación, en un momento del proceso, del concepto de “fortalecimiento”, que abarcó independencia judicial, modernización de leyes y procedimientos internos, profesionalización de jueces y demás funcionarios, incorporación de nuevas tecnologías y mejora de sistemas administrativos, y

<sup>378</sup> William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Praeger, 2000, pp. 4 y 5.

<sup>379</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 167.

<sup>380</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 47.

<sup>381</sup> Linn Hamnergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 3.

educación de los abogados y el público en torno a cómo hacer un mejor uso del sistema de justicia.

Decker, Möhlen y Varela<sup>382</sup> han delimitado tres periodos de la reforma. El correspondiente a 1980 puso atención, según sostienen, a la conexión entre la justicia y la gobernanza democrática. En la década siguiente, con la intervención más activa de los donantes, se puso énfasis en la calidad del servicio público ofrecido por la justicia y la necesidad de su modernización, siendo así que Estados Unidos y Alemania dedicaron sus recursos a la reforma penal. Finalmente, la tercera etapa correspondería a la conexión entre el Estado de derecho y el desarrollo del mercado, formulada desde las teorías económicas neo-institucionalistas, en cuyo marco se produjo el ingreso de los bancos multilaterales a la financiación de la reforma. Sin embargo, ha sido Linn Hambergren<sup>383</sup> quien ha logrado la mejor reconstrucción de la historia de la reforma, no en un sentido cronológico sino mediante el examen de los diferentes contenidos que han aparecido en las reformas. Ocho áreas temáticas aparecen en su recuento, acompañadas de una constante: el aumento de presupuestos dedicados al sistema de justicia, tanto por los gobiernos nacionales como por los actores externos, en calidad de donación o de préstamo.

La primera área es la de reforma legal, que fue probablemente el componente inicial en muchos proyectos y que cada vez se utiliza menos pero tiende a reaparecer como una especie de *tic* que sufren los abogados. Otra área es la de infraestructura y sus componentes clásicos: computadoras y edificios; esta área fue preferida por los donantes que no querían participar en los aspectos más políticos de la reforma, particularmente el BID pero también USAID cuando concluía en que, en un país y momento dados, no había condiciones para intentar reformas de mayor

<sup>382</sup> Klaus Decker *et al.*, *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent Experiences from Selected OECD Countries relevant for Latin America*, Washington, The World Bank, 2011, pp. 26 y 27.

<sup>383</sup> Linn Hambergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America, cit.*, pp. 8-18.

profundidad. La tercera área es la Reforma Procesal Penal, que contó con su propia justificación ideológica y adquirió una intensa dinámica propia. La cuarta área corresponde a las redefiniciones institucionales: consejos y tribunales constitucionales, ambos vinculados al fortalecimiento de la independencia y la mejora de la capacidad del aparato de justicia para controlar la legalidad de los actos de gobierno. La quinta dimensión, componente o línea es el “fortalecimiento institucional”, que incluyó atención a la mejor selección de personal, organización del despacho y ampliación de servicios (centros de mediación, defensa pública, etcétera). La sexta dimensión corresponde al acceso a la justicia, que en Brasil tuvo expresión en los tribunales de pequeñas causas pero en otros países dio paso a traductores, mecanismos de información al público e intentos originales como los juzgados móviles. La séptima dimensión, que en buena medida ha funcionado paralelamente a la reforma y que en muchos casos no fue incorporada a los planes de reforma, está constituida por los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, desde los vinculados al viejo derecho (como arbitraje o mediación) hasta los que se han propuesto como revolucionarios: reconocimiento del derecho indígena o formas locales de administrar justicia. Finalmente, cuando todas las demás entradas mostraron sus insuficiencias, apareció la línea de la “sociedad civil”, como el elemento que, mediante vigilancia y denuncia, *advocacy* y propuesta, podía enmendar la ruta de la reforma de la justicia.

Si se quiere seguir en el tiempo la evolución de los temas abordados por el proceso de reforma, en el principio fue el cambio de leyes y el incremento de los recursos: mejores sueldos, edificios más adecuados y computadoras. Casi en seguida vinieron los esfuerzos de capacitación. Algún tiempo después siguió la preocupación por el sistema de nombramientos. Bajo la etiqueta de la modernización, surgió la preocupación por la separación de funciones jurisdiccionales de las administrativas, y con ella, el tema del despacho judicial y el de la reorganización de flujos. Siguió la lucha contra la corrupción y luego, la preocupación por

la incorporación de “otros derechos” mediante el llamado pluralismo jurídico.

Estos temas no se han dado en todos los países, ni en cada país han aparecido precisamente en ese orden. Generalmente, no han formado parte de planes maestro —excepto, parcialmente en Guatemala, caso que es uno de los que muestra mejor el intento de dar organicidad al conjunto de proyectos— sino que los diferentes temas han sido objeto de iniciativas a cargo de diferentes actores —con el protagonismo de la cooperación internacional, en ciertos casos— y en diversos momentos. Tales iniciativas, emprendidas a menudo sin haberse evaluado las realizadas previamente o las que aún se hallaban en curso, se han superpuesto unas sobre otras haciendo que en diversos países la reforma sea, en los hechos, múltiples reformas que han tratado de avanzar en diferentes direcciones, sin conexión entre ellas, y con logros parciales en unos casos y nulos en otros. Hablar, de *la* reforma, en cierta manera, es un abuso del lenguaje. “La reforma judicial es un proceso vivo y variopinto... representa muy bien las similitudes y anhelos comunes y las diferencias y tendencias nacionales... el fenómeno es esencialmente diverso, aunque muestre anhelos y plataformas históricas comunes”.<sup>384</sup> En realidad, estamos ante muchas reformas de la justicia, realizadas incluso en un mismo país.

En ese paisaje, diversas bases ideológicas han ido surgiendo sucesivamente con el propósito de justificar la reforma. Entre ellas destacan la gobernabilidad democrática, la creación de condiciones para la inversión privada y el crecimiento, y la atención a la seguridad ciudadana y el combate al delito. Estas justificaciones han acompañado, en determinados momentos, a algunos de los temas abordados por el proceso de reforma, tanto con ocasión de explicarlos a la opinión pública o ante quienes debían tomar las decisiones para adoptarlos, como en los procesos de capacitación dirigidos a motivar a los operadores del sistema para hacer suyos los cambios propuestos.

<sup>384</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

El impacto de los actores externos, que será abordado en la cuarta parte de este libro, no puede ser minusvalorado. Entre ellos hay que considerar la influencia en el proceso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>385</sup> que en determinada medida han obligado a los Estados miembros del sistema a atenerse a sus compromisos internacionales en relación con el respeto a los derechos de sus ciudadanos. Operando como un límite a los excesos gubernamentales en materia de derechos humanos, el sistema interamericano ha llevado a la apertura o reapertura de procesos judiciales y, al tomar decisiones de efecto obligatorio para los estados, ha contribuido de manera especial al cambio en la actuación de los poderes judiciales de diversos países de la región.

Antes de ingresar al cuerpo de esta parte, conviene hacerse una pregunta introductoria más, a partir de la historia de la reforma en la región: ¿cuándo se produce una reforma? Ha tenido resonancia la respuesta dada por la politóloga Jodi Finkel, a partir de algunos casos observados en la región: las reformas de la justicia se hacen políticamente viables cuando el partido gobernante prevé que no continuará en el poder luego de las siguientes elecciones y entonces calcula que una judicatura independiente lo preservará de la persecución política que quieran emprender los vencedores. La reforma sería una “póliza de seguro” que quien se halla todavía a cargo del gobierno tendrá interés en comprar y, cuanto más declinante sean sus posibilidades políticas, mayor será la reforma que esté dispuesto a acometer.<sup>386</sup> Aunque algunos casos concretos parezcan probar la tesis, otros no resultan explicados por ella. Incluso en el caso de un partido que se anticipa perdedor, llenar el sistema judicial de magistrados que le son cer-

<sup>385</sup> Druscilla Scribner, “Courts, Power, and Rights in Argentina and Chile”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 272.

<sup>386</sup> Jodi S. Finkel, *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2008, pp. 3-9.

canos resulta una vía mucho más sencilla y más utilizada para precaver una posible persecución que emprender un complejo, azaroso e impredecible proceso como la reforma de la justicia.

Es difícil dar una respuesta certera a la pregunta de cuándo se produce una reforma. No obstante, hay ciertos elementos que aparecen en la experiencia latinoamericana.<sup>387</sup> De un lado, se requiere no sólo un importante malestar social respecto de la justicia sino también algunos grupos organizados que desarrollen activamente cierta capacidad de crítica y de propuesta al respecto. De otro lado, se necesita una situación en la que el gobierno requiera incrementar su legitimidad y acepte aprobar medidas de reforma que estime que no le significarán mayor costo o que, en el caso de mediar una presión social alta, esté dispuesto a embarcarse en un proceso de más alcance.

El descontento e incluso el rechazo social, como se sabe, han sido una constante histórica del sistema de justicia, y en consecuencia, no marcan una diferencia importante. De lo que se trata, más bien, es que ese malestar se convierta en un problema para quienes deben tomar las decisiones políticas que pongan en marcha la reforma. A tal efecto, entre los grupos activos, a lo largo de estas décadas han estado presentes diversas entidades de la cooperación internacional —que a menudo facilitaron el proceso haciéndose cargo de una parte de los costos—, y en buena parte financiadas por ellas, cierto número de ONG que han adoptado el tema de la reforma como suyo. La importancia y el peso del conjunto de factores intervinientes determinarán la dimensión de la reforma, desde la limitada acción legislativa de cambiar ciertas leyes hasta la alteración de aspectos estructurales del sistema.

En esta parte del libro se examinará primero tanto logros y avances como fracasos y límites de las reformas intentadas; se abordará luego el análisis de los obstáculos hallados a lo largo de estos intentos realizados en la región; finalmente, se mirará en

<sup>387</sup> Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Boulder, Westview Press, 1998, p. 23; Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 166.

particular al caso de la Reforma Procesal Penal que, debido a su cobertura en la mayor parte de la región y a que corresponde en lo fundamental a un mismo modelo aplicado, puede sugerir elementos de aprendizaje valiosos.

## I. AVANCES Y LÍMITES

Una reforma de la justicia es lenta y su desarrollo es complicado y conflictivo en razón de que el proceso implica cambios institucionales complejos y plagados de enfrentamientos, por lo cual su rumbo y resultados son no sólo impredecibles<sup>388</sup> sino que están sujetos a controversia. Esos atributos, junto a la carencia usual de un diagnóstico que establezca con cierta fidelidad cuál era la situación previa<sup>389</sup> a la reforma, confluyen para generar una gran dificultad cuando se trata de establecer los avances efectivamente producidos mediante una reforma dada del sistema de justicia.

Las diferencias existentes entre un país y otro —atingentes, en cada caso nacional, tanto al punto de partida como a los contenidos incluidos en esa reforma en particular— hacen, además, que el estándar de medición diseñado para un caso no sirva para otro<sup>390</sup> y deba, entonces, trabajarse con criterios e instrumentos que sólo hasta cierto punto son útiles para efectuar análisis comparativos. Al buscar la evaluación del impacto de la reforma en los cambios surgen problemas tanto en el momento de diseñar los instrumen-

<sup>388</sup> Linn Hammergren, “Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más”, en Alfredo Fuentes Hernández (ed.), *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999, pp. 4, 16.

<sup>389</sup> Erik G. Jensen, “The Rule of Law and Judicial Reform: The Political Economy of Diverse Institutional Patterns and Reformers’ Responses”, en Thomas C. Heller y Erik G. Jensen (eds.), *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford, Stanford University Press, 2003, p. 361.

<sup>390</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 169; Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 364; Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 9.

tos adecuados como al tiempo de aplicarlos en la verificación.<sup>391</sup> En suma, estamos ante procesos complejos<sup>392</sup> cuya evaluación es una tarea ardua,<sup>393</sup> especialmente porque, como ocurre en México, en toda la región “no hay información que mida el impacto de las reformas”.<sup>394</sup>

De allí que a menudo se use el recurso de la opinión pública existente respecto de la reforma introducida o sus resultados. Es éste un mecanismo de fácil aplicación —basta realizar una encuesta de opinión entre el público en general, entre usuarios del sistema o entre supuestos conocedores del mismo— pero el atajo termina reemplazando el objeto de conocimiento pretendido —la calidad del funcionamiento de la reforma en el sistema de justicia— por las opiniones existentes sobre él o las impresiones que produce. A menudo, las reformas conllevan desajustes en el funcionamiento, que inicialmente, pueden sugerir que hay una desmejora en los rendimientos. A ese efecto perturbador de las percepciones hay que agregar que el público no siempre está enterado de las reformas en curso ni tiene acceso a la información suficiente para evaluar cabalmente su eficacia; peor aún, con cierta frecuencia, los medios de comunicación desinforman a la población respecto al tema, en su búsqueda de los escándalos como centro de atención. Ciertamente, la percepción social es clave en la marcha del proceso de reforma pero no puede constituirse en el elemento central para evaluarlo. Al final del proceso, si éste es exitoso, el ciudadano deberá notarlo pero, sobre todo mientras las reformas se desenvuelven, la opinión pública no es el referente más adecuado para evaluar la calidad de las mismas.

<sup>391</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 364.

<sup>392</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 235.

<sup>393</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *IDB Experience in Justice Reform. Lessons Learned and Elements for Policy Formulation*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2001, p. 5.

<sup>394</sup> José Antonio Caballero Juárez y Hugo A. Concha Cantú, “Los elementos de la reforma judicial: una propuesta multidisciplinaria para el estudio de los tribunales estatales mexicanos”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 1, enero-junio de 2003, p. 72.

¿Cómo medir seriamente entonces los avances producidos por una reforma del sistema de justicia? En abstracto, hay tres posibles enfoques conceptuales. El primero confronta los logros alcanzados con el ideal de reforma —o de sistema de justicia— que el observador tiene, y que no siempre hace explícito. El segundo enfoque compara los objetivos trazados por el proyecto de reforma con los resultados obtenidos. Aunque parece el más objetivo y simple, sólo es útil si los objetivos fueron claramente establecidos y si se dirigieron a aspectos clave del sistema; aún así, para este enfoque ciertas consecuencias importantes que no fueron anticipadas en el proyecto pasan desapercibidas. El tercer enfoque coteja la situación previa a la reforma con aquélla a la que se arribó al cabo de la reforma. Es probablemente el más pertinente, aunque regularmente enfrenta la ya señalada dificultad de no contarse con un buen retrato de las condiciones del sistema prevalentes antes de intentarse los cambios. En la práctica, los balances que se encuentran en la bibliografía disponible combinan elementos de estos tres enfoques.

Se ha planteado entender como avance:

la progresiva remoción y eliminación, por lo menos de algunos de los elementos estructurales de atraso provenientes de las raíces coloniales, o la modificación sustancial e irreversible (con la vaguedad que la palabra ‘irreversible’ tiene siempre que se habla de procesos sociales), de alguno de los patrones de funcionamiento del sistema judicial notoria y unánimemente criticados (morosidad, formalismo, corrupción, parcialidad, etcétera).<sup>395</sup>

Sin embargo, tal criterio sustantivo tiene que adquirir formas concretas y prácticas de ejecución, para evitar que desemboque en meras apreciaciones, sujetas al parecer de quien las formula. A este efecto, se ha propuesto la combinación de elementos cuantitativos y cualitativos.<sup>396</sup> Los primeros medirían datos como

<sup>395</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 71.

<sup>396</sup> William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Praeger, 2000, p. 6.

las nuevas leyes aprobadas, el incremento en el número de jueces y juzgados o la introducción de nuevos sistemas de manejo de casos, estos instrumentos del cambio resultan una referencia a tomar en cuenta pero lo que importa son los resultados en el funcionamiento del sistema. Esto último sería apreciado mediante el uso de instrumentos cualitativos dirigidos a evaluar en la producción del sistema asuntos específicos como si la calidad de las decisiones judiciales ha mejorado o si los jueces someten o no a control los actos de gobierno.

En definitiva, sólo el examen de las decisiones que el sistema produce<sup>397</sup> —y que constituyen su razón de ser— puede proporcionar la medida definitiva acerca de los resultados de una reforma: ¿corresponden las decisiones del sistema a una lógica cercana a la realidad de esos conflictos?, ¿contienen enfoques más adecuados para resolver los conflictos que son sometidos a los jueces?, ¿disponen remedios para los abusos del poder? Ciertamente, desde el análisis cuidadoso de las sentencias producidas, éstas y otras preguntas pertinentes podrán ser respondidas no con una afirmación o una negación sino con grados resultantes de la medición del cambio. En esa dirección, probablemente los objetivos específicos del programa de reforma pasan a un segundo plano, mientras la situación previa a la reforma, de un lado, y los atributos que se busca crear en el sistema, de otro, son elementos relevantes para el balance a ser trazado. Ciertamente, la capacidad de generar un producto distinto y mejor debe respaldarse en condiciones institucionalmente alcanzadas desde las cuales se esté en aptitud de detectar problemas y generar soluciones.<sup>398</sup>

Lejos de tales criterios, lo que prevalece en pretendidas evaluaciones son, más bien, impresiones y generalizaciones que no ofrecen elementos de base precisos para su formulación. Éste es claramente el caso de las entidades de cooperación internacional que operan en materia de justicia en la región, que tienden a

<sup>397</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 170.

<sup>398</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 72.

ofrecer un cuadro en el que generalmente aparece un importante nivel de cambio producido en los sistemas de justicia. Por ejemplo, según el balance hecho en 2002 por la agencia de cooperación de Estados Unidos, USAID:

mucho ha cambiado. Jueces y fiscales están demostrando mayor independencia y más voluntad de enfrentar las ilicitudes de los poderosos. Los grupos carenciados han ganado mayor acceso a asistencia y soluciones legales. Dentro de los sistemas judiciales, el número de personal se ha incrementado. Tanto los jueces como el personal están mejor calificados y con mayor frecuencia son seleccionados mediante sistemas de mérito y reciben capacitación especializada. Los procedimientos son más rectos, transparentes y eficientes. Los presupuestos son mayores, la productividad es más alta y la carga acumulada es menor. La corrupción y la impunidad no más son consideradas aceptables o inevitables, la sociedad está cada vez más interesada en los esfuerzos de reforma de la justicia y la conciencia pública global se ha incrementado. USAID ha jugado un papel importante en concentrar la atención sobre estos temas, en apoyar reformas exitosas y en promover el respeto por el estado de derecho.<sup>399</sup>

En ese retrato —trazado, como se ve, para justificar el trabajo de la agencia estadounidense— parece difícil reconocer la realidad de la justicia en la mayor parte de —sino todos— los países de la región. De manera similar, sin citar casos concretos a los que se refiera, un balance apuradamente trazado en un informe del Banco Mundial de 1998 sostuvo:

los poderes judiciales se han hecho más efectivos en frenar los abusos de derechos humanos... Ciertos países han reducido el volumen de carga atrasada y los plazos para resolver al menos en cierto tipo de casos; se atiende a más usuarios; los jueces se

<sup>399</sup> *Achievements in Building and Maintaining the Rule of Law. MSI's Studies in LAC, E&E, AFR and ANE*, Washington, Office of Democracy and Governance, Bureau for Democracy, Conflict, and Humanitarian Assistance, USAID, Occasional Paper Series, noviembre de 2002, p. 3.

muestran más concededores del derecho, menos arbitrarios en sus decisiones o menos flagrantes en sus abusos...; países donde las élites pasaban por encima de la ley con impunidad han empezado a juzgar a ciudadanos prominentes y funcionarios.<sup>400</sup>

Aunque algo menos pretencioso, el balance propuesto en 2011 por otro equipo del Banco Mundial tampoco parece corresponder a nuestras realidades efectivas:

las reformas trajeron cambios radicales en la estructura y operaciones del sector justicia en América Latina. Las más drásticas fueron legales e institucionales e incluyeron: (a) modernizar los consejos de justicia, las defensorías públicas y los ministerios públicos...; incrementar el compromiso de los tribunales en garantizar la aplicación de las leyes sustantivas y de procedimiento, particularmente en lo referido a asuntos penales; y (c) crear nuevas organizaciones tales como cortes o salas constitucionales, responsables de proteger derechos constitucionales y decidir acerca de la constitucionalidad o legalidad de las políticas del poder ejecutivo. Las reformas han mejorado la cantidad y calidad de los recursos disponibles para las instituciones del sector... Las reformas administrativas y de gestión fueron menos radicales pero aun así significativas... Las reformas generaron... un progreso sustancial en términos de: (a) encarar abusos de derechos humanos; (b) controlar influencias externas; (c) reducir retrasos en el manejo de casos...; y (d) facilitar acceso a ciudadanos vulnerables y actores del sector privado.<sup>401</sup>

Según estas descripciones, que sugieren imprecisamente una generalización de resultados altamente positivos en la región, el producto de las reformas de la justicia intentadas durante los últimos 25 años sería una transformación del sistema, que habría alcanzado algunos objetivos ambiciosos mediante cambios radi-

<sup>400</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 111.

<sup>401</sup> Klaus Decker *et al.*, *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent Experiences from Selected OECD Countries Relevant for Latin America*, *op. cit.*, pp. 27, 29, 31.

cales ya producidos en las instituciones que lo integran. Tales descripciones, que no pueden apoyarse en datos o casos concretos, corresponden a la necesidad de defender el trabajo realizado, y sobre todo, los desembolsos efectuados —como donaciones o préstamos, según sea el caso— por las entidades de cooperación internacional. No son, pues, análisis o evaluaciones, propiamente hablando, son justificaciones.

En el lado académico se encuentra un sector —minoritario pero muy activo, sobre todo en lengua inglesa— que, al enfocar su atención en un aspecto circunscrito del funcionamiento de los sistemas de justicia en la región, traza también un panorama sumamente positivo. Se trata de algunos de los politólogos, tanto estadounidenses como latinoamericanos, que han dedicado atención al fenómeno conocido como “la judicialización de la política”, por el que determinados asuntos públicos han ingresado recientemente a la esfera de competencia efectiva de la justicia constitucional. Algunos de estos autores advierten en los jueces menor permeabilidad a la presión política junto a una creciente capacidad para influir en políticas públicas, lo que constituiría la adopción de “un nuevo papel” por los juzgadores latinoamericanos, que de esta manera estarían llevando a cabo una ampliación del horizonte de derechos ciudadanos.<sup>402</sup> Tales afirmaciones se formulan sin precisar que se está abordando, primero, el caso de la justicia constitucional —que, pese a su enorme importancia, constituye un pequeño sector de la carga judicial— y segundo, que los ejemplos disponibles se limitan a unos cuantos países. Los casos de la justicia constitucional en Costa Rica y en Colombia, en efecto, corresponden a tales desarrollos; con menor énfasis y

<sup>402</sup> Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, “Introduction. Courts in Latin America”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, pp. 2, 21; Alexandra Hunneus, *op. cit.*, “Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in contemporary Latin America”, en Javier Couso (eds.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, pp. 3, 8, 10.

regularidad puede listarse a Brasil y Argentina. Pero, en cambio, casos como el de El Salvador o el de Guatemala —como la mayor parte de los países centroamericanos— no exhiben un control judicial efectivo sobre los actos de gobierno.<sup>403</sup> Algunos politólogos formulan, pues, una confusa generalización a partir de unos cuantos casos, en efecto existentes, para reconocer un alto perfil político a los tribunales de la región, que éstos en verdad no han ganado. De este modo, un análisis que tiene base en aquellos asuntos de naturaleza política que actualmente son llevados a la justicia conduce a afirmar la existencia de cambios en el sistema de justicia como un todo, omitiendo referirse a la subsistencia de viejos criterios, incluso en materia constitucional, que continúan siendo usados por los jueces ordinarios para tratar millones de asuntos sometidos a la justicia.

Dispersas, se encuentran afirmaciones con sesgo similar entre algunos analistas de las reformas. Así, tratándose de la justicia penal, se ha afirmado, sin especificaciones ni referencias empíricas, que “la fisiología del antiguo sistema judicial ya se ha modificado... ya se ha producido un principio de ruptura cultural”.<sup>404</sup> Por el contrario, quienes han puesto más cuidado en el examen de los cambios subrayan que, si bien las reformas han producido avances, éstos “han sido desiguales, tanto dentro de los países como entre ellos”.<sup>405</sup>

Si se mira a los datos más sobresalientes, aparece cierta similitud en las reformas adoptadas:

- a) Doce países de la región han creado consejos de la judicatura o la magistratura, para hacerse cargo de todo o

<sup>403</sup> Michael Dodson y Donald W. Jackson, “Horizontal Accountability and the Rule of Law in Central America”, en Scott Mainwaring y Christopher Welna (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxfon, Oxford University Press, 2003, p. 231.

<sup>404</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 103.

<sup>405</sup> Linn Hammergren, “Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más”, *op. cit.*, p. 13.

- parte del proceso de nombramiento de jueces, y en algunos casos, administrar el Poder Judicial.
- b) En seis países de la región, además de Puerto Rico, la Constitución establece un porcentaje mínimo del presupuesto nacional que se dedicará al sistema de justicia o al Poder Judicial: Argentina, Costa Rica, El Salvador, Panamá, Paraguay y Venezuela.
  - c) Como resultado de ésta y otras medidas, casi todos los países han aumentado —en algunos casos muy significativamente— el número de tribunales, han incrementado los sueldos de jueces, fiscales y defensores públicos, han creado escuelas judiciales para mejorar el nivel formativo del personal y han introducido —aunque de manera algo desordenada— la informática y otras tecnologías.
  - d) Quince países de la región han establecido la Reforma Procesal Penal que ha sustituido el sistema de enjuiciamiento tradicional, conforme se verá más adelante, según un modelo que tiene inspiración alemana pero, sobre todo, influencia estadounidense.
  - e) De modo complementario, el establecimiento de las defensorías del pueblo o procuradurías de derechos humanos<sup>406</sup> ha aumentado la información disponible a sectores populares, ha servido para recolectar información significativa, y en algunos casos ha sido útil para mediar en conflictos importantes o apoyar la organización de grupos capaces de demandar.

Debe notarse que las reformas han sido intensivas en el uso de recursos económicos destinados principalmente a edificios, informática e incremento de salarios.<sup>407</sup> En conjunto, puede decirse que: “Las reformas han producido considerables cambios en la organización, operación, recursos y visibilidad de las organizaciones sectoriales de la región”, que han llevado, a que en la ma-

<sup>406</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, p. 198.

<sup>407</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 349.

yor parte de nuestros países, “el sector judicial luce y opera de manera muy diferente a como lo hacía antes de que se iniciara este proceso”.<sup>408</sup> Esto incluye la aparición de algunas entidades —como los tribunales constitucionales en Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú y República Dominicana— y la reingeniería de otras, como los Ministerios Públicos y la defensa pública, la puesta en marcha de nuevos códigos, etcétera.

¿Qué cambió y qué no ha sido en verdad modificado por este vasto despliegue de reformas introducidas en el ámbito de la justicia latinoamericana durante el último cuarto de siglo? No es fácil dar una respuesta precisa debido a que no se cuenta con suficientes balances con base empírica confiable para evaluar los resultados de los múltiples cambios introducidos. Se ha mirado poco a los frutos que los medios e instrumentos de reforma han producido en los hechos. En consecuencia, muchas preguntas clave siguen pendientes. Por ejemplo, los politólogos atentos a la judicialización de la política se han preguntado hasta qué punto los tribunales latinoamericanos quieren y son capaces de proteger los derechos individuales o arbitrar disputas atingentes a la separación de poderes.<sup>409</sup> Las respuestas, casi invariablemente, consisten en generalizaciones algo forzadas o se apoyan en determinados casos que muestran una respuesta inclinada en un sentido o en el contrario. La realidad probablemente corresponde a una gama de situaciones, que nunca parecen definitivamente consolidadas, y en ellas los logros a menudo dependen, más que del desarrollo y la madurez institucional, de un líder o de un grupo de actores comprometidos con aquella reforma que, al dejar ellos sus responsabilidades, tiende a languidecer; lo que lleva a pensar

<sup>408</sup> Linn Hammergren, “Usos de la investigación empírica para el reenfoque de las reformas judiciales: lecciones desde cinco países”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, pp. 16 y 17; Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 6.

<sup>409</sup> Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, “Introduction. Courts in Latin America”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 5.

que las reformas que progresaron lo hicieron debido a circunstancias únicas y también efímeras.<sup>410</sup>

Lo que sí sabemos es que, cualquiera que haya sido la importancia de los logros, los ciudadanos latinoamericanos persisten en su insatisfacción respecto de la justicia que tienen<sup>411</sup> —e incluso la acrecientan— y, según reiteran las encuestas periódicamente, desconfían de su funcionamiento y de sus decisiones. Acaso un inventario de algunas de las áreas centrales de las reformas ayude a comprender esta marcada tendencia de la opinión pública. Se intentará hacerlo en seguida respecto de dos ámbitos principales: la independencia judicial y la eficiencia del sistema.

Como se ha visto en este libro, una de las carencias más flagrantes de los sistemas de justicia ha sido su falta de independencia, especialmente respecto del poder político. Una buena parte de los intentos de reforma han enfrentado este asunto. Algunos han puesto énfasis en un cambio del diseño institucional del sistema y concentraron esfuerzos en aprobar normas constitucionales y legales que declaran garantizar la independencia judicial. Otros, además, han modificado específicamente los mecanismos de nombramientos judiciales que, como se ha visto, estando a cargo de instancias políticas, constituían el eslabón clave para canalizar la interferencia del poder en materia judicial. En pocos casos, sin embargo, se ha atendido a las intromisiones que, desde el interior de la propia institución, atentan contra la independencia del magistrado. En otras palabras, las reformas han atendido más a la independencia externa que a la independencia interna de jueces y fiscales.

Ciertamente, es distinto el caso de los nombramientos de jueces de una corte suprema —respecto a los cuales hay una mayor gravitación de intereses de poder— y los de otras instancias. En lo que concierne al nombramiento de los jueces o tribunales ordinarios los sistemas existentes en la región incluyen cuatro for-

<sup>410</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, pp. 16, 29.

<sup>411</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 6.

mas: el nombramiento íntegramente a cargo de órganos del Poder Judicial, y en algunos casos, de la corte suprema, como ocurre en Panamá, Nicaragua, Honduras, República Dominicana, Venezuela, Uruguay y Brasil, el nombramiento a cargo del organismo judicial pero la selección previa bajo responsabilidad de un órgano externo, que elabora la lista de candidatos, como ocurre en El Salvador, Colombia y Bolivia, el nombramiento en una instancia política pero la selección previa bajo responsabilidad de un órgano distinto, como ocurre en Argentina y en Chile, y el nombramiento a cargo de un órgano distinto al Poder Judicial, que no es una instancia política, como ocurre en Perú y debería funcionar en Ecuador según la Constitución de 2008.

El mecanismo más utilizado, en los procesos de reforma, ha consistido en la creación, en una docena de países, de órganos especializados en materia de nombramientos, con el propósito declarado de atenuar, si no eliminar, la injerencia política en ellos. Si bien la introducción de estos consejos, de una parte, equivale al fin de los nombramientos simple y directamente políticos —por el Poder Ejecutivo o el Congreso—, y de otra, conlleva los concursos públicos para designar a quienes serán jueces, aspectos que habrían beneficiado el margen de independencia individual del juez en el ejercicio del cargo,<sup>412</sup> en varios casos la constitución de los consejos ha significado un reacomodo de las fuerzas que gravitaban en los nombramientos, que han tenido que trasladar su presencia al consejo. En Paraguay, Argentina, Costa Rica, Brasil, Bolivia y Colombia, la introducción del consejo mantuvo como actores prevalentes a quienes ya lo eran antes; en cambio, en los casos de Guatemala y Ecuador se optó por dar a los jueces mayor poder a través de la creación del consejo, mientras en Perú y El Salvador se dio presencia en la nueva institución a representantes de organizaciones de la sociedad civil.

<sup>412</sup> Linn Hamnergren, *Do Judicial Councils further Judicial Reform? Lessons from Latin America*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, núm. 28, junio de 2002, pp. 19 y 20.

Algunos autores sostienen que, en ciertos países, las conexiones políticas de los candidatos pesan más que sus méritos y que esto sigue afectando el nivel de independencia judicial.<sup>413</sup> En un informe sobre el funcionamiento de los consejos, se cita los casos de Argentina y Paraguay como ilustrativos de la penetración partidaria en ellos,<sup>414</sup> y se ha argumentado que quienes controlaban las cortes ahora controlan los consejos a través de “sus representantes” en esos nuevos órganos. En otras palabras, “los consejos han sido tan permeables a las influencias políticas en el manejo de las carreras judiciales como antes lo eran los otros poderes del Estado”,<sup>415</sup> tesis que llevaría a pensar que no se han producido mejoras.<sup>416</sup>

Cuando se compara, en cada país, la situación previa y la actual, surgen matices importantes. Así, en Colombia, el sistema de cooptación —que tuvo origen en el plebiscito de 1957 y se mantuvo hasta la creación del Consejo Superior de la Judicatura en 1991— significó que los miembros de la Corte Suprema eligieran a sus nuevos integrantes y designaran a los magistrados de los tribunales, y éstos a los jueces. El mecanismo no estaba abierto a la intervención política directa pero “generó un perjudicial clientelismo al interior de la propia rama judicial”, al tiempo que “impedía la llegada a la rama judicial de aquellos que se distanciaban críticamente de las posturas de las altas cortes”.<sup>417</sup> En el caso de México, los consejos de la judicatura surgidos en diversos estados

<sup>413</sup> Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, *op. cit.*, p. 43.

<sup>414</sup> Sebastián Tedeschi *et al.*, “Informe comparativo”, *Consejos de la magistratura. Los consejos de la magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú, Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, edición especial, 2003, p. 288.

<sup>415</sup> Juan Enrique Vargas, “Alternativas para estructurar el gobierno judicial respetando la independencia de los jueces”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile, Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, 2007, p. 109.

<sup>416</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, pp. 18, 21; Mark Ungar, *op. cit.*, pp. 143, 173.

<sup>417</sup> Rodrigo Uprimny, “Administración de justicia, sistema político y democracia: algunas reflexiones sobre el caso colombiano”, en Jaime Giraldo Ángel,

de la Federación fueron integrados según criterios basados “más en amistades y filiaciones partidarias que en la capacidad de los designados”. En el nivel federal, la negociación política entre los partidos ha dado lugar a que muchos consejeros “sean individuos con claras vinculaciones partidistas o con una reducida capacidad para poder asumir las tareas que les son conferidas”.<sup>418</sup> En los casos de El Salvador, Bolivia y Argentina, la interferencia política en el nombramiento y desempeño judicial era importante antes de incorporar al consejo en el sistema de justicia; sin embargo, una vez que éste comenzó a funcionar la situación no se alteró radicalmente: en El Salvador, debido a que la Corte Suprema siguió funcionando como el canal de interferencia de la política; en Bolivia, en razón de que los partidos políticos se repartieron los cinco asientos del Consejo,<sup>419</sup> y en Argentina, porque los partidos políticos se reservaron 9 de 20 representantes en el Consejo hasta 2006, cuando pasaron a ser 7 de 13, una importante porción de los cuales responde al partido gobernante. No obstante, en el caso argentino, donde el nombramiento estuvo tradicionalmente a cargo de los legisladores —que “lograron no sólo la nominación de adictos a su línea política, o de personas propuestas o exigidas por corrientes partidarias, sino, muchas veces, de parientes directos (hijos, esposa, hermanos) o políticos (yernos, nueras)”—, un análisis cuidadoso del funcionamiento del consejo concluye: “Lo central del nuevo sistema es la limitación —no eliminación— de los acuerdos políticos desemozados, y el *pase de la discrecionalidad total de la política a una elección restringida*”.<sup>420</sup>

*et al.* (eds.), *Justicia y sistema político*, Santa Fe de Bogotá, IEPRI-FESCOL, 1997, p. 81.

<sup>418</sup> José Antonio Caballero Juárez, “La independencia de los poderes judiciales a diez años de reforma en México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 6, julio-diciembre de 2005, pp. 88 (nota 12), 91.

<sup>419</sup> Linn Hammergren, *Do Judicial Councils Further Judicial Reform? Lessons from Latin America*, *cit.*

<sup>420</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, pp. 63 y 67.

No obstante las diferencias anotadas, en todos los países de la región el procedimiento de selección incluye actualmente una etapa de evaluación de los méritos de los postulantes a cargos judiciales. Pero las prácticas contrastan con aquellas normas que pretenden hacer del mérito la razón principal del nombramiento judicial. Respecto del caso chileno, se ha afirmado que “Sólo respetando fielmente la voluntad de los superiores jerárquicos (incluso la presunta) el inferior puede aspirar a una carrera judicial ascendente”.<sup>421</sup> Es que, en los hechos, ocurre el desconocimiento llano de las normas hasta interpretaciones destinadas a evadirlas; en El Salvador, por ejemplo, la Corte Suprema ha entendido que sólo se encuentra vinculada por la terna propuesta por el Consejo de la Judicatura cuando se trata de proveer nuevos cargos pero no cuando se nombra por traslado o ascenso.<sup>422</sup>

Los concursos públicos, allí donde existen, no siempre garantizan que se nombre a quien tiene más méritos para desempeñar la función. A menudo, en los reglamentos y las particularidades de la organización del concurso, tal objetivo se desvirtúa, o cuando menos, resulta menoscabado. Esto ocurre al determinarse cuáles son los méritos a los que se reconoce mayor peso en la evaluación del candidato, cuál el tipo de conocimiento que se evalúa —lo que está determinado por la forma y el tipo de pruebas que se aplica a los postulantes—, la apertura al uso de criterios subjetivos en la evaluación, la participación de la ciudadanía, y la obligatoriedad o no de respetar el orden de méritos del concurso, entre otros aspectos.<sup>423</sup>

En varios países los procesos de selección han incorporado un engranaje que combina la mediocridad de los candidatos con la mercantilización de los diplomas y grados otorgados por univer-

<sup>421</sup> María Inés Horvitz, “Independencia de los jueces y estructura judicial”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile, Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, 2007, p. 129.

<sup>422</sup> *Boletín de Estudios Legales FUSADES*, núm. 39, marzo de 2004.

<sup>423</sup> Luis Pásara, *Idoneidad en los criterios de selección utilizados por el Consejo Nacional de la Magistratura*, Lima, Justicia Viva, 2003.

sidades de baja calidad. La búsqueda de objetividad en esos procesos, mediante el reconocimiento de un puntaje a los “papeles” presentados por los candidatos, alimenta involuntariamente una industria generadora de diplomados, maestrías y doctorados que, en verdad, no corresponden a méritos efectivos de quien detenta el título respectivo. Peor aún, candidatos que tienen méritos personales y profesionales, pero carecen de los “papeles” —expedidos incesantemente por centros universitarios carentes de calidad que se financian exitosamente por esta vía—, resultan postergados sobre la base de un mecanismo de puntuación aparentemente objetivo.

Además, resulta frecuente que en la etapa final de los procesos de selección se incorporen espacios de discrecionalidad que en la práctica permiten a las autoridades nominadoras apartarse del orden de mérito. Así ha venido ocurriendo en Perú y en Argentina.<sup>424</sup> Tanto en el caso guatemalteco como en el salvadoreño, las respectivas cortes supremas en varias ocasiones no se han considerado obligadas a atenerse a los resultados del proceso de selección previo.<sup>425</sup>

Un problema adicional en los concursos es que, en algunos países, no se encuentra suficientes candidatos con capacidad de aprobarlos. En Perú, esto aconsejó en 2002 rebajar el nivel de exigencia de los instrumentos de evaluación;<sup>426</sup> en Brasil, mantener la exigencia, ha llevado a que el número de postulantes aprobado no logre cubrir las plazas vacantes, tanto en el nivel federal como en el estadual, dando lugar a que en 2005 un tercio de

<sup>424</sup> Luis Pásara, *cit.*; Felipe Fucito, “El Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación y la designación de los jueces: modelo formal, desempeño real y propuestas de reforma”, Buenos Aires, 2002, pp. 94-98, 104 y 105.

<sup>425</sup> *Estudio sobre avances y dificultades en la implementación de la ley de la carrera judicial*, Guatemala, Asies-Konrad Adenauer, 2004; *Informe para la audiencia sobre independencia judicial en Centroamérica de la CIDH*, San Salvador, Red Centroamericana de Jueces, Fiscales y Defensores por la democratización de la Justicia, FESPAD-CEPES, 2004.

<sup>426</sup> Alfredo Villavicencio Ríos y César Bazán Seminario, *La reestructuración silenciosa. La labor del Consejo Nacional de la Magistratura en la selección y nombramiento de magistrados (noviembre de 2000-marzo de 2004)*, Lima, Justicia Viva, p. 74.

las plazas no se hallaran cubiertas.<sup>427</sup> Los datos contenidos en la (tabla 8) muestran que, si se pone de lado el caso de Ecuador, en los otros cuatro países incluidos en la comparación, sólo uno de cada cinco postulantes aprobó los exámenes de conocimientos en los años para los que se pudo recabar información. Más que una pobre calidad de los estudios universitarios —elemento, sin duda, presente—, estos datos comprueban algo planteado antes en este volumen: la baja calidad en la formación de los abogados que aspiran a ser jueces.

TABLA 8. APROBACIÓN EN EXÁMENES DE CONOCIMIENTO  
EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE JUECES

<i>País</i>	<i>Convocatoria</i>	<i>Rindieron examen</i>	<i>Aprobaron examen</i>	<i>Porcentaje aprobado</i>
Ecuador	Convocatoria julio 2007	287	282	98.3%
	Convocatoria noviembre 2007	179	177	98.9%
	Convocatoria septiembre 2008 (1)	830	599	72.2%
Guatemala	Convocatoria 2007	114	25	22%
	Convocatoria 2008	191	53	28%
Colombia	Convocatoria 2004-2005 (2)	49,433	7,899	14.7%
	Convocatoria 1548-2002	13,884	2,948	21.2%
	Convocatoria 1550-2002	3,533	537	15.2%

<sup>427</sup> *Reporte sobre la Justicia en las Américas 2004-2005*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005, p. 104.

Colombia	Convocatoria 1997	28,818	9,075	31.5%
Brasil	Convocatoria Paraná 2004 (3)	209	25	12%
	Convocatoria Paraná 2005	424	94	22.2%
	Convocatoria Paraná 2006	221	27	12.2%
	Convocatoria Paraná 2007	221	85	38.5%
Brasil	Convocatoria Paraná 2008	235	31	13.20%
	Convocatoria Sao Paulo 2004 (4)	150	35	23.3%
	Convocatoria Sao Paulo 2005	174	43	24.7%
	Convocatoria Sao Paulo 2006	162	38	23.5%
Perú	Convocatoria 001-2000	8,104	1,051	12.9%
	Convocatoria 001-2001	136	14	10.3%
	Convocatoria 001-2002	59	12	20.3%
	Convocatoria 001-2003	7,445	720	9.7%
	Convocatoria 002-2003	76	5	6.6%
	Convocatoria 001-2004	6,659	1,741	26.1%

Perú	Convocatoria 001-2005	16	6	37.5%
	Convocatoria 002-2005	969	117	12%

*Fuentes:* Ecuador: <http://www.cnj.gov.ec/Index.htm> (1) Se refiere a una convocatoria interna a diferencia de las otras dos que son convocatorias abiertas. Guatemala: los datos del 2007 corresponden 23 de junio de 2008, *El Periódico*: <http://www.elperiodico.com.gt/es/20080623/pais/58634>; los datos de 2008 se encuentran en la Memoria de Labores 2007-2008 del Organismo Judicial. Colombia: Informe al Congreso del Consejo Superior de la Judicatura 2003-2004, 2004-2005 y 2006, (2) se refiere a datos promedio de las convocatorias que se realizaron en este periodo, pero los resultados entre ellas sólo varían en 7%. Brasil: <http://portal.tjpr.jus.br/web/concursos> y <http://www.trf1.gov.br/>. (3) Es la convocatoria para cargos federales. Perú: datos hasta el 2003 en Villavicencio y Bazán 2004; para los siguientes concursos la información en la página electrónica del Consejo Nacional de la Magistratura: [http://www.cnm.gob.pe/cnm/index.php?option=com\\_content&task=category&sectionid=4&id=13&Itemid=84](http://www.cnm.gob.pe/cnm/index.php?option=com_content&task=category&sectionid=4&id=13&Itemid=84).

De la práctica de las reformas introducidas en la región se concluye que, no obstante haberse logrado, en diferentes grados, mejoras en la transparencia y el procedimiento seguido en los nombramientos, subsisten tanto designaciones políticas a cargo del partido gobernante como acuerdos políticos sobre cuotas repartidas entre los partidos mayores para nombrar jueces. La reducción de la influencia política en los nombramientos judiciales todavía es un logro parcial. Específicamente, e igual que en el caso de otras reformas, los consejos —incapaces de resolver del todo asuntos como el de la evaluación de los méritos de los candidatos—<sup>428</sup> no han satisfecho las expectativas depositadas en ellos.<sup>429</sup> Sin embargo, resaltan en su operación la ruptura de la dependencia directamente política del sistema anterior y la in-

<sup>428</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 110.

<sup>429</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *IDB Experience in Justice Reform. Lessons Learned and Elements for Policy Formulation*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2001, p. 29.

roducción del mecanismo de concursos públicos, que ha tendido a generalizarse, y pese a sus problemas no resueltos, lleva a una mayor probabilidad de que los méritos de los candidatos sean tomados en cuenta a los efectos de la designación.<sup>430</sup> Adicionalmente, en algunos países —como Argentina<sup>431</sup> y Perú— operan vías a través de las cuales los ciudadanos pueden presentar antecedentes de un candidato que deberán ser considerados en el momento de decidir respecto de su caso. Tratándose de las cortes supremas, varios países —entre los cuales Argentina, Guatemala y República Dominicana destacan— han establecido mecanismos especiales, con intervención de diversos actores y cierto grado de transparencia, destinados a garantizar un mínimo de calidad profesional y una trayectoria profesional limpia.

En aquellos países donde han ocurrido mejoras significativas en el proceso de nombramientos, éstas han sido resultado de la conjunción de actores políticos no mayoritarios y organizaciones de la sociedad civil con capacidad de mantener una vigilancia constante sobre los procesos de selección. No obstante altibajos y retrocesos, acaso el asunto de nombramientos judiciales sea uno de los que muestra mayores avances en una lectura de la reforma desarrollada en las últimas dos décadas y media.

Sin embargo, debe concordarse en que quienes son reclutados por los nuevos sistemas de selección, si bien no son escogidos directamente por quienes controlan otros poderes y son designados con el uso de concursos públicos, no se encuentran a la altura de los mejores abogados existentes en el medio, ni su calificación corresponde a niveles de excelencia profesional. Este rasgo se revela con ocasión del análisis de decisiones judiciales, que muestra en diversos países una notoria pobreza cualitati-

<sup>430</sup> Margaret Popkin, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, *op. cit.*, p. 117.

<sup>431</sup> *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el periodo 2003-2004*, Buenos Aires, Asociación para los Derechos Civiles, Siglo XXI editores, 2005, pp. 27 y 28; Daniel Brinks, “Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina, The beginning of a New Millennium?”, *Texas International Law Journal*, vol. 40, (2005) pp. 609 y 610.

va<sup>432</sup> que ha llevado a un autor a sostener, que al constatarla, sólo se puede pensar que los jueces son incompetentes o corruptos, o ambas cosas.<sup>433</sup> Complementariamente, se ha observado que determinadas decisiones —como no aplicar los convenios internacionales en materia de derechos humanos que han sido incorporados al orden jurídico interno— no es asunto atingente a la falta de independencia judicial o al atraso organizativo de los poderes judiciales.<sup>434</sup> Debería entenderse que, al lado de sentencias jurídicamente pobres, ese otro tipo de decisiones cuestionables guarda relación tanto con el perfil de quienes son atraídos por la función judicial como con la cultura prevalente en las organizaciones judiciales de la región. Ambos son asuntos en los que las reformas introducidas en materia de nombramientos judiciales parecen encontrar sus límites.

El mecanismo todavía utilizado para mantener la dependencia de quien está a cargo de la judicatura respecto de quienes pueden intervenir en su nombramiento es la condición de provisionalidad, esta fórmula se repite en diversos países, bajo distintos gobiernos, para hacer quien ejerce el cargo de juez no haya sido nombrado en él sino que lo desempeñe provisionalmente como encargado, mientras se lleva a cabo un concurso que en ocasiones tarda demasiado. Durante ese interinato, el juez encargado —que puede ser removido sin causa ni proceso— es vulnerable a presiones que vienen de, o pasan por, las autoridades que intervendrán de un modo u otro en su posible nombramiento de-

<sup>432</sup> Luis Pásara, *Las decisiones judiciales en Guatemala*, Ciudad de Guatemala, Minugua, 2000; del mismo autor *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, UNAM, 2006 y *La producción judicial en Ecuador*, México, UNAM, 2011.

<sup>433</sup> Erik G. Jensen, “The Rule of Law and Judicial Reform: The Political Economy of Diverse Institutional Patterns and Reformers’ Responses”, en Thomas C. Heller y Erik G. Jensen (eds.), *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford, Stanford University Press, 2003, p. 360.

<sup>434</sup> Roberto Gargarella, “In Search of a Democratic Justice—What Courts Should Not Do: Argentina, 1983-2002”, en Siri Gloppen *et al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Londres, Portland, Frank Cass Publishers, 2004, pp. 194 y 195.

finitivo. Pérez Perdomo<sup>435</sup> señala que la judicatura provisional es una figura que en Venezuela data desde 1969. En la región se ha dado casos de países, como Perú y Venezuela, en los que, según el momento político, los jueces titulares del cargo eran minoría, mientras la mayoría eran jueces provisionales. En diversas ocasiones, estos jueces han firmado resoluciones que se convirtieron en motivo de escándalo debido a favorecer a litigantes en términos que resultaron cuestionados públicamente.

En la carrera judicial residen algunos puntos críticos respecto de la posibilidad de afectar la independencia del juzgador. De una parte, el asunto de la evaluación de jueces, fiscales y personal de apoyo, a ser incorporada como parte del trabajo habitual, sigue institucionalmente ausente<sup>436</sup> o es discutida en términos abstractos desde la incapacidad de los actores para diseñar y poner en marcha mecanismos que la conviertan en una práctica. El desafío de medir y mejorar la productividad<sup>437</sup> ha sido planteado claramente en Colombia, pero ha resultado soslayado en casi todo el resto de la región. Allí donde, pese a la resistencia que a este efecto ofrecen los jueces, existen fórmulas de evaluación son frecuentemente arbitrarias y sus criterios y decisiones tienden a reforzar la cultura institucional heredada.<sup>438</sup>

De otra parte, los procesos disciplinarios están basados, en muchos casos, en motivos espurios, y en general, en el funcionamiento de la carrera subsisten favoritismos y amistades, relaciones clientelares y formas de discriminación.<sup>439</sup> La dificultad con los procesos disciplinarios reside, en parte, en la inadecuada regulación de las faltas que abre paso a una discrecionalidad que en

<sup>435</sup> Rogelio Pérez Perdomo, “Una evaluación de la reforma judicial en Venezuela”, *Judicial Reform in Latin America. An Assessment for Policymakers*, 2006, Center for Strategic and International Studies-Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

<sup>436</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, 2004, p. 178.

<sup>437</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 114.

<sup>438</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 131.

<sup>439</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, p. 143.

ocasiones desemboca en arbitrariedad. Muestras de una inadecuada regulación de las faltas disciplinarias pueden encontrarse en El Salvador, Argentina, México, Ecuador y Perú, países donde se considera falta de un juez el daño a la “imagen de la función judicial” o “al decoro o respetabilidad del cargo”, términos lo suficientemente imprecisos como para que la instancia competente les dé contenido en cada caso, vulnerándose así la independencia del juzgador. En el caso peruano, 92% de las sanciones de destitución impuestas entre 2003 y 2008 corresponden a “la comisión de un hecho grave que, sin ser delito o infracción constitucional, compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público”.<sup>440</sup> Los jueces de varios países de Centroamérica han manifestado acuerdo con la afirmación según la cual los procesos disciplinarios son un mecanismo político para remover o presionar a los jueces que no sigan las pautas dictadas por el gobierno o la Corte Suprema. En Costa Rica el acuerdo llegó a 25.4%, en Honduras 46.5%, en El Salvador 44.7%, en Nicaragua 42.2% y en Guatemala 30.4%.<sup>441</sup>

En la mayoría de los países de la región las cortes supremas y otras instancias superiores de los organismos judiciales han mantenido total o parcialmente poderes disciplinarios sobre los jueces, sea porque no existe un consejo, porque éste no tiene competencia disciplinaria —lo que sucede en la mitad de los países que cuentan con este tipo de entidad— o porque, de tenerla, ésta no le ha sido atribuida de manera exclusiva, como ocurre en Argentina, Brasil, El Salvador y Perú, y conduce tanto a la duplicidad funcional como a la competencia sorda o abierta entre el consejo y la corte suprema respectivos. Con frecuencia, los procesos disciplinarios se utilizan por las cortes supremas y sus órganos de supervisión como una forma de controlar la disidencia

<sup>440</sup> César Bazán Seminario, *¿Separando la paja del trigo? Destitución de jueces por el Consejo Nacional de la Magistratura entre el 2003 y el 2007*, Lima, Justicia Viva, 2008, p. 65.

<sup>441</sup> María Ramos Rollón *et al.*, *La justicia vista por los jueces: diagnóstico del funcionamiento de los sistemas judiciales centroamericanos*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores-AECI-Fundación Universidad de Salamanca, 2004.

de los jueces de niveles subalternos. De esta manera, en Chile las calificaciones, decisivas para el ascenso, y las sanciones, aplicadas ambas por la Corte Suprema, afectan la independencia de los jueces que intentan ascender o apenas mantenerse en el cargo.<sup>442</sup> Algo similar ocurre en México, donde la independencia interna del juzgador es afectada por “un régimen que privilegia las vías informales para la imposición de sanciones”.<sup>443</sup>

En el examen de los datos sobre procesos disciplinarios, llama la atención la gran cantidad de denuncias o quejas que terminan siendo rechazadas (ya sea por cuestiones de forma o de fondo) por los órganos competentes. En Guatemala, en 2001 el rechazo llegó a 81.3% de las denuncias presentadas; en Perú, entre 2003 y 2006 el rechazo de denuncias por el Consejo osciló entre 85% y 97.5%; en Argentina, el rechazo fue la respuesta del Consejo en 2007 para 97.6% de las denuncias presentadas; en México, entre 2003 y 2008, el rechazo alcanzó más de 80% en cuatro de los seis años; en cambio, Colombia registró el nivel más bajo de rechazos entre los países examinados, que cubrió a menos de la mitad de las denuncias presentadas.<sup>444</sup>

El sistema de nombramientos judiciales fue renovado en casi todos los países y se estableció en muchos de ellos la carrera judicial para dar independencia al juez. Después de haber examinado algo de lo ocurrido con esas reformas resulta pertinente replantear

<sup>442</sup> Andrés Bordalí, “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el derecho chileno”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile, Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, 2007, p. 59.

<sup>443</sup> José Antonio Caballero Juárez, “La independencia de los poderes judiciales a diez años de reforma en México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 6, julio-diciembre de 2005, p. 96.

<sup>444</sup> Argentina: Memoria del CMN de 2007; Perú, Consejo Nacional de la Magistratura, estadísticas de la Comisión de disciplina, Bazán 2008, 44; *La República*, 1 enero de 2006; México, Informes anuales de labores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; Colombia, Informes del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso; Guatemala, Urrutia Edmundo Segundo Informe sobre desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá, Guatemala, PNUD, 2002, p. 14.

la pregunta: ¿se ha incrementado la independencia de los jueces en la región mediante los procesos de reforma de la justicia? En definitiva, la independencia de los jueces se expresa en cómo resuelven los casos concretos; esto es, si lo hacen con independencia de influencias externas o internas que puedan existir pese a lo que digan las normas introducidas. La atención a este asunto ha sido escasa y los exámenes hechos son limitados y resultan insuficientes. Ríos Figueroa<sup>445</sup> ha comparado la independencia a lo largo del tiempo en cada uno de los 18 países de la región. Los cambios normativos abarcaron a 17 países, y salvo Costa Rica, coincidieron en el tiempo con el desarrollo de la reforma judicial. En 10 de los países los cambios producidos aumentaron los niveles de autonomía judicial pero sólo en cuatro países se incrementó la autonomía interna de los jueces, mientras que en otros seis disminuyó, al tiempo que la mayoría de los países presentaban valores especialmente bajos en este aspecto, incluso donde se considera que los jueces son independientes, como ocurre respecto de Uruguay o Costa Rica. Tanto en el nivel de las normas como en el de los hechos, la independencia de los jueces de tribunales inferiores a la Corte Suprema resultó menos beneficiada con los cambios que la correspondiente a los miembros de las cortes supremas.

En lo que se refiere a la independencia de facto de los magistrados supremos para sentenciar, puede tenerse en cuenta las resoluciones emitidas en los casos más relevantes, las emitidas contra el Estado o las pronunciadas en todos los casos. Las conclusiones que se saquen de las primeras pueden resultar sesgadas, pues lo común es que los jueces actúen condicionados por la coyuntura manifestando una independencia que resulta excepcional en relación a los demás casos que resuelven. El segundo grupo de resoluciones constituye un mejor indicador de independencia aunque, como se ha observado, no siempre toda resolución contra el Estado resulta un indicador cierto de inde-

<sup>445</sup> Julio Ríos Figueroa, "Judicial Independence: Definition, Measurement and its Effects on Corruption. An Analysis of Latin America", Universidad de New Cork, 2006.

pendencia. Las resoluciones cotidianas constituyen el verdadero terreno donde debe apreciarse la independencia de los jueces pero es difícil de evaluar debido a la insuficiencia de estudios que sistemáticamente analicen aquello que los jueces producen. Se cuenta, más bien, con casos destacados cuya resolución revela un grado importante de independencia: las resoluciones de la Corte Suprema que impidieron la candidatura de Ríos Montt en Guatemala, las resoluciones de la Corte Suprema chilena sobre el desafuero de Augusto Pinochet en torno a casos de violaciones de derechos humanos, o la condena de Alberto Fujimori por decisión de la Corte Suprema de Perú por corrupción y violación de derechos humanos. Con toda su importancia, estas decisiones no son representativas de aquello que nuestras cortes supremas hacen en el día a día.

En cuanto a los tribunales de rango inferior, como se ha apuntado, el lado débil de la independencia parece hallarse en la propia institución, aspecto en el cual las reformas no parecen haber logrado un avance. Presiones que vienen desde los escalones superiores del aparato judicial limitan la independencia, y en consecuencia la imparcialidad, del juzgador. En Chile, la Corte Suprema ha seguido gravitando sobre el criterio de los demás jueces, valiéndose de calificaciones y sanciones, como se ha visto. En Honduras, pese a que no hay sistema de evaluación, los jueces dicen hallarse presionados para seguir en sus decisiones los criterios de la Corte Suprema.<sup>446</sup> En México, tratándose del nivel de los estados, “en muchos poderes judiciales se sigue percibiendo una marcada subordinación de los jueces hacia sus superiores” y en la justicia federal “en materia de independencia interna, los avances son más limitados” que en otras áreas de la reforma. Esto hace que, en términos generales, en ese país “los jueces siguen presentándose como figuras muy endeblés en la arena social”.<sup>447</sup>

<sup>446</sup> Mark Ungar, *Policing Democracy: Overcoming Obstacles to Citizen Security in Latin America*, Washington, Baltimore, Woodrow Wilson Center Press, The Johns Hopkins University Press, 2011, p. 140.

<sup>447</sup> José Antonio Caballero Juárez, *op. cit.*, pp. 92, 96, 99.

La segunda área en la que se mirarán avances y límites de la reforma corresponde a la eficiencia. Se prestará atención, primero, a lo ocurrido con el incremento de recursos disponibles a los sistemas de justicia, que fue —y todavía es— el reclamo constante de los operadores del sistema. Según todas las evidencias disponibles, el aumento presupuestal para la justicia ha sido muy grande en toda la región. En el caso de México, el presupuesto judicial federal se multiplicó por cuatro, en términos constantes, entre 1995 y 2002, haciendo que los salarios judiciales se conviertan en bastante más atractivos que los del promedio de servidores públicos.<sup>448</sup> En Chile, “entre los años 2000 y 2006 el presupuesto para justicia creció en términos reales en 110%”.<sup>449</sup> Algo similar ocurrió en los demás países. La pregunta, toscamente formulada, es: ¿De qué sirvió?

De una parte, los trabajos de Buscaglia<sup>450</sup> parecen demostrar que el aumento del presupuesto y del número de órganos u operadores judiciales sólo da un alivio temporal a la carga judicial, pues pasado el momento inicial —en el que la carga se reduce, disminuye la congestión y se acelera la resolución de los conflictos—, sobreviene un nuevo crecimiento de la demanda, estimulada por las mejores condiciones de la oferta, y con ello, una nueva etapa de congestión y demora en la resolución. De otra parte, no parece existir una correlación necesaria entre los recursos disponibles en el sistema de justicia y la eficiencia judicial, puesto que los países que mayores gastos han realizado, como Chile y Brasil, no son los más

<sup>448</sup> Héctor Fix-Fierro, “La reforma judicial en México: ¿de dónde viene? ¿hacia dónde va?”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 286, 313.

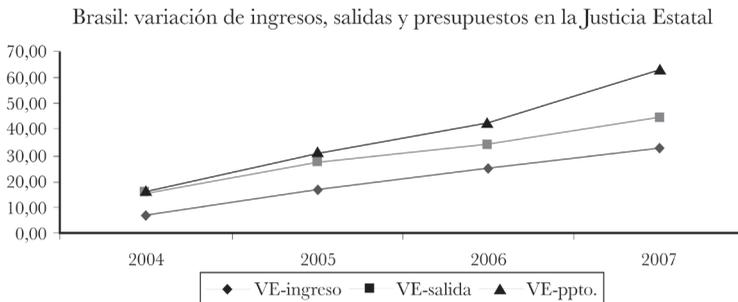
<sup>449</sup> Juan Enrique Vargas, “Alternativas para estructurar el gobierno judicial respetando la independencia de los jueces”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile, Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, 2007, p. 99.

<sup>450</sup> Edgardo Buscaglia y María Dakolias, *Judicial Reform in Latin American Courts. The experience in Argentina and Ecuador*, Washington World Bank Technical Paper núm. 350, 1996; Edgardo Buscaglia y Thomas Ulen, “A Quantitative Assessment of the Efficiency of the Judicial Sector in Latin America”, *International Review of Law and Economics*, vol. 17, 1997, pp. 275-291.

eficientes.<sup>451</sup> En el caso ecuatoriano se ha demostrado que duplicar el presupuesto destinado a la justicia, en dólares estadounidenses constantes, no incrementó el número de sentencias que salieron de los jueces entre 2002 y 2008.<sup>452</sup> No hay pues, una relación demostrada entre el aumento de recursos y una mejora en la producción judicial. Puede interpretarse que el presupuesto tiene un impacto menor en la eficiencia cuando no va unido a cambios en la gestión de los casos judiciales y a la disminución de funciones administrativas a cargo de los jueces.

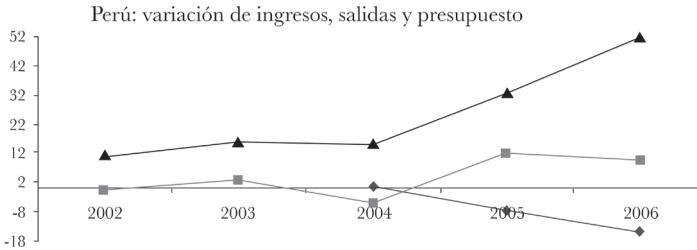
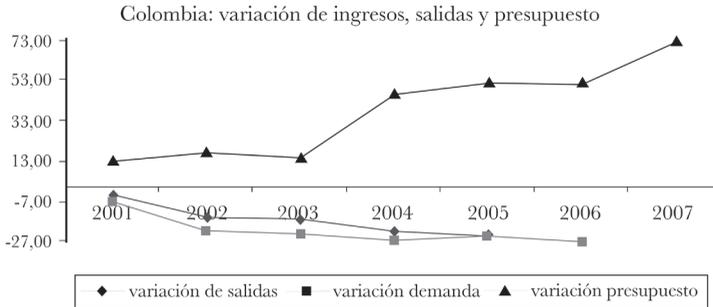
La gráfica 1 muestra, en tres países de la región, las diferentes tendencias establecidas respecto de la relación entre aumento del presupuesto (representado por la línea azul), ingreso de causas (línea verde) y producción judicial (línea roja). Sólo el caso de la justicia estadual brasileña exhibe un comportamiento paralelo de las tres variables. En Colombia el aumento de presupuesto se ve acompañado, en primera y segunda instancias, por una reducción de la demanda judicial y de la producción judicial, que parece seguirla. En el caso peruano, el aumento de presupuesto coincide con el aumento de producción y la reducción de la demanda.

GRÁFICA 1. PRESUPUESTO, CAUSAS INGRESADAS Y PRODUCCIÓN JUDICIAL EN BRASIL, COLOMBIA Y PERÚ



<sup>451</sup> Edgardo Buscaglia y Thomas Ulen, *op. cit.*, p. 282.

<sup>452</sup> Luis Pásara, *La producción judicial en Ecuador, cit.*, pp. 22-25.



Fuentes: Brasil, Conselho Nacional de Justiça, Colombia, Informes del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso; Perú, Informes de la Gerencia General del Poder Judicial y Wilson Hernández, *La carga procesal bajo la lupa: por materia y tipo de órgano jurisdiccional*, Lima, Justicia Viva, 2008.

En suma, habiéndose tomado en las reformas el aumento de presupuesto como la variable clave para incidir en la eficiencia, los resultados producidos por este incremento no parecen corresponder al supuesto de partida.

Tan evidente como la necesidad de aumentar los presupuestos, con fines de eficiencia, pareció ser informatizar el funcionamiento del sistema de justicia. De hecho, los proyectos de reforma han puesto una atención probablemente excesiva en la modernización tecnológica, sin notar que cuando se introduce computadoras en un sistema ineficiente lo que se obtiene es in-

eficiencia automatizada.<sup>453</sup> Pero referirse a la introducción del recurso informático puede servir, sobre todo, como una adecuada ilustración de la incapacidad de la justicia para absorber un recurso nuevo. Aparte de quienes han visto la llegada (tardía) de las computadoras a las instituciones judiciales simplemente como una reivindicación de estatus burocrático o un medio probatorio de su aparente modernización, el problema reside en la falta de comprensión del recurso.

En el principio, la computadora fue entendida como una máquina de escribir de un grado superior. Esto es, todo aquel funcionario que necesitaba teclear documentos debía tener una computadora para hacer lo mismo que siempre había hecho pero ahora con mayor facilidad. Entre las posibilidades abiertas por el recurso, ciertamente, aparecieron perversiones como el “copiar y pegar” al hacer sentencias, práctica que puede documentarse con decisiones judiciales en las que incluso los nombres de las personas no corresponden al caso bajo conocimiento. Pero, en lo fundamental, el problema residió en que, una vez llegada la computadora, se siguió haciendo lo mismo; esto es, informatizar el trabajo no significó —y no significa aún en muchas instituciones de justicia latinoamericanas— organizarlo y llevarlo a cabo de otra manera, a partir de un nuevo diseño, posibilitado por la introducción de la informática, sino hacerlo con esos nuevos aparatos que resultaron manifiestamente subutilizados en su capacidad y, por esa vía, convirtieron en derroche la inversión efectuada.

Una de las razones de la subutilización reside en la falta de entendimiento del recurso por los funcionarios de las instituciones judiciales. Esta carencia ha hecho que en la mayoría de los casos, los programas informáticos *software* utilizados hayan sido preparado por especialistas en informática que no sólo no tenían idea acerca de cómo funciona el aparato de justicia, sino que tampoco encontraron en los funcionarios de ese aparato inter-

<sup>453</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 113.

locutores capaces de explicar a un informático cuáles eran las necesidades del trabajo a cargo suyo. Así, el diseño del *software* se ha hecho a menudo sin el conocimiento ni la opinión de quienes tendrían que utilizarlo y que luego debieron ser “capacitados” para ello. En consecuencia, en diversas instituciones se constata que realizar el trabajo previsto para alimentar las computadoras se convierte en una función adicionada a las tradicionales, que nunca fueron redefinidas por la introducción del recurso informático. Una de las múltiples, y graves consecuencias de un diseño divorciado del trabajo efectivamente realizado por los operadores del sistema de justicia es la falta de estadísticas; esto es, en aquellos lugares donde efectivamente el trabajo es hecho principalmente con computadoras, es usual que los programas no generen estadísticas sino que los datos deban ser construidos como trabajo adicional; es decir, como siempre se hizo.

Un rango de problemas distinto se gestó a partir de los llamados proyectos piloto y otras formas parciales de introducir la informática que condujeron a que una parte del sistema quedara fuera de ella. Generalmente, la inversión en computadoras no se hizo de modo que el conjunto de la institución fuera incorporada al sistema informático adoptado sino que se hizo mediante “proyectos piloto” o dando prioridad a la capital y las ciudades más grandes. En esto intervinieron razones que iban desde las resistencias a aceptar generalizadamente un recurso cuyos alcances no se entendían, hasta la falta de abastecimiento eléctrico en los lugares más alejados, pasando por la disposición de recursos presupuestales insuficientes. Buena parte de las ventajas con las que cuenta una institución que resulta interconectada, al trabajar con un sistema informatizado, quedó así perdida.

Como resultado de proyectos sucesivos de informatización, siempre parciales, hay instituciones en las que puede reconocerse “edades” del recurso informático. Determinadas áreas, que recibieron antes las computadoras y adoptaron determinado *software*, no pueden comunicarse con las que recibieron el recurso después, con un *software* distinto al primero, cuyas deficiencias

ya habían sido detectadas pero no fueron corregidas sino que se superaron en la siguiente “edad” del sistema. Esto hace que, en ciertos casos, las computadoras se hallen en toda, o casi toda, la institución pero no funcionen de modo integrado.

En ese marco heterogéneo, ha aparecido el proyecto del expediente electrónico. De nuevo, cuando se planea o se empieza a dar este salto tecnológico, son pocos los miembros de la institución que entienden a cabalidad su sentido y pueden dialogar con los técnicos en informática que diseñan el nuevo recurso. Asimismo, el expediente electrónico empieza a ser introducido como “proyecto piloto” y a ser parte de la institución sin pretensión explícita —u horizonte temporal claro— de generalización. Es fácil predecir que, en un paisaje institucional en el cual prevalece entre los funcionarios la resistencia a los cambios, muy probablemente el expediente electrónico esté destinado a convivir durante décadas con los tradicionales expedientes de papel.

Para completar el cuadro referido a la informatización judicial sólo hace falta tener presente que las fuentes de financiación internacionales han acompañado —en ciertas etapas, con entusiasmo— muchos de los proyectos dirigidos a informatizar el sistema de justicia debido, principalmente, a que eran proyectos no conflictivos, dada su naturaleza no política. Presentada como una herramienta técnica, la informatización de la justicia generaba relativamente pocas resistencias y podía justificar inversiones importantes que daban al donante una buena ocasión para legitimar su ayuda al país, o al banco multinacional un argumento presentable para respaldar la decisión de efectuar el siguiente préstamo. Al elaborarse estas justificaciones y decidir respecto de inversiones bastante altas en informatización, no se encontró presente el tema clave: la incapacidad del sistema de justicia para absorber el nuevo recurso. Se desoyó así una advertencia formulada en la década de los años noventa: “Sin reformar procesos institucionales que son disfuncionales e incentivos organiza-

les perversos, los cambios tecnológicos pueden proporcionar sólo mejoras marginales en el rendimiento judicial”.<sup>454</sup>

Una de las reformas innovadoras en el terreno de la eficiencia han sido los juzgados de pequeñas causas, creados en Brasil en la década de los años ochenta y que, ampliada su competencia en 1995, pasaron a denominarse “juzgados especiales civiles y criminales”. Sus aspectos renovadores incluyen la oralidad, la informalidad, la economía procesal y la celeridad; en el ámbito penal aplican la reparación de los daños como medio de pena y la aplicación de penas no privativas de la libertad. Sólo los actos esenciales son registrados de modo resumido.<sup>455</sup> Sus sentencias son inapelables, con lo que se elimina la garantía de revisión en el proceso a cambio de darse una solución expeditiva.<sup>456</sup> Para que el juez pueda comprender mejor el contexto del conflicto, los juzgados especiales criminales trabajan con equipos multidisciplinarios y los juzgados civiles trabajan con jueces legos como auxiliares judiciales. Al tiempo de constituir una vía para hacer más eficiente el funcionamiento de la justicia, los juzgados de pequeñas causas se han convertido en un instrumento para mejorar el acceso, puesto que la simplicidad de su procedimiento atrae causas que antes no llegaban al terreno de la justicia.<sup>457</sup> En un sentido similar operan desde 2008 en Costa Rica los tribunales de flagrancia, que parecen caracterizados por su celeridad al resolver.

De acuerdo a un informe del Banco Mundial, estos juzgados “han estado acumulando una porción creciente de la carga de tra-

<sup>454</sup> Harry Blair y Gary Hansen, Arlington, U.S. Agency for International Development, Assessment Report núm. 7, 1994, p. 6.

<sup>455</sup> João Pedroso y Catarina Trincão, “Las experiencias de Italia, España, Brasil y Portugal”, *Variaciones sobre la justicia comunitaria, El otro derecho*, Bogotá, núm. 30, diciembre de 2003, p. 210.

<sup>456</sup> Fiona Macaulay, “Democratización y Poder Judicial: agendas de reforma en competencia”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, p. 153.

<sup>457</sup> Rogério B. Arantes, “Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brasil”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2005, p. 249.

bajo, al tiempo que mantienen altos niveles de productividad”.<sup>458</sup> Según la investigación realizada por el Centro Brasileño de Estudios e Investigaciones Judiciales (CEBEPEJ), que abarcó los juzgados especiales civiles de 9 ciudades capitales de estados, entre diciembre de 2004 y febrero de 2006 los asuntos más conocidos por estos juzgados eran conflictos en torno a cuestiones de consumo (37.2%), seguidos de accidentes de tránsito (17.5%) y cobro de deudas (14.8%). En algo más de un tercio de los casos conocidos (34.5%) se llegó a acuerdo. Al tiempo que tres de cada cinco demandantes comparecieron sin abogado, la presencia de un letrado aparecía estadísticamente como un factor contrario a alcanzar un acuerdo. Los procesos duraban una media de 349 días,<sup>459</sup> lo que no es un logro notable en celeridad. Se destaca en los asuntos penales, que en 83.8% de los casos atendidos y consultados en una muestra, no se produjera reincidencia o algún otro tipo de agresión física o moral posterior, dentro de los tres meses posteriores a ser atendidos en el juzgado, y que la reincidencia ocurriera en menos de (13%) de los casos atendidos.<sup>460</sup>

Mucho más extendidos que los juzgados de pequeñas causas resultaron en la región los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC) que, tradicionalmente circunscritos al arbitraje, la mediación y la conciliación, dentro de algunos proyectos de reforma han sido propuestos en versiones ampliadas que tienen el propósito de lograr un mayor alcance social y descargar el volumen de casos que conoce la judicatura. En la promoción de los (MARC) es usual encontrar distintas justificaciones para su utilización: 1) porque reducen la carga de los tribunales, debido

<sup>458</sup> *Brazil. Making Justice Count. Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil*, Washington, The World Bank, Report núm. 32789-BR, 2004, p. IX.

<sup>459</sup> CEBEPEJ, “Juizados Especiais Cíveis. Estudo”, 2006, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/pesquisa\\_e\\_dados/diagnostico.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/pesquisa_e_dados/diagnostico.pdf), consultado el 11 de julio de 2012.

<sup>460</sup> Oriana Piske, “La experiencia histórica e innovadora de los juzgados especiales en el distrito federal de Brasil”, [http://www.enm.org.br/adm/biblioteca/biblioteca.asp?bib\\_publicar=0](http://www.enm.org.br/adm/biblioteca/biblioteca.asp?bib_publicar=0), consultado el 11 de julio de 2012.

a que son instancias más rápidas, o asumen una carga que no corresponde conocer a los tribunales; 2) debido a que permiten mejorar los niveles de acceso a la justicia de la población que antes no podía acceder a los tribunales; y 3) porque se les considera sustancialmente mejores, en cuanto proveen soluciones de una calidad que los tribunales no están en condiciones de ofrecer.<sup>461</sup>

En ocasiones, la última de esas justificaciones está alentada por el ánimo de prescindir del camino judicial de modo que los (MARC) atiendan más directamente a los términos del problema tal como son vividos por las partes. Acentuando este último objetivo, los mecanismos alternativos han sido considerados por algunos como el lugar ideal para que los pobres vean incrementado el acceso a la justicia,<sup>462</sup> pese a que otros han advertido que éste es un objetivo incierto.<sup>463</sup> Aunque no se cuenta con suficientes evaluaciones acerca de cómo operan estos mecanismos —en unas ocasiones ofrecidos por el Estado y en otras, por organizaciones sociales—, se han formulado ciertas críticas que giran en torno a dos puntos: el alto costo del arbitraje y la tendencia a que la parte más fuerte prevalezca en mediación y conciliación.

El límite del arbitraje ha sido planteado para el caso peruano, en términos que son válidos para cualquier otro país de la región:

el arbitraje tiene una especie de “público cautivo”, entre los que principalmente están quienes firman contratos con el Estado, quienes discuten montos patrimoniales bastante elevados o quienes por la importancia de su actuación en el mercado han hecho

<sup>461</sup> Juan Enrique Vargas, “Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector Justicia”, *Sistemas Judiciales*, año. 1, núm. 2, 2002, pp. 12-19.

<sup>462</sup> Rodrigo Meneses Reyes, “Descongestionamiento judicial y acceso a la justicia: alternativas pendientes para la reforma judicial en la región latinoamericana”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 10, julio-diciembre de 2007, pp. 143-160.

<sup>463</sup> Jorge Correa Sutil, “Judicial Reforms in Latin America: Good News for the Underprivileged?”, en Juan E. Méndez *et al.* (eds.), *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, *cit.*, p. 264.

del arbitraje una práctica común y una excepción, recurrir a los tribunales ordinarios. En consecuencia, su cobertura si bien ha ido creciendo es limitada.<sup>464</sup>

Ese carácter del arbitraje lo mantiene como un medio al alcance de empresas medianas y grandes, o personas con recursos; no obstante, es útil notar que en las últimas décadas su uso, alentado por algunos de los procesos de reforma, se ha expandido entre quienes pueden costearlo y prefieren evitar los azares de la vía judicial, y funciona como una alternativa más sólida y expeditiva que el acuerdo extrajudicial.

Mediación y conciliación se han extendido, impulsadas por los procesos de reforma o acompañándolos en desarrollo paralelo, según países. Argentina, Chile Guatemala y algunos estados mexicanos tienen un sistema de mediación anexo a los tribunales, en el cual existe un cuerpo de mediadores contratados por el Estado para prestar este servicio de forma gratuita, cuyo contacto con las partes es mediado, y hasta cierto punto supervisado, por los jueces. En cambio, en Colombia y Perú el contacto entre las partes y los conciliadores no es mediada por los tribunales. Argentina fue el país que reguló desde el inicio, en 1995, la mediación previa con carácter obligatorio en la capital federal; le siguieron Perú, Colombia y Chile que también adoptaron la obligatoriedad. En el caso peruano, el pobre resultado de la conciliación obligatoria la ha convertido en “una barrera de acceso a la justicia, en lugar de una alternativa”.<sup>465</sup>

En Colombia, el número de casos que fueron a conciliación entre 2001 y 2007 se triplicó inicialmente pero disminuyó luego. En el número de acuerdos se produjo una ligera tendencia a la baja, haciendo que en ocho años se lograra conciliar algo más de

<sup>464</sup> Javier de Belaunde López de Romaña, *La reforma del sistema de justicia. ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Lima, IPESM-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 152.

<sup>465</sup> *Ibidem*, p. 153.

un tercio (37.3%) de los 340,478 casos conocidos.<sup>466</sup> En el caso argentino, el decrecimiento de casos en los que se llegó a acuerdo fue más notable: pasó de 46% en 1996 a 28.21% en 2000.<sup>467</sup> En Perú, en el periodo (2001-2005), la mayoría de los casos conciliados correspondieron a problemas de familia (61.5% en Lima y 65.5% en provincias).<sup>468</sup> Pero en Colombia el peso relativo de las conciliaciones de familia sobre el total ha disminuido entre 2001 y 2006.<sup>469</sup> Aún así, puede estimarse que los temas de familia parecen especialmente propicios para conciliación y mediación.

La observación crítica respecto a estos mecanismos alternativos sostiene que mediación y conciliación —al tiempo de buscar una composición entre los intereses de las partes, que pasa por el acuerdo de éstas— son permeables al poder relativo de cada una, y de este modo, perjudican a la parte más débil o vulnerable. El ejemplo típico es que las mediaciones y conciliaciones en materia familiar resultan en perjuicio de la mujer —razón por la cual en algunos países está prohibido conciliar casos de violencia intrafamiliar—. El cargo consiste, pues, en que la fuerza o debilidad de las partes se trasluce más fácilmente en las resoluciones generadas en los medios alternativos,<sup>470</sup> sean éstos tradicionales —en los cuales la comunidad o los notables usan criterios conservadores— o modernos, en los que la búsqueda de una transacción en definitiva lleva a favorecer al más fuerte.<sup>471</sup> Es decir, estamos

<sup>466</sup> <http://www.conciliacion.gov.com.>, consultado el 11 de julio de 2012.

<sup>467</sup> <http://www.pmp.jus.gov.ar/archivos/registro/estadisticas/estad.registro.htm>, consultado el 11 de julio de 2012.

<sup>468</sup> Virginia Montoya, “Estudio del impacto sobre los servicios de conciliación que brinda el Ministerio de Justicia”. *Informe preparado para el Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia*, Banco Mundial, 2006, <http://pmsj.org.pe/nweb/html/index.php>, consultado el 11 de julio de 2012.

<sup>469</sup> <http://www.conciliacion.gov.co>, cit.

<sup>470</sup> Mark Ungar, *Elusive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, cit., p. 199.

<sup>471</sup> Pilar Domingo y Rachel Sieder, “Conclusions: Promoting the Rule of Law in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, cit., pp. 160, 162;

ante el riesgo de desarrollar procedimientos que pueden constituirse en una justicia de segunda clase, en la que los derechos son sustituidos por la búsqueda de una armonía ilusoria.<sup>472</sup> En suma:

la imagen de los mecanismos privados como un remplazo de los tribunales crea en los ciudadanos la falsa idea de que a través de aquéllos pueden obtener no solamente soluciones efectivas, económicas y expeditas a sus asuntos, sino también equidad, justicia y otros valores que solamente un sistema judicial estable está en capacidad de ofrecer...: velar por la protección de los derechos individuales y corregir las desigualdades... los jueces se ven en la necesidad de sacrificar el interés privado de las partes para preservar estos valores que interesan al orden público... Debe reconocerse que no en todos los sistemas alternativos de manejo de conflicto, los principios del derecho están salvaguardados.<sup>473</sup>

A estas críticas se replica que en la vía judicial la igualdad de las partes y la salvaguarda de los derechos del más débil tampoco están garantizadas y tanto la rigidez como la formalidad de los procesos hacen a éstos poco aptos para buscar las mejores soluciones. Debe tomarse en cuenta que allí donde las instituciones del Estado exhiben debilidades importantes, también éstas caracterizan a las organizaciones de la sociedad civil,<sup>474</sup> razón por la cual los mecanismos alternativos confiados a ellas no deberían ser concebidos como sustitutorios de la justicia provista por el Estado; aunque pueden resultar de utilidad en cierta porción de casos —en los que no hay un interés público de por medio—, cierta-

Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 495; Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *Sistemas Judiciales*, año 4, 2005, núm. 8, p. 99.

<sup>472</sup> Héctor Fix-Fierro, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, 2006, p. 127.

<sup>473</sup> Manuel A. Gómez y Rogelio Pérez Perdomo, “Justicias alternativas en Venezuela”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 7, enero-junio de 2006, pp. 1861 y 1887.

<sup>474</sup> Julio Faundez, *The World Bank Justice Reform Portfolio. A Preliminary Stocktaking*, 31 julio de 2005, pp. 28 y 29.

mente, no están destinados a resolver los problemas que tiene el sistema de justicia;<sup>475</sup> apenas ofrecen caminos complementarios.

Las diversas vías de reforma intentadas en el terreno de la eficiencia, que se han abierto sin contar con información de base confiable<sup>476</sup> y han sido constreñidas al objetivo de incrementar la velocidad de trámites y procesos,<sup>477</sup> no han producido resultados generalizados ni duraderos. Generalmente han sido diseñadas bajo el supuesto —siempre alegado por jueces y fiscales— de que existe sobrecarga en el sistema y que lo que hace falta son recursos. Las mejoras consiguientes han tenido poco de innovación, salvo en el caso de los proyectos “piloto” que luego no se han extendido al conjunto de la institución. Como resultado, ni el retraso ni el volumen de casos acumulado han sido reducidos de manera significativa en los países de la región y las actitudes y prácticas que están en la raíz de ellos se mantienen:<sup>478</sup> “Los cambios no han reducido los problemas tradicionales del desempeño judicial, y en algunos casos han agregado otros nuevos... el litigio abusivo, que se utiliza para evadir la justicia, no parece haber declinado. En muchos países, la politización de la judicatura y la profunda corrupción no han cedido en lo más mínimo”.<sup>479</sup> Sólo en el caso de Colombia, el desempeño de la rama judicial colombiana aparece reconocido en la última década como eficiente en la región, pues ha logrado que los niveles de productividad de sus órganos alcancen o incluso superen el nivel anual de ingresos,

<sup>475</sup> William Ratliff y Edgardo Buscaglia, “Judicial Reform: The Neglected Priority in Latin America”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 550, marzo de 1997, pp. 59-71.

<sup>476</sup> María Dakolias, *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*, Washington, World Bank Technical Paper núm. 430, 1999, p. 2.

<sup>477</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 81.

<sup>478</sup> *Ibidem*, pp. 69, 71, 85.

<sup>479</sup> Linn Hammergren, “Usos de la investigación empírica para el reenfoque de las reformas judiciales: lecciones desde cinco países”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, p. 18.

logrando reducir, en algunos casos de manera importante, los expedientes acumulados.

Se ha pasado revista a dos áreas, y sus varias líneas, que han sido objeto de reforma, con un propósito ilustrativo tanto de los cambios producidos como de los límites encontrados. Pero es preciso poner en relieve algunos otros toques de los procesos de reforma. Algunos proceden de las opciones tomadas por los procesos reformistas. Antes ha habido ocasión de referirse al gran énfasis puesto en aspectos de infraestructura —como edificios o sistemas informáticos— que pueden resultar importantes como elementos de apoyo pero no tienen incidencia directa sobre una transformación del sistema. También se ha mencionado la atención excesiva dada a la capacitación, utilizada como si este recurso tuviera la capacidad de transformar a los operadores del sistema. “A los donantes les gustan los programas de capacitación porque son fáciles de organizar, casi infinitamente flexibles en tamaño y en requerimiento de recursos, y son altamente visibles”,<sup>480</sup> pero el impacto —para medir el cual ni siquiera se ha puesto interés en los procesos de reforma— es usualmente muy limitado, dado que en general los problemas de los operadores provienen de sistemas de reclutamiento inadecuados, que no pueden ser remediados mediante actividades de capacitación. La autonomía, que fue la respuesta de diseño institucional con la que se intentó superar el sometimiento tradicional de la justicia a los otros poderes del Estado, ha dado lugar a ciertos comportamientos autistas o a la generación de determinados privilegios —como la exoneración de impuestos a los jueces argentinos, impuesta por la Corte Suprema— que exhiben la resistencia de las diversas instituciones a la incorporación en un funcionamiento organizado como sistema, una actitud que no sólo consume recursos sino que, con frecuencia, hace ineficaz la actuación del conjunto. En ciertos casos, la

<sup>480</sup> Erik G. Jensen, “The Rule of Law and Judicial Reform: The Political Economy of Diverse Institutional Patterns and Reformers’ Responses”, en Thomas C. Heller y Erik G. Jensen (eds.), *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford, Stanford University Press, 2003, p. 359.

defensa de la autonomía se ha convertido en un obstáculo más que detiene, o dificulta, llevar adelante las propias reformas.<sup>481</sup>

Otro sector de los límites de las reformas aparece respecto de los temas no enfrentados, o apenas tocados, por ellas. Un aspecto clave reside en la falta de ejecución de las decisiones judiciales: “Ganar un caso en nada beneficia a un acreedor si no cuenta con los mecanismos para hacer efectiva la sentencia”, advierte un trabajo que detectó este problema como uno de los más importantes en la región.<sup>482</sup> Pese a que no se cuenta con estadísticas nacionales confiables acerca de este asunto, el número de sentencias que se dictan —después de un largo y costoso proceso— pero luego no se hacen efectivas parece ser importante.

La necesidad de hacer comprensible al usuario los servicios del sistema de justicia permanece desatendida.<sup>483</sup> El objetivo de realizar campañas de educación ciudadana<sup>484</sup> para difundir derechos y deberes, así como proveer información acerca de cómo funciona el sistema de justicia, allí donde ha sido planteado, se ha disuelto en unas cuantas actividades “piloto” que verdaderamente no han tenido impacto en el conjunto de la sociedad. En términos más generales, a los problemas de acceso no se les ha asignado prioridad efectiva<sup>485</sup> y en toda la región el desafío del acceso “es el menos atendido por los procesos de reforma judicial”,<sup>486</sup> como ocurre en México y en Brasil, donde “el área de menos progreso ha sido la relativa a la universalización del

<sup>481</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 109.

<sup>482</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 34.

<sup>483</sup> Juan E. Méndez, “Institutional Reform, Including Access to Justice: Introduction”, en Juan E. Méndez (eds.), *op. cit.*, p. 225.

<sup>484</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 34.

<sup>485</sup> *Acceso a la justicia y equidad. Estudio de siete países de América Latina*, San José, Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 419.

<sup>486</sup> José Antonio Caballero Juárez y Hugo A. Concha Cantú, “Los elementos de la reforma judicial: una propuesta multidisciplinaria para el estudio de los tribunales estatales, mexicanos”, *op. cit.*, p. 76.

acceso a la justicia y el trato equitativo ante la ley”. Sólo en Guatemala hay “una marcada mejoría en el acceso”, mediante un aumento de la cobertura de los tribunales, los intérpretes bilingües, la creación de la defensoría pública y la utilización de MARC en las comunidades locales.<sup>487</sup> Lo usual ha sido, en cambio, que las necesidades de acceso a la justicia han recibido respuestas parciales y limitadas —mejorándose en algo la cobertura territorial de las instituciones, reforzándose la defensa pública y contratándose algunos intérpretes en zonas donde predomina una lengua distinta a la que usa el sistema—, luego de las cuales el cuadro de dificultades que enfrenta el poblador promedio para llegar a la justicia ha permanecido casi inalterado. Los proyectos referidos a acceso que han sido llevados a cabo no tienen capacidad para resolver el masivo problema social para el cual dicen proponerse; se dirigen a pequeños grupos, y debido a sus propios términos, no son replicables, ni menos, generalizables.

Si se mira por países el cuadro resultante de las reformas introducidas, se encuentra que Argentina mantiene altos niveles de impunidad, pese a las reformas en materia penal, no se constatan mejoras provenientes de una importante inversión en informatización del sistema, y la percepción de que las instituciones están politizadas se mantiene.<sup>488</sup> En Bolivia, por encima de las reformas prevalece la politización mediante la cual los partidos tratan de asegurarse la lealtad de las cortes.<sup>489</sup> En Brasil ha surgido entre los “jueces alternativos” un cuestionamiento del legalismo que manifiesta una preocupación por los menos

<sup>487</sup> Rachel Sieder, “Renegociando ‘la ley y el orden’. Reforma judicial y respuesta ciudadana en la Guatemala de posguerra”, *América Latina Hoy*, 35, 2003, p. 69.

<sup>488</sup> Linn Hamnergren, *op. cit.*, 2007, p. 279.

<sup>489</sup> Pilar Domingo, “Weak Courts, Rights and Legal Mobilisation in Bolivia”, en Roberto Gargarella *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington, Hampshire-Ashgate, 2006, p. 240.

privilegiados,<sup>490</sup> mientras el Ministerio Público reformado ha asumido la función de “guardián de las libertades civiles, protector de la res publica y vigilante acucioso de las autoridades”;<sup>491</sup> no obstante, aparecen balances distintos en relación al significado político de los cambios, pues si bien de un lado se resalta el grado de influencia que las cortes federales tienen en decisiones políticas de los otros poderes,<sup>492</sup> de otro lado se sostiene que los jueces “tienen la autonomía y credibilidad para decidir imparcialmente las disputas en las que no se afectan intereses centrales del régimen... el control presidencial sobre la selección judicial asegura jueces favorables al presidente y su agenda”.<sup>493</sup>

En Chile se admite, por un abanderado del proceso de cambios, que “los resultados de estas reformas han sido dispares”.<sup>494</sup> En Colombia se discrepa en torno a la reforma más destacada en ese país, la justicia constitucional; mientras, de una parte, se reconoce en la Corte Constitucional una acción vigorosa “no sólo en sus intentos de controlar abusos del poder en los poderes de estados de emergencia sino su intención de proteger los derechos individuales y de los grupos desfavorecidos”,<sup>495</sup> de otra se concluye en que

<sup>490</sup> Eliane Bottelho Junqueira, “Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 174.

<sup>491</sup> Fiona Macaulay, “Democratización y Poder Judicial: agendas de reforma en competencia”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, p. 159.

<sup>492</sup> Matthew M. Taylor, *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*, Stanford, Stanford University Press, 2008, p. 163.

<sup>493</sup> Daniel M. Brinks, “«Faithful Servants of the Regime». The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution”, en Gretchen Halmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 147.

<sup>494</sup> Juan Enrique Vargas, “Alternativas para estructurar el gobierno judicial respetando la independencia de los jueces”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile, Expansiva-Instituto de Estudios Judiciales, 2007, p. 99.

<sup>495</sup> Rodrigo Uprimny, “The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia”, en Siri Gloppen *et al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Londres, Portland-Frank Cass Publishers, 2004, p. 60.

“sus fallos, aunque ampulosos en retórica de cambio, han producido poco impacto neto sobre las redes sociales y políticas de desigualdad y disciplina social”;<sup>496</sup> no obstante, parece fuera de discusión que el papel de la Corte contrasta con la “incapacidad del sistema de justicia ordinario para responder a las demandas que surgen de los conflictos sociales”,<sup>497</sup> insuficiencia que anuncia “una colonización de los espacios judiciales por los intereses comerciales y financieros”.<sup>498</sup>

En Guatemala se comprueba que, pese al ambicioso plan de reformas emprendido en la década de los años noventa, “la calidad de la justicia en general” no mejoró, “las deficiencias institucionales persisten y la impunidad se mantiene. La cultura jurídica guatemalteca sigue marcada por la ineficiencia, la burocracia, un personal poco capacitado, las violaciones rutinarias del debido proceso y una falta de compromiso hacia el Estado de derecho”.<sup>499</sup> Finalmente en este repaso, en México si bien se admite que la justicia “ha experimentado importantes reformas”, se señala que “su intervención como institución protectora de los derechos de las personas no ha sido privilegiado”, dado que “las transformaciones jurídicas y políticas del país... han estado orientadas hacia la consecución de una mayor estabilidad de las instituciones y no de las personas”.<sup>500</sup>

El balance regional de los cambios propuesto por Linn Hammergren no es alentador, desde que advierte: “Cambio es una cosa; mejora es otra”, al presentar su arqueo de la situación:

<sup>496</sup> Diego Eduardo López Molina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, p. 333.

<sup>497</sup> Rodrigo Uprimny, *op. cit.*, p. 66.

<sup>498</sup> Rodrigo Uprimny *et al.*, “Entre el protagonismo y la rutina. Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003, p. 297.

<sup>499</sup> Rachel Sieder, *op. cit.*, p. 71.

<sup>500</sup> Rodrigo Gutiérrez Rivas, “Jueces y derechos sociales en México: apenas un eco para los más pobres”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 6, julio-diciembre de 2005, p. 51.

pese a las cantidades de fondos nacionales y de donantes que han sido invertidos, el crecimiento dramático en la dimensión y la presencia nacional de las organizaciones judiciales y la proliferación de edificios nuevos, equipo, entidades organizativas, procedimientos y programas de capacitación y de información, las quejas básicas sobre retraso, corrupción, impunidad, irrelevancia y acceso limitado no han desaparecido... Lo más que puede imaginarse es que las cosas hubieran sido mucho peores sin las reformas. Sin embargo, no hay bases empíricas para sostener siquiera esa evaluación minimalista.<sup>501</sup>

En varias de las áreas que han sido examinadas aparece el núcleo de los límites encontrados por las reformas: al tiempo que se han producido cambios en las normas, o en los diseños institucionales, dado que la cultura de las instituciones y de sus operadores permanece inalterada en lo fundamental, las reformas no tocan verdaderamente las prácticas del sistema y, cuando parecen hacerlo, los comportamientos aparecen modificados en la superficie pero no en las actitudes fundamentales a las cuales obedecen. Por último, y como resultado, el producto que genera el sistema —las decisiones de los casos que le son sometidos— no ha cambiado ni en cantidad ni en calidad, salvo en ciertas áreas y en pocos países. En ese cuadro, “las autoridades se insensibilizan y terminan alejándose del reclamo social, buscan mecanismos para ganar tiempo y tratan de generar una imagen exagerada de los pocos cambios logrados y de minimización u ocultamiento de los problemas de fondo”.<sup>502</sup>

Se ha vuelto repetitiva la constatación de la distancia que existe entre los resultados producidos por 25 años de reforma y tanto las expectativas depositadas en ella<sup>503</sup> como la inversión efectuada para hacerla posible. En efecto, se constata una “des-

<sup>501</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *op. cit.*, pp. 306 y 307.

<sup>502</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 63.

<sup>503</sup> William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Praeger, 2000, p. 28.

proporcionada relación entre costos y resultados o entre nivel de actividad y profundidad del cambio”,<sup>504</sup> o en otras palabras, “un desequilibrio muy considerable entre esfuerzos y resultados”, que resulta especialmente notorio si se toma en cuenta factores como “la presión ejercida por la comunidad internacional sobre las élites nacionales y el mayor escrutinio de la sociedad civil, en especial de los medios de comunicación”.<sup>505</sup>

¿Cómo puede explicarse esos desequilibrios o desproporciones? Se ha argumentado que un exceso en la “venta” de las reformas al público, en el que se habría incurrido al trazar objetivos difíciles o imposibles, ha hecho acumular más expectativas de las que era razonable albergar; el exceso habría generado, en definitiva, cierto escepticismo<sup>506</sup> que ahora es un obstáculo para seguir adelante. Si los objetivos eran, y son, alcanzables o no es algo que constituye un objeto de discusión central en este libro. Pero, desde luego, no haber satisfecho expectativas, con la indudable importancia que tiene, es sólo un síntoma pero no una clave de los límites encontrados por las reformas. De mayor gravitación es la dificultad para introducir los cambios propuestos debido a que “la lógica del sistema y de sus operadores tiende a reducir y fagocitar muchos de los cambios ensayados, logrando que el sistema como tal no altere, al menos profundamente, su actuación”.<sup>507</sup> Algo permanece en el núcleo duro del sistema de justicia que impide que los cambios trasciendan la apariencia y la forma, penetren las instituciones y se hagan duraderos. El examen de los obstáculos encontrados por los procesos de reforma puede mostrar las fibras de ese núcleo duro.

<sup>504</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 74.

<sup>505</sup> Sebastián Linares Lejarraga y Borja Díaz Rivillas, “Fortalecimiento de la independencia judicial en Centroamérica: un balance tras veinte años de reformas”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, pp. 50 y 51.

<sup>506</sup> Klaus Decker, *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent Experiences from selected OECD Countries relevant for Latin America*, Washington, The World Bank, 2011, p. 32.

<sup>507</sup> Germán C. Garavano, “El gobierno judicial en Argentina”, *Sistemas judiciales*, año 5, núm. 10, 2006, p. 41.

## II. LOS OBSTÁCULOS

Las reformas de la justicia latinoamericanas han encontrado una diversidad de obstáculos que no han sido suficientemente analizados en razón de la escasa inversión destinada a examinar por qué las reformas funcionan o no.<sup>508</sup> Algunos de los inconvenientes provienen de las reformas mismas, sus diseños, opciones u omisiones. Otros tienen que ver con las resistencias que han debido enfrentar y —algo que viene a resultar complementario— la falta de apoyo a ellas. Tanto oposición como ausencia de respaldo han sido identificadas dentro del sistema de justicia y fuera de él, en la esfera política y en el conjunto social, como obstáculos importantes para la consecución de las reformas.

Se puede concordar en que, en abstracto, las reformas dependen de cuatro elementos: un buen diagnóstico acerca de cuáles son los problemas que deben ser resueltos, la selección de soluciones apropiadas, la aptitud para ponerlas en ejecución y la capacidad para vencer la oposición al cambio.<sup>509</sup> Al examinar los casos concretos, en pocos se puede contar la presencia de estos cuatro factores. Generalmente, las reformas han tenido un punto de partida reactivo, desde el que se intentó eliminar algunas debilidades o llenar ciertas carencias detectadas —a menudo, intuitivamente— en el funcionamiento del sistema, teniendo poca claridad acerca de la utilidad efectiva de los mecanismos de sustitución,<sup>510</sup> y menos todavía, una conciencia respecto del hecho de que “cualquier cambio que se introduzca en el sistema es afectado por complejas estructuras organizacionales e interorganizacionales”.<sup>511</sup> Esto último ha pesado, especialmente, en relación con los trasplantes de

<sup>508</sup> Mark Ungar, *Elusive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>509</sup> Linn Hambergren, *Do Judicial Councils further Judicial Reform? Lessons from Latin America*, *cit.*, p. 35.

<sup>510</sup> Linn Hambergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 28.

<sup>511</sup> Héctor Fix-Fierro, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, *op. cit.*, p. 254.

normas o de instituciones enteras, traídas de otro orden jurídico o incluso de otro sistema legal, sin tomar en cuenta si alcanzarían consonancia con el resto de instituciones existentes, esto es, hasta qué punto la cultura de recepción estaría preparada para convivir con las instituciones trasplantadas. Los abogados han contribuido sustancialmente a fomentar la ilusión de que copiar una norma extranjera puede generar los mismos resultados en otro medio, sin tomar en cuenta la capacidad determinante que el entorno tiene para definir la función de cualquier importación normativa u organizativa.<sup>512</sup>

Acaso la principal debilidad inherente a las reformas —principal debido a que origina otros problemas— haya consistido en estar basadas en un conocimiento insuficiente, tanto de la realidad del sistema judicial como del contexto institucional y social en el que se intentaba realizar los cambios, y por supuesto, acerca de otras experiencias de reforma llevadas a cabo en otros países e incluso en él propio. En los procesos de reforma no ha habido un lugar claro para el conocimiento, su desarrollo, acumulación y difusión. Diversos factores explican esta situación.

Entre los actores nacionales, aún ahora, prevalece la idea de que ya-se-sabe de qué se trata, pese a que no hay datos para respaldar conjeturas y opiniones muy extendidas. Como se ha señalado antes, los sistemas judiciales carecen de información estadística confiable y determinados aspectos clave, aunque sean elementales, se desconocen; por ejemplo, en pocos países se sabe, sobre base cierta, cuánto dura un juicio de determinado tipo. En los trabajos que han intentado mayor profundidad analítica, este asunto aparece reiteradamente:

la principal dificultad que identificamos durante la preparación de este estudio fue la falta de información útil y estudios empíricos sobre cómo realmente funcionan los sistemas legales en la región...

<sup>512</sup> Mirjan Damaska, “The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, pp. 839-852.

no hay trabajos que examinen cómo las cortes en distintos países y distintas áreas del derecho cumplen sus funciones. El rol de los abogados y otros profesionales involucrados en la operación de los sistemas legales tampoco ha sido el objeto de estudios serios... Tampoco existen evaluaciones de proyectos en el área de justicia.<sup>513</sup>

En el caso brasileño, una publicación del Banco Mundial lamenta la “falta de mejor información y mejor análisis de la oferta y la demanda” del servicio de justicia, carencia que dificulta “la identificación de remedios viables y una mejor comprensión de sus costos y beneficios”.<sup>514</sup> El *Libro blanco de la Reforma Judicial*, publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido en México: “Carecemos de la información básica para elaborar un diagnóstico riguroso, basado en “datos duros”, sobre el Estado que guarda el sistema de impartición de justicia en el país” y ha precisado que “de contar con esa información, la elaboración de una agenda para la reforma judicial tendría mejores cimientos que los de un mero análisis de opiniones y percepciones, por documentadas y certeras que puedan resultar”.<sup>515</sup> La ausencia de información corresponde, de una parte, a la falta de interés institucional en un diagnóstico preciso que conduzca a la introducción de cambios, y de otra, al ocultamiento malicioso de información que puede perjudicar a algunos integrantes de la institución. De allí que en México se ha notado que “los criterios orientados a mantener bajo reserva los asuntos que parecen más delicados siguen prevaleciendo”.<sup>516</sup>

A falta de información sólida, casi siempre han sobrado propuestas, que tienen como base, precisamente, opiniones y conje-

<sup>513</sup> Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *Sistemas Judiciales*, año 4, núm. 8, 2005, p. 91.

<sup>514</sup> *Brazil. Making Justice Count. Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil*, cit., p. XVI.

<sup>515</sup> *Libro blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 387.

<sup>516</sup> José Antonio Caballero Juárez, “La independencia de los poderes judiciales a diez años de reforma en México”, *op. cit.*, p. 97.

turas. En los últimos 25 años, las propuestas han estado sujetas a ondas que, en buena medida, provienen de fuera, lo que significa usualmente que tales propuestas se acompañan de espacios creados para financiar las correspondientes propuestas. Reformas legales, adquisición de medios informáticos, capacitación, establecimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, promoción del derecho indígena —por citar algunos ejemplos— han llegado a los países en oleadas que, al tiempo que estaban dotadas de una argumentación más bien ideologizada y con poca información sobre la realidad local, se habían constituido en puntos de agenda de algunas entidades financiadoras de proyectos. Por último, tanto en los sistemas de justicia y en los medios académicos como entre los agentes de la cooperación internacional, pocos parecen haber estado verdaderamente interesados en evaluar lo hecho a través del proceso de reforma.

La falta de intervención sistemática del conocimiento en los procesos de reforma ha conducido a una diversidad de errores, problemas y vicios. Entre ellos destaca, en primer lugar, la definición de la agenda de reformas. Cuando no se tomó un enfoque simplista —del tipo de “compremos computadoras y hagamos capacitación para todos los operadores”— se derivó en el listado de una serie de metas, imprecisas y en ocasiones discordantes, sin objetivos clara y consistentemente articulados que pudieran guiar la ejecución.<sup>517</sup> En otros casos, se adoptó como agenda una infinidad de propuestas “probablemente muy superiores a lo que los sistemas judiciales podrían absorber”, lo que conllevó el riesgo de “tomar medidas parciales, contradictorias entre sí, inconducentes”, que en definitiva revelaron a las reformas como “ineficaces para alcanzar los objetivos” que se habían propuesto.<sup>518</sup>

<sup>517</sup> Julio Faundez, “Introduction. 1. Legal technical assistance”, en Julio Faundez (ed.), *Good Government and Law. Legal and Institutional Reform in Developing Countries*, Houndmills, Nueva York, Macmillan Press, 1997, pp. 82 y 83.

<sup>518</sup> Jorge Correa Sutil, “Modernización, democratización y sistemas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, pp. 173, 175.

La definición de la agenda implica resolver un dilema cuyas implicancias no han sido suficientemente sopesadas por quienes debían adoptarla. De un lado, un enfoque encaminado a cambiarlo todo se arriesgaba a lograr poco y con una profundidad escasa; de otro lado, concentrarse en unos pocos puntos llevaba a pasar por alto algunos asuntos clave. Al tiempo que la estrategia que opta por cambios incrementales falla debido a razones sistémicas —entre las cuales la principal es que lo viejo tiende a contagiar a lo nuevo—,<sup>519</sup> una reforma sistémica es extremadamente difícil de ser puesta en práctica.<sup>520</sup> En medio de esas dificultades reales, se terminó ignorando casi siempre la necesidad de una definición central: cuáles deben ser el papel y la responsabilidad propios del sistema de justicia<sup>521</sup> y qué asuntos deben ser trasladados a otras instancias. En ocasiones, esta definición se efectuó mediante renunciaciones silenciosas, formuladas en instancias inferiores y no por quienes estaban a cargo del proceso de reforma.

En relación con la falta de conocimiento, además de su incidencia en la definición de la agenda, destacan otros dos aspectos. De un lado, la repetición de esfuerzos en determinada dirección, que ignoran los resultados de esfuerzos similares, realizados incluso en el mismo país; la reforma es, pues, “un proceso que aprende poco de sí mismo y tiende a repetir sus propias ineficacias”.<sup>522</sup> De otro lado puede mencionarse “la idea de que la reforma misma puede ser reducida a una fórmula técnica o a un modelo que, una vez definido, puede seguirse de manera automática y casi inconsciente”.<sup>523</sup> Este supuesto erróneo conduce a descuidar la

<sup>519</sup> Thomas Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad. The Problem of Knowledge*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, núm. 34, 2003, p. 11.

<sup>520</sup> Julio Faundez, *op. cit.*, pp. 87, 96.

<sup>521</sup> Jorge Correa Sutil, *op. cit.*, p. 180.

<sup>522</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 709.

<sup>523</sup> Linn Hammergren, “Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más”, en Alfredo Fuentes Hernández (ed.), *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999, p. 21.

ejecución, prescindir o abandonar la supervisión y no considerar la necesidad de ajustes aplicables al diseño inicial, una vez surgidos los problemas propios de la fase de realización.

Derivada en parte de la falta de conocimiento sobre el tema, apareció en muchos procesos de reforma la ausencia de una estrategia que debería establecer prioridades a partir del diagnóstico, en consideración de los recursos disponibles y los obstáculos a enfrentar, así como determinar tiempos para alcanzar objetivos específicos y una secuencia en la que el logro de los primeros objetivos hiciera posible alcanzar los siguientes. Por el contrario, ha habido “falta de discusión sobre las prioridades internas y su conexión con las prioridades externas de cada país, o la ausencia de un debate sobre los métodos más adecuados para el cambio, o sobre los niveles de conflictividad interna del sistema judicial que es necesario asumir para llevar adelante verdaderas transformaciones”.<sup>524</sup> Como consecuencia, muchas reformas han resultado aisladas de su contexto institucional<sup>525</sup> y se han reducido entonces a apuestas relativamente simples, referidas a cambios legales, modificaciones en las estructuras organizacionales y mejoras en la infraestructura tecnológica, en la esperanza de que desde ese conjunto de cambios se derivaría una reorientación de comportamientos que llevaría a modificar el desempeño del aparato de justicia.<sup>526</sup>

La falta de información de base, la insuficiente atención al contexto y la incapacidad para extraer lecciones de la experiencia propia y de la de otros casos nacionales desembocaron en esa carencia de estrategia que es evidente en muchas de las reformas intentadas en la región, en las que se ha señalado un “déficit de ideas”.<sup>527</sup> De todo ello se han derivado problemas que hacen du-

<sup>524</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

<sup>525</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 345.

<sup>526</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 113.

<sup>527</sup> John Bailey y Wayne A. Cornelius, “Reforming the Administration of Justice in Mexico Strategies and Requisites”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk, (eds.), *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, *cit.*, p. 490.

dar de la utilidad de un buen número de esfuerzos y de la durabilidad de otros.<sup>528</sup> El impacto sistémico ha sido limitado o no ha ocurrido.

A los problemas de conocimiento, de definición de la agenda y de estrategia, hay que agregar los derivados de los agentes de la reforma. Para Hammergren, quienes están a cargo de las reformas “son parte del problema... sencillamente, carecen de la motivación, la habilidad o el poder para poner en práctica las reformas”.<sup>529</sup> Según Carothers, los reformadores en el campo de las instituciones del Estado son con frecuencia jóvenes tecnócratas cuya referencia son modelos extranjeros, sus limitaciones corresponden a la débil conexión con los ciudadanos —factor que los deja sin una base popular a la cual movilizar en apoyo de las reformas— y a la tendencia de promover cambios en leyes y procedimientos que pueden ser intelectualmente sofisticados pero no tienen capacidad de producir cambios efectivos.<sup>530</sup> Los reformadores se han distanciado del “sentimiento público nacional” debido a algunas posiciones de reforma —como la protección de los derechos de quien es procesado penalmente— y han encontrado aparente respaldo en quienes a menudo están más interesados en obtener beneficios que en llevar a cabo la reforma;<sup>531</sup> apoyo que, desde luego, solamente dura mientras la reforma parezca tener alguna viabilidad. A las limitaciones de los reformadores, hay que agregar la falta de liderazgo sectorial<sup>532</sup> de las reformas, que sólo en ocasiones han alcanzado el rango de políticas de Estado, manteniéndose más bien como iniciativas esporádicas en una u otra

<sup>528</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, pp. 53, 213.

<sup>529</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>530</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 175.

<sup>531</sup> Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Boulder, Westview Press, 1998, pp. 30, 306.

<sup>532</sup> Linn A. Hammergren, *op. cit.*, p. 252.

institución, por lo general sujetas a un liderazgo individual más o menos efímero y a la disponibilidad de una financiación.

Teniendo como punto de partida una composición de la realidad más imaginada que comprobada y no habiéndose formulado un balance luego de haber atacado, imaginaria o realmente, los problemas para los cuales se desarrollaron los proyectos, los protagonistas de muchas de las reformas no han tenido elemento suficientes para realizar un proceso de aprendizaje. A la falta de aprendizaje ha contribuido el relativo desinterés académico por el tema. En ese vacío destaca algo que ha sido mencionado al inicio de esta parte del volumen: la carencia de una teoría del cambio en el sistema de justicia,<sup>533</sup> que permitiera saber cómo estimular el cambio más allá de la copia de normas o instituciones.<sup>534</sup> El conocimiento alcanzado por quienes han participado de los procesos de reforma sólo en pocos casos —entre los que destaca el de la reforma procesal penal chilena— ha sido sistematizado y compartido. Solamente en los últimos años se ha visto crecer algunas instituciones que han dedicado recursos específicamente a aprender. Pero aún en estos casos, el compromiso directo con acciones de reforma promovidas por los propios investigadores ha limitado la potencialidad crítica; siguen siendo pocos aquéllos que indagan, examinan y llegan a conclusiones sin hallarse atados a ningún interés particular.

Examinadas las carencias y limitaciones de las que han sido portadoras las propias reformas, es preciso referirse a las resistencias encontradas a lo largo de su desenvolvimiento. En la bibliografía disponible parece haber consenso en torno a que las propias instituciones del sistema de justicia ofrecen una oposición, a menudo intransigente, a los intentos de reforma. Esta oposición generalmente no se manifiesta en el rechazo a la idea

<sup>533</sup> William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Praeger, 2000, pp. 4 y 5.

<sup>534</sup> Thomas Carothers, “Promoting the Rule of Law Abroad. The Problem of Knowledge”, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, núm. 34, 2003, p. 3.

como tal, sino que consiste en una resistencia pasiva presente en la falta de cooperación con las reformas<sup>535</sup> o en acciones en contra de aquéllos que ponen en marcha innovaciones. Esto último se ha visto en el caso de jueces superiores que desaprueban o sancionan a los jueces que, identificándose con las reformas, se atreven a no seguir determinada línea jurisprudencial; el control jerárquico —especialmente de las cortes supremas—, que repercute en las decisiones sobre ascensos y promociones, opera como un límite a los cambios intentados en el sistema respecto de los criterios para resolver.<sup>536</sup>

Varios factores concurren a explicar las resistencias que vienen desde adentro del sistema. Primero, en una organización burocrática “se rechaza el cambio cuando los puestos están amenazados o la estabilidad de la organización es atacada”.<sup>537</sup> Segundo, tratándose de una organización estatal la resistencia a la reforma tiende a ser la regla.<sup>538</sup> Tercero, las propias ineficiencias que una reforma de la justicia busca combatir constituyen oportunidades para que jueces, abogados y personal de apoyo obtengan beneficios.<sup>539</sup> Son razones suficientes para llegar a esta paradoja, presente en todas partes, por la cual quienes estarían en una buena posición para señalar problemas efectivos y necesidades reales de los tribunales son quienes tienen los menores incentivos para introducir cambios en ellos,<sup>540</sup> dado que perciben la reforma como una amenaza a sus intereses.<sup>541</sup>

<sup>535</sup> Juan E. Méndez, “Institutional Reform, Including Access to Justice: Introduction”, en Juan E. Méndez *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 223.

<sup>536</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, pp. 116, 123.

<sup>537</sup> John Bell, “The Judge as Bureaucrat”, en J. Eklaar y J. Bell, *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 39.

<sup>538</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 336.

<sup>539</sup> Richard E. Messick, “Judicial Reform and Economic Development: a Survey of the Issues”, *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1, 1999, p. 123.

<sup>540</sup> Malcolm M. Feeley, *Court Reform on Trial. Why Simple Solutions Fail*, Nueva York, Basic Books, 1983, p. 196.

<sup>541</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, 1999, p. 166.

Tratándose de la experiencia latinoamericana:

en todos los casos en los que se han propuesto reformas judiciales exhaustivas, los obstáculos para el mejoramiento de la judicatura normalmente residen en la existencia de sólidos intereses creados, los cuales en el pasado (y ciertamente en el presente) se han beneficiado precisamente de esa ausencia del estado de derecho... Los principales obstáculos para una reforma legal efectiva en América Latina son producto de los intereses creados que existen dentro del aparato de justicia en sí mismo... Las reformas también pueden implicar una pérdida de los poderes discrecionales, un aumento de los mecanismos de control o incluso una mayor responsabilidad en cualquier nivel del aparato de justicia... El grado en el que esa resistencia interna puede “sabotear” los esfuerzos de la reforma judicial puede ser considerable.<sup>542</sup>

Debe reconocerse, pues, que en lo que lleva de recorrido la reforma en la región no se ha podido esperar apoyos importantes provenientes del interior del sistema,<sup>543</sup> y en muy buena medida, ese hecho está vinculado a otro: con una reforma del sistema de justicia hay ganadores y perdedores, situados tanto dentro como fuera de él. En lo que se refiere al Estado, “todos los grupos que de uno u otro modo están envueltos en el aparato estatal tienen un interés vital en que la situación actual cambie lo menos posible... lo único que se puede esperar es que, abierta o solapadamente, se opongan a todo intento de introducir más transparencia y control en la administración y la justicia”.<sup>544</sup> Miembros de la Corte Suprema y sus equipos de confianza, jueces y personal auxiliar, autoridades del ministerio de justicia y

<sup>542</sup> Edgardo Buscaglia, “Los principales obstáculos de la reforma judicial en América Latina”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, pp. 35, 46.

<sup>543</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 81.

<sup>544</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, p. 88.

de otras entidades con influencia sobre la justicia tal como funciona tienen mucho que perder si una reforma profunda del sistema es exitosa. Dentro de esas pérdidas se cuenta el recorte de la corrupción que, cuando es endémica y ha penetrado el sistema, tiene numerosos beneficiarios y se convierte en un obstáculo formidable para la reforma.<sup>545</sup>

En el caso brasileño se ha observado que, al tiempo de que los potenciales ganadores son más difusos y resultan difíciles de movilizar, los potenciales perdedores del proceso se encuentran concentrados: “Quienes resisten más activamente la reforma se hallan en la profesión legal misma y en la jerarquía judicial en particular”.<sup>546</sup> Un informe del Banco Mundial ha sido más explícito en los señalamientos:

intereses creados en el sistema existente disuaden el reconocimiento abierto de los problemas estructurales fundamentales... Una tendencia a minimizar el rol del litigio abusivo en la generación de demora y congestión. Una carencia total de preocupación por otros elementos no judiciales —vigilancia insuficiente del gobierno sobre su propia litigación y sus abogados, problemas relacionados con la ejecución de sentencias... Mientras los jueces creen que ellos tienen demasiado trabajo y muchos abogados cuestionan las largas demoras resultantes, ambos grupos se benefician de la alta demanda que reciben las cortes porque les garantiza empleo y, en el caso de los jueces, presupuestos generosos y oportunidades amplias para la promoción. El gobierno, los servicios públicos y los bancos contribuyen a, y se benefician de, las mismas demoras que critican.<sup>547</sup>

<sup>545</sup> Harry Blair y Gary Hansen, “Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs”, Arlington U.S. Agency for International Development, Assessment Report núm. 7, 1994, p. 7.

<sup>546</sup> Carlos Santiso, “Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability”, en Siri Gloppen *et al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Londres, Portland, Frank Cass Publishers, 2004, p. 176.

<sup>547</sup> *Brazil. Making Justice Count. Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil*, cit., p. XV.

En el caso de El Salvador se ha notado que, luego de los acuerdos de paz firmados en 1992, la justicia ha probado ser más resistente a las reformas que los militares. En ese país las reformas de la justicia encontraron resistencias tanto políticas como de las instituciones del sistema. En éstas, en particular, la negativa a aceptar asistencia técnica extranjera parecía reflejar, en verdad, una oposición a cambiar el estatus quo.<sup>548</sup> De manera equivalente, en Argentina se ha situado “el verdadero problema” de cualquier reforma de la justicia en “la cultura administrativa judicial”, donde reside “una verdadera resistencia activa al cambio”.<sup>549</sup> En Perú, las instituciones que integran el sistema de justicia “no hacen transparente cuál es la agenda que supuestamente están llevando en el proceso de reforma”,<sup>550</sup> lo que es otra manera de evitarlo o posponerlo.

Este repaso lleva a concluir que la reforma encuentra espacio para desarrollarse sólo si “ofrece incentivos suficientes para superar las motivaciones existentes”,<sup>551</sup> aspecto al cual los reformadores han prestado poca atención, confiando en que los operadores harán suya aquella propuesta que en sí misma aparece como más acorde con la misión declarada del sistema de justicia, sin considerar sus propios intereses. En los hechos, esos intereses de los operadores de la justicia pesan más que el beneficio hipotético y simbólico derivable, para quienes viven del sistema, de un mejor funcionamiento del mismo.<sup>552</sup> Precisamente, aquello que es percibido por la mayoría de la sociedad como fallas del sistema integra el modo de vida de los funcionarios que son parte de él

<sup>548</sup> Margaret Popkin, *Peace Without Justice. Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*, University Park The Pennsylvania State University Press, 2000, pp. 5, 201, 253.

<sup>549</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, 2002, p. 150.

<sup>550</sup> Javier de Belaunde López de Romaña, *La reforma del sistema de justicia. ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Lima, IPESM-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 196.

<sup>551</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 256.

<sup>552</sup> Thomas Carothers, *op. cit.*, p. 175.

y de los abogados que ejercen en él.<sup>553</sup> En consecuencia, los posibles perdedores, conscientes de la posibilidad de ser afectados, ofrecerán una resistencia activa o pasiva. De allí que usualmente las acciones contrarias a la reforma provengan tanto de fuera del sistema de justicia como de dentro,<sup>554</sup> constatación que lleva a la difícil pregunta acerca de “cómo se puede sostener una reforma judicial en el mediano y largo plazo sin un compromiso fuerte de los sectores internos” con ella.<sup>555</sup>

Entre quienes proponen y apoyan la reforma no puede contarse a los abogados como gremio, que más bien constituyen una importante fuente de oposición a la misma.<sup>556</sup> Pese a erigirse con facilidad en críticos vocales del sistema de justicia, muchos de los abogados influyentes se benefician de las relaciones que mantienen con los jueces y del conocimiento interno que les permiten aprovechar los males del sistema en favor de sus clientes; el resto de los abogados se resiste a los cambios simplemente porque los obligan a aprender nuevas normas y procedimientos<sup>557</sup> mediante los cuales se intenta renovar aquellas aguas en las que ellos se mueven con facilidad. De allí que en algunos casos los abogados hayan bloqueado cambios que afectan sus intereses, en particular la eliminación de la obligatoriedad de su intervención en ciertos-

<sup>553</sup> Linn A. Hammergren, *op. cit.*, p. 279.

<sup>554</sup> William Davis, “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *op. cit.*, p. 202.

<sup>555</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

<sup>556</sup> Adrian Zuckerman, *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Nueva York, Oxford University Press, 1999. Citado por Erik G. Jensen, “The Rule of Law and Judicial Reform: The Political Economy of Diverse Institutional Patterns and Reformers Responses”, en Thomas C. Heller y Erik G. Jensen (eds.), *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford, Stanford University Press, 2003, p. 353; Klaus Decker, *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent Experiences from selected OECD Countries relevant for Latin America*, Washington, The World Bank, 2011, p. 24.

<sup>557</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, pp. 175 y 176.

procesos y la limitación de la presentación de apelaciones,<sup>558</sup> que aunque no sean mayormente útiles para el cliente proveen al abogado de una justificación adicional para sus honorarios. En Brasil, los abogados lograron que la Constitución federal de 1998 adjudicara el monopolio de la representación en juicio,<sup>559</sup> medida que agrava el problema del acceso al sistema. En Ecuador, según apunta un informe del Banco Mundial, los colegios de abogados “han actuado más como sindicatos que defienden las necesidades inmediatas de sus miembros”, en lugar de trabajar en cómo mejorar el sistema de justicia y la profesión de abogado. “En años recientes, los colegios de abogados se han opuesto generalmente a los cambios referidos a una gran diversidad de asuntos”.<sup>560</sup>

Además de afectar el coto de jueces y abogados que tratan de defender sus intereses inmediatos, la reforma de la justicia es lo que un observador de la región, hace tres décadas —cuando el tema no estaba aún en la agenda pública— llamó “una cuestión políticamente sensible” y predijo sencillamente que sería “difícil de llevar a cabo”.<sup>561</sup> Los hechos le han dado la razón. En muchos casos se ha señalado que “falta voluntad política” para adelantar una reforma y el caso de Venezuela puede ser particularmente ilustrativo. Ocurrido el intento de golpe en febrero de 1992, el presidente Carlos Andrés Pérez designó una comisión encargada de proponer reformas que pudieran ayudar a evitar un episodio similar. Entre las recomendaciones, cinco se refirieron a la judicatura e incluían mecanismos disciplinarios más severos y nue-

<sup>558</sup> Klaus Decker *et al.* *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent experiences from selected OECD Countries Relevant for Latin America*, Washington, The World Bank, 2011, p. 35.

<sup>559</sup> Eliane Bottelho Junqueira, “Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total”, en Héctor Fix-Fierro (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, cit., p. 129.

<sup>560</sup> Ecuador. *Legal and Judicial Sector Assessment*, Washington, The World Bank, 2002, p. 45.

<sup>561</sup> Arpad Von Lazar, *Latin American Politics. A Primer*, Boston, Allyn and Bacon, 1971, p. 43.

vos nombramientos para la Corte Suprema. El gobierno no hizo nada para llevar las reformas a efecto.<sup>562</sup>

Tratándose de Centroamérica, se ha indicado que las prioridades políticas internas han contribuido al fracaso de la reforma<sup>563</sup> pero incluso cuando un partido se apropia de la reforma también la condena al fracaso<sup>564</sup> debido a que la oposición se alinearán en contra. En el caso brasileño se ha señalado que, pese al debate público sobre la reforma de la justicia, no se ha podido construir un consenso suficiente sobre las reformas requeridas, formular un proyecto con credibilidad y constituir una coalición reformista coherente.<sup>565</sup> Esto ha hecho que, pese a haberse generado internamente el intento, “reformular el Poder Judicial ha sido un proceso de marchas y contramarchas desde 1995, frecuentemente obstruido por eventos externos y cercado por propuestas con prioridades profundamente distintas”,<sup>566</sup> lo que en el nivel del congreso ha llevado, a lo largo de diez años, a una situación de vetos cruzados.<sup>567</sup>

En términos más generales, se ha observado que los políticos pueden hablar de la necesidad de una reforma de la justicia pero, dado que es un proceso de largo plazo que les rendiría poco en lo inmediato, carecen de incentivos suficientes para dedicar tiem-

<sup>562</sup> Mark Ungar, *Elusive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, *cit.*, p. 58.

<sup>563</sup> Michael Dodson y Donald W. Jackson, “Horizontal Accountability and the Rule of Law in Central America”, en Scott Mainwaring y Christopher Welna, (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 240.

<sup>564</sup> Margaret Popkin, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, *cit.*, p. 259.

<sup>565</sup> Carlos Santiso, *op. cit.*, p. 174.

<sup>566</sup> Fiona Macaulay, “Democratización y Poder Judicial: agendas de reforma en competencia”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, pp. 157 y 158.

<sup>567</sup> Rogério B. Arantes, “Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brasil”, en Rachel Sieder (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2005, p. 251.

po y esfuerzo al asunto;<sup>568</sup> su desinterés pasará a ser oposición si entrevén que con una reforma perderán poder, al eliminarse o, cuando menos, disminuirse el control que ejercen sobre el sistema de justicia.<sup>569</sup> Si a la baja prioridad otorgada al tema se suma la falta de continuidad en las políticas, que se redefinen con cada cambio de gobierno, el clima político latinoamericano no parece favorecer una reforma de la justicia como un proceso de largo plazo. Cuando las reformas no logran lidiar exitosamente con la política son ineficaces; usualmente, luego de que se combinan los compromisos vacilantes de los actores con los impedimentos políticos, las reformas se reducen a cambios fragmentarios.<sup>570</sup> Hay que concluir en que sin un remedio para este “déficit político” una reforma difícilmente será exitosa<sup>571</sup> y debe notarse que son las propias instituciones de la democracia —que hoy prevalece en la región— las que obstruyen el cambio necesario.<sup>572</sup>

Por lo general, la reforma no interesa a los sectores dirigentes. ¿Por qué habría de interesarles, salvo que contemplen con temor el surgimiento de una peligrosa crisis de legitimidad y se echen a buscar algunas salidas ante ella? Su actitud ante la reforma de la justicia, más que de oposición, es de falta de interés, dado que los sectores dirigentes no resultan afectados por el funcionamiento

<sup>568</sup> Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *Sistemas Judiciales*, año 4, núm. 8, 2005, p. 94; Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 174.

<sup>569</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*, cit., pp. 33, 44; Pilar Domingo, “Judicial Independence and Judicial Reform in Latin America”, en Andreas Schedler (eds.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder-Londres, Lynne Rienner, 1999, p. 166.

<sup>570</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, pp. 5, 229.

<sup>571</sup> John Bailey y Wayne A. Cornelius, “Reforming the Administration of Justice in Mexico: Strategies and Requisites”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk (eds.), *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, Notre Dame, La Jolla, University of Notre Dame Press, Center for U.S. Mexican Studies, University of California, San Diego, 2007, p. 490.

<sup>572</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, p. 2.

del sistema en tanto encuentran otras vías para resolver sus conflictos y sancionar a sus enemigos.<sup>573</sup> Sólo en casos específicos, en los cuales la justicia no atiende eficientemente un agravio sufrido por las clases altas —por lo regular, de naturaleza penal— surge una preocupación por el tema que usualmente no resulta duradera. La excepción a esto último está dada por el caso de la familia Edwards, propietaria del grupo empresarial de *El Mercurio* en Chile, que a partir del asesinato de uno de sus miembros tomó partido por un cambio sustancial de la justicia y ha sostenido esa posición a través de sus medios, el patrocinio a la fundación Paz Ciudadana y otros aportes a la reforma del sistema. No obstante el interés que los sectores empresariales han mostrado en varios países por reformar la justicia comercial,<sup>574</sup> cuyo funcionamiento atañe directamente a sus actividades, la regla general consiste en que los sectores dirigentes más bien se valen de sus redes de patronazgo y clientelismo para obtener aquello que, en las condiciones de una sociedad plenamente democrática, debiera ser reclamado ante el sistema de justicia.

El panorama debe ser completado con una mirada a los otros sectores sociales, mayoritarios, que tampoco parecen haber visto en la posibilidad de una reforma de la justicia un asunto de importancia prioritaria.<sup>575</sup> Aparte de episódicas manifestaciones —que reclaman, más bien, “mano dura”—<sup>576</sup> los esfuerzos por cambiar el sistema de justicia no se han instalado en la ilusión popular ni han movilizado grupos sociales de apoyo, como se vio tempranamente en el caso de El Salvador.<sup>577</sup> Este último punto del reco-

<sup>573</sup> Linn A. Hambergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Boulder, Westview Press, 1998, p. 278.

<sup>574</sup> Guillermo O'Donnell, “Polyarchies and the (Un)Rule of Law”, en Juan E. Méndez (eds.), *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, cit., p. 320.

<sup>575</sup> Linn A. Hambergren, *op. cit.*, p. 303.

<sup>576</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 174.

<sup>577</sup> Margaret Popkin, *Peace Without Justice. Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*, cit., pp. 223, 225, 244.

rrido aquí efectuado conduce a una conclusión fundamental: la reforma del sistema de justicia no tiene una base social o política de apoyo, carece de un sector organizado que esté genuinamente interesado en que se lleve adelante y esté dispuesto a demandarla activamente, recurriendo a los mecanismos que en una democracia se utilizan para lograr cambios o reformas que afectan al funcionamiento del Estado, y que cuando logran cierta importancia atraen la atención de la dirigencia política. En la ideología de la reforma, formulada y difundida por los bancos multilaterales, este hecho —central respecto de la viabilidad de las reformas— es negado, afirmándose en cambio que “hay un apoyo amplio entre gobiernos, partidos políticos, la comunidad jurídica, el sector privado y las (ONG) en favor de las reformas”.<sup>578</sup> Lo que sí hay es un respaldo discursivo de algunos de estos sectores y cierta vigilancia ejercida por las (ONG) que han adoptado como parte de su agenda el tema de la justicia. Pero el balance indica que:

no existen grupos sociales que tengan intereses suficientemente concentrados y homogéneos para motivar todo el conjunto de medidas que abarca la reforma que estamos considerando. Por el contrario,... la resistencia de varios perdedores, que sí están relativamente concentrados y no tienen altos costos de actuación como grupo de interés, es muy fuerte... la reforma judicial tiene más de movimiento ‘ilustrado’ que de movimiento social... la insatisfacción social con la situación presente... está dispersa.<sup>579</sup>

Esa “ausencia de «clientes» que propongan o apoyen los cambios frente a los otros sectores de la sociedad hace más difícil lograr las metas de las reformas”<sup>580</sup> o las convierte en inalcanza-

<sup>578</sup> María Dakolias, “A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1995, p. 230.

<sup>579</sup> Santos Pastor, “Qué es la reforma judicial y qué cabe esperar de ella”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 89.

<sup>580</sup> William Davis, “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *op. cit.*, p. 202.

bles, dado el conjunto de resistencias que una transformación del sistema de justicia enfrenta. En otras palabras, “no se distingue ninguna capa o grupo con contornos claros que, como la burguesía europea del siglo XIX, tenga tanto el poder como el interés en imponer reformas del Estado de derecho”.<sup>581</sup> En esta ausencia reside un obstáculo formidable contra la reforma de la justicia.

En suma, como se ha observado en el caso peruano, “el decaimiento en el impulso de la reforma o la falta de voluntad para implementar [la...] son una responsabilidad compartida entre fuerzas políticas, instituciones del sistema de justicia y sociedad civil”.<sup>582</sup> Pero si se ponen juntos los diversos obstáculos, apretadamente condensados en estas páginas, se constatará la contradicción de que, para ser viable, la reforma requiere precisamente de aquellas condiciones cuya ausencia la hacen necesaria. La reforma encuentra un aparato de justicia refractario al cambio, una estructura de poder político que busca beneficiarse del sistema de justicia, una dirigencia social que no tiene interés efectivo en que las instituciones de la justicia funcionen de otra manera, y una ciudadanía que siente malestar por la justicia pero concibe el cambio como endurecimiento de castigos y no como la reinvencción de una justicia democrática. ¿Cómo hacer viable, entonces, la reforma?

Se ha sostenido antes en este libro que el cambio cultural es un objetivo central de la reforma de la justicia, porque cualquier cambio de cierta envergadura se estrella con la cultura existente. La paradoja es que el cambio cultural es también un requisito para ejecutar la reforma exitosamente. El cambio de la cultura jurídica existente en diferentes estratos sociales —dentro y fuera del aparato de justicia— tiene que acompañar todos los demás cambios.<sup>583</sup> Sin un cambio de la cultura organizacional de las ins-

<sup>581</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, p. 88.

<sup>582</sup> Javier de Belaunde López de Romaña, *La reforma del sistema de justicia. ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, cit., p. 197.

<sup>583</sup> María Dakolias, *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*. Washington, World Bank Technical Paper núm. 430, 1999, p. 23.

tituciones del sistema de justicia, incluyendo los incentivos perversos para mantener prácticas nocivas, cualquier cambio en la justicia tendrá un efecto marginal.<sup>584</sup>

Al mismo tiempo, la cultura jurídica es muy difícil de cambiar con el propósito de que el sistema adopte objetivos distintos a aquéllos con los que funciona,<sup>585</sup> que no son sólo producto de una antigua herencia social e institucional sino que, además, corresponden a intereses específicos que se hallan tanto dentro del aparato institucional como fuera de él. El examen de lo ocurrido con la reforma procesal penal puede mostrar mejor la manera en que logros, límites y obstáculos se desenvuelven en un caso concreto de reforma, bastante extendida en la región, que ha intentado cambios de cierta envergadura.

### III. EL CASO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

La justicia penal ha venido funcionando en la región con resultados marcadamente deficitarios, en los que concurren ineficacia, arbitrariedad y corrupción. El caso de México se encuentra bien documentado. Según datos de 2001, de cada 100 delitos cometidos se denunciaron 25, de los cuales la investigación concluyó en 4.55 casos pero se puso a los responsables a disposición de los jueces sólo en 1.6 casos del total; la mayoría (1.06) fueron condenados. De modo que la eficacia del sistema era de 1% de condenas sobre los delitos cometidos. Los encargados de investigar el delito y acusar por él a los responsables, trabajaban “en un entorno de insuficiencia, ineficiencia y discreción” que llevaban a dejar “sin atención expedientes por criterios ya sea de la gravedad de los delitos, dificultades técnicas y legales del caso, existencia o no de detenido, consideraciones políticas o por la ley del menor esfuer-

<sup>584</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *op. cit.*, p. 48.

<sup>585</sup> William Davis, “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *op. cit.*, p. 202; Catherine Weaver, *Hypocrisy Trap. The World Bank and the Poverty of Reform*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008, p. 36.

zo”. De esta manera, pese a lo que dijera la ley, la persecución efectiva quedaba a cargo de la víctima, que debía sufragar “los costos de aportar pruebas, ubicar y presentar testigos”, produciéndose así “una ‘privatización’ del derecho penal, pues ante la pasividad de la autoridad, el avance de los expedientes depende en gran medida del rencor, el interés personal o la paciencia de la víctima”.<sup>586</sup> En el Ministerio Público se ha desarrollado una política disuasiva contra quien intenta denunciar un delito, con el doble propósito de disminuir la carga de trabajo y acrecentar, en términos relativos, el impacto de los resultados alcanzados en las estadísticas. Los casos que no traen identificado a un sospechoso son archivados sin más trámite; aproximadamente la mitad de las acusaciones producidas por los fiscales corresponden a casos en los que se dice que el sujeto fue aprehendido en el acto de cometer el delito, es decir, en los que no fue necesaria una investigación. Las numerosas reformas introducidas en los ministerios públicos mexicanos no han podido contrarrestar la falta de investigación.<sup>587</sup> En una encuesta a condenados cuatro de cada cinco entrevistados dijeron que nunca tuvieron ocasión de hablar con el juez, dos de cada tres consideraban que el abogado de oficio no hizo nada para defenderlos en el Ministerio Público y algo más de la mitad 53% tuvieron la misma impresión cuando fueron al juzgado; 23% aceptaron responsabilidad como consecuencia de haber sido torturados y 12% debido a haber sido amenazados.<sup>588</sup> La tortura, utilizada para lograr confesiones, cuenta con impunidad: “Para quienes torturan, el riesgo de ser procesados y sentenciados es sólo una alternativa teórica

<sup>586</sup> Guillermo Zepeda Lecuona, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, Centro de Investigación para el Desarrollo-Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 20, 212-214, 222, 309, 313.

<sup>587</sup> Catalina Pérez Correa, “Front Desk Justice: Inside and Outside Criminal Procedure in Mexico City”, *Mexican Law Review*, vol. I, núm. 1, julio-diciembre de 2008, pp. 11, 17, 21, 30.

<sup>588</sup> Marcelo Bergman (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República mexicana: Distrito Federal, Morelos y Estado de México*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2003, pp. 46-48.

...las reglas y prácticas que rigen el procedimiento penal son una invitación al abuso... Generalmente los jueces omiten controlar los abusos contra los inculpados”.<sup>589</sup> En el *Libro blanco de la Reforma Judicial*, publicado por la Suprema Corte de Justicia en 2006, se reconoció que la justicia penal “atravesada por una crisis profunda y que requiere de una revisión integral orientada por una aplicación efectiva de los principios de presunción de inocencia, contradicción, concentración, inmediación, y un equilibrio procesal adecuado entre defensa, acusación y víctimas”.<sup>590</sup>

El caso colombiano no es mejor. Respecto a mediados de la década de los años noventa, se registró que “casi 9 de cada 10 casos que llegan a la Fiscalía no superan entonces la investigación previa... la probabilidad de que alguien sea sancionado por la comisión de un delito... se sitúa entre el 0,5% y el 1%”.<sup>591</sup> Un informe oficial estadounidense caracterizaba en 1999 a la justicia colombiana como “débil y en gran medida ineficaz”; el dato ilustrativo era que 74% de los homicidios quedaban sin resolver.<sup>592</sup> Unos años después pervivía como “un fracaso común” la posibilidad de llevar a los delincuentes ante la justicia y se documentaba que la probabilidad de que un homicida fuera juzgado había caído estadísticamente de 11% en los años setenta a 4% en los años noventa.<sup>593</sup>

<sup>589</sup> *Injusticia legalizada. Procedimiento penal mexicano y derechos humanos*, México Comité de Abogados para los Derechos Humanos-Comité de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, 2001, pp. 14, 17.

<sup>590</sup> *Libro blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 389.

<sup>591</sup> Rodrigo Uprimny, “Administración de justicia, sistema político y democracia: algunas reflexiones sobre el caso colombiano”, en Jaime Giraldo Ángel *et al.* (eds.), *Justicia y sistema político*, Santa Fe de Bogotá, IEPRI-FESCOL, 1997, p. 112.

<sup>592</sup> United States General Accounting Office, *Foreign Assistance. U.S. Rule of Law Assistance to Five Latin American Countries*, Washington, GAO/NSIAD-99-195, pp. 20, 23.

<sup>593</sup> Marc W. Chernick, “Colombia. Does Injustice Cause Violence?”, en Susan E. Eckstein y Timothy P. Wickham-Crowley (eds.), *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America*, Berkeley, University of California Press, 2003, p. 201.

El caso mexicano y el colombiano no eran excepcionales en la región. Para transformar esa situación se planteó la reforma procesal penal. En 2012 sólo cuatro países de América Latina no habían adoptado el nuevo modelo de enjuiciamiento penal que, desde comienzos de la década de 1990, empezó a ser instalado en la región. Es más fácil decir que Brasil, Cuba, Panamá y Uruguay no se habían incorporado a esta ola reformista —en la que México es el participante más reciente— que enumerar los otros 15 que son parte de ella, convirtiéndola en la reforma más extendida dentro de aquéllas puestas en marcha en los últimos 25 años con el propósito de cambiar la justicia.

La reforma procesal penal tiene lugar en un escenario regional en el cual la inseguridad ciudadana es un problema crecientemente importante. De un lado, objetivamente, los índices delictivos han subido; de ello no sólo dan fe el mayor número de denuncias sino, sobre todo, las encuestas de victimización que indagaban por el número de delitos del que un grupo familiar ha sido víctima en los últimos 12 meses, los haya denunciado o no. De otro lado, la percepción de inseguridad ha crecido aún más, según indican los sondeos de opinión. A esto probablemente contribuyen, además del fenómeno real en sí, la forma en la que los medios de comunicación se ocupan de él —“explotándolo” al máximo en busca de audiencia—, y los términos de la lucha política, que en muchos países se ceba en el tema y lo utiliza como un tópico que, dado que toca fibras sensibles del ciudadano y convoca la alarma social, puede ser rendidor para gobierno u oposición, según sea el caso. Los promotores de la reforma procesal penal también recurrieron al tópico de la inseguridad ciudadana, dentro del proceso de *marketing* de la reforma. La propuesta de un nuevo modelo de enjuiciamiento prometió una lucha más eficaz en contra del delito, como una de las consecuencias derivables del cambio de sistema.

Esencialmente, la reforma es reconocida como el paso de un sistema llamado inquisitivo a otro denominado acusatorio y, entre sus principales características, destaca el protagonismo

asumido por el fiscal. Este actor —que tenía encargado un rol muy secundario, casi prescindible, en el modelo tradicional— ha recibido, en el proceso reformado, facultades sumamente importantes: a) tiene a su cargo la investigación del hecho delictivo; b) usualmente, sólo él puede llevar un hecho delictivo ante el juez —salvo en aquellos casos donde el interés de la víctima cobra preponderancia—, dando lugar así a la apertura de un proceso; y c) detenta facultades suficientes para apartar de la persecución aquellos casos que —por una u otra razón legalmente prevista, pero que el fiscal aplica discrecionalmente— no ofrecen suficientes elementos para ser sometidos a juicio.

El modelo de la reforma implica un cambio de estructura en la organización del proceso penal pero importa notar que el papel de los actores principales —juez, fiscal y abogado defensor— resulta redefinido, de modo que ser “juez” en uno y otro modelo corresponde a papeles y responsabilidades diferentes. El otro cambio importante consiste en que en el modelo anterior la idea central era que los funcionarios del Estado estaban encargados por la ley de investigar un delito y castigarlo. En el nuevo modelo, a semejanza del procedimiento civil, hay dos partes —fiscal y defensor— que se enfrentan, compiten y, en consecuencia, pueden llegar a un acuerdo que, hasta cierto punto, el juez —que en este escenario se asemeja a un árbitro— debe aprobar.<sup>594</sup> El juez tiene ahora una responsabilidad limitada respecto del fondo del asunto, esto es, investigar la verdad y sancionar al culpable, si lo hay, de acuerdo a ley; en el nuevo proceso la función persecutoria aparece en el campo del fiscal.

De allí que pueda discutirse si el “nuevo” modelo no implica una vuelta atrás. Esto es, sino se asemeja en algo al derecho penal primitivo, en el que la parte afectada acusaba y el acusado se defendía ante una autoridad que decidía si el afectado tenía razón suficiente y pronunciaba entonces una condena. El interés de

<sup>594</sup> Máximo Langer, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, 2004, vol. 45, pp. 10, 17, 32.

perseguir el delito estaba en el agraviado, no en la autoridad, que se limitaba a escuchar y dictar el castigo, si fuera el caso. En una etapa posterior se consideró que no era de responsabilidad particular perseguir la sanción de aquél que había delinquido —salvo en determinados delitos, como los del honor, que afectan principalmente al denunciante— porque es la sociedad toda la que resulta perjudicada por un crimen. Se atribuyó entonces al Estado la responsabilidad de perseguir y sancionar los delitos bajo el llamado sistema inquisitivo, que representó para la justicia un paso que la alejó de la venganza privada original.<sup>595</sup> El modelo “reformado” vuelve a entregar al afectado una responsabilidad principal, que es asumida por el fiscal pero que en mucho está sujeta a la voluntad y las decisiones de la víctima.

Con ocasión de la discusión en torno a la adopción de la reforma, el modelo acusatorio ha sido idealizado y, en contraposición, el modelo inquisitivo ha sido señalado como la fuente responsable de todos los males padecidos por la justicia penal en la región.<sup>596</sup> En el centro de la imagen idealizada del nuevo modelo se encuentra su identificación con el juicio oral, que es presentado como una forma de procesamiento altamente deseable —en contraste con el juicio escrito— que, sin embargo, en la práctica, el modelo acusatorio aplica a una porción mínima de casos, que en Estados Unidos corresponde a una de cada 10 condenas dictadas.

Justamente, no usar el juicio oral —que es largo y costoso— es lo que permite una ventaja comprobada del nuevo sistema: producir un resultado del proceso bastante más rápidamente que el modelo anterior. La prontitud en dar respuesta a los casos se produce de dos modos distintos. El primero consiste en que la mayoría de los casos denunciados son archivados por decisión del fiscal, sin que el caso haya llegado a ser conocido por un juez. En efecto, en los países donde se utiliza el sistema reformado no

<sup>595</sup> John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, cit., p. 127.

<sup>596</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, cit., p. 40.

menos de las dos terceras partes de los casos denunciados ante el Ministerio Público son desechados por éste, debido a la falta de mérito del caso o a las dificultades que se prevé encontrar en un posible proceso de investigación.<sup>597</sup> El segundo modo comprende la mayoría de los casos que sí son presentados al juez para que el responsable sea procesado pero que evitan el juicio oral mediante el uso de una “salida alternativa”; en este modo juega un papel fundamental la posibilidad de que el procesado acepte responsabilidad y entonces, mediante una negociación entre acusación y defensa (*plea bargaining*), se concuerda en una fórmula —reparación del daño, conciliación o imposición de una pena que en los hechos es bastante menor de la que hipotéticamente hubiera correspondido de haberse realizado un juicio oral— que es presentada por ambas partes al juez para su aprobación.

El nuevo modelo ha sido trasplantado a la región, aunque su origen preciso se discute. Algunos de los reformadores sostienen que la inspiración fue tomada de Alemania, que en 1975 convirtió su proceso penal en acusatorio.<sup>598</sup> Pero la estructura de este tipo de proceso se originó en el derecho anglosajón, siendo Estados Unidos el país donde se ha desarrollado; varios autores concuerdan en señalar que la influencia del proceso penal estadounidense ha sido, en la región, crecientemente importante para este efecto.<sup>599</sup> En cualquier caso, estamos ante una institución que no formaba parte del derecho prevaleciente en la región y ha sido incorporada por las reformas de la justicia latinoamericana efectuadas en las últimas décadas. En el análisis del asunto se ha destacado que, para los actores de la reforma, la importación del modelo —al cual se le

<sup>597</sup> Luis Pásara, “El impacto de la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana”, *Derecho PUCP*, núm. 65, 2010, pp. 55-67.

<sup>598</sup> John Henry Merryman, *op. cit.*, p. 129.

<sup>599</sup> Máximo Langer, “Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, núm. 5, octubre de 2007, p. 656; Klaus Decker, *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent Experiences from selected OECD Countries Relevant for Latin America*, Washington, The World Bank, 2011, p. 23.

han añadido ciertos elementos distintos al original— ha sido una fuente de legitimación: les permite obtener una mejor posición en los campos legal y político<sup>600</sup> como portadores de un modelo de reforma que, según se supone, es más atractivo o aceptable debido, precisamente, a su origen extranjero.

En relación con el trasplante, un estudio hecho en cuatro países —Alemania, Francia, Italia y Argentina— en torno a la forma en que ha sido adoptado en ellos un aspecto específico del nuevo proceso, la negociación de la admisión de culpabilidad (*plea bargaining*) —importada del derecho estadounidense—, sostiene que el principal resultado es cierta fragmentación o diversificación, ocasionada por las diferentes “traducciones” que se han hecho del procedimiento trasplantado y la potencia de los órdenes jurídicos que lo recibieron. La conclusión que el autor del trabajo deriva es que las influencias del derecho estadounidense pueden producir efectos diferentes en cada país, según la forma en que se hizo la “traducción” jurídica, cuánto poder actuó para ejecutar las reformas y cuánta resistencia enfrentaron éstas.<sup>601</sup>

¿Cómo se explica la extensa adopción de esta ambiciosa reforma en un escenario en el que, como se ha visto antes en este libro, realizar cambios en la justicia resulta ser un camino plagado de obstáculos? Que la reforma procesal penal tenga objetivos, contenidos y justificaciones similares en los 15 países que la han adoptado<sup>602</sup> nos da una pista para responder la pregunta. Se trata de un modelo que en esencia ha sido objeto de un proyecto análogo en los varios países, en general a cargo del mismo grupo de

<sup>600</sup> Daniel Palacios Muñoz, “Criminal procedure Reform in Chile. New Agents and the Restructuring of a Field”, en Ives Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Abingdon, Routledge, 2011, p. 123.

<sup>601</sup> Máximo Langer, “From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, 2004, vol. 45, pp. 62 y 63.

<sup>602</sup> Cristián Riego Ramírez, “Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina. Segundo informe comparativo”, *Sistemas Judiciales*, año 3, núm. 5, 2003, p. 36.

reformadores, y que ha contado con el apoyo financiero de las mismas agencias de cooperación internacional. A diferencia de otras reformas, la atingente al procedimiento penal ha sido impulsada por un verdadero movimiento, que ha alcanzado un impacto regional.

En ese movimiento han confluído actores de la región y actores de los países desarrollados, en una relación en la que aquéllos fueron convencidos por éstos de la conveniencia de las reformas. Producido el acuerdo, los actores externos crearon presión sobre los gobiernos y les proveyeron los recursos para llevar adelante la reforma. No obstante, debe subrayarse que en los casos de Argentina, Chile y Costa Rica, los actores externos jugaron un papel secundario. En los demás casos nacionales, el equipo de reformadores del movimiento —encabezado por los argentinos Julio Maier y Alberto Binder— tuvo un desempeño preponderante, dedicado como estaba a promover y organizar la reforma,<sup>603</sup> gracias al apoyo sustancial de la cooperación internacional<sup>604</sup> representada por (USAID) y (GTZ) de Alemania, principalmente, a las que se unieron luego la fundación Adenauer, (AECI) de España, el Banco Interamericano de Desarrollo, y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).<sup>605</sup> En su momento, por iniciativa del gobierno estadounidense y con financiación de (USAID), se creó el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)<sup>606</sup> que ha focalizado buena parte de su trabajo en el apoyo a la reforma procesal penal.

El señalado interés estadounidense en esta reforma ha sido interpretado de varias formas. De un lado, como preocupación por la vigencia efectiva de los derechos humanos en el proceso penal;<sup>607</sup> de otro, como un interés dividido según la agencia de

<sup>603</sup> Daniel Palacios Muñoz, *op. cit.*, p. 117.

<sup>604</sup> Máximo Langer, *op. cit.*, pp. 626, 663 y 664.

<sup>605</sup> *Ibidem*, p. 653.

<sup>606</sup> Daniel Palacios Muñoz, *op. cit.*, p. 124.

<sup>607</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 163.

la que se trate, y que en el caso del Departamento de Justicia corresponde al combate del delito en la región<sup>608</sup> debido a sus repercusiones en el territorio estadounidense, aspecto estrechamente ligado a la política de Washington de combate a las drogas.

¿Qué razones convencieron a los actores políticos para adoptar este modelo de reforma? Además de contar con el respaldo o la presión internacionales el modelo prometió una combinación muy atractiva, aunque no siempre fácil de llevar a la práctica, entre la garantía de derechos al procesado y la persecución efectiva del delito.<sup>609</sup> Presentada como una reforma técnica, si bien muy respetuosa de los derechos humanos de procesados y víctimas, la reforma fue aprobada sin oposición significativa en la mayoría de los casos. Los políticos creyeron ver en ella la misma conexión que usualmente cree advertir el ciudadano promedio entre inseguridad y persecución penal, esto es, el delito se combate con un sistema de justicia eficaz. Si la reforma prometía eficacia —respaldándose en la imagen dada por sus raíces de importación desde el mundo desarrollado—, y al mismo tiempo adoptaba un carácter “garantista” de los derechos de todos, adoptarla fue visto como una forma de responder a la demanda ciudadana en torno a la inseguridad contando con el beneplácito de los grupos activos en la defensa de derechos humanos, que también cuentan con patrocinio internacional. Este camino no es nuevo: la norma penal —en este caso, procesal— siempre ha sido una manera de responder expeditivamente a las exigencias populares de justicia<sup>610</sup> y si es acompañada por una oferta de mayor eficiencia en su aplicación, es difícil que un político en busca de apoyo popular encuentre razones para no dar su aprobación.

<sup>608</sup> Máximo Langer, *op. cit.*, pp. 658 y 659.

<sup>609</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 10.

<sup>610</sup> Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, “El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia”, en Álvaro Camacho Guizado y Francisco Leal Buitrago (comps.), *Armaz la paz es desarmaz la guerra*, Santa Fe de Bogotá, PESCOL-IEPRI-CEREC, 1999, p. 53.

Si se mira a aquello que la reforma ha logrado, el intenso trabajo de seguimiento y evaluación realizado por (CEJA) —institución que ha promovido y apoyado las reformas procesal penales—, muestra resultados positivos en algunos países, especialmente en lo que se refiere al tiempo necesario para tomar decisiones sobre los casos. Al lado de ese logro, se ha documentado un sinnúmero de dificultades y trabas. En un panorama de “muchísima similitud en cuanto a las deficiencias que los procesos exhiben en los diversos países”, en 2002 se destacaba un asunto conocido: “La baja producción de información acerca del funcionamiento real de los sistemas judiciales”, lo que repercutía en “una baja capacidad de identificación de los problemas, en una muy escasa capacidad de evaluar los resultados”, la incompetencia para “desarrollar sistemas de administración eficientes”, y por encima de todo, “grandes carencias” para “generar respuestas a los numerosos problemas que la puesta en práctica de un sistema judicial más complejo supone”, concluyéndose en que “la capacidad de identificar y resolver problemas nuevos o no previstos, ha resultado deficitaria”.<sup>611</sup>

En un informe posterior del (CEJA), correspondiente a 2007, se reiteró que:

los procesos de reforma en materia penal siguen presentando problemas debido a que el respaldo político al nuevo sistema, los recursos disponibles y la capacidad de innovación de las comunidades involucradas tienden a ser limitados en relación con los esfuerzos que programas de cambios tan amplios demandan... hay áreas importantes en las que no hubo recursos o innovaciones suficientes para modificar las viejas prácticas de los sistemas inquisitivos... existe una cierta discrepancia entre los objetivos más concretos que la reforma se plantea y las capacidades de transformación con que realmente cuentan los países... cuesta mucho generar decisiones institucionales estratégicas en pro de innova-

<sup>611</sup> Cristián Riego, “Informe comparativo proyecto «Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina»”, *Sistemas Judiciales*, año 2, núm. 3, 2002, pp. 13, 52, 36.

ciones aunque estas hayan mostrado su utilidad... [Existen] problemas comunes a los países y que tienden a ser persistentes, o respecto de los cuales no se ven caminos de solución, o a lo menos, trabajos sistemáticos destinados a su abordaje.<sup>612</sup>

En particular, el informe que se cita constata la escasez de logros con relación a la institución protagonista de la reforma, los ministerios públicos:

han tendido a comportarse de acuerdo a los criterios del sistema antiguo, llegando incluso a transformarse en algunos casos en el principal agente de reproducción de las prácticas del sistema inquisitivo... a los fiscales les es más conveniente mantener un perfil bajo en el tema, no asumiendo un protagonismo que pudiera significarle críticas importantes y para el cual no logran identificar instrumentos eficaces.<sup>613</sup>

Una debilidad del Ministerio Público, que parece difícil de superar, atañe a su capacidad de investigación, manifiestamente insuficiente. En esa tarea, en la mayoría de países se ha enfrentado la resistencia —a veces abierta, en ocasiones soterrada— proveniente de la policía que ve en la reforma un cercenamiento de las facultades de investigación que, con los antiguos jueces instructores, ejercieron sin límites que, según su propio criterio, estorbaran su trabajo. Al ser asumida la responsabilidad por los fiscales, la policía se siente no sólo limitada sino desplazada de su tarea y ha respondido, en diversos países, con el boicot a la tarea de investigación, según registran diversos informes sobre la marcha de la reforma. En definitiva, la relación entre Ministerio Público y policía permanece como un problema no resuelto en la ejecución de la reforma.

<sup>612</sup> Cristián Riego R., “Nuevas tendencias de las reformas procesales penales en América Latina”, en *Reformas procesales penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa*, Santiago de Chile, CEJA, 2007, pp. 15, 16, 21, 25.

<sup>613</sup> *Ibidem*, pp. 26 y 27.

Los análisis de casos nacionales muestran debilidades específicas que en algunos países parecen bastante graves. En Chile se constató, por un lado, “una tendencia de parte de muchos fiscales del Ministerio Público a llevar a juicio oral solamente aquellos casos en que consideran que no existe mayor riesgo de perder”,<sup>614</sup> y por otro, un uso de la discrecionalidad por los fiscales que daba lugar a resultados muy distintos en la persecución de unos y otros delitos, beneficiándose con un trato condescendiente a aquéllos que se dedican profesionalmente al delito de poca monta y que, con esta forma de regularidad indeseable, contribuyen sostenidamente a la inseguridad social.<sup>615</sup>

En Bolivia se ha detectado la inacción del Ministerio Público: “Si la víctima o querellante no impulsa el proceso, este tiene muy pocas probabilidades de concluir”; de otra parte, “el sistema de salidas alternativas aparece vinculado con respuestas de impunidad”;<sup>616</sup> asimismo, pese a la importante inversión hecha en capacitación, la velocidad de resolución de casos tiende a decrecer mientras el número de presos sin condena ha aumentado.<sup>617</sup> En Colombia se ha señalado que pervive una “débil capacidad del sistema judicial para identificar a los sindicados de los delitos que llegan al conocimiento de las autoridades”,<sup>618</sup> lo que conduce a una “trivialización de la justicia, que en el caso de la justicia pe-

<sup>614</sup> Lidia Casas Becerra y Alejandra Mera González-Ballesteros, *Violencia de género y reforma procesal penal chilena. Delitos sexuales y lesiones*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, CEJA, 2004, p. 57.

<sup>615</sup> Luis Pásara, “El papel del Ministerio Público en la reforma procesal penal chilena”, *Reforma Judicial*, núm. 13, enero-junio de 2009, pp. 193-238.

<sup>616</sup> Ileana Arduino, “La Reforma procesal penal en Bolivia”, *Reformas procesales penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa*, Santiago de Chile, CEJA, 2007, p. 75.

<sup>617</sup> Mark Ungar, *Policing Democracy. Overcoming Obstacles to Citizen Security in Latin America*, Washington, Baltimore, Woodrow Wilson Center Press, The Johns Hopkins University Press, 2011, pp. 215 y 216.

<sup>618</sup> Elvira María Restrepo *et al.*, *¿Impunidad o castigo? Análisis e implicaciones de la investigación penal en secuestro, terrorismo y peculado*, Bogotá, Documentos CEDE, 2004, p. 4.

nal significa la dedicación prioritaria del aparato judicial a casos de fácil solución”<sup>619</sup> y no a los delitos más graves, al tiempo que “el sistema tiene dificultades para terminar los casos que recibe, producto de lo cual está generando una carga de asuntos pendientes”; paralelamente, “los centros de conciliación... no tienen obligación específica de realizar seguimiento al cumplimiento de acuerdos conciliatorios”.<sup>620</sup>

En Nicaragua también se constató que “el número de [casos] resueltos de años previos es notablemente inferior a la resolución de casos que ingresan en el mismo periodo... la intervención de los fiscales en el marco de la audiencia es rutinaria, formalista y sin planteamientos estratégicos claros... una de las evidencias más concretas de las dificultades de la investigación es la alta cantidad de casos en que el Ministerio Público solicita la clausura anticipada del proceso por motivos que involucran directamente debilidad en el manejo de la prueba y preparación del caso”.<sup>621</sup> En Perú, se detectó la escasa profundidad y la poca utilidad de la investigación realizada por el Ministerio Público, la falta de elaboración de las acusaciones y la ausencia de razonamiento de la pena solicitada por el fiscal, al lado de decisiones que probablemente generaban impunidad.<sup>622</sup>

En Paraguay, la ineficacia de la actuación del Ministerio Público se incrementó en el caso de delitos económicos y de corrupción: en 80 causas respecto de las cuales se presentó acusación fiscal entre 2001 y 2005, 77% de los acusados no pudieron ser juzgados debido a la extinción del proceso en razón del venci-

<sup>619</sup> Rodrigo Uprimny *et al.*, “Entre el protagonismo y la rutina. Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 291.

<sup>620</sup> “La reforma procesal penal en Colombia”, *Reformas procesales penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa*, Santiago de Chile CEJA, 2007, pp. 114, 129.

<sup>621</sup> Ileana Arduino, *op. cit.*, pp. 161, 168, 171.

<sup>622</sup> Luis Pásara, *Calidad de la producción en la reforma procesal penal. Una exploración empírica en Huaura*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2010.

miento del plazo máximo de duración del proceso penal.<sup>623</sup> En Guatemala, entre 2003 y 2007, el presupuesto del Ministerio Público aumentó en 59.6% (en dólares estadounidenses); no obstante, en el año 2006 la institución resolvió un número de casos equivalente a 7% de los ingresados y al año siguiente esa tasa descendió a 4%.<sup>624</sup> En varios países, la disparidad entre la defensoría penal pública y el Ministerio Público fiscal es muy grande, haciendo que la prometida “igualdad de armas” entre acusación y defensa se sume a las promesas incumplidas.

La Reforma Procesal penal no ha reducido la impunidad ni ha aumentado la confianza ciudadana en el sistema.<sup>625</sup> Introducida y justificada, como se ha anotado, en el marco de una creciente ola delictiva, la reforma ha provisto respuestas a la criminalidad que se mueven en dirección contraria a las exigencias de “mano dura” gestadas en la cultura jurídica prevalente en la región. De un lado, se ha redefinido la institución de la prisión preventiva, que la reforma restringe sobre todo a los casos de peligro de fuga o peligro procesal, con lo que las cifras de detenidos preventivamente tienden a caer. De otro lado, se tiene la introducción de la admisión de culpabilidad (*plea bargaining*) que a cambio reduce los términos de la acusación y la cuantía de la pena, lo que a menudo conlleva que no se imponga reclusión efectiva. En un contexto en el que el ciudadano sabe que el número de efectivamente condenados es mínimo en relación con las denuncias —aunque no sea de público conocimiento que en diversos países equivalen a uno

<sup>623</sup> Observatorio Judicial, *Investigación académica sobre el cumplimiento de los plazos procesales en las causas penales*, Asunción, Universidad de la Integración de las Américas-USAID, 2006.

<sup>624</sup> *El Observador Judicial*, núm. 72, año 10, marzo-abril de 2008, El Ministerio Público. Estado de Situación.

<sup>625</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *IDB Experience in Justice Reform. Lessons Learned and Elements for Policy Formulation*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2001, p. 9; Sebastián Linares Lejarraga y Borja Díaz Rivillas, “Fortalecimiento de la independencia judicial en Centroamérica: un balance tras veinte años de reformas”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, p. 50.

o dos por ciento de los delitos denunciados—, ir a prisión preventiva es socialmente visto como un adelanto de la improbable condena por llegar y la condena a prisión efectiva es percibida como la única sanción real. En ambos casos, la reforma entrega resultados contrarios a aquello que la gente, acaso de manera prejuiciada, espera del sistema penal. Las instituciones del sistema reformado no han explicado la perspectiva de los cambios a la población ni se han hecho cargo de las demandas ciudadanas en torno a la seguridad pública.<sup>626</sup> En la mayoría de países la Reforma Procesal Penal se ha aislado de la ciudadanía.

Descartada la reforma como instrumento de combate a la delincuencia —que nunca debió ser uno de sus objetivos—, limitados sus efectos a que en algunos países se ha logrado producir decisiones más rápidamente, la discusión más reciente gira en torno a qué capacidad tiene el modelo reformado para producir soluciones de calidad, siendo así que algunas de las respuestas que da el sistema —que equivalen a dejar sin respuesta el agravio cometido— evidentemente carecen de calidad. Las diversas críticas formuladas a la reforma han llevado a acciones de contrarreforma en Chile y en Ecuador, además de diversas propuestas similares en otros países. En los debates post reforma suscitados en cada país, ha surgido el asunto de los altos costos, entendidos éstos no sólo como los mayores presupuestos dedicados a la justicia penal sino como el conjunto de necesidades derivadas del cambio de sistema: establecimiento de nuevas reglas internas y procedimientos, adopción de nuevos roles por los protagonistas, adecuación de cada organización a los nuevos procedimientos y la baja en rendimientos que estos reacomodos producen.

En 1995, cuando los primeros países intentaban la reforma, Binder anticipó tres dificultades: “No contamos con datos suficientes sobre los sistemas que hay que cambiar... las instituciones judiciales —en sentido lato— no tienen costumbre de planificar. [... Más bien, prevalece] una concepción mágica sobre el

<sup>626</sup> Cristián Riego R., *op. cit.*, p. 30.

funcionamiento de la ley, de modo que no existe una preocupación por desarrollar las medidas necesarias para que la ley entre en vigencia”.<sup>627</sup> La experiencia italiana sugería la existencia de una dificultad cultural para abordar la reforma trasplantada, en el caso de abogados y magistrados educados en un sistema basado en fundamentos distintos.<sup>628</sup> Se ha reconocido la dificultad de introducir un nuevo tipo de proceso en ambientes institucionales no reformados, esto es, una apuesta a la reforma sin un cambio institucional amplio,<sup>629</sup> y en muchos casos, sin que exista “una política pública en materia de reforma judicial” entendida como “una definición de objetivos estratégicos y el manejo de instrumentos destinados a conseguirlos”.<sup>630</sup> La ejecución de la reforma ha hecho percibir diversos obstáculos pero acaso el más importante sea la debilidad del Estado en muchos de los países de la región, cuya constatación ha llevado a un importante promotor de la reforma a preguntarse “hasta qué punto el modelo de reforma judicial puede desvincularse del tipo de Estado en que ésta se inserta y si es que los estados latinoamericanos de menor fortaleza institucional debieran tener como objetivo la instalación de sistemas judiciales complejos como los que se han promovido en materia penal, o si no existen otras posibilidades más adecuadas”.<sup>631</sup>

La Reforma Procesal Penal probablemente ha depositado una esperanza desmesurada en que el cambio de modelo de enjuiciamiento debería producir alteraciones significativas en actitudes, hábitos y comportamientos. Lo que equivale a decir que se puso

<sup>627</sup> Alberto Binder, “Reflexiones sobre el proceso de transformación de la justicia penal”, en Joan B. Safford *et al.*, *La implementación de la reforma procesal penal*, Santiago de Chile, CDJ-CPU-N.S.S.C., 1996, p. 53.

<sup>628</sup> Marco Fabri, “El proceso criminal en Italia después de la reforma de 1989”, en Joan B. Safford *et al.*, *La implementación de la reforma procesal penal*, Santiago de Chile, *cit.*, p. 100.

<sup>629</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

<sup>630</sup> Cristián Riego R., *op. cit.*, p. 29.

<sup>631</sup> *Ibidem*, p. 49.

demasiadas expectativas en las posibilidades de inducir cambios en las conductas a partir de un cambio legal.<sup>632</sup> El movimiento de reforma, por otra parte, no se apoyó en una base social comprometida con la reforma;<sup>633</sup> Chile alcanzó cierta excepcionalidad en el sentido de que se logró que los medios de comunicación promovieran la formación de una tendencia de opinión favorable a la reforma. En ningún otro país ocurrió algo equivalente.

Pese a la serie de dificultades que enfrenta la Reforma Procesal Penal en los diversos países que han intentado ponerla en ejecución —entre ellas, el enorme déficit de capacidad investigativa de los aparatos institucionales—, es todavía prematuro formular un balance de sus resultados. Pero resulta pertinente preguntarse si, en el supuesto de que esta reforma resultase una promesa incumplida debido a su ambición acaso excesiva, no resultaría ensanchada la brecha entre derecho y realidad<sup>634</sup> que padece históricamente América Latina.

<sup>632</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 38; Máximo Langer, “Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, octubre de 2007, núm. 5, p. 657.

<sup>633</sup> Máximo Langer, “Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, núm. 5, octubre de 2007, pp. 620, 652.

<sup>634</sup> Mark Ungar, *Policing Democracy. Overcoming Obstacles to Citizen Security in Latin America*, *cit.*, p. 30.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

Libro completo en

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?!=3882>

## CAPÍTULO CUARTO

### OTROS ACTORES, UN MITO Y NUEVOS DESAFÍOS

Esta parte del libro reúne varios temas indispensables para completar una composición del tema y sus principales elementos. De un lado, se aborda en ella el papel desempeñado por dos actores del drama de la justicia. Primero, la sociedad civil, que ha venido siendo invocada y reclamada crecientemente como un protagonista necesario del proceso de reforma. Al examinar este asunto aparece necesariamente el de las (ONG), actores reales del proceso. Segundo, la cooperación internacional en materia de justicia, que ha participado de manera activa, y a veces preponderante, en muchos proyectos de reforma y sobre cuyo modelo de actuación y rendimientos se ofrecerá un balance crítico. De otro lado, se examinará un mito —muy alentado por la cooperación internacional, precisamente— que, sin evidencias comprobadas, atribuye a la justicia un papel clave en la inversión y el crecimiento económico. Finalmente, se prestará atención a dos cuestiones emergentes que revisten creciente importancia: de una parte, el desafío planteado a la justicia por el reconocimiento de otros órdenes jurídicos dentro del mismo territorio —en particular, pero no sólo, el derecho indígena—, y de otra, el reto, que enfrentan los jueces, de asumir un rol activo en terrenos que correspondían tradicionalmente a otros actores públicos y, dentro de ello, formular las políticas públicas que las otras ramas del Estado no definen o, desde la percepción ciudadana, definen insatisfactoriamente.

## I. LA BUSCADA SOCIEDAD CIVIL

Como cualquier otra reforma del Estado, la reforma del aparato de justicia tendría que resultar facilitada, tanto para iniciarla como para llevarla a cabo, allí donde hubiera demandas, presiones y exigencias a favor de ella que proviniesen de importantes sectores sociales.<sup>635</sup> Cuando las reformas realizadas en América Latina mostraron signos de empantanamiento, el tema de la participación de la sociedad civil en ellas cobró gran importancia en el discurso reformista. Puesto en términos simples, si las reformas no marchaban al paso esperado o no desarrollaban en la dirección prevista, la intervención activa de la sociedad civil tendría que venir a poner remedio a flaquezas y desviaciones.

Planteado el asunto como parte de un discurso normativo —“la sociedad civil debe tomar parte en las reformas”— una primera dificultad surge con la noción misma de “sociedad civil”, en cuyo origen hay inscrita una contraposición con el Estado pero que en su uso actual parece aludir a sectores de población organizada en torno a determinados objetivos o propósitos. Aunque la noción no es precisa —y, debido a que en la práctica recibe diversos significados, acaso no sea muy útil—, resulta inevitable en la medida en la que, en este terreno como en otros, invocarla se ha convertido en un tópico.

Una segunda dificultad proviene de la constatación de que, en algunos países, al tiempo de que la participación internacional en los procesos de reforma era muy intensa, las organizaciones de la sociedad civil se hallaban casi ausentes; tal fue el señalamiento hecho en El Salvador, por ejemplo: no había habido participación social ni en la construcción de la agenda de reforma, ni en la definición de prioridades y medidas a adoptar. Puestas en marcha las reformas, las organizaciones de la sociedad civil quedaron fuera, debido a su debilidad o a su incapacidad.<sup>636</sup> Se percibió que, al

<sup>635</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*, cit., p. 7.

<sup>636</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 355.

mismo tiempo que se daba esa ausencia en el proceso de reforma, sí había la presencia espasmódica de un reclamo social no concordante con las medidas de cambio en curso al expresar una exigencia de “mano dura”, incluso hasta el punto de considerar justificada la justicia por mano propia.<sup>637</sup> En países como los latinoamericanos, donde la sociedad civil —entendida como los grupos sociales organizados— es débil y fragmentada, se venía a constatar, pues, una doble dificultad: distancia social de las reformas emprendidas y reclamos de corte autoritario que parecían situarse borrosamente en la perspectiva de otro tipo de cambios, que tiempo después, al ser asumidos oportunistamente por líderes políticos en la región, serían considerados como el fenómeno del “populismo punitivo”,<sup>638</sup> esto es, la oferta de mayor actividad repressiva y penas más severas para contener el incremento delictivo.

Pese a esfuerzos relativamente exitosos —como el desarrollado en los años noventa por Poder Ciudadano en Argentina para llevar el Senado antecedentes sobre candidatos discutibles que el Poder Ejecutivo había propuesto a ese órgano para ocupar tribunales de segunda instancia—, en la región se ha constatado la ausencia de mecanismos estables y regulares para ejercer escrutinio público en los nombramientos judiciales.<sup>639</sup> Solamente en Perú la ley ha dispuesto incorporar representantes de la sociedad civil en órganos del sistema de justicia encargados de funciones administrativas y de control; una evaluación de la actuación de tales actores ha encontrado una “falta de compromiso con la implementación de la reforma” de parte “de los representantes de los colegios profesionales y de las universidades en el Consejo Nacional de la Magistratura”.<sup>640</sup>

<sup>637</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, 244 y 263.

<sup>638</sup> Anthony Bottoms, “The philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en C. Clarkson y R. Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 17-50.

<sup>639</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 159.

<sup>640</sup> Javier de Belaunde López de Romaña, *La reforma del sistema de justicia. ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, *cit.*, p. 196.

En América Latina, como se ha señalado en el caso brasileño, la ciudadanía “asiste de lejos, muy de lejos, al proceso de moralización y de reforma del Poder Judicial: la discusión parece restringirse a los políticos, a los jueces y a los operadores del derecho”.<sup>641</sup> Careciéndose de lugares para que los ciudadanos expresaran su voz en materia de justicia, ésta quedó circunscrita en la escena pública a la publicación de encuestas —con resultados casi siempre marcadamente desaprobatarios del sistema—, a la brutal manifestación expresada en los linchamientos y, sobre todo en algunos países, la decisión tácita de no comparecer en estrados judiciales a menos que sea inevitable. De esta manera, la insatisfacción manifiesta de la opinión pública respecto a la justicia no se ha traducido en un reclamo, de contenido articulado y homogéneo, de una justicia distinta.<sup>642</sup> Probablemente, la inhibición notoria de los partidos políticos y de las universidades, respecto a elaborar la materia, contribuyó decisivamente a mantener este vacío.

No obstante, el discurso reformista no cesó en proclamar la importancia decisiva de la sociedad civil en la función de control y vigilancia sobre el desempeño del aparato de justicia y las reformas que le fueran aplicadas. Al tiempo de que desde los organismos internacionales se planteaba que los proyectos de reforma debían incluir la capacitación y la movilización de los grupos de la sociedad civil<sup>643</sup> —como en efecto ha ocurrido—, desde el discurso reformista se siguió insistiendo en que los grupos y actores de la sociedad civil “juegan un papel clave” en la materia y se continuó depositando expectativas en ellos.<sup>644</sup> Es un discurso que

<sup>641</sup> Eliane Botelho Junqueira, “Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total”, en Héctor Fix-Fierro (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, cit., p. 131.

<sup>642</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 163.

<sup>643</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op. cit.*, p. 29.

<sup>644</sup> David A. Shirk y Alejandra Ríos Cázares, “Introduction: Reforming the Administration of Justice in Mexico”, 2007; Wayne Cornelius y David A. Shirk, *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, cit., p. 5; Daniel Brinks, “Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina The beginning of a New Millennium?”, *Texas International Law Journal*, vol. 40, 2005, p. 622.

no deja del todo claro si describe una realidad —lo que, al mirar América Latina, parecería bastante descaminado— o se limita a proponer un camino que, bajo el modelo de los países desarrollados —donde las demandas sociales organizadas usualmente no dejan de ser procesadas por el sistema de justicia—, se considera deseable, aunque no resulte claramente factible al cotejarlo con la realidad de la región.

Constituir el tejido de una sociedad civil con fortaleza —cualquiera sea el propósito— resulta difícil en esta realidad. A esa dificultad contribuyen los pobres niveles educativos, los efectos de la marginalidad económica y social a la que se ha unido la violencia crónica, y los rasgos de un régimen político en el que periódicamente hay elecciones pero no existe participación democrática sino que prevalecen mecanismos y redes clientelares. Todos estos factores dificultan no sólo la actuación sino incluso la creación de organizaciones sociales de base<sup>645</sup> que son los núcleos de la sociedad civil. Aquellas organizaciones que, pese a las dificultades, logran operar generalmente lo hacen en torno a los intereses y objetivos inmediatos de sus asociados: la luz, el agua potable, las vías pavimentadas, la escuela y el centro de salud; excepcionalmente, entre ellos, aparece el tema de la justicia sólo como reclamo en casos concretos, nunca como planteamiento de reforma del sistema, dados los obstáculos que el ciudadano promedio encara para conocer esta materia y, en consecuencia, pensar en soluciones.

Es consecuencia de esa condición social latinoamericana la ausencia de la sociedad civil de los procesos de reforma de justicia;<sup>646</sup> las bases sociales de apoyo al cambio en justicia no han llegado a existir. Al tiempo que los sectores socialmente mejor situados han tratado de resolver sus problemas por otra vía

<sup>645</sup> Mark Ungar, *Evasive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>646</sup> Luis Pásara, “Cambios en el sistema de justicia y sociedad civil”, en Luis Pásara *et al.*, *Justicia y sociedad civil. El papel de la sociedad civil en la reforma judicial: estudios de casos en Argentina, Chile, Colombia y Perú*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2003, pp. 9-37.

—los de seguridad mediante policías privadas, los de tribunales mediante el arbitraje o el uso directo de la fuerza—, la reforma de la justicia no ha podido constituir una base social de sustento, carencia que contribuye a explicar el fracaso o las severas limitaciones de diversos esfuerzos y proyectos.<sup>647</sup> Por eso puede concordarse en que, si bien en el largo plazo, la sociedad civil debería ser importante en la función de vigilar a un sistema de justicia reformado, de momento, su aporte será necesariamente limitado.<sup>648</sup>

No obstante, a lo largo del camino recorrido, el discurso reformista pasó poco a poco por una transformación en la que el lugar de la sociedad civil fue ocupado por las organizaciones no gubernamentales (ONG). Los textos favorables a las reformas empezaron por invocar a la sociedad civil para luego, “en particular”, trasladar a las (ONG) las responsabilidades asignadas originalmente a aquélla.<sup>649</sup> En los hechos, con alguna frecuencia los directivos de estas organizaciones han pasado a considerarse depositarios de esas responsabilidades, pese a que las (ONG) no pueden ser consideradas como delegados de la comunidad,<sup>650</sup> dado que no están dotadas de representatividad social —y constitutivamente no tendrían por qué estarlo—.

Las (ONG), como actores en el proceso de reforma, no pueden ser consideradas como representantes de la sociedad civil, aunque a veces esta confusión se produzca e incluso se propicie. La legitimidad de la presencia de estas organizaciones en el tema está dada no por la representatividad social, que no tienen por

<sup>647</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, pp. 352 y 353.

<sup>648</sup> William Ratliff y Edgardo Buscaglia, “Judicial Reform: The Neglected Priority in Latin America”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 550, marzo de 1997, p. 66.

<sup>649</sup> Druscilla Scribner, “Courts, Power, and Rights in Argentina and Chile”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 270.

<sup>650</sup> Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *Sistemas Judiciales*, año 4, núm. 8, 2005, p. 105; Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 354.

qué tener, sino por la calidad de las contribuciones que hagan en términos tanto de vigilancia sobre el proceso como de aportaciones a su desarrollo. Más que preguntarse a quién representan —como algunas veces se ha hecho erróneamente—,<sup>651</sup> dado que es una interrogante improcedente, es pertinente indagar acerca de cuáles son las capacidades con las que cuentan las (ONG) que trabajan el tema y cuál es el nivel de los aportes que efectúan. Su legitimidad depende de los resultados de la aplicación de tales criterios. A título de ejemplo puede mencionarse el reconocimiento alcanzado por las (ONG) guatemaltecas en su combate a la impunidad y la vigilancia sobre el sistema de justicia.<sup>652</sup>

En verdad, las (ONG) que trabajan en asuntos de justicia —como las que lo hacen en otros ámbitos— no buscan ser representativas sino que, sobre la base de un grupo de personas que desarrolla un interés activo en el tema, pretenden, valiéndose de diversos mecanismos, promover la reforma del sistema de justicia e influir en su ejecución. De hecho, en muchos países las (ONG) se cuentan entre los actores más dinámicos en esta área. No obstante, desarrollada su actuación, presentan cierta dificultad para expandir su audiencia y formar coaliciones amplias en torno a las agendas que proponen.<sup>653</sup> Estas limitaciones en ocasiones no son vistas como tales por sus directivos, a algunos de los cuales parece bastar que las agencias de cooperación internacional encuentren justificado su trabajo y sigan financiándolo.

En el área de justicia, el discurso de la cooperación internacional va muy de la mano del de las (ONG), lo que, debido a la influencia que la cooperación ejerce sobre las autoridades gubernamentales, auspicia la presencia de aquéllas e incluso su aceptación en medios que, como el de las instituciones de justicia, son reacios en principio a consentir su intervención, que no deja

<sup>651</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, pp. 102, 337.

<sup>652</sup> Rachel Sieder, “Renegociando ‘la ley y el orden’. Reforma judicial y respuesta ciudadana en la Guatemala de posguerra”, *op. cit.*, p. 76.

<sup>653</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *op. cit.*, p. 24.

de generar discrepancias e incomodidades.<sup>654</sup> Toleradas, más que aceptadas, las (ONG) que trabajan en justicia son a veces convocadas, a veces rechazadas y a veces temidas en el ámbito de las instituciones gubernamentales. En diversos países, su influencia, pese a las dificultades por las que algunas atraviesan, no es poca.

Siendo claro que la presencia de las (ONG) en los procesos de reforma no sustituye o reemplaza la de la sociedad civil, cabe preguntarse si las (ONG) pueden promover la presencia de la sociedad civil. En principio, pueden hacerlo sobre todo mediante los aportes técnicos que puedan formular con tal propósito e iniciativas específicas destinadas a hacer presentes a actores de la sociedad civil; de esto último es ejemplo el exitoso llamado hecho en Argentina, en los años noventa, por la (ONG) Poder Ciudadano para que la ciudadanía informara a sus representantes políticos acerca de los antecedentes de los candidatos a cargos judiciales. Al pensar la reforma de la justicia en términos estratégicos, las (ONG) también pueden contribuir a que otros participantes del proceso integren a actores de la sociedad civil. Esto es lo que se deduce del trabajo de las (ONG) que participaron activamente en la experiencia chilena de la Reforma Procesal Penal, impulsando cuando menos el respaldo social al proceso. Los promotores iniciales de esa reforma, Juan E. Vargas y Cristián Riego, se constituyeron en lo que un autor considera “empresarios” de la misma, especializados en la promoción de reformas institucionales a partir de una base académica, que desarrollaron su tarea, primero, en el país, y luego, internacionalmente, desde el Centro de Estudios de Justicia de las Américas<sup>655</sup> que, formalmente integrado al sistema interamericano de la (OEA), es una suerte de (ONG) internacional de prestigio.

<sup>654</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 411.

<sup>655</sup> Daniel Palacios Muñoz, “Criminal procedure Reform in Chile. New Agents and the restructuring of a Field”, en Ives Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Abingdon, Routledge, 2011, pp. 123-125.

Pero, en definitiva, lo que pueda hacerse desde una (ONG) nacional o internacional no resuelve el problema de la ausencia de la sociedad civil del proceso de reforma de justicia. Esta ausencia se explica, en lo esencial, por la carencia de intereses organizados activos en la reforma y da lugar a una severa limitación en el número y la representatividad de los actores que protagonizan el proceso. La inhibición de la sociedad civil contribuye a un aumento inconveniente de la dimensión y el peso de los otros actores. Entre éstos se hallan, en un lugar importante, los actores internacionales, que provienen fundamentalmente de la intervención de las entidades de la cooperación internacional en el tema.

## II. EL PAPEL DE LA COOPERACIÓN Y LOS ACTORES INTERNACIONALES

En varios países latinoamericanos la reforma de la justicia ha ingresado en la agenda pública mediante las acciones desarrolladas por la cooperación internacional. Esas acciones de entidades y actores externos se enmarcaron, en los últimos 25 años, en la “internacionalización” del tema de la justicia. Bajo el paraguas de “derechos humanos” o el de “gobernabilidad”, se ha hecho usual la aparición de informes, observatorios e índices internacionales que “midan” o califican la justicia de nuestros países y del resto del mundo, a pesar de que de hecho se basan preferentemente en encuestas de opinión y no evalúan la calidad efectiva del producto generado por los aparatos de justicia.

El apoyo internacional a la reforma de la justicia latinoamericana empezó en la década de los años ochenta. Primero, el departamento de Estado de EE.UU. creó un grupo inter-agencias para trabajar el tema y, luego, la Comisión Bipartidaria sobre Centroamérica recomendó en 1984 “nutrir las culturas, instituciones y prácticas democráticas, incluyendo sistemas judiciales fuertes para ampliar la capacidad de hacer justicia en casos de agravios vinculados a seguridad personal, derechos de propiedad

y libertad de expresión”.<sup>656</sup> Ese mismo año, la agencia de cooperación estadounidense, (USAID), lanzó en El Salvador su primer programa en esta materia. Hasta fines de 1999, Washington había desembolsado 300 millones de dólares estadounidenses en proyectos de reforma de la justicia.<sup>657</sup> Las cifras de los años siguientes no están disponibles. Entre 1992 y 2011, el Banco Mundial, con 305 millones de dólares estadounidenses, y el Banco Interamericano de Desarrollo, con casi 1,205 millones de dólares estadounidenses se convirtieron en las principales fuentes financieras para esta área. Del total, 4% correspondió a fondos no reembolsables y 96% (1,450 millones de dólares estadounidenses) fueron entregados en calidad de préstamos efectuados a los gobiernos de la región; esto es, se sumaron a la deuda externa.<sup>658</sup> Si a los montos citados se añade los que corresponden a otras fuentes importantes de cooperación —Alemania, España, los países nórdicos— puede estimarse que el flujo externo dirigido a transformar la justicia, en los últimos 25 años, supera con facilidad la cifra de 2,000 millones de dólares estadounidenses.

En lo que sigue de esta sección se aborda algunos elementos característicos del funcionamiento de la cooperación internacional en esta área; se examina luego la dinámica de las relaciones entre los actores nacionales y los internacionales; finalmente, se traza los límites que enfrentan la actuación de los actores internacionales y los proyectos auspiciados por sus agencias.

Al abordar la forma de actuación de la cooperación, lo primero que debe tenerse en cuenta es que una buena parte de las iniciativas en esta área son tomadas por actores y organizacio-

<sup>656</sup> *Report of the National Bipartisan Commission on Central America*, 1984, p. 51.

<sup>657</sup> Margaret Sarles, “USAID’s Support of Justice Reform in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies, University of London, 2001, p. 47.

<sup>658</sup> Luis Pásara, *International Support for Justice Reform: Is it Worthless?*, Washington, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Latin American Program Working Paper, 2012, pp. 1-3.

nes internacionales que ofrecen ayuda a ministerios de justicia, cortes supremas y otras instituciones del sistema. Tal ayuda, que puede corresponder a préstamos o a donaciones, usualmente consiste en apoyo técnico y fondos para llevar a cabo un proyecto o un conjunto de proyectos. Ambos componentes son atractivos para las autoridades nacionales y ha habido casos en los que, en razón del ingreso de fondos externos, las autoridades económicas y financieras han desarrollado más interés en los proyectos que las propias cúpulas del sistema de justicia. En el caso del Banco Mundial, la iniciativa de proponer préstamos a los países fue una política adoptada y agresivamente puesta en ejecución por Robert McNamara, quien asumió su presidencia a finales de los años sesenta,<sup>659</sup> esto es, mucho antes de que el Banco ingresara al asunto de reformar la justicia.

Establecido al inicio que el actor internacional toma la delantera, en la mayor parte de los casos los países han encontrado irresistibles las propuestas formuladas por los actores de la cooperación internacional, que han sido adoptadas sin mayor análisis ni discusión.<sup>660</sup> Las propias fuentes oficiales estadounidenses han señalado que, en el caso centroamericano, a los proyectos de (USAID) les fueron asignados fondos por el Congreso antes de que los gobiernos de la región demostraran voluntad de emprender reformas en esta área.<sup>661</sup> Con tal punto de partida, muchos proyectos luego no fueron hechos suyos por los actores nacionales.

La fase inicial de un proyecto es, o debería ser, un diagnóstico adecuado del problema a ser enfrentado mediante el mismo. Sin embargo, esa fase a menudo es muy corta y las conclusiones a las

<sup>659</sup> Catherine Weaver, *Hypocrisy Trap. The World Bank and the Poverty of Reform*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008, p. 85.

<sup>660</sup> Luis Salas, "From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America", en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies, University of London, 2001, p. 44.

<sup>661</sup> U.S.G.A.O. United States General Accounting Office, *U.S. Assistance for Justice Administration*, Washington, GAO/B-252458, 1993, p. 14.

que se llega resultan superficiales, usualmente referidas sólo a la esfera legal, sin que presten atención al funcionamiento efectivo del sistema<sup>662</sup> ni al entorno político y social que determina ese funcionamiento. Como resultado de este enfoque, los proyectos en diversos casos atienden más a los síntomas que a las causas de la realidad a ser transformada. Comprobar que los jueces tienen una formación pobre lleva a programas de capacitación; verificar que la infraestructura es inadecuada conduce a la construcción de edificios y la adquisición de computadoras; establecer que los procesos se mueven con lentitud aconseja la adopción de un sistema para manejar los casos. Al fijar los objetivos, no se llega a las raíces en las que se explica por qué los jueces tienen una formación deficiente, ni surge la pregunta acerca de si el personal existente podrá manejar las computadoras o el nuevo sistema de flujo de casos. Menos aún aparecen las preguntas acerca de por qué se ha mantenido el Estado de cosas existente y a quién resulta útil mantenerlo y, por tanto, se convertirá en un enemigo de las reformas.<sup>663</sup>

Salvo el caso de los diagnósticos llevados a cabo, a comienzos de la década de los años noventa, por equipos de Florida International University —cuyos interesantes resultados no fueron aprovechados luego en los proyectos de reforma—, en las evaluaciones efectuadas como trabajo previo a una reforma generalmente no aparece la relación entre el problema concreto que se quiere enfrentar y el contexto en el que tal problema se generó y desarrolló. En consecuencia, las raíces históricas y culturales del problema son usualmente ignoradas o subestimadas. Otra interrogante esencial, e igualmente ausente, corresponde a sí el Estado está en condiciones de llevar a cabo un programa determinado en el área del Estado de derecho,<sup>664</sup> cuestión que

<sup>662</sup> Julio Faundez, *The World Bank Justice Reform Portfolio. A Preliminary Stocktaking*, 31 de julio de 2005, p. 23.

<sup>663</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 102.

<sup>664</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *op. cit.*, p. 10.

a menudo se esquivo con el argumento de que con el proyecto se crearán las condiciones para establecer programas más ambiciosos en esta área. Una funcionaria del (BID) escribió que “sería contraproducente rehusarse a trabajar en la reforma de justicia en aquellos países que no satisfacen los criterios establecidos por el Banco en materia de independencia judicial o acerca del consenso en torno a las reformas”.<sup>665</sup>

Con este argumento, los proyectos pueden ser desarrollados en cualquier país, haya o no condiciones para ello.

Si las condiciones en el país no importan y los diagnósticos son endebles, ¿cómo se define los contenidos de un proyecto? Inicialmente el acento estuvo en el cambio de leyes, alentado por la percepción de los abogados locales de que los problemas de la justicia residían en la antigüedad de códigos y normas procesales. Este enfoque habría de repetirse, muchos años después, en la ayuda prestada a Europa Oriental, una vez concluida la era soviética. En América Latina el énfasis en los cambios legales fue perdiéndose poco a poco, no obstante lo cual se llevó a cabo una ambiciosa Reforma Procesal Penal, según se ha visto antes en este libro, en la que se esperaba que a partir de los nuevos códigos emergieran nuevos comportamientos de los actores. El esfuerzo modernizador en los cambios legales se complementó, de un lado, con inversiones en infraestructura (edificios y computadoras) que tenían la ventaja —desde el punto de vista de las entidades cooperantes— de no ser controvertidas, y de otro, con conferencias, seminarios y talleres de capacitación. Como el tiempo demostró que no se estaba produciendo un cambio efectivo en el sistema, las entidades de cooperación desarrollaron una suerte de modelo válido para toda la región, cuya aplicación relega a segundo plano las condiciones prevalecientes en cada país. En palabras de una funcionaria del Banco Mundial:

<sup>665</sup> Christina Biebesheimer, “Justice Reform in Latin America and the Caribbean: the IDB Perspective”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies-University of London, 2002, p. 106.

los elementos básicos de una reforma judicial deberían incluir medidas con respecto a garantizar la independencia judicial mediante cambios en la preparación del presupuesto de la judicatura, el nombramiento de jueces y los sistemas disciplinarios; mejorar la administración de tribunales mediante la adopción del manejo de casos y otras reformas; ofrecer mecanismos alternativos de resolución de conflictos; ampliar el acceso del público a la justicia, incorporando cuestiones de género en el proceso de reforma; y redefinir o ampliar la educación legal y los programas de capacitación para estudiantes, abogados y jueces.<sup>666</sup>

Provieniendo de las agencias internacionales una combinación de las recetas a utilizar con el dinero disponible para aplicarlas, la adopción de estos contenidos resultó facilitada incluso sin que fuera necesario utilizar la condicionalidad,<sup>667</sup> esto es, la obligación contraída por el país beneficiario, al recibir el préstamo, de poner en práctica determinadas reformas legales e institucionales. En diversos países surgieron así consejos de la judicatura y academias o escuelas judiciales, al tiempo que se instalaban los mecanismos alternativos de resolución de conflictos bajo la misma plantilla.<sup>668</sup> Usualmente, en el modelo básico también reaparecieron los edificios y los sistemas computarizados, que han consumido una parte muy importante de los presupuestos dedicados a la reforma. Y, por supuesto, el componente de la capacitación se hizo obligado; tratándose de jueces, fiscales, defensores públicos o abogados, se prescribió capacitación generalizadamente, una y otra vez, sobre los temas más diversos, y casi siempre, sin resultados de significación.<sup>669</sup> Finalmente, cuando se decidió incluir el componente de la sociedad civil, según se ha

<sup>666</sup> María Dakolias, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*, Washington, World Bank Technical Paper, núm. 319, 1996, p. 7.

<sup>667</sup> *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, Washington, The World Bank, 2004, pp. 6-8.

<sup>668</sup> Jodi S. Finkel, *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2008, p. 26.

<sup>669</sup> Julio Faundez, *op. cit.*, p. 9.

visto en la sección anterior, la financiación de (ONG) fue incorporada al modelo. Definidos así los contenidos estándar, de una parte, los diagnósticos quedaron reducidos a un requisito formal, sin mayores efectos sobre el diseño de los proyectos; de otra, en muchos casos, los proyectos combinaron actividades diversas, no siempre adecuadamente relacionadas, carente el conjunto de ellas de una estrategia que identificase prioridades y una secuencia estructurada en razón del impacto y la capacidad para generar subsecuentes cambios.<sup>670</sup>

La mayoría de los proyectos financiados con fondos internacionales no han sido elaborados por personal de las instituciones del sistema de justicia que serían “beneficiarias” del proyecto. El diseño usualmente ha estado a cargo de consultores propuestos por la entidad cooperante, que en breves visitas al país se informan sobre todo mediante funcionarios de gobierno<sup>671</sup> y en sus propuestas se valen frecuentemente de “trasplantes” legales provenientes de países desarrollados,<sup>672</sup> recurso que les ahorra el laborioso esfuerzo de comprender en profundidad las peculiaridades de la sociedad a la que está destinado su trabajo.<sup>673</sup>

Una característica del diseño de los proyectos con financiación internacional proviene de sus plazos relativamente breves —entre uno y tres años; excepcionalmente, cinco—, en los que difícilmente resulta posible desterrar prácticas del sistema de jus-

<sup>670</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op cit.*, pp. 30 y 31, 41.

<sup>671</sup> Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *op cit.*, p. 45.

<sup>672</sup> Pilar Domingo y Rachel Sieder, “Conclusions: Promoting the Rule of Law in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder, *op cit.*, pp. 145 y 146; Bryant G. Garth e Yves Dezalay, “Introduction”, en Yves Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *Global Prescriptions. The Production, Exportation, and Importations of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2002, p. 5; Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *Sistemas Judiciales*, año 4, núm. 8, 2005, p. 102.

<sup>673</sup> Julio Faundez, “The Rule of Law Enterprise: Promoting a Dialogue between Practitioners and Academics”, *Democratization*, vol. 12, núm. 4, 2005, p. 575.

ticia que se han enraizado durante muy largo tiempo. Para las entidades de la cooperación, en cambio, la necesidad de que un proyecto ofrezca resultados a lograrse en un tiempo más o menos corto resulta imperativa. En esta dinámica, donde prevalece la facilidad aparente de las ideas preconcebidas, resultan subestimados los riesgos del proyecto,<sup>674</sup> y a menudo, son postergados o ignorados los actores nacionales,<sup>675</sup> frustrándose la posibilidad de su aporte. Esto último se agrava cuando, como ocurre tratándose de proyectos grandes, la ejecución es contratada con otra entidad extranjera que tiene establecida una relación de confianza con la agencia financiadora del proyecto.<sup>676</sup>

Para fundamentar su actuación en este terreno y situar la reforma en un marco mayor, las agencias de la cooperación internacional generaron y difundieron un postulado ideológico que eslabonó la reforma de la justicia a la inversión —sobre todo, la extranjera— y, por esa vía, al crecimiento y el empleo. Esta fórmula ideológica será examinada en la siguiente sección de esta parte del volumen. Pero, además de proveer de una racionalidad a la reforma, en esta dirección se colocó objetivos prácticos. Así, parece claro, por lo menos en el caso del Banco Mundial, que su presencia en este terreno ha buscado la creación de “condiciones que permitan un clima de inversión adecuado y reduzcan el costo de las transacciones comerciales”. En esa dirección, el Banco, en lugar de la presión a través de préstamos sujetos a condicionalidad, ha utilizado, para ganar a “actores locales clave” la combinación del conocimiento acumulado a lo largo de su actuación en este tema, la disponibilidad de fondos ofrecidos para llevar adelante los proyectos y las relaciones sociales.<sup>677</sup>

<sup>674</sup> Catherine Weaver, *Hypocrisy Trap. The World Bank and the Poverty of Reform*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008, p. 87.

<sup>675</sup> María Pía Riggirozzi, Knowledge Producers, *Knowledge Users and the World Bank: Research-Policy Dynamics in Argentina's Judicial Reform*, The Global Development Network's 'Bridging Research and Policy' Project, 2005, ms., p. 16.

<sup>676</sup> Luis Salas, *op. cit.*, p. 45.

<sup>677</sup> María Pia Riggirozzi, *op. cit.*, pp. 212, 219.

Como consecuencia de la justificación económica atribuida a la reforma, ésta ha sido presentada como un asunto técnico, no político. El costo de esta presentación, usada exitosamente ante los gobiernos, ha sido no tocar en profundidad determinados temas —de naturaleza inocultablemente política—, como la independencia judicial, que están en las raíces de la problemática del aparato de justicia. Ésta es una de las razones por las que probablemente el (BID) ha dado tanta importancia a asuntos “neutros” como la construcción de edificios y la adquisición de computadoras.<sup>678</sup> Otro campo políticamente “neutro”, y por lo tanto apropiado para ser incluido en los proyectos internacionalmente financiados, ha sido señalado por una funcionaria del Banco Mundial: la eficiencia es un punto de partida prometedor debido a su naturaleza relativamente apolítica. La eficiencia es un área más neutral en la cual pueden iniciarse los cambios sin alteraciones mayores en la estructura de gobierno.<sup>679</sup>

Al preservar intacto un problema fundamental de la justicia, como es su relación con el poder,<sup>680</sup> se posterga todo planteamiento respecto del control judicial sobre la constitucionalidad y la legalidad de los actos de gobierno, función indispensable de la judicatura en un régimen democrático. Los aspectos políticos, que son los más difíciles de abordar por la cooperación internacional,<sup>681</sup> son al mismo tiempo decisivos para el éxito de una reforma.

Un aspecto clave en la cooperación internacional son los fondos. Tratándose de los bancos multilaterales y de grandes donantes, como (USAID), el dinero siempre está disponible y, como se ha indicado antes, no siempre es preciso solicitarlo. El caso de los bancos es fácil de comprender: los bancos *necesitan* prestar el dinero y operan en consecuencia, lo que lleva a que busquen efec-

<sup>678</sup> Julio Faundez y Alan Angell, *op. cit.*, p. 99.

<sup>679</sup> María Dakolias, *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>680</sup> Pilar Domingo y Rachel Sieder, *op. cit.*, p. 154.

<sup>681</sup> Luis Salas, *op. cit.*, p. 41.

tuar préstamos grandes a países que estén dispuestos a aceptarlos, pese a que entre sus prioridades no se encuentran las reformas.<sup>682</sup> La preferencia por préstamos grandes es otra razón para desembolsar dinero destinado a inversiones en infraestructura.

La necesidad de colocar dinero es compartida por las agencias donantes. Atender esa necesidad da lugar a que, en ciertos casos, la disponibilidad del dinero a ser donado no vaya acompañada por la voluntad de las autoridades nacionales de ejecutar las reformas y de su capacidad para absorber la ayuda.<sup>683</sup> No obstante, los funcionarios de las entidades de la cooperación internacional —bancos y donantes— son evaluados según su capacidad para asignar fondos. En consecuencia, al proponer la asignación, así como al informar sobre los resultados, los funcionarios pretenderán que los proyectos son valiosos porque de esto también depende su evaluación personal. Estamos ante rutinas en medio de las cuales los objetivos de reformar la justicia a menudo se pierden, la innovación es infrecuente y la capacidad crítica es escasa. Como resultado, el cambio que las agencias internacionales declaran buscar como su misión no resulta exigido, en los hechos, a los gobiernos<sup>684</sup> que reciben el dinero prestado o donado.

Nada de lo que se ha descrito hasta aquí, como la lógica de actuación de las entidades de la cooperación, sería posible de no ser por un entramado de relaciones entre los actores participantes: los funcionarios y consultores internacionales, de un lado, y los funcionarios nacionales que actúan como sus contrapartes. Desaparecido ya un clima ideológico en el que se rechazaba el “intervencionismo” y hallándonos en plena globalización, los primeros son bien aceptados en la mayor parte de América La-

<sup>682</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, pp. 350-353.

<sup>683</sup> Margaret Popkin, *Peace without Justice. Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2000, pp. 254 y 255.

<sup>684</sup> Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *op. cit.*, p. 43.

tina, al tiempo de que los segundos robustecen su legitimidad al posicionarse dentro de los marcos provistos por el discurso y las prácticas de aquéllos.

Como se ha indicado antes, actores internacionales han conducido a las autoridades nacionales de varios países a considerar y adoptar medidas de reforma de la justicia. Esto siempre ha ocurrido con participación de actores nacionales pero la influencia y el peso de unos y otros varían mucho de un país a otro e incluso de un momento a otro. En aquellos países donde un núcleo de actores nacionales activó el proceso de reforma —como ocurrió en los casos de Costa Rica y Chile— la contribución de los actores internacionales reforzó un proceso endógeno. Inversamente, donde sólo unos cuantos actores locales débiles tomaron parte en el proceso, la intervención internacional se valió de diversos mecanismos de presión para imponer el tema en la agenda pública y luego adquirir cierto protagonismo en la ejecución, como ocurrió en la mayor parte de Centroamérica. Interesa un ejemplo que atañe a la creación y puesta en marcha del Consejo de la Magistratura en Argentina. Su inclusión en el Pacto de Olivos, acordado entre los dos grandes partidos para modificar la constitución, se debió, según el testimonio de uno de los negociadores, a que el informe del (BID) de septiembre de 1993 sobre la justicia en ese país, había planteado crearlo para promover la independencia judicial y modernizar la administración del sistema.<sup>685</sup> Posteriormente, habiéndose postergado la ejecución de la reforma, el Fondo Monetario Internacional se valió de la condicionalidad, en un préstamo a efectuar al gobierno argentino, para obligar a las autoridades a disponer lo necesario para que el Consejo se instalara y funcionara.<sup>686</sup>

Desde el lado internacional, los expertos desempeñan un papel clave al ser comisionados para elaborar un diagnóstico, for-

<sup>685</sup> Jodi S. Finkel, *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2008, p. 59.

<sup>686</sup> Rebecca Bill Chavez, *The Rule of Law in Nascent Democracies. Judicial Politics in Argentina*, Stanford University Press, 2004, p. 143.

mular un proyecto o prestar asesoría durante su ejecución. Se supone que sus capacidades provienen del conocimiento internacional que tienen —en ocasiones, superficialmente— y con el cual pueden ilustrar a las contrapartes nacionales. Se ha reprochado al experto poner énfasis excesivo en los aspectos formales, apoyarse demasiado en los criterios y opiniones de funcionarios del gobierno, y valerse de recetas que importa al país asistido,<sup>687</sup> exacerbando el fenómeno de los trasplantes legales; todo ello sobre la base de una relación asimétrica que es la establecida entre el experto y los actores nacionales.

Pero, en definitiva, el peso adquirido por los expertos internacionales que la cooperación internacional provee sólo es factible en razón de la forma de reconocimiento que le sea otorgado por quienes operan como sus contrapartes nacionales, que puede ir desde la subordinación y la aceptación acrítica de sus aportes hasta un aprovechamiento selectivo de sus capacidades. Tratándose de la importación de ideas e instituciones, la resistencia desde el lado nacional ha sido escasa; incluso, en ocasiones, el origen extranjero de un modelo ha sido usado por actores nacionales —en el caso de la reforma procesal chilena y otras— como un elemento de legitimación de la propuesta.<sup>688</sup> Cómo son recibidos y aprovechados los expertos internacionales es asunto que usualmente depende del conocimiento y las calidades de los actores nacionales: cuanto más altos sean sus niveles, mayor será la exigencia hecha al experto que viene de fuera.

<sup>687</sup> Julio Faundez y Alan Angell, *op. cit.*, p. 103; Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, *op. cit.*, p. 45; Pilar Domingo y Rachel Sieder, “Conclusions: Promoting the Rule of Law in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, *cit.*, pp. 145 y 146.

<sup>688</sup> Daniel Palacios Muñoz, “Criminal procedure Reform in Chile. New Agents and the Restructuring of a Field”, en Ives Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Abingdon, Routledge, 2011, p. 123.

Sin embargo, los actores nacionales frecuentemente no prestan atención sólo al beneficio institucional de la cooperación sino que esperan beneficiarse personalmente de algún modo a través de la relación con el actor internacional.<sup>689</sup> Ser “contraparte” en un proyecto financiado internacionalmente confiere al actor nacional cierto grado de legitimidad de cara a otras agencias gubernamentales, los medios de comunicación y otras agencias de cooperación. Compartir el enfoque, los conceptos y las propuestas que vienen de los actores internacionales es, por eso, una opción muy atractiva para el actor nacional, incluso sin considerar los pequeños beneficios que pueda recibir en viajes, viáticos, uso de vehículos y otras granjerías.

Por su parte, los funcionarios de la entidad cooperante tienen que cultivar la relación con determinados “socios” nacionales porque los necesitan para llevar a cabo sus planes. El “socio” nacional es el referente político o burocrático para el trabajo de la agencia internacional, que adquiere importancia en un ambiente de competencia entre las entidades de la cooperación. Más que simple “contraparte”, el actor nacional pasa a ser un aliado capaz de asegurar la relación entre la agencia internacional y la institución nacional beneficiaria de la cooperación. Es imposible establecer, en abstracto, cuánto de esa relación está alimentada por la confluencia de propósitos entre uno y otro lado, en torno a la reforma, y cuánto corresponde a las necesidades y ambiciones de cada quien. Los intereses de la cooperación externa y los de las autoridades y funcionarios nacionales confluyen porque ambos actores necesitan al otro para sobrevivir exitosamente, objetivo por el cual, en ocasiones, se ha llegado a pactos en nada beneficiosos para la reforma de la justicia.<sup>690</sup>

En sus diversas prácticas, el enfoque de trabajo desarrollado por los actores internacionales tiende a estar guiado por la necesidad de alcanzar los objetivos específicos de los proyectos que

<sup>689</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 260.

<sup>690</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 61.

se hallan bajo su responsabilidad o de los que son parte. En ese horizonte, las necesidades y los objetivos del proceso de reforma pasan a un segundo plano o, en ocasiones, desaparecen para dejar paso simplemente a la facilitación de la ejecución del proyecto. Trátese de préstamos o de donaciones, la lógica de los actores internacionales tiende a: sobrestimar la calidad e importancia de los proyectos y sus posibles resultados; aceptar y hacer suyas las explicaciones de las contrapartes nacionales acerca de los tropiezos y fracasos en la ejecución; y calificar los resultados del proyecto como exitosos. En casos individuales, puede haber en esto una dosis de cinismo pero éste no es un rasgo característico del actor internacional. Muchos de ellos creen verdaderamente en lo que hacen. No obstante, más allá de la buena fe y las mejores intenciones, la lógica de su actuación lleva a que frecuentemente las exigencias de transformación de la justicia queden olvidadas.

En la lógica estrecha de perseguir la ejecución de un proyecto, acaso el peor error que el actor internacional pueda cometer es sustituir a los actores nacionales.<sup>691</sup> En muchas ocasiones, dada la experiencia que tiene, se requiere del actor internacional que se pronuncie sobre los pasos que deben darse. Cuando lo hace, pasa por alto que no tiene lo que los actores nacionales sí pueden tener: el conocimiento de un medio que es único y es lo que habilita para tomar las decisiones clave en el proceso. Esta última observación corrobora lo crucial que es la fortaleza de los actores nacionales. Muchos de los problemas y riesgos aquí examinados pueden ser minimizados, y la imposición de modelos ajenos al medio puede ser evitada, cuando los actores nacionales están dotados de la capacidad y la fortaleza para constituirse efectivamente como interlocutores potentes del actor internacional.

El balance que las propias entidades de la cooperación formulan respecto de las acciones realizadas con el dinero provisto por ellas usualmente resulta claramente sobredimensionado. Una publicación de (USAID) invitaba al lector en 2002 a reconocer el

<sup>691</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 244.

papel de esa agencia “y los cambios que había ayudado a lograr en 15 países: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.” El trabajo de la entidad era presentado como crucial en “colocar el Estado de derecho en la agenda política”, dado que (USAID) “ha sido el catalizador del movimiento de reforma de la justicia en la región”.<sup>692</sup> Tales afirmaciones, y otras similares, no pueden ser respaldadas en datos debido a que la cooperación ha tendido a hacer pocas evaluaciones de su trabajo.<sup>693</sup> Así como el trabajo sobre los proyectos suele empezar por diagnósticos débiles e insuficientes, suele concluir sin evaluaciones serias. En la mayor parte de los casos no hay evaluación sino un informe de actividades realizadas, del tipo de “se aprobaron 10 leyes” o “se capacitó a 500 personas”,<sup>694</sup> esto es, atendiendo a los productos y no a los efectos.<sup>695</sup> Es más bien excepcional encontrar informes de evaluación que miren de cerca los resultados efectivamente producidos en el sistema de justicia a partir de un proyecto o un conjunto de proyectos. En una entidad como (USAID) la debilidad de las evaluaciones es constante, según se deduce de documentos oficiales.<sup>696</sup> Pero el problema no sólo

<sup>692</sup> *Achievements in Building and Maintaining the Rule of Law. MSI's Studies in LAC, E&E, AFR and ANE*, Washington, Office of Democracy and Governance, Bureau for Democracy, Conflict, and Humanitarian Assistance, USAID, Occasional Paper Series, noviembre de 2002, pp. 1, 3.

<sup>693</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2007, p. 23.

<sup>694</sup> Christina Biebesheimer, “Justice Reform in Latin America and the Caribbean: the IDB Perspective”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *op. cit.*, p. 108.

<sup>695</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 286.

<sup>696</sup> United States General Accounting Office, *U.S. Assistance for Justice Administration*, Washington, GAO/B-252458, p. 17; “United States Agency for International Development”, *Audit of USAID/Guatemala's Justice Program*, Audit Report núm. 1-504-011-P, 9 de septiembre de 2004, p. 5; United States Agency for International Development, *Audit of USAID/Mexico's Rule of Law and Human Rights Program*, Audit Report núm. 1-523-11-001-P, 12 de enero de 2011, p. 2.

afecta a esta agencia. Dos funcionarios del (BID) reconocieron la misma dificultad: “Las conclusiones de los estudios de campo y las evaluaciones, hasta la fecha, tienden a ser demasiado generales como para ser de mucha utilidad”.<sup>697</sup> El Banco Mundial no lo ha hecho mejor, según se ha observado.<sup>698</sup> Ante este panorama, se ha interpretado que el desinterés de la cooperación internacional en las evaluaciones independientes y celosas proviene de un reflejo burocrático por el cual los resultados no deben interferir con la renovación de los proyectos, o la gestación de nuevos, que permitan que donaciones o préstamos sigan adelante.<sup>699</sup>

La desatención a las evaluaciones consistentes, de la misma manera que la mínima inversión hecha en diagnósticos en profundidad, contribuye a un aprendizaje superficial e incompleto por las agencias de cooperación internacional. No obstante, en el discurso de éstas las referencias a “lecciones aprendidas” son frecuentes.<sup>700</sup> Como se ha notado en documentos oficiales del gobierno estadounidense, aunque algunas de esas “lecciones” estén bien formuladas, su aplicación por (USAID) ha sido escasa e inconsistente.<sup>701</sup> Se ha observado que las agencias externas continúan repitiendo los mismos errores en diferentes países,<sup>702</sup> lo que sugiere que en ellas el conocimiento es insuficiente o que la tarea de diseñar y ejecutar proyectos se mantiene a distancia del conocimiento que haya podido ser acumulado institucionalmente.

En una y otra posibilidad resalta que el conocimiento ocupa un lugar postergado en las prioridades de las entidades de cooperación internacional. La actuación de los actores internacionales en el campo confirma esa postergación: la profundización del conocimiento sobre las características sociales y culturales del país

<sup>697</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op. cit.*, p. 43.

<sup>698</sup> Julio Faundez y Alan Angell, *op. cit.*, p. 112.

<sup>699</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 351.

<sup>700</sup> En el caso del Banco Mundial, véase *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, Washington, The World Bank, 2004, pp. 12-14.

<sup>701</sup> United States General Accounting Office, *op. cit.*, p. 46

<sup>702</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, pp. 259 y 260.

en el que trabajan es reemplazada por el recurso a las consultorías de corto plazo, centradas en cuestiones específicas y resultados prácticos, que proveen de las dosis de conocimiento limitado que parecen ser suficientes para llevar a cabo un proyecto. Las complejidades del medio, que afectan al proyecto, no encuentran lugar en esa perspectiva y lo que se aprenda será encontrado en el camino de ejecución (*learning-by-doing*), cuando tal vez sea tarde para enmendar el rumbo adoptado.

Usualmente, las agencias externas ignoran los esfuerzos realizados previamente, incluso por personal de la propia entidad, debido a que ese conocimiento no es asimilado institucionalmente.<sup>703</sup> En el caso de (USAID) se ha observado la carencia de aprendizaje y memoria institucionales.<sup>704</sup> El Banco Mundial ha recibido la recomendación de “adoptar un enfoque más estructurado para el manejo del conocimiento”.<sup>705</sup> Para el (BID) se ha requerido “una metodología que permita un aprendizaje rápido de éxitos y fracasos [que] ayude a prevenir problemas y corregirlos cuando surjan”.<sup>706</sup> Pero los esfuerzos por asimilar el conocimiento son escasos, tal vez debido a que las agencias de cooperación operan mirando siempre hacia adelante, encaminadas al siguiente problema o proyecto.<sup>707</sup>

Otro de los problemas que caracteriza la actuación de las agencias es la competencia entre ellas. Competencia que se da incluso entre las entidades de un mismo gobierno: en el caso estadounidense existe en el terreno de la justicia una sorda rivalidad entre (USAID) y el Departamento de Justicia, que tiene origen en los años en que se inició de la cooperación de ese país en la mate-

<sup>703</sup> Linn Hamnergren, *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>704</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 351.

<sup>705</sup> Julio Faundez, The World Bank Justice Reform Portfolio. A Preliminary Stocktaking, 31 de julio de 2005, ms., p. 10.

<sup>706</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op. cit.*, p. 43.

<sup>707</sup> Thomas Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad. The Problem of Knowledge*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, núm. 34, 2003, pp. 12 y 13.

ria.<sup>708</sup> Las agencias de Naciones Unidas también compiten entre ellas, tanto para obtener fondos como para lograr el consentimiento del país beneficiario. Y cuando un país recibe la atención internacional —como resultado de un proceso de paz o de una catástrofe natural— las agencias de cooperación libran una lucha para destacar sus logros que pasa por encima de la necesidad de sumar esfuerzos en la misma dirección.

Tratándose de las agencias de cooperación gubernamentales, el uso de la ayuda como una de las herramientas de la política exterior parece inevitable. Con los países nórdicos como notable excepción, la ayuda de gobierno es parte de una matriz de política exterior que es establecida a mucha distancia del país beneficiario, en ocasiones incluso sin escuchar a la respectiva embajada. En numerosas ocasiones conocidas en América Latina, los proyectos de cooperación han sido concedidos o denegados sobre la base de razones sólo políticas, sin consideración del mérito del proyecto. Además de la utilización política de los proyectos, las reglas que rigen los procesos administrativos —y que obligan a preferir como proveedoras a las empresas del país donante y como consultores a sus nacionales— implican que una porción significativa de los fondos “donados” vuelven a la economía del país donante.

En parte como producto de las limitaciones de las agencias internacionales de cooperación, una parte importante de sus proyectos han concluido con resultados insatisfactorios. Al comenzar el nuevo siglo, se hacía un balance en el que se hacía notar que, luego del tiempo y los recursos invertidos, “los sistemas de justicia de América Latina encaraban su crisis más grave”. Los programas de apoyo a organizaciones de la sociedad civil en pocas ocasiones alcanzaron repercusiones amplias.<sup>709</sup> La falta de una visión integral y comprehensiva para definir la agenda de la

<sup>708</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 275.

<sup>709</sup> Thomas Carothers, *op. cit.*, p. 341.

cooperación y las insuficiencias en la metodología de trabajo<sup>710</sup> empleada resaltan en el recuento de su actuación. No obstante que las agencias mismas tienen dificultades para reconocer lo insatisfactorio de algunos resultados, la retirada silenciosa de las principales entidades de cooperación del terreno de la reforma de la justicia acaso conlleve un reconocimiento tácito de lo poco que se ha logrado. A comienzos de 2012, el (BID) no iniciaba más programas de justicia en la región, (USAID) sólo mantenía la continuidad de unos cuantos programas vinculados a la Reforma Procesal Penal y el Banco Mundial, que en 2004 prestó algo más de 270 millones de dólares estadounidenses para programas de Estado de derecho en la región, en 2010 había reducido el total a 22.9 millones, esto es, alrededor de 1% del total prestado a los países de América Latina y el Caribe.<sup>711</sup>

Los programas financiados por la cooperación internacional no han tenido —no podían tener— capacidad de producir, por sí mismos, cambios profundos en los sistemas de justicia de los países destinatarios de la ayuda. Si tales cambios fueran posibles, deberían contar con los actores nacionales como protagonistas principales. Como se ha visto en la tercera parte de este volumen, en los actores nacionales reside la explicación central acerca de por qué las reformas de la justicia no han llegado a mejor término. Y las carencias no han sido tanto de recursos financieros —como los provistos por la cooperación— sino de recursos humanos.

Si en esta sección se ha puesto énfasis en errores, círculos viciosos y causalidades negativas de la cooperación internacional, también es preciso reconocer las contribuciones hechas por este actor en los procesos de reforma intentados en la región. Los actores internacionales han iniciado o estimulado —dependiendo del país y el momento— el trabajo en esta área, en ocasiones de

<sup>710</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 774.

<sup>711</sup> Luis Pásara, *International Support for Justice Reform: Is it Worthless?*, Washington, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Latin American Program Working Paper, 2012.

manera decisiva. Pero algunas preguntas que surgen del análisis resultan perturbadoras. Una de ellas concierne a si estos programas pudieron hacerlo mejor; la respuesta es indudablemente afirmativa.

Una pregunta algo más inquietante es si podrían hacerlo mejor en el futuro. Si para responderla hipotéticamente se pone entre paréntesis los datos existentes acerca de una retirada de la cooperación de este terreno, una respuesta afirmativa no resulta sencilla. Algunos de los más serios problemas existentes en la actuación de la cooperación internacional parecen ser inherentes a ella. Superarlos no es un asunto de voluntades individuales ni de “mejores prácticas”, en tanto pertenecen a la dinámica con la cual tiende a desarrollarse la tarea de dar ayuda a beneficiarios. Puede hacerse mejor de lo que se ha hecho y los errores más gruesos pueden ser evitados, pero hay factores en esa dinámica que tienden a su perversión. La pregunta final, entonces, es si se justifica el dinero gastado<sup>712</sup> en materia de justicia a través de la cooperación internacional.

### III. EL MITO ACERCA DEL PAPEL DE LA JUSTICIA EN EL CRECIMIENTO ECONÓMICO

Fue Max Weber quien propuso, como prerequisites de una economía moderna caracterizada por la impersonalidad en el funcionamiento de los mercados, un derecho racional y formalizado, una burocracia políticamente independiente y un sistema de justicia que ofreciera resultados predecibles. Sin embargo, el origen del mito respecto del papel decisivo de la justicia en el crecimiento económico, que ha crecido enormemente en los últimos 20 años, probablemente se halle en los trabajos de Douglas North;<sup>713</sup> este autor introdujo la idea de que la calidad de

<sup>712</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 255.

<sup>713</sup> Douglas North, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Nueva York, Cambridge University Press, 1990.

las instituciones y su efectividad son fundamentales para crear el ambiente en el que opera la economía y, en consecuencia, para lograr el desarrollo. Pese a que North se refirió a las instituciones, sobre todo, como prácticas establecidas, su idea central se perdió en los autores que, apoyándose en él, decidieron centrar su atención en las instituciones formales, entre las cuales fueron incluidas prontamente las propias de la justicia.<sup>714</sup> Desde allí, valiéndose o no de North, se ha presentado crecientemente como obvia la conexión entre un sistema de mercado eficiente y una óptima administración de justicia.

Al principio, se trató de una construcción teórica y más bien intuitiva en el sentido de que resulta admisible por el sentido común. Basándose en que parecía plausible, la idea se elaboró y se extendió. Un sistema judicial efectivo, útil para la actividad del mercado, debería proveer: acceso asegurado, resultados predecibles en tiempos razonables y soluciones adecuadas. Es interesante notar que uno de los primeros trabajos sobre el tema admitía que la relación entre mercado y justicia no había sido demostrada sino que se basaba en una sospecha; no obstante lo cual los autores se apresuraron a cuantificar en cuando menos 15<sup>0</sup>% el efecto negativo de un sistema de justicia débil sobre el crecimiento.<sup>715</sup> La cuantificación, para la que no se proveyó entonces ningún sustento, buscaba aumentar, de manera algo dramática, el impacto de la tesis.

La principal fuente de difusión del mito ha sido el Banco Mundial. En sus textos oficiales y en trabajos publicados independientemente por sus funcionarios, la idea ha sido repetida una y otra vez:

<sup>714</sup> Un recuento de la abundante bibliografía y las diversas tendencias sobre el tema de la relación entre justicia y desarrollo económico puede encontrarse en Volkmar Gessner, *Contractual Certainty in International Trade*, Oxford, Hart, 2009, pp. 6-11.

<sup>715</sup> Robert M. Sherwood *et al.*, "Judicial Systems and Economic Performance", *The Quarterly Review of Economics and Finance*, vol. 34, 1994, Special Issue, pp. 102 y 103, 113.

...un mercado libre y robusto sólo puede prosperar en un sistema político donde las libertades individuales y los derechos de propiedad sean respetados y donde se pueda encontrar reparación para las violaciones de tales derechos en tribunales imparciales y justos... la judicatura puede jugar un papel clave en... asegurar el desarrollo económico mediante la definición, la aplicación y la interpretación de los derechos de propiedad.<sup>716</sup>

Los mercados requieren una judicatura que pueda resolver, rápidamente y a bajo costo, los litigios sobre contratos y derechos de propiedad.<sup>717</sup>

Mejorar la efectividad de los poderes judiciales es esencial para promover el desarrollo económico sostenible.<sup>718</sup>

La conexión entre justicia y crecimiento económico resultó atractiva a otras entidades que trabajaban en el área, acaso porque parecía proveer de legitimidad a su tarea. Una directiva de (USAID) mostró públicamente que, a comienzos del nuevo siglo, esta agencia había adoptado la idea como criterio de prioridad: “Necesita darse mucho más atención a las reformas de la justicia que afectan el comercio, la inversión y la globalización”.<sup>719</sup> Como ocurre usualmente con planteamientos que no han sido probados pero han sido sistemáticamente difundidos, éste se hizo moneda de uso corriente entre aquéllos que ingresaron al tema.

En un momento dado, quienes contribuyeron a la difusión y el robustecimiento del mito empezaron a afirmar que había pruebas empíricas de la conexión entre el Estado de derecho —y, dentro de él, la calidad de la justicia— y el nivel de crecimiento económico. En particular, un trabajo de Robert J. Barro, acerca de los determinantes del crecimiento económico, atri-

<sup>716</sup> María Dakolias, “A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1995, pp. 168, 171.

<sup>717</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 111.

<sup>718</sup> *Legal and Judicial Reform: Strategic Directions*, Washington, The World Bank, 2002, p. 3.

<sup>719</sup> Margaret J. Sarles, *op. cit.*, p. 68.

buyó “sustancial poder explicativo” al Estado de derecho en el crecimiento de la economía<sup>720</sup> sobre la base de datos provenientes de un centenar de países entre 1960 y 1990. Las pruebas empíricas portaban, sin embargo, una dificultad: los indicadores para medir la calidad del Estado de derecho recogían datos subjetivos, esto es, opiniones. Esta base endeble, sobre la que se estableció la correlación con el crecimiento, no fue un obstáculo para que se continuara repitiendo lo que, a esas alturas, se había convertido en un postulado ideológico del que se desprendía algunos corolarios graves: “Si el sistema jurídico no obliga al pago de los préstamos, éstos escasearán y, en consecuencia, no se producirán muchas inversiones productivas”.<sup>721</sup> Tal derivación estaba formulada desde una lógica racional y moderna del mercado —pensada como universal, esto es, sin atención a las peculiaridades que diferentes culturas introducen en el funcionamiento de sus economías— en la que, además de ir a los tribunales, no caben otras formas de lograr la devolución de un préstamo.

A partir de datos débilmente contruidos, la idea quedó reforzada y en adelante resultó posible afirmar simplemente, sin referirse concretamente a ninguna fuente empírica, que “existe un cuerpo sustantivo de evidencia que correlaciona el Estado de derecho con el crecimiento económico, la inversión extranjera y la calidad de la gobernanza”.<sup>722</sup> El dato más citado, en respaldo del mito, usualmente ha provenidido de respuestas dadas por empresarios a encuestas —en varios casos, encargadas por el Banco Mundial— que preguntaban acerca de la importancia del sistema de justicia para el desenvolvimiento de los negocios. Los

<sup>720</sup> Robert J. Barro, *Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Empirical Study*, NBER Working Paper núm. 5698, 1996, p. 72.

<sup>721</sup> Robert Barro, “Democracy and the Rule of Law”, en Bruce Bueno de Mesquita y Hilton L. Root, *Governing for Prosperity*, New Haven-Londres, Yale University Press, 2000, pp. 209 y 210, 214.

<sup>722</sup> Carlos Santiso, “Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability”, en Siri Gloppen *et al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, London, Portland, Frank Cass Publishers, 2004, p. 161.

resultantes señalamientos en torno a las decisiones impredecibles de los poderes judiciales fueron entonces usados como soporte factual de la tesis.<sup>723</sup>

No obstante, diversos economistas habían advertido acerca de la carencia de evidencia empírica sólida que demostrara con claridad el costo económico de la debilidad de los sistemas de justicia; más aún, mientras la tesis ideológica se extendía, hubo quien señaló que no había pruebas “de una relación sistemática entre el desempeño económico de un país y sus instituciones políticas” en general.<sup>724</sup> En el propio Banco Mundial hubo quien observó, en concreto, que se sabía poco acerca del impacto del sistema judicial en el desempeño económico.<sup>725</sup> Pero la circulación del mito continuó expandiéndose hasta el punto de que “la mera posibilidad de que la sensibilidad respecto al sistema jurídico pudiera ser poca, o pudiera variar entre un inversor y otro, es tratada actualmente como contraintuitiva e incluso considerada como fuera de los límites”.<sup>726</sup>

El mito era demasiado útil como para renunciar a él en vista de su carencia de fundamentos. De un lado, era bien aceptado como sentido común por su aparente lógica. De otro, para una institución como el Banco Mundial era el fundamento más sólido para justificar su presencia y actuación en el ámbito de la reforma de la justicia. Si se hubiera prescindido de este trabajo, probablemente no se hubiese encontrado argumentos suficientes para derrotar a quienes sostenían que el terreno de los sistemas de jus-

<sup>723</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op. cit.*, p. 39.

<sup>724</sup> Beatrice Weder, “Legal Systems and Economic Performance: the Empirical Evidence”, en Malcolm Rowat *et al.* (eds.), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceedings of a World Bank Conference*, Washington, World Bank Technical Paper, núm. 280, 1995, pp. 21 y 22.

<sup>725</sup> Richard E. Messick, “Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues”, *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1, 1999, p. 117.

<sup>726</sup> Amanda Perry, “Effective Legal Systems and Foreign Direct Investment: In Search of the Evidence”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, núm. 4, octubre de 2000, p. 797.

ticia era “político” y, en consecuencia, habían opuesto importante resistencia interna<sup>727</sup> a que el Banco trabajase en el tema. Para otras entidades igualmente comprometidas con el tema, aunque tuvieran otra justificación para trabajarlo, la sustentación en el crecimiento económico venía a reforzar sus bases de actuación. Tratándose de aquellas agencias que promueven especialmente la reforma de la justicia en el área comercial, el mito ha sido de mucha utilidad para vencer ocasionales vacilaciones de las autoridades nacionales con el argumento de que establecer juzgados especializados en esta área, o dotarlos generosamente de recursos que otras áreas no tienen, es algo que se hace no en beneficio del sector empresarial sino del crecimiento, el desarrollo y el empleo en el país. Esto, a pesar de que, en verdad, ese tipo de medidas implica destinar recursos a un ramo de la justicia que sirve a los menos, en lugar de dedicarlos a mejorar el funcionamiento de las áreas del sistema que sirven a los más.<sup>728</sup>

Pese a la necesidad y a la vigencia del mito, compartido por muchos activistas de la reforma de la justicia, los análisis más serios, como el realizado por Milhaupt y Pistor a propósito de la crisis económica reciente, llegaron a conclusiones de signo contrario: “El crecimiento varía en el tiempo, a través de países y sistemas legales, en formas que no pueden ser fácilmente atribuidas a un conjunto particular de instituciones o atributos legales”. En ninguno de los casos examinados en ese estudio se pudo encontrar ligazón entre los problemas económicos empresariales y algún “defecto” específico de la ley que pudiera ser remediado simplemente mediante la adopción de “mejores” reglas de protección e instituciones de ejecución”. En consecuencia, los autores descartaron la utilidad de trasplantar instituciones legales de las economías más desarrolladas a las menos desarro-

<sup>727</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 12.

<sup>728</sup> Thomas Carothers, “The Many Agendas of Rule-of-Law Reform in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder, *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies, University of London, 2001, p. 13.

lladas con el propósito de adelantar el crecimiento económico de estas últimas.<sup>729</sup>

El trabajo citado vino a corroborar las comprobaciones que otros dos estudios habían hecho, tiempo atrás, en torno al comportamiento de la inversión extranjera directa, que en el mito había sido presentada como altamente sensible al Estado de derecho y a las condiciones del sistema de justicia. El primero de ellos abordó el tema en los países que habían pertenecido a la órbita soviética; el segundo lo planteó de manera más general.

John Hewko se preguntó abiertamente, respecto a la inversión extranjera directa, ¿importa el Estado de derecho?<sup>730</sup> Su análisis se focalizó en el comportamiento de los inversores en Europa Oriental post-comunista y la conclusión fue muy clara: en la mayor parte de casos, la consideración del sistema jurídico era secundaria y, en todo caso, se hallaba específicamente referida a determinadas normas que interesaban o preocupaban a quien decidía la inversión. El trabajo explicó que la mayoría de los inversores extranjeros, al encontrar una oportunidad atractiva de hacer negocios, estaban dispuestos a aceptar el hecho de que, en términos generales, la legislación y el sistema jurídico de un país postcomunista eran inadecuados y esta comprobación era incorporada simplemente como dato al análisis costo-beneficio de su inversión. Esto significa que un sistema judicial débil y una legislación incierta no disuadían a aquel inversor extranjero que “sentía” que su inversión podría rendir utilidades importantes. Al tiempo que explicó que esos mismos inversores, cuando eran encuestados, podían quejarse del sistema legal y reclamar mejoras, el autor sostuvo que “la visión de que la atracción de inversión extranjera directa sólo ocurre cuando se modifica completamen-

<sup>729</sup> Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *Law and Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 2008, p. 175.

<sup>730</sup> John Hewko, *Foreign Direct Investment. Does the Rule of Law Matter?*, Washington Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law series, núm. 26, 2002.

te el marco legal e institucional para establecer firmemente el Estado de derecho, al menos en lo que se refiere a los países post-comunistas, no es cierta”.<sup>731</sup>

Algunos años después, Amanda Perry retomó el tema en un trabajo más abarcador,<sup>732</sup> que se planteó “la necesidad de cuestionar la teoría dominante en relación con el papel de los sistemas legales como determinantes de la inversión extranjera directa”,<sup>733</sup> dado el Estado del conocimiento sobre el tema. Así como Weder y Messick habían sostenido que no había evidencia empírica para sostener la conexión entre el Estado de derecho y el crecimiento, Perry argumentó que había poca evidencia empírica para sustentar la existencia de una relación entre el Estado del sistema jurídico y la inversión extranjera directa, a lo que añadió que había argumentos teóricos para explicar por qué tal relación habría de ser limitada. Tal como Hewko observó en el caso de los países de Europa Oriental, la autora sostuvo que las decisiones sobre inversión extranjera correspondían a un proceso complejo pero menos racional de lo que se creía, en el que la sensibilidad respecto a la efectividad del sistema jurídico variaba mucho entre un inversor y otro, incluido el caso de quienes no estaban en capacidad de valorar la necesidad de tomar en cuenta el papel de este factor en su inversión. Concluyó en que, si bien es un hecho que un sistema jurídico dado impone costos de transacción adicionales a los actores económicos, no había evidencia empírica acerca de que ese factor jugara un papel determinante en las decisiones adoptadas por los actores económicos internacionales.

Falta evidencia empírica para demostrar que el funcionamiento del aparato de justicia tiene un impacto significativo sobre el desarrollo económico.<sup>734</sup> Debido a que no existen “datos duros” para demostrar esa conexión es que se utilizan las en-

<sup>731</sup> John Hewko, *op. cit.*, p. 6.

<sup>732</sup> Amanda Perry, *op. cit.*, pp. 779-799.

<sup>733</sup> *Ibidem*, p. 780.

<sup>734</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 12.

cuestas a empresarios como base que aparece, a una mirada poco enterada, con credibilidad suficiente para sostener que sí existe. Esto significa que no se mide la calidad del Estado de derecho o la de la administración de justicia en el país —que resultan difíciles de medir objetivamente— sino que se recoge la opinión de informantes, aparentemente calificados, acerca del asunto. Sobre el terreno de intuiciones e impresiones —esto es, elementos de origen subjetivo—, diversos economistas y muchos de aquéllos que toman decisiones en materia económica se sienten atraídos por la idea simple de que hay una relación entre el funcionamiento de la ley y los mercados, que el derecho impulsa la actividad económica y que cuanto mayor sea la calidad de la regulación, mejores serán los resultados económicos. El derecho es presentado así como un recurso tecnológico, que incluso puede ser importado, para servir a tales fines.<sup>735</sup> No hay en esto una visión científica sino una propuesta ideológica, que usualmente culmina en proposiciones de liberalización de las reglas de juego económicas con el fin de atraer mayor inversión.

En realidad, la preocupación efectiva del capital y la inversión privada gira principalmente en torno a las incertidumbres provenientes de la acción discrecional de las autoridades. Ciertamente, una de las posibles fuentes de arbitrariedad corresponde a las decisiones judiciales, pero éstas son apenas un factor en medio de un cuadro mucho más amplio<sup>736</sup> en el que el peso mayor reside en la (in)seguridad que pueda dar el gobierno. La seguridad que puede transmitir a los inversores un régimen como el de China —y no, ciertamente, la situación reprochable de su sistema de justicia— es el factor que explica la enorme y prolongada afluen-

<sup>735</sup> Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *Law and Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2008, p. 5.

<sup>736</sup> Beatrice Weder, “Legal Systems and Economic Performance: the Empirical Evidence”, en Malcolm Rowat *et al.* (eds.), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceedings of a World Bank Conference*, Washington, World Bank Technical Paper, núm. 280, 1995, pp. 22-24.

cia de inversión extranjera al país, que ha sostenido un espectacular crecimiento económico durante tres décadas. Los casos de Singapur, Corea del Sur y Vietnam, en diferentes momentos, también son prueba de que el crecimiento económico no requiere de un sistema de justicia de primera clase. Salvando las proporciones, algo similar se comprueba en la historia latinoamericana reciente: allí donde se han producido ciclos con alta inversión extranjera —como en Argentina durante los años noventa o Perú a lo largo de las últimas dos décadas, por ejemplo— la llegada de capitales no ha prestado mucha atención a la baja calidad de los respectivos aparatos de justicia. La seguridad para los inversionistas proviene más de signos políticos que de signos jurídicos: “Los derechos que son protegidos en una economía de mercado resultan determinados, sobre todo, por las transacciones políticas y dependen de las relaciones de poder existentes en torno a la administración de la ley, en un país dado”.<sup>737</sup>

Eso no significa que los ordenamientos legales no hayan sido dispuestos “de forma que sean atractivos para el agente económico, resultando así que se configuran en función de la mejor satisfacción de los intereses que quieren atraer”. Lo que significa es que el desempeño de la justicia es un factor poco relevante para la inversión; que cuando las instituciones del sistema de justicia tienen un pobre desempeño, éste simplemente se cuenta como un costo más de la operación, de la misma manera que la corrupción se incorpora como otro costo y tampoco impide la llegada de la inversión extranjera. Más bien, puede sostenerse que el funcionamiento de la economía de mercado no desarrolla un interés importante en una reforma de la justicia en tanto “no necesita que los actos normativos de las autoridades del país al que acude estén sometidos al control de legalidad ni fiscalizados por tribunales independientes”. En cambio, como la historia demuestra en América Latina y en todo el mundo, “las dictaduras más incontroladas han podido ofrecer a los actores globales nichos de

<sup>737</sup> Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *op. cit.*, p. 180.

actuación atractivos”.<sup>738</sup> En Asia, en particular, se ha mostrado que el poder económico se estructura actualmente en una relación que comprende a la alta burocracia estatal, la maquinaria política y el liderazgo empresarial. En el funcionamiento de esa articulación, que es exitoso para inversiones y ganancias, no aparece una tendencia a que las relaciones de negocios estén cada vez más regladas según los imperativos del Estado de derecho,<sup>739</sup> como presupone el mito sobre la justicia y la economía.

La postura del inversionista nacional y la del extranjero no son muy distintas: invierten donde creen que la probable ganancia compensa los riesgos en los que se incurre. Podría agregarse que lo más importante es la seguridad que, a ese respecto, ofrece la situación política, no la jurídica. Cada inversionista buscará el camino para asegurar su inversión y eso, más que pretender una reforma del sistema jurídico, consiste en ubicar las teclas estratégicas para obtener seguridades y, también, ventajas. En ocasiones, el pago de coimas resulta, de esta manera, más importante que la seguridad de un sistema jurídico en buena forma. Sin duda, la experiencia latinoamericana refuerza esta interpretación con múltiples ejemplos.

Si bien lo que buscan los inversionistas es certidumbre, ésta no siempre procede de un sistema jurídico formalizado. Por ejemplo, quien maneja bien sus negocios en la informalidad, mediante un conjunto de relaciones que le dan certeza, preferirá mantenerse en ella. Se ha documentado que, en los hechos, “tanto actores económicos privados como los propios estados escogen usar mecanismos informales debido a razones culturales, de eficiencia o una mezcla de ambas”<sup>740</sup> y aquel que, operando dentro de un marco de formalidad, recurre a mecanismos informales para

<sup>738</sup> Francisco J. Laporta, “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Globalización y derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 222 y 223.

<sup>739</sup> Ives Dezalay y Bryant Garth, “Law, Lawyers and Social Capital: «Rule of Law» versus Relational Capitalism”, *Social & Legal Studies*, vol. 6, núm. 1, 1997, p. 110.

<sup>740</sup> Amanda Perry, *op. cit.*, p. 789.

resolver disputas, puede encontrar disruptiva y poco beneficiosa aquella reforma que imponga el uso de mecanismos formales.<sup>741</sup> En definitiva, una mirada más amplia, a las sociedades en el curso de la historia, encuentra que tanto en el marco de las formas jurídicas como en ausencia de éstas es posible que la economía se desenvuelva<sup>742</sup> y prospere.

El único aspecto en el que una reforma de la justicia puede contribuir a dar certeza —no sólo al inversionista, claro está— es que logre que las decisiones judiciales sean relativamente predecibles. Sin embargo, este objetivo —que ciertamente es deseable— no es el único ni el principal de una reforma de la justicia. En ningún caso puede serlo en la etapa de cambio y transición que induce una reforma; durante esa etapa, que no es breve, incluso cuando la reforma se mueve con viento favorable, la generación de formas nuevas de interpretar la ley habrá de producir resultados al principio sorprendentes y, durante cierto periodo, contradictorios. Quienes encontraban certeza en las reglas de juego previas a la reforma, aunque consideraran indeseables algunos de sus resultados, la perderán ante una reforma relativamente exitosa. Los jugadores que participan en ese juego —principalmente los abogados pero también los empresarios, en cierta medida— conocen el funcionamiento de las viejas reglas y saben cuál es el grado de certidumbre que les otorga. Ellos son los primeros en percibir que, además de los posibles beneficios de una reforma, ésta conlleva determinados costos,<sup>743</sup> en particular para determinados actores. En el caso de los abogados es éste el factor que probablemente explique mejor sus resistencias a la reforma del sistema.

Reformar la justicia es un asunto complejo, en el que muchos factores intervienen. En parte, el análisis de su relación con el crecimiento económico ha sido perjudicado por un estrechamiento

<sup>741</sup> Richard E. Messick, “Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues”, *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1, 1999, p. 118.

<sup>742</sup> Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *op. cit.*, p. 39.

<sup>743</sup> Amanda Perry, *op. cit.*, p. 799.

de foco, a cargo de algunos economistas, que han concentrado su interés en el asunto de proteger la propiedad y garantizar el cumplimiento de los contratos,<sup>744</sup> óptica que los ha conducido a sobrestimar o exagerar el papel que el sistema jurídico puede jugar en ello.<sup>745</sup> Aun si se adopta esta perspectiva restringida, la propiedad y los contratos no adquieren solidez con la sola mejora del funcionamiento del sistema jurídico; detrás de la forma en la que operan propiedad y contratos hay contextos políticos y culturales<sup>746</sup> que gravitan en ellos más que los factores legales.

Metodológicamente también se ha angostado demasiado el análisis de la relación entre la condición de la justicia y el funcionamiento de la economía. Al reducir su abordaje a la comprobación de correlaciones ¿son los países con mejor justicia los que más crecen? se ha dejado de examinar los procesos de cambio seguidos históricamente<sup>747</sup> y se ha prescindido de la cuestión clave de la causalidad: ¿qué factor origina el otro? Es una cuestión, ciertamente, difícil de resolver: en el supuesto de que hubiere una relación entre ambos asuntos, ¿es la reforma de la justicia lo que abre paso al crecimiento económico o es éste el que, en un momento dado, conduce a un cambio en la justicia? No hay evidencias de que, reformado un sistema de justicia dado, haya sobrevenido un aumento en la tasa de crecimiento. Este vacío deja sin sustento el mito sobre el cual han actuado diversos agentes reformistas.

Carothers observó que “la comunidad internacional de la cooperación (todavía) no ha experimentado un gran desencanto” respecto de los supuestos con los que opera la ayuda<sup>748</sup> en este terre-

<sup>744</sup> Para encontrar un ejemplo del uso abierto de esta perspectiva, véase Kenneth W. Dam, *The Law-Growth Nexus. The Rule of Law and Economic Development*, Washington, Brookings Institution Press, 2006, p. 14.

<sup>745</sup> Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *op. cit.*, p. 31.

<sup>746</sup> S. Haggard, A. MacIntyre y L. Tiede, “The Rule of Law and Economic Development”, *Annual Review of Political Science*, 11, 2008, p. 221.

<sup>747</sup> Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *op. cit.*, p. 38.

<sup>748</sup> Thomas Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad. The Problem of Knowledge*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, núm. 34, 2003, p. 5.

no. Acaso se esté llegando a ese punto y el mito de la vinculación entre una justicia eficiente y el crecimiento de la economía merece un lugar en el listado de cuestiones a ser revisadas seriamente.

#### IV. EL DESAFÍO DE LA PLURALIDAD JURÍDICA

En una sociedad dada existe pluralidad jurídica cuando coexisten en ella dos o más órdenes jurídicos. Esta situación no debe ser confundida con la existencia de determinadas prácticas —que en ocasiones devienen en las llamadas instituciones informales— que se hallan asentadas en un orden jurídico dado pese a que contrarían sus normas formales; en todo grupo humano existen tales prácticas que difieren de las previsiones de las normas formalmente existentes. Pero sólo cuando esas prácticas conforman un orden jurídico distinto al que el Estado ha establecido —esto es, cuando existe claramente una fuente de obligaciones que es distinta a la ley estatal—, es razonable hablar de pluralidad jurídica. En este caso, se está ante varios órdenes jurídicos, cada uno de los cuales tiene un origen cultural propio, hecho que da lugar usualmente a determinados conflictos.<sup>749</sup> Tal es claramente el caso de varios países de la región que tienen población indígena en la cual existe, o prevalece, lo que usualmente se ha llamado “usos y costumbres” locales, que constituyen el llamado derecho consuetudinario y que son normas y prácticas alternativas a las contenidas en la ley estatal. No son meras costumbres sociales sino que son derecho en tanto contienen derechos y obligaciones exigibles ante la autoridad local.

Un aspecto que conviene notar de inicio es que esas formas alternativas de derecho han pervivido y se mantienen hasta ahora como resultado del fracaso en la construcción del Estado nación como generador de unidad y de igualdad y en cuanto garante del Estado de derecho y, en consecuencia, de la vigencia

<sup>749</sup> M. B. Hooker, *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975, p. 1.

universal de la ley. En primer lugar, la incapacidad del aparato estatal para cubrir el territorio con instituciones y autoridades ha creado bolsones que han debido generar o restablecer su propia normatividad. En segundo lugar, el fracaso del Estado en su actuación también se debe a que allí donde llegó casi siempre operó de manera inaccesible o ineficiente, cargado de prejuicios racistas al encarar problemas locales, y en consecuencia, resultó discriminatorio respecto de la población indígena.<sup>750</sup> Ambas formas de fracaso, ciertamente, han reforzado aquello que, tratándose de la justicia, se traduce como un conjunto de normas locales distintas a las legales, cuya aplicación está a cargo de autoridades propias.

Otro aspecto que hace falta examinar es cuál es el tipo de relación existente entre esos órdenes jurídicos coexistentes en el territorio. En casos muy circunscritos a dos órdenes existen paralelamente, ignorándose mutuamente; ocurre así con los llamados pueblos “no contactados”, que viven en determinadas áreas de algunos países de la región y que en el conjunto de ella son grupos más bien excepcionales. Lo usual es que, existiendo más de un orden jurídico en una zona o región dada, el orden no estatal esté subordinado al estatal en determinada forma y medida, más que porque así lo establezca expresamente la ley o la Constitución nacional, debido a que así son las cosas en la práctica. Pero la subordinación a la ley estatal se efectiviza sólo en aquellos casos donde la autoridad estatal interviene y opera como instancia decisoria, al tiempo que muchísimos otros casos son vistos y resueltos por autoridades no estatales que aplican normas distintas a las leyes del Estado.

La subordinación de un orden jurídico al otro puede ser armoniosa o conflictiva; en ambos casos, de la interrelación entre el orden estatal y el no estatal, en condiciones asimétricas, surgen adaptaciones mutuas que no pueden ignorarse. Esto significa que ninguno de los sistemas permanece puro. En el caso del

<sup>750</sup> Donna Lee Van Cott, “Dispensing Justice at the Margins of Formality. The Informal Rule of Law in Latin America”, en Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore The Johns Hopkins University Press, 2006, p. 252.

derecho consuetudinario en Guatemala, los trabajos de Rachel Sieder han prevenido contra la imagen de “un” cuerpo orgánico de derecho, de origen ancestral, que pueda contraponerse al de origen estatal; por el contrario, estamos ante “una serie de normas y prácticas que varían en el interior y entre distintas comunidades del mismo origen etnolingüístico” y que son utilizadas “en vez o en adición al derecho estatal”; el derecho llamado consuetudinario no es pues, “un sistema autónomo con normas y procedimientos propios, separado y distinto al sistema legal estatal” y, dada la influencia estatal sobre tales prácticas, “muchas de las normas y prácticas consuetudinarias actuales no provienen directamente de la práctica repetida por generaciones o de forma «tradicional»”.<sup>751</sup> Complementariamente, se ha observado que, en ese país, autoridades tradicionales y cargos de la estructura republicana se fusionan cuando se elige como alcalde a un líder comunal quien, desde ese puesto, administra justicia.<sup>752</sup>

“Normas y procedimientos del derecho indígena varían tanto entre culturas, incluso dentro de regiones de países concretos, que las generalizaciones sobre él resultan difíciles”, sostiene una autora,<sup>753</sup> los derechos indígenas contemporáneos se caracterizan por ser flexibles y dinámicos, y muchas de sus prácticas son de origen reciente debido a que se adaptan a circunstancias cambiantes, rasgo en el cual reside precisamente —más que en la conservación de prácticas tradicionales— una clave de la sobrevivencia de este tipo de derecho. En algunas comunidades quechuas ecuatorianas, las normas internas son sometidas a revisión

<sup>751</sup> Rachel Sieder, *Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala*, Guatemala, FLACSO, 1996, pp. 28, 44 y 45, 81.

<sup>752</sup> Steven E. Hendrix y Víctor Ferrigno E, “Dispute Settlement and Customary Indigenous Legal Practice in a Multicultural Guatemala: Empirical Data on Conflict Resolution and Strategies to Advance Access to Justice in Rural Areas”, *Sistemas Judiciales*, año 3, 2003, núm. 6, p. 113.

<sup>753</sup> Donna Lee Van Cott, “Dispensing Justice at the Margins of Formality. The Informal Rule of Law in Latin America”, en Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore The Johns Hopkins University Press, 2006, pp. 251, 253.

anualmente. En el caso de México, se ha subrayado que la pluralidad de prácticas normativas, denominada genéricamente como derecho indígena, han sido y son objeto de recreación continua en relación con las condiciones específicas de cada zona y con el sistema jurídico nacional: “Ambas esferas se interrelacionan continuamente en razón de las estrategias de los agentes sociales que recurren a ambas arenas de justicia”.<sup>754</sup>

Adaptación a las circunstancias, procesos flexibles de negociación y conciliación, medidas de restitución o compensación — en vez de penas o castigos, que más bien son escasos—, son algunas de las características en las que coincide el análisis de los estudios del derecho consuetudinario. Reconocer públicamente la falta o el daño causado adquiere en él mucha importancia y, en vez de buscarse un tipo de solución para cada tipo de problema, el método aplicado permite diseñar soluciones pertinentes al caso específico, contando con la aceptación de las partes y el asentimiento de la comunidad.<sup>755</sup> Adicionalmente, debe notarse cierta complementariedad —habitada por conflictos— con la justicia estatal. En ciertos casos, las autoridades indígenas trazan una línea demarcatoria de su propia competencia, más allá de la cual los casos son remitidos a la justicia del Estado; en otros, utilizan la posibilidad de enviar un caso a los tribunales como elemento de presión sobre las partes en la negociación de una solución; en este caso, si en efecto no se llegara a una solución concordada, la autoridad indígena habría actuado como una suerte de instancia previa a las

<sup>754</sup> Rosalva Aída Hernández y Héctor Ortiz Elizondo, “Different but Equal: Access to Justice for Mexico’s Indigenous Peoples”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk, *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, Notre Dame, La Jolla University of Notre Dame Press, Center for U.S. Mexican Studies, University of California, San Diego, 2007, pp. 371 y 372.

<sup>755</sup> Rachel Sieder, *op. cit.*, p. 89, 94, 96; Carlos Aguirre *et al.*, “Introduction. Writing the History of Law, Crime and Punishment in Latin America”, en Ricardo D. Salvatore *et al.*, *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham & London-Duke University Press, 2001, p. 12; Julio Faundez, “Community Justice Institutions and Judicialization: Lessons from Rural Peru”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2005, p. 205.

previstas por la justicia del Estado.<sup>756</sup> Esto subraya que el derecho indígena no pertenece a un mundo separado sino que hace parte de un orden asimétrico, sujeto a una compleja utilización; como señala un autor boliviano,<sup>757</sup> los indígenas emplean un “repertorio plural”, para lo cual cuentan con cierta capacidad para moverse entre lógicas y racionalidades distintas, como son las correspondientes a órdenes jurídicos diferentes.

Pero los órdenes normativos que resultan alternativos al estatal —o, en ocasiones, compiten con él— no están restringidos a la gama de derechos indígenas o consuetudinarios existentes en países como Bolivia, Ecuador, Guatemala y Perú. Entre las formas no estatales de derecho hay en la región una serie de pactos sociales que Peter Waldmann ejemplifica con los acuerdos adoptados con ocasión de una toma de tierras colectiva; son formas normativas que, escritas o no, han sido concebidas para, y adoptadas por, grupos relativamente pequeños que corresponden a barrios urbanos o aldeas rurales que han sentido la distancia del Estado y su abandono como ciudadanos. En estas formas de derecho creadas en tales medios “cuentan más las relaciones personales que los principios generales” y el cumplimiento de reglas procesales tiene una importancia secundaria —en contraste con lo que ocurre en el derecho del Estado— debido a que la previsibilidad de la justicia no es un valor preponderante en el medio en el cual rigen estas normas: “Todo se orienta... a obtener una solución material del conflicto lo más satisfactoria posible; una solución que limite, repare o compense lo mejor posible el daño sufrido para restaurar así el equilibrio social del grupo”.<sup>758</sup>

<sup>756</sup> Donna Lee Van Cott, “Dispensing Justice at the Margins of Formality. The Informal Rule of Law in Latin America”, en Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2006, pp. 254 y 255.

<sup>757</sup> Ramiro Molina Rivero, “El pluralismo jurídico en Bolivia”, en *Hacia el nuevo sistema de justicia en Bolivia. Pensando la transición constitucional*, La Paz, Fundación Construir, 2012, p. 99.

<sup>758</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 102 y 103, 105.

En ese tipo de normatividad aparece otro tipo de fuente de legitimación del derecho alternativo al estatal. En el derecho indígena, la fuente de legitimidad invocada está vinculada a la tradición o la costumbre, por lo menos en el discurso de justificación, si bien sus contenidos no corresponden a la mera repetición de prácticas antiguas sino que están sujetos a procesos de recreación que pasan por un intercambio con prácticas estatales. El derecho consuetudinario, como noción, no implica un conflicto con el pensamiento jurídico occidental, que más bien la ha asimilado. En cambio, en el segundo tipo de orden jurídico alternativo —al que pertenecen las rondas campesinas en Perú y las juntas vecinales en Bolivia— la legitimidad se funda en el reclamo de que el grupo social pueda darse sus propias normas, principio que sí resulta conflictivo con el orden estatal, especialmente cuando resulta emparentado políticamente con la secesión o, cuando menos, con formas desafiantes de autonomía.

En Bolivia, los migrantes que habitan en barrios marginales de Cochabamba y La Paz han establecido sistemas de justicia al margen del Estado que combinan elementos de sus comunidades de origen con reglas de estilo occidental, escritas, que norman los procedimientos. El presidente de la junta local o el secretario encargado busca negociar los conflictos y arribar a una solución consensuada en torno a problemas típicos como los referidos a límites y propiedad de los terrenos. Como las rondas campesinas en Perú, las juntas en Bolivia se formaron a partir de la falta de atención del Estado. La selección de las autoridades no se basa, como en las comunidades de origen, en la edad y el conocimiento de la cultura tradicional sino, más bien, en el patrimonio del candidato, su estatus social y su manejo del castellano, elementos que incrementan su eficacia en un medio urbano.<sup>759</sup>

<sup>759</sup> Donna Lee Van Cott, “Dispensing Justice at the Margins of Formality. The Informal Rule of Law in Latin America”, en Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore The Johns Hopkins University Press, 2006, pp. 259-262.

Al examinarse ambas vertientes de derechos alternativos al estatal se ha puesto un énfasis probablemente excesivo en algunos de sus rasgos — como el objetivo de restaurar la armonía social y de propender a la solidaridad — que, al ser cotejados con males y vicios que caracterizan a la justicia del Estado, conducen con relativa facilidad a la idealización de los derechos alternativos. El hecho de que esos otros órdenes expresen valores compartidos por el grupo no evita que en ellos tengan vigencia prejuicios étnicos y de sexo o medien tratos no igualitarios debido a que en los correspondientes grupos sociales “también existen fenómenos de explotación, de dominación, etcétera”.<sup>760</sup> En ciertos grupos, la marcada estratificación del poder hace posible la arbitrariedad.<sup>761</sup> La existencia de agudos conflictos, en otros, se traduce en decisiones que tienden a perjudicar al sector de menos poder. Los rasgos que de todo ello se derivan para la justicia administrada localmente pueden ser aceptados por el grupo — y en consecuencia debe reconocérseles legitimidad social — pero eso, ciertamente, no los hace necesariamente mejores que la justicia del Estado.

Ante ciertos casos resulta posible preguntarse si la justicia comunitaria no es una forma de legitimar diversas formas de uso de la violencia,<sup>762</sup> al vestirse de una manera presentable el retroceso a la justicia privada, esto es, a la venganza, como explican García Villegas y Uprimny en Colombia:

la justicia comunitaria requiere ante todo de una comunidad integrada; de lo contrario tiende a convertirse en un conjunto de prácticas de justicia privada motivadas por la venganza y la violencia entre pobladores [que] puede ser contraproducente y su-

<sup>760</sup> Christoph Eberhard, “Algunas implicaciones de los enfoques alternativos”, *Variaciones sobre la justicia comunitaria*, *El otro derecho*, núm. 30, diciembre de 2003, p. 25.

<sup>761</sup> Rachel Sieder, *op. cit.*, p. 119; Julio Faundez, “Community Justice Institutions and Judicialization: Lessons from Rural Peru”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2005, p. 201.

<sup>762</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, p. 213.

mamente peligrosa cuando se refiere a conflictos de carácter penal... El riesgo de la tiranía aparece siempre que la autoridad comunitaria se confunde con la autoridad estatal y de manera específica con la autoridad judicial penal. Dicho en otros términos, la justicia comunitaria opera adecuadamente cuando está inserta en una sociedad organizada por un sistema constitucional de protección de derechos. La absolutización de la justicia comunitaria des-socializa y crea —a través de la violencia— una tendencia hacia la justicia privada de todos contra todos.<sup>763</sup>

Los resultados producidos por los órdenes alternativos son conocidos de manera bastante incompleta y, debido a ello, resulta muy difícil concluir en que por esa vía sustitutiva del Estado en materia de justicia puede mejorarse la calidad de la ciudadanía.<sup>764</sup> Tal conclusión pasa por alto, primero, que formalizar y consolidar espacios sustitutos para administrar justicia conlleva, cuando menos implícitamente, la renuncia a construir un Estado que se encargue de ella; y, segundo, que no puede asegurarse, con el nivel de información existente, que tales espacios alternativos —teñidos por los problemas que la sociedad manifiesta en el Estado que ha generado— han de mejorar la calidad de la justicia. En otras palabras, no hay garantía de que esos grupos sociales, al administrar justicia, sean mejores en esa tarea que el Estado del cual son parte.

En medio de este escenario, la justicia de paz existente en Perú representa un producto original; pese a que formalmente existe también en Colombia, Ecuador y Venezuela, en estos tres casos se encuentra a mucha distancia del rol que se ha creado his-

<sup>763</sup> Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, “El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia”, en Álvaro Camacho Guizado y Francisco Leal Buitrago (comps.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Santa Fe de Bogotá, PESCOL-IEPRI-CEREC, 1999, pp. 62 y 63.

<sup>764</sup> Donna Lee Van Cott, “Dispensing Justice at the Margins of Formality. The Informal Rule of Law in Latin America”, en Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore The Johns Hopkins University Press, 2006, p. 272.

tóricamente para ella en el caso peruano.<sup>765</sup> Legalmente diseñada como el escalón inferior de la justicia del Estado, su funcionamiento ha logrado cierta independencia de ésta, rasgo que probablemente constituye la razón de su mayor legitimidad. Ofrece un acceso amplio y sencillo, dado que el juez de paz pertenece a la misma comunidad donde ejerce el cargo, hecho que permite el control social sobre su actuación. La mitad de los problemas que resuelve la justicia de paz corresponden a la conflictividad familiar (47%) y otras dos porciones guardan relación con asuntos económicos (27.6%) y diferencias vecinales (21%).<sup>766</sup> Las partes que comparecen ante ella son personas vinculadas entre sí por relaciones estables, que buscan una solución razonable como corresponde a quienes deberán seguir manteniendo esos vínculos. En ocasiones, tal solución no está prevista por la ley, en tanto es contraria a ley o no está contenida en ella. La mayor vigencia de la justicia de paz se da en las zonas andinas del país y funciona como un complemento de la justicia estatal, aunque el tipo de soluciones que da en ocasiones transgrede la ley. Si bien se presenta como esencialmente conciliadora, en los hechos no es posible verificarlo debido a que con frecuencia la solución es inducida o forzada por el juez. En el esfuerzo por llegar a una solución no siempre resulta garantizado que el juez de paz ejerza un rol vigilante y protector respecto del mínimo de derechos irrenunciable que la ley establece a favor de la parte más débil de la relación.

Aparte de la integración de la justicia de paz al orden jurídico estatal, que es un asunto antiguo en Perú, en los últimos años se ha producido, en diversos grados, el reconocimiento de formas alternativas de derecho en varios países de la región. En Bolivia, la constitución de 2009 otorga reconocimiento y autonomía a la justicia indígena de un modo que sugiere la asignación de un estatuto

<sup>765</sup> *La justicia de paz en los Andes. Estudio regional*, Lima Instituto de Defensa Legal, 2005.

<sup>766</sup> Abraham Siles, *La Justicia de Paz y su labor esencialmente conciliadora. Un análisis de actas de conciliación*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 1999, p. 121.

paralelo al del derecho estatal.<sup>767</sup> En Brasil, una reforma a la constitución de 1988, introducida en 1999, establece el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia. En Chile se reconoció en 1993 por ley (19.253) que la costumbre tendrá valor jurídico entre indígenas del mismo grupo étnico, en la medida en que no contradiga los derechos constitucionales. En Colombia, la constitución de 1991 autoriza el ejercicio de la función judicial por las autoridades de pueblos indígenas, en tanto no contradigan la constitución y las leyes. En Ecuador, la Constitución de 2008 reconoce a la justicia indígena. En Guatemala el gobierno firmó, entre los acuerdos de paz que pusieron fin al conflicto armado interno, el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, que integró y desarrolló el Convenio 169 de la OIT, pero luego sus contenidos no llegaron a ser aprobados como reforma constitucional. En México, una reforma constitucional reconoció en 2001 el derecho de los pueblos indígenas a la aplicación de sus propios sistemas normativos en los conflictos internos, con respeto a los principios de la constitución, en especial a las garantías individuales y a la dignidad e integridad de la mujer. En Nicaragua, desde la Constitución de 1987 se halla reconocido el derecho de las comunidades de la Costa Atlántica a administrar sus asuntos internos de acuerdo a sus tradiciones. En Paraguay, la constitución de 1992 reconoce el derecho a aplicar internamente, y de manera voluntaria, las normas consuetudinarias en tanto no violen derechos fundamentales establecidos en la Constitución. En Perú, la Constitución de 1993 reconoció el derecho de las comunidades, con apoyo en las rondas campesinas, de ejercer funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial, usando el derecho consuetudinario y siempre que no se viole derechos fundamentales de la persona. En Venezuela, la Constitución de 1999 dispone que las autoridades de los pueblos

<sup>767</sup> Alexandra Hunneus *et al.*, “Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America”, en Javier Couso *et al.* (eds.), *Cultures of legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, p. 11.

indígenas pueden aplicar sus tradiciones ancestrales a sus propios miembros, con tal de que no sean contrarias a la Constitución y el orden público.

Con variantes, que son importantes en sus consecuencias, la tendencia en la región ha sido la de reconocer los derechos que tienen su fuente en la tradición, no así los otros órdenes jurídicos, como el correspondiente a las rondas campesinas que sí aparece en la Constitución peruana. En el caso ecuatoriano y en el boliviano las Constituciones recientemente promulgadas reconocen derechos colectivos a las poblaciones indígenas, en el marco de una definición del país como “plurinacional” que reconoce, y otorga consecuencias en diversos terrenos, a la “diversidad cultural”. Estos textos expresan una corriente de pensamiento, que viene del mundo desarrollado, que ha hecho equivalentes diversidad cultural y pluralidad jurídica, de modo que a la diversidad cultural corresponderían distintas formas de derecho y de administración de justicia, postulación que la historia no sostiene.

Debe notarse la ambivalencia en la utilización posible de la diversidad cultural. Por ejemplo; en la Sudáfrica del *apartheid* una de las justificaciones del régimen sostenía que las separaciones impuestas no correspondían al color sino a las diferencias culturales y que, precisamente, la segregación tenía como objetivo principal la preservación de las culturas tradicionales —que en lenguaje contemporáneo serían denominados pueblos originarios—. Al pensar en términos latinoamericanos el reconocimiento de consecuencias jurídicas a la diferencia cultural es preciso preguntarse cómo evitar que tal reconocimiento se convierta en una vuelta a “la república de indios” colonial que, al reconocer y segregar una justicia distinta para el mundo indígena, asentó la dominación hispánica.

Guillermo O’Donnell consideró que el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus sistemas jurídicos en América Latina, pese a ser implementado pobremente y a regañadientes, debía ser visto “como una devolución constructiva de derechos usurpados du-

rante largo tiempo”.<sup>768</sup> Puede que así sea, pero las consecuencias de ese reconocimiento son portadoras de una alta complejidad. Los países donde se ha optado por el pleno reconocimiento del derecho indígena —Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia—, han previsto la dación de leyes destinadas a compatibilizar o coordinar las competencias del derecho estatal y las de los otros derechos. Según anota Donna Lee Van Cott,<sup>769</sup> es preciso resolver en esas leyes tres asuntos clave: 1) ¿la jurisdicción indígena debe ser obligatoria o de sometimiento voluntario?; 2) ¿los conflictos en los que son parte no-indios o indios de diversas culturas deben ser sometidos a la justicia indígena o corresponden a la justicia estatal?, y, finalmente, 3) ¿la jurisdicción indígena se circunscribe a límites territoriales de la comunidad o equivale a un fuero personal que el indígena lleva consigo a cualquier lugar del país al que se desplace? Sólo Bolivia ha promulgado, en diciembre de 2010, la Ley de Deslinde Jurisdiccional que, sin absolver las tres cuestiones, establece que la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina tiene igual jerarquía que las demás, declara que “el linchamiento es una violación a los derechos humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional” y prohíbe la pena de muerte. Se confirma la vigencia de la jurisdicción indígena en los ámbitos personal y territorial, listándose una serie de asuntos que quedan excluidos de ella.

El examen efectuado muestra, de una parte, que determinar en un régimen jurídico pluralista qué sistema debe encargarse de un caso determinado es una tarea difícil. A complicarla concurre el hecho de que, a menudo, la inclinación hacia el sistema estatal o el indígena es leída en clave política o racial. De otra parte, en todas las fórmulas de reconocimiento se incluye como límite los derechos constitucionales o los derechos fundamentales re-

<sup>768</sup> Guillermo O’Donnell, “Afterword”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2005, p. 295.

<sup>769</sup> Donna Lee Van Cott, *op. cit.*, p. 269.

conocidos por el texto constitucional que, desde luego, incluyen el derecho al debido proceso. Sabemos, por diversos estudios de caso, que en determinados órdenes alternativos el derecho a la defensa y los derechos de las mujeres, por ejemplo, se hallan muy restringidos. ¿Qué significa esto en términos del reconocimiento efectivo de esos órdenes alternativos que, como sistema, tienen esos rasgos? ¿Bastará con establecer un límite legal para extirpar las diversas formas de discriminación existentes en el ámbito indígena?

Un problema adicional surge del hecho de que reclamar el reconocimiento del derecho a una forma propia de administrar justicia está frecuentemente ligado, mediante una conexión ambigua, con determinadas exigencias de autonomía. Esto es lo que ocurre claramente en Bolivia y en Ecuador y torna la discusión en un asunto abiertamente político que, de resolverse en favor de atar la justicia propia con la autonomía, conlleva varias dificultades adicionales. Una dificultad se anuncia en el hecho de que el reclamo de autonomía para aplicar la justicia propia no siempre es situado por sus voceros en el horizonte del Estado de derecho y la vigencia de los derechos humanos,<sup>770</sup> cuya universalidad más bien se busca poner en cuestión. El aumento de los linchamientos en Bolivia pretende ser justificado por quienes participan en ellos mediante la invocación de la justicia comunitaria, pese a que la ley dice lo contrario. Otra dificultad reside en la probabilidad de que el reconocimiento de estos otros derechos debilite aún más aquel Estado cuyo fracaso se halla en el origen de la cuestión. Esto es debido a que el reconocimiento tiende “a hacer de la justicia un asunto grupal que, por estas vías, resulta progresivamente alejado de criterios y mecanismos compartidos por la comunidad nacional”.<sup>771</sup>

<sup>770</sup> Rachel Sieder, “Legal Globalization and Human Rights”, en Pedro Pitarch *et al.* (eds.), *Human Rights in the Maya Region: Global Politics, Cultural Contention and Moral Engagements*, Durham, Duke, 2008, p. 79.

<sup>771</sup> *La justicia de paz en los Andes. Estudio regional*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2005, p. 231.

En suma, como se ha observado, el llamado pluralismo jurídico corre el riesgo de:

caer en uno de los dos extremos siguientes: un romántico pluralismo que no significa más que un simple disfraz de la opresión y dominación jurídica del derecho formal sobre otros considerados benévolamente ‘consuetudinarios’; o la disolución del Estado en manos de un pluralismo ingenuo y la constitución de una serie de estados dentro del Estado, cada uno con su propio Derecho.<sup>772</sup>

Respecto del segundo de tales riesgos, conviene tener presente una de las funciones que corresponden a un orden jurídico. Como recuerda O’Donnell, el Estado —donde quiera que exista— “intenta ser un foco de identidad colectiva para los habitantes de su territorio” y, en parte, históricamente ha buscado materializar ese propósito mediante la implantación de normas comunes para esos habitantes en ese territorio. Esto es, que “la construcción del Estado” se valió “de una creciente homogenización de la legalidad estatal sobre el territorio correspondiente”,<sup>773</sup> encaminada a dar iguales derechos a todos. Las normas que, en cierta medida, otorgan determinadas particularidades a una comunidad con respecto a las demás contribuyen de ese modo a la generación de una identidad colectiva. En palabras de Sieder, “los órdenes legales en todo el mundo son vehículos para la creación, afirmación y cuestionamiento de la identidad nacional”.<sup>774</sup> Las normas, efectivamente aplicadas, contribuyen pues, a la generación y consolidación de la

<sup>772</sup> Valérie Robin Azevedo, “Linchamientos y legislación penal sobre la diferencia cultural. Reflexiones a partir de un juicio por homicidio contra unos comuneros del Cuzco”, en Valérie Robin Azevedo y Carmen Salazar-Soler (eds.), *El regreso de lo indígena. Retos, problemas y perspectivas*, Lima, Instituto Francés de Estudios Andinos-Centro de Estudios Regionales Bartolomé de las Casas, 2009, p. 94.

<sup>773</sup> Guillermo O’Donnell, “Acerca del Estado en América Latina contemporánea: diez tesis para discusión”, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004, pp. 151, 163.

<sup>774</sup> Rachel Sieder, *Transición democrática y derecho consuetudinario en Guatemala*, Guatemala, Flasco, 1996.

identidad. Cuando el Estado desarrolla a cabalidad esa función, la identidad nacional se afirma; cuando cada comunidad la toma a su cargo, la identidad nacional se debilita y, en cambio, aparecen —o se robustecen— otras identidades.

No habiendo sido exitosos los estados latinoamericanos en el intento de homogenizar la vigencia de la legalidad estatal en todo el territorio, el reconocimiento de varios derechos puede equivaler a una silenciosa renuncia al proyecto de identidad común. En términos políticos, esa ruta conduce a una dirección distinta a la promesa democrática, una de cuyas “grandes fuerzas”, como recuerda Dahrendorf, “consiste en hacer que gente diferente —desde el punto de vista étnico, religioso o político— pueda convivir y compartir valores comunes”. Crear sistemas de justicia como compartimentos estanco con derechos y deberes distintos equivale a negar, en nombre de la diversidad, que la construcción de un sistema democrático —donde los ciudadanos tengan efectivamente los mismos derechos— es posible. Al reemplazar “ciudadanía” por “pueblo”, se privilegia la homogeneidad de este último en su mundo “local”. Advierte Dahrendorf: “Las comunidades locales construidas sobre la homogeneidad tienden invariablemente a ser intolerantes en su interior y agresivas en el exterior”.<sup>775</sup> La razón es que no son intrínsecamente democráticas.

Si tales señalamientos y preocupaciones tienen validez, el reconocimiento de la justicia local debería contar, de una parte, con comunidades relativamente integradas, en las cuales la posibilidad de un uso prejuicioso de la facultad de resolver conflictos sea remota y, de otra parte, tendría que darse en el marco de políticas efectivas de gobierno que tengan capacidad de contención respecto de las fuerzas centrífugas que se alimentan del reconocimiento de la justicia local. En cualquier caso, los conflictos que vive una sociedad determinada no tienen origen sólo en el nivel local sino que se explican en el marco de características más

<sup>775</sup> Ralf Dahrendorf, *Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito*, Barcelona, Crítica, 2001, p. 32.

amplias que sólo pueden ser contrarrestadas mediante políticas de un Estado potente y legítimo que protejan a todos los ciudadanos.<sup>776</sup> Éste, claro está, es un Estado que no es el existente en la región.

La opción del reconocimiento del derecho a administrar la justicia puede conducir —en el marco de un Estado débil— a resultados altamente indeseables. En ese catálogo pueden incluirse desde transgresiones de los derechos humanos, abusos y arbitrariedades que hagan parte de una justicia de segunda clase, hasta la producción de bolsones con distintas justicias que alimente fuerzas centrífugas que debiliten aún más al Estado. Estos males no son inevitables si el reconocimiento se efectúa por un Estado con capacidad de supervisar efectivamente el funcionamiento de esos niveles de justicia local, a fin de corregir y enmendar, cuando sea necesario, los posibles efectos perniciosos.

## V. LOS JUECES EN LA ARENA POLÍTICA

Como se ha visto antes en este trabajo, pertenece a la tradición de los jueces latinoamericanos evitar que su actuación ingrese al campo de la política. Esa tradición parece estar en cuestión con el surgimiento de una nueva corriente, en la que participan diversos actores, que se conoce como *la judicialización de la política*. En la medida en que el fenómeno ha ido extendiéndose —en la región como en el resto del mundo— se ha visto que son jueces quienes resuelven conflictos entre actores políticos o toman decisiones sobre temas que durante muchos años se entendieron como parte de la competencia de los otros brazos del Estado, el Congreso o el Poder Ejecutivo.

En el caso de México, a partir de las reformas de los años noventa, la Suprema Corte ha intervenido como árbitro en diversos conflictos protagonizados por partidos políticos o por sus

<sup>776</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, p. 225; Rachel Sieder, “Legal Globalization and Human Rights”, *op. cit.*, p. 85.

representaciones parlamentarias y ha resuelto varias disputas entre el gobierno federal y un estado, entre dos estados o entre una de esas instancias y un municipio. En la sala constitucional de la Corte Suprema costarricense —popularmente conocida como la sala cuarta—, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, la Corte Constitucional colombiana y la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, crecientemente se han resuelto casos correspondientes a derechos constitucionales invocados por ciudadanos que, en una circunstancia dada, se consideraron agraviados por el Estado —e incluso por particulares en determinados países—. Entre las novedades que esta tendencia ha traído consigo está la aplicación directa del derecho constitucional por los jueces, prescindiéndose de la vieja exigencia de requerirse una ley que “desarrollara” tal derecho, argucia que hacía ineficiente el texto constitucional respectivo.

El primer rasgo de este fenómeno reciente de expansión del poder de la justicia es que los tribunales adoptan decisiones sobre materias que hasta hace poco correspondían a ejecutivo o legislativo.<sup>777</sup> El segundo rasgo del fenómeno es que se presenta en el contexto de regímenes democráticos,<sup>778</sup> como ocurre en América Latina. Un estudio que efectuó una revisión de la literatura disponible en inglés sobre la judicialización de la política en la región,<sup>779</sup> e incluyó el examen de 90 trabajos, indica que los países en los que las altas cortes han jugado un papel más activo son Brasil, Colombia, Costa Rica, y de manera creciente, México. Sin embargo, la fuente debe ser tomada con cautela debido a dos razones. De una parte, los autores indican que el grueso de los 90 textos analizados

<sup>777</sup> C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power: the Judicialization of Politics”, en C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York-Londres, New York University Press, 1995, p. 2; Torbjörn Vallinder, “When the Courts Go Marching In”, en C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *op. cit.*, 1995, p. 13.

<sup>778</sup> C. Neal Tate, *op. cit.*, p. 28.

<sup>779</sup> Diana Kapiszewski y Matthew Taylor, “Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America”, *Perspectives on Politics*, vol. 6, núm. 4, 2008, pp. 741-767.

se concentra en cinco países. De otra, los trabajos examinados corresponden a diferentes momentos, tienen diferentes enfoques y poca capacidad acumulativa; estos factores hacen difícil construir un cuadro exhaustivo de conjunto. Así es como la etapa más innovadora, pero efímera, del Tribunal Constitucional peruano no resulta registrada y la Corte Suprema argentina actual tampoco aparece en el inventario. Estas limitaciones, surgidas a la hora de identificar a los protagonistas de este cambio, provienen del hecho de que los desempeños de las cortes supremas y los tribunales constitucionales en América Latina no trazan trayectorias institucionales continuas y sostenidas sino que están marcadamente sujetos a personas y momentos.

No obstante esas imprecisiones —que no son sólo de conocimiento sino que tienen origen en la realidad misma—, está fuera de duda que el fenómeno de la participación judicial en decisiones de carácter político se vive en América Latina, cuando menos, desde la década de los años noventa, con la importancia creciente del control de constitucionalidad sobre actos de gobierno (*judicial review*)<sup>780</sup> y el desarrollo jurisprudencial del tipo de decisiones señaladas. Éstas pueden ser agrupadas en dos grandes categorías: la impugnación de un acto de gobierno —aprobación de una ley o cualquier decisión de otro nivel— sobre la base de una violación constitucional y el reclamo de un derecho constitucional que debe obtener vigencia en un caso concreto. En la primera categoría está en juego el control del ejercicio del poder por los jueces; entre los casos más destacados se hallan: la decisión de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que en 1993 logró detener el autogolpe de Estado dirigido por Jorge Serrano Elías; el fallo del 6 de marzo de 2001, de la justicia federal Argentina, que declaró nulas e insubsanables las leyes de “punto final” y “obediencia debida” mediante las cuales se había intentado dejar en la impunidad graves crímenes cometidos durante la dictadura

<sup>780</sup> Rachel Sieder *et al.*, “Introduction”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2005, pp. 1, 7.

militar; y la negativa de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-141-2010) a aprobar en 2010 una segunda reforma constitucional sobre la reelección presidencial. En la segunda categoría se trata de hacer eficaz un derecho constitucionalmente existente pero que no alcanza vigencia efectiva debido a la acción u omisión de una entidad del Estado; a título de ejemplos se puede mencionar el reconocimiento del derecho a recibir instrucción religiosa distinta a la católica que en 1993 efectuó la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-027/93) y la decisión del Tribunal Supremo brasileño que en mayo de 2011 equiparó en derechos y deberes el matrimonio homosexual y el matrimonio heterosexual.

A pesar de que este tipo de intervención judicial en asuntos de naturaleza política corresponde, más bien, a la tradición del derecho anglosajón, ha sido en países del sistema denominado romano-civil donde se ha producido el desarrollo reciente de esta tendencia. Frecuentemente se interpreta el surgimiento de la tendencia como una respuesta a una crisis política<sup>781</sup> consistente en que los derechos establecidos en los textos legales, incluyendo la Constitución —que en América Latina, en contraste con el sistema anglosajón, se caracterizan por la amplitud en el reconocimiento de derechos—, no resultan efectivizados por el Ejecutivo y el Congreso, instancias del régimen político que dejan de resolver determinadas demandas y ciertos conflictos. Esto hace que se considere que en la debilidad de la democracia encuentra impulso la judicialización de la política, la que representa hacer política por otros medios.<sup>782</sup>

Uno de los puntos importantes de esta intersección entre justicia y política se halla en las decisiones judiciales sobre programas y servicios sociales,<sup>783</sup> demandados por grupos organizados

<sup>781</sup> C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, “Judicialization and the Future of Politics and Policy”, en C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *op. cit.*, p. 519.

<sup>782</sup> Rachel Sieder *op. cit.*, pp. 2, 6, 11, 16.

<sup>783</sup> Herbert Jacob, “Introduction”, en Herbert Jacob *et al.*, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1996, p. 9.

de potenciales beneficiarios de tales programas y derechos, que han sido históricamente discriminados: mujeres, indígenas, ancianos, homosexuales, discapacitados. El otro punto importante de encuentro de los jueces con la política proviene de la actuación de los partidos de oposición al gobierno, que usan la judicialización de la política para paralizar u obstruir la ejecución de ciertas medidas adoptadas sin un consenso suficiente.<sup>784</sup>

El uso de la vía judicial para discutir temas tradicionalmente pertenecientes a la esfera de la lucha política requiere, además de usuarios dispuestos a articular sus demandas ante los tribunales, de jueces de ciertas características que los alejan del perfil del juez tradicional. Se ha sugerido que son actitudes o valores personales aquello que los llevan a participar activamente en la formulación de políticas de Estado desde la función judicial. Esa participación puede ser de signo negativo, en el sentido de detener o paralizar una medida gubernamental —como ha hecho la Corte Constitucional colombiana respecto de la declaración del Estado de emergencia o de sitio— o puede ser de signo afirmativo en el sentido de establecer una política que las otras ramas del Estado no elaboraron, como las referidas a políticas sociales; “es la opción que los jueces toman de ser más o menos activos en imponer soluciones de políticas propias lo que determina cuán lejos irá la judicialización”.<sup>785</sup>

Si bien la tendencia a judicializar la política corresponde a un vacío dejado por otros actores o, más en general, a la debilidad e ineficiencia del funcionamiento del sistema democrático, la participación protagónica de los jueces en este nuevo terreno ha sido objeto de marcadas reservas, de parte de la mayoría de autores que analizan el fenómeno. La primera advertencia corresponde a la observación de que una mayor presencia pública o política de los jueces no asegura que éstos no estén actuando al servicio de intereses privados o de grupos políticos; en otras palabras, el mayor

<sup>784</sup> C. Neal Tate, “Why the Expansion of Judicial Power?”, en C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *op. cit.*, 1995, p. 31.

<sup>785</sup> C. Neal Tate, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

protagonismo judicial no tiene un signo necesariamente positivo desde el punto de vista de la ampliación de los derechos sociales o de la igualdad ante la ley.<sup>786</sup> El protagonismo judicial también puede ser portador de un signo claramente conservador e incluso reaccionario, como se verifica en la experiencia judicial de un país como Estados Unidos.

En segundo lugar, aparece una cautela proveniente de que, a través de la judicialización de la política, pasan a tener decisión en asuntos de política general — que en ocasiones desautorizan lo actuado por actores que, como los parlamentarios, cuentan con un mandato de raíz electoral— jueces que, salvo casos relativamente circunscritos, no han sido elegidos y, en consecuencia, no tienen un mandato democrático de base popular. Algunos autores se han preguntado cuál es, entonces, el equilibrio de poder y responsabilidades adecuado entre quienes son elegidos y quienes, como los jueces, son nombrados.<sup>787</sup> Determinados autores han considerado que la judicialización de la política conlleva incluso el riesgo de debilitar las instituciones democráticas.<sup>788</sup> Otros autores no llevan su análisis hasta ese punto pero muestran dudas respecto de que, ante la repetida frustración provocada por elecciones de las que no resulta el bienestar, la solución se halle en confiar al terreno judicial aquello que no se ha logrado en los canales políticos.<sup>789</sup>

Las observaciones se multiplican en relación con el reconocimiento de derechos económicos y sociales mediante decisiones de los tribunales que “tienen el efecto de reconfigurar el espectro social y político”.<sup>790</sup> Guillermo O’Donnell consideró “en la mayoría de casos cuestionable” que se pudiese accionar ante las

<sup>786</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, 2005, p. 25.

<sup>787</sup> Rachel Sieder, *op. cit.*, p. 2.

<sup>788</sup> C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *op. cit.*, p. 527.

<sup>789</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 343.

<sup>790</sup> Sigfrido Steidel Figueroa, “El futuro de los poderes judiciales en Iberoamérica”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 12, julio-diciembre de 2008, p. 165.

cortes respecto de derechos sociales y económicos que no han sido establecidos por los otros poderes del Estado. “Los tribunales pueden ignorar irresponsablemente las limitaciones fiscales” o provocar la creación de coaliciones de poder antagónicas, argumentó.<sup>791</sup> En la misma dirección, se ha razonado que, dada la naturaleza del trabajo judicial, que se concentra en los méritos del caso para decidir que se ejecute un derecho económico o social sin atender a la racionalidad económica de la norma, existe el riesgo de que una decisión judicial tenga consecuencias no buscadas en la economía como conjunto.<sup>792</sup> Esta posibilidad resulta agravada por el hecho de que los jueces no cuentan con mayores conocimientos en materia económica y es reconocido que usualmente tienden a ignorar las consecuencias financieras de sus decisiones.<sup>793</sup> Asimismo, se observa que los jueces no cuentan con los mecanismos para asegurar que se cumplan las decisiones de trascendencia adoptadas en este terreno. En suma, se sostiene, los jueces no han sido educados, ni están preparados, y los tribunales no están organizados, para asumir las funciones más amplias de las que se hacen cargo a través de este tipo de actuación que expande la esfera de la justicia<sup>794</sup> a la formulación de políticas de Estado.

A los efectos de la discusión es preciso tener presente que son dos áreas principales las que integran la judicialización de la

<sup>791</sup> Guillermo O'Donnell, *op. cit.*, p. 297.

<sup>792</sup> Javier Couso, “The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity”, en Roberto Gargarella *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington, Hampshire Ashgate, 2006, p. 73.

<sup>793</sup> Rodrigo Uprimny Yepes, “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en Roberto Gargarella *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington, Hampshire, Ashgate, 2006, p. 133.

<sup>794</sup> Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 189; Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 169.

política. Como se ha indicado, una es la concerniente al control de constitucionalidad y legalidad de los actos de gobierno que, si bien no ha sido parte de la tradición judicial de la región, parece indispensable a los efectos del funcionamiento del régimen democrático y, dentro de él, particularmente el mecanismo de pesos y contrapesos. La otra área se refiere a la eficacia de derechos constitucionales en casos concretos, camino por el que los jueces arriban en ocasiones al establecimiento de políticas de Estado, a partir de mandatos constitucionales respecto de los cuales el Legislativo y Ejecutivo no han actuado. Si las críticas a la actuación judicial en la primera área tienen como base principal la carencia de mandato popular en la función judicial, las objeciones respecto de la segunda se originan en la calificación insuficiente o inadecuada de los jueces para establecer políticas. En este terreno, decisiones judiciales que amplíen derechos económicos o sociales pueden ser muy positivas para el grupo o sector beneficiario pero, al mismo tiempo, tener efectos negativos sobre el conjunto del Estado y su manejo por aquéllos que han sido elegidos para hacerlo.<sup>795</sup> Como ha advertido Dahrendorf, “cuando los tribunales acaban estando demasiado implicados en materias sociales, con toda seguridad se corre el riesgo de determinar situaciones muy confusas y peligrosas”.<sup>796</sup>

Se considera que, pese a los cuestionamientos académicos y las discusiones políticas sobre el tema, lo probable es que en el futuro previsible la expansión del Poder Judicial continúe en busca de efectividad en la democracia, debido a que las condiciones —del funcionamiento de los sistemas políticos— favorecen ese crecimiento.<sup>797</sup> Tiene valor para toda América Latina la observación hecha para Colombia, a partir de la “profunda debilidad de los mecanismos de representación política” que lleva a los jueces,

<sup>795</sup> Rachel Sieder, *op. cit.*, p. 9.

<sup>796</sup> Ralf Dahrendorf, *Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito*, Barcelona, Crítica, 2001, p. 75.

<sup>797</sup> C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *op. cit.*, pp. 515, 526, 528.

más que a entrar al terreno de los otros poderes, a “llenar el vacío dejado por otros”, actuación que es considerada legítima por amplios sectores sociales.<sup>798</sup>

Para establecer más claramente la legitimidad de la actuación de los jueces en la arena política, se requiere una evaluación más precisa respecto de lo que se ha hecho hasta ahora. La discusión no puede mantenerse en un nivel abstracto, atendiendo sólo a los “principios jurídicos” o restringiéndola a matices de diseño institucional. En este terreno, como en otros, la actuación de los jueces será legítima o no, en muy buena medida, según los resultados sociales que procure.

No obstante, y de proseguir la expansión de la judicialización de la política, del examen del tema y de cara a la cuestión de transformar la justicia de la región, surge una pregunta relevante: ¿la presencia lograda en estos nuevos terrenos por determinados tribunales constitucionales o ciertas cortes supremas ha cambiado el perfil de la justicia latinoamericana? Hasta cierto punto la respuesta tiene que ser afirmativa en razón de que hay decisiones, tanto de control judicial sobre actos de gobierno como de reconocimiento de derechos constitucionales, que en el pasado ni siquiera se podía imaginar como generables por el aparato de justicia. Sin embargo, pese a la importancia de este cambio, no debe perderse de vista el peso relativamente menor de estas decisiones en el conjunto de aquello que hacen los sistemas de justicia. El significado del cambio no parece haber “contagiado” a la estructura institucional de esos sistemas, que en buena medida mantienen los males y vicios tradicionales. Este hecho lleva a pensar en la posibilidad de que aquello que en el nuevo fenómeno pueda considerarse valioso quede constreñido a determinadas instancias, que indefinidamente funcionen de

<sup>798</sup> Rodrigo Uprimny, “The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia”, en Siri Gloppen *et al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, London-Portland, Frank Cass Publishers, 2004, p. 62.

manera paralela en coexistencia con el viejo aparato,<sup>799</sup> resistente a la transformación. Dicho en otras palabras, la apertura de este nuevo terreno de actuación denominado judicialización de la política ha venido a sumarse al ámbito de lo judicial sin modificar la ineficacia general del sistema, los márgenes de impunidad que mantiene y la abdicación de las responsabilidades que en ello corresponden al Estado.<sup>800</sup>

<sup>799</sup> Pilar Domingo, “The Judicialization of Politics: The Changing Political Rule of the Judiciary in Mexico”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, *cit.*, p. 40.

<sup>800</sup> Guillermo O’Donnell, *op. cit.*, pp. 294 y 295.

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

Libro completo en

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?!=3882>

## CONCLUSIONES. ENTONCES, ¿ES POSIBLE HACER ALGO?

A estas alturas del volumen, el lector se habrá hecho más de una vez la pregunta que encabeza estas conclusiones: ¿hay, entonces, algo que pueda hacerse con la justicia latinoamericana? Es no sólo razonable sino indispensable intentar una respuesta desde la perspectiva, ciertamente crítica y escéptica, con la que en este trabajo se ha abordado el análisis del tema. Para mantener la congruencia, sin embargo, los elementos de respuesta estarán presididos por el criterio delimitador de aquello que es factible. En consecuencia, no sólo se hará explícito aquello que no resulta posible alcanzar mediante una reforma de la justicia, en las condiciones que exhiben nuestros países, sino que se sostendrá que en algunos de ellos no es posible hacerla.

En esa dirección, lo primero que resulta necesario precisar es que el Estado de derecho no se alcanzará mediante una reforma de la justicia, pese a que ésta, si alcanzara sus objetivos, podría contribuir mucho al establecimiento de aquél. No obstante, el asunto va mucho más allá de reformar la administración de justicia.<sup>801</sup> Ciertamente, nuestros países deben tener un Estado de derecho, pero éste requiere algo más complejo y abarcador que un mejor sistema de justicia; es preciso tener una red de instituciones comprometidas con la eficacia del Estado de derecho<sup>802</sup> y, en la

<sup>801</sup> Michael Dodson y Donald W. Jackson, “Horizontal Accountability and the Rule of Law in Central America”, en Scott Mainwaring y Christopher Welna (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 231.

<sup>802</sup> Guillermo O’Donnell, “Reflections on Contemporary South American Democracies”, *Journal of Latin American Studies* 33, 2001, p. 607.

base social, contar con una extendida cultura ciudadana en la que el Estado de derecho sea, cuando menos, una aspiración seria. Pese a que en algún documento gubernamental se proclama que “los pueblos y los gobiernos” de la región “claramente han tomado la decisión fundamental de que el Estado de derecho prevalezca en sus sociedades”<sup>803</sup> y a que declaraciones similares puedan aparecer en diversos discursos oficiales, la realidad de la región es otra. Como se ha visto en este volumen, estamos ante una realidad en la que, con demasiada frecuencia, los gobiernos tuercen la ley según sus conveniencias, al tiempo de que en los sectores populares, cuando no prevalece la ley del más fuerte o se recurre al linchamiento, se alzan voces que interpretan la justicia como el uso represor de la mano dura y la aplicación de penas crecientemente elevadas.

Una cuestión algo más difícil de encarar es la que se refiere al tipo de Estado en el que se plantea una reforma de la justicia. Se ha sostenido que “un prerrequisito esencial de una reforma jurídica exitosa... es la existencia de un centro político efectivo y bien organizado, con el poder de poner la ley en ejecución”.<sup>804</sup> Ciertamente, cuando el Estado corresponde a esa definición, la reforma será posible; pero usualmente cuando se cuenta con un Estado así no se necesita transformar radicalmente la justicia. Según hemos visto en este libro, en América Latina es característica histórica del Estado su debilidad para imponer el cumplimiento de la ley de manera universal e igualitaria. Esta endeblez del Estado pervive actualmente en la mayoría de los países de la región. ¿Significa eso, como el autor citado parece sugerir, que mientras el Estado no sea distinto no es posible hacer una reforma de la

<sup>803</sup> *Achievements in Building and Maintaining the Rule of Law. MSI's Studies in LAC, E&E, AFR and ANE*, Washington Office of Democracy and Governance, Bureau for Democracy, Conflict, and Humanitarian Assistance, USAID, Occasional Paper Series, noviembre de 2002, p. 10.

<sup>804</sup> Julio Faundez, “Introduction. 1. Legal technical assistance”, en Julio Faundez (ed.), *Good Government and Law. Legal and Institutional Reform in Developing Countries*, Houndmills-Nueva York, MacMillan Press, *op. cit.*, 1997, p. 24.

justicia? Lo que, más bien, parece claro es que las limitaciones que el Estado padece, en un país dado, restringirán los alcances de una reforma del sistema de justicia —como la de cualquier otro de los brazos institucionales del aparato estatal—, pero de ello no puede derivarse que cualquier reforma, por limitada que sea, resultará inviable.

En ese marco problemático de condicionantes y limitaciones se mueve este fenómeno curioso de la reforma de la justicia, que todos parecen considerar importante, pero “nadie realmente sabe cómo hacerla funcionar”.<sup>805</sup> Como consecuencia, la reforma —que ha sido “por mucho, más difícil, larga e incierta de lo que inicialmente se previó”—<sup>806</sup> ha seguido una trayectoria de éxitos modestos y frecuentes fracasos, de brechas importantes entre los términos de los proyectos diseñados y los resultados de su puesta en ejecución.<sup>807</sup> Es una historia en la que se ha señalado que “la ideología y las preferencias subjetivas” continúan modelando lo intentado, lo posible y lo logrado.<sup>808</sup> Probablemente sea así en cierta medida, y es casi seguro que no puede ser de otra forma. Subjetiva, en definitiva, es la comprensión de la justicia, objeto fundamental de este asunto. Y política es la naturaleza de la reforma debido a que altera relaciones de poder. De modo que, al abordar la reforma de la justicia, no hay criterios universales ni posiciones de neutralidad y quienes así se presentan, en realidad, ocultan sus propias opciones. Cuanto más transparente se sea respecto de los criterios políticos que guían las opciones de críticas y sugerencias, mejor.

Las conclusiones que en seguida se proponen delimitarán, primero, la esfera de lo que parece posible en materia de reforma. En seguida, abordarán lo concerniente a modelos, requisitos y estrategia, para desembocar en algunas cuestiones prácticas que

<sup>805</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 9.

<sup>806</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 112.

<sup>807</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 366.

<sup>808</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 2.

interesan a los reformadores. Postularán, luego, un núcleo básico de objetivos o propósitos que, junto al compromiso de los actores que resulta necesario, puede resultar orientador como horizonte de la reforma. Se referirán, finalmente, a la pregunta de qué esperar de la reforma.

## I. LA DELIMITACIÓN DE LO POSIBLE

Delimitar qué es posible hacer o establecer los límites de aquello que es factible mediante un proceso de reforma es algo que sólo puede ser determinado sobre la base de un buen conocimiento de la realidad. Comprender los términos del funcionamiento de un sistema de justicia no es asunto sencillo. Lamentablemente, este tema es visto casi despectivamente por quienes tienen más experiencia, en calidad de operadores del sistema, y piensan que la simple práctica, cotidiana y prolongada, equivale a conocimiento. Pero entender las realidades de la operación de los tribunales, qué es lo que pasa en ellos, por qué es así y no de otra manera, requiere mucho más que haber pasado allí determinados años. Es preciso efectuar análisis de varios tipos —tanto cuantitativos como cualitativos— debido a que el sentido común no basta y, según se comprueba, a menudo está equivocado.<sup>809</sup>

Nuestra comprensión de los sistemas judiciales resulta limitada por diversos factores, entre los cuales destaca la insuficiencia de estudios y análisis sobre ellos, y los supuestos de los programas de reforma han demostrado a menudo ser insuficientes, inadecuados e incluso contraproducentes.<sup>810</sup> La falta de información empí-

<sup>809</sup> Deborah Hensler, “The contribution of judicial reform to the rule of law”, *Trabajo presentado en la Conferencia del Banco Mundial sobre New Approaches for Meeting the Demand for Justice*, 10 de mayo de 2001, citado por Erik G. Jensen, “The Rule of Law and Judicial Reform: The Political Economy of Diverse Institutional Patterns and Reformers’ Responses”, en Thomas C. Heller y Erik G. Jensen (eds.), *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford, Stanford University Press, 2003, p. 362.

<sup>810</sup> William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Praeger, 2000, p. 3.

rica sobre el funcionamiento de los aparatos de justicia constituye un vacío crucial y, en otro nivel, la desatención respecto del conocimiento de la cultura jurídica ha incidido de manera decisiva a la hora de adoptar reformas que estén verdaderamente adecuadas al medio.<sup>811</sup>

El cuarto de siglo que lleva la experiencia de la reforma de la justicia en la región brinda una masa de información —susceptible de ser convertida en conocimiento— acerca de nuestro objeto. Por ejemplo, el hecho de que ciertos rasgos del sistema —como la carga acumulada y los retrasos— pervivan, pese al incremento del número de tribunales y jueces, a la construcción de edificios y a la introducción de las computadoras y los sistemas de administración de casos, ha llevado a poner en tela de juicio el tipo de inversiones requeridas para producir resultados. Como resultado, y pese a que la demanda de reforma aún existe, el simple incremento presupuestal cuenta con un respaldo menguante y se ha puesto en duda varios otros de aquellos remedios prescritos por el “sentido común” a partir del cual se emprendió muchas reformas.<sup>812</sup> Es positivo que haya ocurrido este desarrollo porque reconocer que aquello que creíamos saber no tiene base suficiente es una manera de avanzar en tanto constituye un paso importante hacia un mejor conocimiento.

El fracaso también echa luz sobre el vasto terreno de lo que no es posible e indirectamente nos encamina hacia aquello que sí es posible, en una doble dimensión: la primera corresponde a lo que está en el área de responsabilidad del sistema de justicia y no fuera de ella; la segunda guarda relación con lo que es factible de realizar con los recursos—humanos, sobre todo, pero también institucionales— con los que se cuenta.

Puede resultar útil pasar revista, aunque sea brevemente, a aquello que, no siendo posible, ha sido objeto del discurso de la reforma de la justicia y de algunas de sus acciones. Aunque sea

<sup>811</sup> María Dakolias, *Court Performance around the World: A Comparative Perspective.*, Washington, World Bank Technical Paper, núm. 430, 1999, p. 23.

<sup>812</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 281.

casi obvio, es útil tener presente que no es posible que los sistemas de justicia procuren a América Latina la justicia social que no se ha podido alcanzar a través del sistema político o, incluso, las insurrecciones alzadas contra él. Los grandes cambios sociales son asuntos de naturaleza básicamente política y son resultado de luchas correspondientes a ese terreno. En su momento, los jueces pueden aportar la contribución que les corresponde en el campo jurisdiccional, pero no es razonable esperar de ellos que se conviertan en iniciadores y protagonistas del cambio político y social debido a que esta responsabilidad no se halla dentro de su función, tal como se encuentra definida institucionalmente:

los jueces no hacen o deshacen revoluciones. Ni siquiera pueden emprender grandes transiciones sociales. Pueden cristalizar y avanzar ideas que empezaron en otro lugar de los procesos del Estado. Pueden sacar al frente un poco o contrarrestar las mareas políticas. Pero ellos no inician los grandes cambios. Para funcionar, necesitan un mandato, un punto de partida e instrucciones acerca del camino que pueden seguir.<sup>813</sup>

Más específicamente, tampoco corresponde al aparato de justicia —ni a los objetivos de su reforma— realizar la “igualdad real” en una sociedad, como la latinoamericana, profundamente marcada por desigualdades. Inevitablemente, los ciudadanos que comparecen ante el sistema de justicia llevan consigo las “marcas” sociales de las que son portadores en términos de conocimientos, capacidades, relaciones y recursos. La justicia, al operar, debe mitigar, reducir y, hasta donde resulte factible, despojar de capacidad decisiva a tales cargas de los sujetos comparecientes, pero no puede producir una igualdad que no existe y cuya realización es responsabilidad del conjunto en sociedades que, según

<sup>813</sup> Marvin E. Frankel, “Concerning the Role the Judiciary May Serve”, en Irwin P. Stotzk (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993, p. 25.

sugiere nuestra historia, no han asumido como propia esa obligación.

Por último, en esta delimitación inicial, tampoco es posible plantear como objetivo del aparato de justicia una ampliación de su competencia a fin de hacer lugar en él a la solución de un mayor número de conflictos, valiéndose al efecto de más personal y recursos. Los medios de los que dispone el Estado son limitados y a su cargo se hallan, al lado de la administración de justicia, otras varias funciones y responsabilidades importantes. A partir del reconocimiento de una inevitable limitación en los recursos, lo que cabe, más bien, es repensar en qué conflictos la resolución a cargo de la justicia del Estado resulta indispensable porque a ella toca garantizar la presencia decisoria del interés público, como se verá más adelante en estas conclusiones.

Si se ha subrayado lo que no pueden hacer los jueces —ni es, en consecuencia, esperable de la reforma de la justicia— es porque, en general, se ha pedido demasiado de ellos y de la reforma.<sup>814</sup> Se ha depositado en ellos expectativas demasiado altas:

se espera de los sistemas judiciales que funcionan bien que controlen los abusos del gobierno y protejan los derechos humanos y civiles, que creen un ambiente que fomente el desarrollo de economías basadas en el mercado, que disuadan el delito y la violencia civil, que reduzcan los niveles de conflicto social, que sostengan el desarrollo de la gobernabilidad democrática legítima, y que reduzcan las inequidades sociales al ayudar a distribuir los beneficios del desarrollo entre los grupos marginalizados.<sup>815</sup>

Los proyectos de reforma han comprendido una diversidad de objetivos que con frecuencia han sido planteados para ser alcanzados simultáneamente<sup>816</sup> en lo que, de haber sido efectiva-

<sup>814</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 112.

<sup>815</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 4.

<sup>816</sup> *Ibidem*, p. 292.

mente realizado, hubiese supuesto una transformación extraordinaria. Se requiere, pues, de “una mejor y más realista definición de objetivos, tanto respecto de los problemas a resolver como de aquello a ser alcanzado. La reforma judicial, por sí, no resolverá los males sociales fundamentales”.<sup>817</sup> En consecuencia, se requiere ajustar expectativas y trazar objetivos mucho más modestos,<sup>818</sup> en función de las posibilidades realmente existentes. Esos objetivos modestos deben ser trazados desde la conciencia acerca de todo aquello que no depende la reforma. Como se ha apuntado para el caso de México.

las deficiencias en el sistema judicial mexicano obedecen tanto a aspectos de carácter institucional como a factores de carácter social. Los primeros se refieren a aquellos problemas internos de los poderes judiciales que les impiden lograr eficacia y alta calidad en el servicio que prestan. Los segundos se encuentran inmersos en el contexto social mexicano y son los elementos que dificultan el acceso de la población a los mecanismos jurisdiccionales.<sup>819</sup>

Esos elementos del contexto social no sólo determinan la existencia de barreras en el acceso al sistema de justicia, que requiere de cambios referidos a un ámbito mucho más amplio que el correspondiente al sistema mismo.<sup>820</sup> Las características de una sociedad dada inciden asimismo en la prevención, generación y arreglo de conflictos y controversias<sup>821</sup> que en determinado momento tendrían que pasar a ser vistos y resueltos por los jueces. De modo que la justicia experimentada como bien social por el ciudadano depende, en determinada medida pero acaso en pri-

<sup>817</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 112.

<sup>818</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 344.

<sup>819</sup> Luis Rubio *et al.*, *A la puerta de la ley*, *cit.*, p. 58.

<sup>820</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op. cit.*, p. 32.

<sup>821</sup> Robert A. Kagan, “The Routinization of Debt Collection. An Essay on Social Change and Conflict in the Courts”, *Law and Society Review*, vol. 18, núm. 3, 1984, p. 368.

mer lugar, de la forma en la cual una sociedad determinada esté organizada —en términos sociales, económicos y políticos—, de manera de evitar o inducir conflictos, y de resolverlos antes de ir a un juez o hacer indispensable su intervención.

Un elemento más, de crucial importancia, en la generación del bien social que es la justicia es la tendencia existente en el contexto social hacia la observancia o la inobservancia de las normas.<sup>822</sup> Esa tendencia no sólo incide en la gestación de conflictos que requerirán de solución y en el nivel de cumplimiento de las sentencias que se dicten en el caso sino que resultará clave en la eficacia o ineficacia de las reglas que se dicten a lo largo del proceso de reforma del propio sistema.

Otro aspecto que debe ser considerado es que la reforma, pensada como una reforma del Estado, de hecho no abarca a todas las instituciones participantes del sistema de justicia, que son tanto públicas como no públicas.<sup>823</sup> Entre estas últimas se hallan la defensa profesional privada y el sector de facultades de derecho privadas. Pese a que ambos protagonistas tienen una incidencia decisiva sobre el funcionamiento del sistema de justicia, no han sido efectivamente abarcados —y difícilmente podrán serlo— por los programas de reforma efectuados en el aparato del Estado.

Admitidas genéricamente las condiciones y limitantes existentes en América Latina para efectuar una reforma del sistema de justicia, es preciso caracterizarlas de manera apropiada y particular en cada país. De ese análisis surgirán, en cada caso nacional, diferentes cuadros de posibilidad para determinado tipo de reforma. Esto es, no toda reforma es viable en cualquier país.<sup>824</sup> Hay países en la región que pueden proponerse —como de hecho ha ocurrido en el caso de Costa Rica, por ejemplo— reformas de la justicia que les permitan avanzar hacia niveles adelantados.

<sup>822</sup> Carlos Nino, *op. cit.*, p. 257.

<sup>823</sup> Klaus Decker, *et al. Improving the Performance of Justice Institutions. Recent experiences from selected OECD countries relevant for Latin America*, Washington, The World Bank, 2011, p. 24.

<sup>824</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 336.

En cambio, hay otros donde la falta de condiciones impedirá — como de hecho ha ocurrido en determinados casos— la ejecución de reformas incluso relativamente modestas. Por ejemplo, Fix-Fierro ha advertido que:

si bien la sociedad mexicana exige y espera justicia sustantiva, real, no solamente formal, los incentivos que enfrentan jueces y abogados no se han modificado en lo fundamental y no favorecen, al menos por ahora, que se logre tal justicia.<sup>825</sup>

El discurso de la reforma prometió demasiado y acaso fomentó más expectativas de las que era prudente levantar. Manejar la brecha entre las expectativas de los programas de reforma y la realidad de lo que éstos pueden producir se ha convertido en un desafío del proceso. Esperar de los tribunales un papel protagónico probablemente ha sido excesivo.<sup>826</sup> Cuando las expectativas sobredimensionadas se encuentran con un sistema incapaz de administrar justicia, crece el desencanto no sólo respecto de la justicia sino de la democracia; se juegan en esto la frustración social y también la posibilidad de vueltas al pasado.<sup>827</sup> Llevar adelante una reforma exitosa requiere que las expectativas sociales cambien,<sup>828</sup> en dos dimensiones: cuán distinta puede ser la justicia que surja del proceso y qué rasgos deben caracterizarla. Si en lo primero las expectativas sociales tal vez han sido demasiado altas, en lo segundo a menudo no se corresponden con las características de un sistema democrático.

No obstante, delimitar qué es posible también debería incluir la averiguación específica acerca de cuáles son las necesidades de justicia del ciudadano y qué espera éste del servicio. Esta indagación no se ha hecho a lo largo de los procesos de reforma. Aparte

<sup>825</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 318.

<sup>826</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 344.

<sup>827</sup> Rachel Sieder *et al.* "Introduction", en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, *cit.*, pp. 2, 17.

<sup>828</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 262.

de las consabidas respuestas en torno a la “mano dura”, es probable que la mayoría de los consultados requieran que la justicia sea eficaz y pronta en unos cuantos tipos de proceso —entre los cuales seguramente destacarán los conflictos de índole familiar—, a los cuales un proceso de reforma debería dar prioridad. De los resultados que pueda obtenerse en ese terreno dependerá el apoyo ciudadano al proceso de cambio de la justicia, que es una condición para hacerlo posible.

Antes de pasar a la discusión en torno a qué es lo que puede hacerse, es preciso retener algunos criterios esenciales en el punto de partida. Primero, es indispensable tener un conocimiento sólido de la realidad que se pretende cambiar. Segundo, no obstante admitirse que el funcionamiento de la justicia resulta severamente afectado por una serie de rasgos sociales profundos y de problemas irresueltos, el programa de cambios debe centrarse en aquello que pueden proveer directamente las instituciones del sistema de justicia una vez reformadas. Tercero, pese a la necesidad de un horizonte de transformación, los objetivos de la reforma deben apuntar a aquello que resulta factible realizar, por modesto que resulte. Cuarto, los términos de lo que es factible sólo pueden ser determinados a la luz de una realidad nacional concreta. Quinto, es preciso auscultar las necesidades y expectativas sociales, y tratar de ajustarlas a aquello que realísticamente puede esperarse de la reforma, modificando pedagógicamente aquellas expectativas contrarias a la democracia y el Estado de derecho, por más que efectivamente sean exigencias populares.

## II. MODELOS, REQUISITOS, ESTRATEGIA

No existe un diseño de reforma modelo. No puede existir debido a las razones que venimos de analizar en estas conclusiones. Pese a que diversos agentes de la cooperación internacional han usado, como recetas, determinados patrones o modelos de reforma —sobre la base de diseños institucionales existentes en países de-

sarrollados o en razón de que tales fórmulas parecieron funcionar en otro caso—, las reformas factibles sólo pueden ser diseñadas de cara a la situación del país donde debe alcanzar resultados: “Cada sociedad posee sus propios rasgos específicos que requieren diversos ordenamientos institucionales para promover la reforma”.<sup>829</sup> Como se ha indicado a propósito de la independencia judicial, la experiencia sugiere que ningún modelo tiene validez para cualquier contexto.<sup>830</sup> Cuando se trata, pues, de reformas atingentes al Estado de derecho, el análisis y las soluciones propuestas deben diferenciarse en razón de tiempo y lugar particulares.<sup>831</sup>

Esa premisa no debe llevar a la conclusión de que cada país tiene un tipo de reforma que resulta factible, y en consecuencia, es aquél cuya realización debe intentarse. Además de una realidad cuyos límites resultan difíciles de ignorar, la reforma de la justicia contiene opciones valorativas acerca de qué fines deben recibir prioridad. Ateniéndose siempre a los márgenes de aquello que es factible, puede optarse por dar mayor valor a la eficacia del sistema que al acceso a él, o viceversa; puede escogerse situar, por encima de todo, la capacidad de la judicatura para controlar los excesos en el ejercicio del poder o, en cambio, la atención de un mayor número de conflictos. Y así sucesivamente. La reforma es siempre una propuesta política que atiende centralmente a ciertos objetivos e inevitablemente posterga otros.

No obstante la inconveniencia de pensar la reforma en términos generales, varios autores han listado requisitos o condiciones que pueden tener cierto grado de aplicación común a diversos casos nacionales. Sin embargo, como se verá en seguida, en tales listados no siempre se distingue nítidamente aquellas condiciones que se supone necesarias para iniciar un proceso de reforma de los estándares a alcanzar como resultados del mismo.

<sup>829</sup> Marcela Rodríguez, “Some Thoughts on Institutional Structures in the Judicial Process”, en Irwin P. Stotzk (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993, p. 173.

<sup>830</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 209.

<sup>831</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 366.

Hugo Frühling, en un trabajo escrito a fines de la década de los años noventa, indicó cuatro aspectos o factores. Primero, la “real reforma” requiere “cambiar el lugar del Poder Judicial en el sistema político latinoamericano”, dado que la judicatura ha carecido de independencia política; segundo, la reforma “comprende la reforma de otras instituciones públicas, tales como la policía”; tercero, es preciso “un acuerdo social acerca del papel propio del Poder Judicial en una democracia”; y cuarto, lo que ocurra en la rama judicial “dependerá de la existencia de grupos no gubernamentales activos que quieran usar la ley para defender los derechos civiles”.<sup>832</sup> Carlos Aguirre y Ricardo Salvatore señalaron dos condiciones: “Un régimen institucional o político en el cual una porción sustancial de los litigantes y de las gentes procesadas entienden los procesos e instituciones legales y se rigen por ellos”, y “que la gente valore el orden jurídico como un componente de su identidad social y cívica y ejerza sus derechos”.<sup>833</sup> Pese a que es muy difícil cuantificar la “porción” de ciudadanos que se comportan de acuerdo a ley en América Latina, con seguridad no es mayoritaria. Gente que encuentre su identidad en los valores del orden jurídico es casi inexistente en la región. Si debiéramos leer esas dos condiciones como prerequisites del cambio en la justicia, dado que no existen en América Latina, la reforma no sería posible.

Otros autores han fijado puntos de partida más realistas. Popkin insistió en que: las reformas sólo pueden ser exitosas si el ímpetu para ellas viene desde dentro del país” y, en referencia a la cooperación internacional, propuso a este efecto que sus agentes

<sup>832</sup> Hugo Frühling, “Judicial Reform and Democratization in Latin America”, en Felipe Agüero y Jeffrey Stark (eds.), *Fault Lines of Democracy in Post-Transition in Latin America*, Coral Gables, North-South Center Press, University of Miami, 1998, p. 255.

<sup>833</sup> Carlos Aguirre y Ricardo D. Salvatore, “Introduction. Writing the History of Law, Crime and Punishment in Latin America”, en Ricardo D. Salvatore, *op. cit.*, *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2001, p. 15.

hagan “una evaluación honesta de los grupos e individuos real o potencialmente interesados en la reforma”,<sup>834</sup> se entiende que con el propósito de decidir si el proceso es viable. Brinks ha subrayado que “hacer mejoras serias y duraderas requerirá un nivel de compromiso político” que en las décadas previas ha estado ausente.<sup>835</sup>

La necesidad de consenso es un elemento que, al ser planteado como requisito —especialmente en los trabajos de María Dakolias— requiere ser discutido. Para esta autora, funcionaria del Banco Mundial desde hace un par de décadas, “desarrollar y ejecutar un programa necesita del consenso. El consenso requiere que las limitaciones políticas y las estrategias pragmáticas sean tomadas en cuenta”.<sup>836</sup> La idea, como otras que han circulado en torno a la reforma, parece razonable. Sin embargo, no lo es en la realidad; impuesta como prerrequisito resulta paralizante o castrante de un esfuerzo de una reforma significativa. El consenso —entendido, claro está, como acuerdo entre todas las partes intervinientes— no es posible debido a que la reforma, cuando aborda asuntos verdaderamente importantes y trascendentes, pasa por la modificación de los equilibrios de poder existentes en las instituciones del sistema y afecta intereses de diversos actores situados dentro y fuera de ellas; en consecuencia, es imposible que la reforma recabe el respaldo de todos ellos. Además, el consenso no es deseable debido a una razón complementaria: si todos los actores del sistema están de acuerdo en una reforma dada probablemente ese acuerdo se explique porque la propuesta no tendrá resultados efectivos, dejará las cosas, más o menos, como

<sup>834</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, pp. 252, 255.

<sup>835</sup> Daniel Brinks, “Judicial reform and independence in Brazil and Argentina: The beginning of a new millennium?”, *Texas International Law Journal*, vol. 40, 2005, p. 622.

<sup>836</sup> María Dakolias, “A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1995, p. 226. En el mismo sentido, María Dakolias, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*, Washington, World Bank Technical Paper núm. 319, 1996, p. 65.

están. Insistir en el consenso como prerrequisito es ignorar la naturaleza del cambio requerido pero, sobre todo, la del conflicto que necesariamente supone una reforma que importe. Tomar en serio el consenso como prerrequisito es limitar la reforma a asuntos que no incorporan cambios sustanciales y paralizarla en todo lo demás.

Cosa distinta a esa exigencia de consenso sobre los contenidos de la reforma es recomendar que haya consenso en el país acerca de la necesidad de una reforma,<sup>837</sup> o más precisamente, plantear como requisito de una reforma exitosa que sea respaldada por una alianza de diversos sectores, incluidos actores políticos, líderes y organizaciones sociales, y operadores del sistema. Si la reforma —cual sea el contenido que adopte en un país y circunstancia dados— no cuenta con una base de apoyo considerable, estará destinada al fracaso porque, al enfrentar las resistencias de sus adversarios, es decir, quienes anticipan ser perjudicados por ella, será derrotada. De allí que Blair y Hansen plantearan tempranamente —cuando el proceso de reforma completaba su primera década en la región— que “conocer el nivel de apoyo u oposición potenciales entre las elites políticas y los sectores organizados... es especialmente crucial para decidir si las inversiones en la reforma legal y judicial pueden rendir resultados significativamente positivos”.<sup>838</sup> Esto es, sí la oposición a ser enfrentada supera el apoyo con el que se cuenta, no vale la pena intentar una reforma que de todos modos resultará inviable.

Aunque se cuente con una alianza que respalde la plataforma de una reforma del sistema de justicia, no es posible hacerlo todo a la vez: hacer eficiente el servicio de administrar justicia,

<sup>837</sup> Richard E. Messick, “Judicial Reform and Economic Development: a Survey of the Issues”, *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1, 1999, p. 124.

<sup>838</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Role of the Law Programs*, Arlington, U.S. Agency for International Development, Assessment Report núm. 7, 1994, p. vii.

establecer mejores procesos para reclutar a los operadores, introducir nuevas formas de gobierno interno y situar a la judicatura en un nuevo lugar en el régimen político. De allí la necesidad de una estrategia, que siendo “tanto una actitud como un producto” implica reconocer, de inicio, la existencia de incertidumbres y la voluntad de someter a prueba los supuestos del proyecto de reforma. Ciertamente, tal estrategia debe ser trazada a la medida de un contexto nacional específico.<sup>839</sup> La situación del país, y la de su justicia, en un momento dado ofrecen las oportunidades y presentan los riesgos, designan los actores, reclaman las prioridades y determinan los recursos disponibles. Lo que se hizo, incluso con éxito, en otra realidad o momento, puede servir como un dato orientativo pero no como un patrón a seguir.

Una de las claves de una estrategia se refiere a la cuestión de por dónde empezar, asunto que con frecuencia enfrenta la dificultad de distinguir problemas que constituyen causas de aquéllos que sólo son efectos o consecuencias.<sup>840</sup> El punto inicialmente implica optar entre el abordaje simultáneo de todos los problemas relevantes o escoger algunos de ellos para enfrentarlos.<sup>841</sup> En torno a estos dilemas, se ha aconsejado, de una parte, rechazar la tentación —frente a la que se ha cedido con frecuencia en América Latina— de recurrir a las purgas como mecanismo de reforma que conlleva otros males y, de otra, pensar no en “cambios generales en todo el sistema” si no en “cambios en unidades determinadas, cuidadosamente escogidas y evaluadas”.<sup>842</sup> Si se sigue esta pista, hay que agregar que tales cambios, para ser estratégicos,

<sup>839</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, pp. 280, 282, 300.

<sup>840</sup> Linn A. Hammergren, *op. cit.*, p. 20.

<sup>841</sup> John Bailey y Wayne A. Cornelius, “Reforming the Administration of Justice in Mexico: Strategies and Requisites”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk (eds.), *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, Notre Dame, La Jolla, University of Notre Dame Press-Center for U.S. Mexican Studies-University of California, San Diego, 2007, pp. 495 y 496.

<sup>842</sup> Rogelio Pérez Perdomo, “La justicia en tiempos de globalización: demandas y perspectivas de cambio”, *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, p. 148.

deben afectar núcleos críticos del sistema, esto es, espacios que al ser transformados pueden generar modificaciones en otros lugares del aparato. De ningún modo puede elegirse el punto de partida porque allí parece más sencillo empezar en razón de que, por ejemplo, se enfrentará menores resistencias; ése es un camino que conduce a la irrelevancia de la reforma. De hecho, los puntos de entrada más frecuentados han sido, de una parte, la selección y el nombramiento de jueces y funcionarios judiciales, y de otra, los modos de gerenciamiento y de organización.<sup>843</sup>

Escoger los puntos de partida conduce, de inmediato, a trazar las etapas en las que se desenvolverá la estrategia y la secuencia que tales etapas o fases seguirán, tomando en cuenta, para cada una, costos y beneficios, actores y capacidades institucionales.<sup>844</sup> En parte, el ordenamiento de las etapas debe corresponder a la necesidad de ofrecer resultados. Si bien la reforma es asunto cuyos frutos más ambiciosos serán logrados en el largo plazo, para hacer creíble el proceso —y, en consecuencia, sostenible— es preciso que, desde los momentos iniciales y sucesivamente en cada fase, la reforma produzca resultados. Sólo mostrando resultados puede mantenerse el apoyo a la reforma y solamente con un impacto efectivo de los cambios puede justificarse que el país invierta e incluso contraiga deuda para llevar adelante el proceso.<sup>845</sup> Una estrategia de calidad deberá lograr que los resultados de corto y mediano plazo sean congruentes con la dirección del cambio en el largo plazo.

<sup>843</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 790 y 791.

<sup>844</sup> María Dakolias, “A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1995, pp. 225 y 226; María Dakolias, “The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean”, *Elements of Reform*, Washington, World Bank Technical Paper núm. 319, 1996, p. 65.

<sup>845</sup> Christina Biebesheimer, “Justice Reform in Latin America and the Caribbean: the IDB Perspective”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres Institute of Latin American Studies, University of London, 2001, p. 113.

Nada de esto puede ser logrado cuando la reforma se plantea como una serie de proyectos aislados, como ha ocurrido con frecuencia en América Latina. Los plazos para emprender y alcanzar los diversos objetivos deben hacer parte de la estrategia general de la reforma, pero admitir que ciertos cambios corresponden a un plazo más largo plazo no debe ser una simple excusa para postergarlos indefinidamente. En ocasiones, la preparación de los cambios que toman más tiempo requiere ser iniciada al comienzo del proceso de reforma.

Una de las razones que explican el perfil de la reforma como una diversidad de proyectos sin estrategia es la discontinuidad del liderazgo. En diversos países, la reforma ha cambiado de rumbo, de prioridades o de velocidad, con un cambio de ministro de justicia, o una sustitución del presidente de la corte suprema. De allí que, en términos prospectivos, la pregunta acerca de quién está a cargo del proceso de reforma sea crucial.<sup>846</sup> No sólo se necesita una estrategia que se mantenga en el tiempo, haciendo lugar a las modificaciones que aconseje la experiencia de ejecución de la reforma. También se requiere continuidad en la conducción del proceso.

Lo dicho hasta aquí en esta sección refuerza una tesis ya planteada: la reforma no puede diseñarse y ejecutarse en términos similares en todos los países. El corolario apunta que hay países en los que no resultará factible hacer la reforma o tendrá que reducirse a aspectos muy secundarios. Probablemente, las reformas con mayores logros deberán surgir en países donde el Estado tiene una presencia afirmada y se cuenta con mejores condiciones de gobernabilidad.<sup>847</sup> En cambio:

<sup>846</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 111.

<sup>847</sup> Hugo Frühling, "Judicial Reform and Democratization in Latin America", en Felipe Agüero y Jeffrey Stark (eds.), *Fault Lines of Democracy in Post-Transition in Latin America*, Coral Gables, North-South Center Press-University of Miami, 1998, p. 255.

si la voluntad política tiene un incentivo decreciente; si no es razonable esperar una transformación proveniente de los operadores internos del sistema judicial; si los abogados le otorgan primacía a sus intereses profesionales, que no están ligados necesariamente a la reforma judicial; si los sectores sociales hoy activos y críticos, canalizan sus preocupaciones y sus luchas hacia otros sectores tal como lo han hecho anteriormente, y la cooperación internacional torna inmanejable o inestable el proceso de cambio, o le aumenta su complejidad al proyectarle sus propias contradicciones y problemas, cabe preguntarse cuánto tardarán en producirse esos factores de parálisis, atraso o descarrilamiento, producto de la interacción de cada una de estas variables.<sup>848</sup>

En atención a las condiciones existentes en cada país y momento, se podrá incluir objetivos y contenidos muy diversos en una reforma de la justicia. En algunos países, una reforma importante acaso pueda tener lugar, pero la reforma no está al alcance de todos,<sup>849</sup> tal como se ha demostrado en la experiencia de las últimas décadas.

Quizá resulte útil finalizar esta sección de las conclusiones con algunos asuntos prácticos y concretos. Allí donde se crea que existen condiciones para llevar adelante un proyecto de reforma, los reformadores deberán desplegar una diversidad de cautelas. Siguiendo las sugerencias de Burky y Perry,<sup>850</sup> que otorgan prioridad al juego de fuerzas en torno a la reforma, los reformadores deberán: 1) prestar atención sistemática a quienes vayan surgiendo como posibles ganadores y perdedores de las reformas en curso; 2) seguir de cerca la naturaleza y la intensidad del apoyo y la oposición a las mismas; 3) elaborar esquemas de compensación que sean políticamente viables, y en consecuencia creíbles, para quienes se perjudiquen con las reformas;

<sup>848</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 93.

<sup>849</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 336.

<sup>850</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

4) y desarrollar campañas de información pública sobre el proceso de reforma.

A esas sugerencias, conviene agregar, en términos más generales, una inversión importante en estudios empíricos que den cuenta del curso de la ejecución de la reforma,<sup>851</sup> incluyendo evaluaciones durante su desarrollo que permitan efectuar las consiguientes correcciones.<sup>852</sup> En ese esfuerzo parece especialmente importante prestar atención a la manera en que los cambios formales, sobre los que la reforma puede operar directamente, de un lado, encuentran resistencias provenientes de las prácticas establecidas y, de otro, afectan el funcionamiento de las instituciones informales. Se aconseja auscultar, en particular, el modo en el que las reformas afectan los mecanismos informales de aplicación (*enforcement*) de las normas.<sup>853</sup> Si en el diagnóstico inicial se ha detectado las prácticas e instituciones informales vigentes, el seguimiento del impacto de la reforma en ellas será posible aunque nunca será sencillo. Sin embargo, de lo que ocurra en ese terreno, que es el de aquello que tiene vigencia a pesar de no estar escrito ni haber sido formalmente adoptado, pueden depender en buena medida los resultados de las reformas.

En cuanto a los donantes y otros agentes de la cooperación internacional, es útil recordar que deben evitar la tentación de prescribir soluciones específicas y la de presuponer necesidades y prioridades<sup>854</sup> que no surjan de estudios y diagnósticos empíricos. Ninguna decisión acerca del ámbito, contenido, tamaño, plazos o montos de un proyecto debería ser tomada sin un conocimiento detallado de la materia en el país con el que se trabaja. Es preciso recopilar la información que ya existe, prestar atención a las percepciones y análisis de los actores nacionales, aprovechar lo

<sup>851</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 366.

<sup>852</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 44.

<sup>853</sup> Richard E. Messick, “Judicial Reform and Economic Development: a Survey of the Issues”, *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1, 1999, p. 129.

<sup>854</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 258.

aprendido por expertos internacionales que tienen experiencia en el país así como “no se debería emprender ningún proyecto de reforma legal sin tomar en cuenta los de otras agencias”.<sup>855</sup> Los actores nacionales deben tener la última palabra respecto de la estrategia de la reforma porque conocen mejor el terreno y sobre ellos recae verdaderamente la responsabilidad del proceso de reforma en su país. La ejecución de un proyecto necesita un seguimiento continuo y las evaluaciones son oportunidades para aprender tanto de logros como de fracasos. Una mirada externa a través de las evaluaciones es un recurso poderoso para obtener un análisis crítico acerca de lo que funciona y lo que no. La reticencia a compartir información con otros actores es, a largo plazo, una pérdida de recursos.

Vale la pena referirse asimismo a un tema que aparece con frecuencia en los proyectos de reforma y que ha sido abordado críticamente en este libro: los trasplantes. Trasplantar a un sistema de justicia normas, mecanismos, procedimientos o instituciones de los que se piensa que han sido exitosos en otras realidades es una opción portadora de más riesgos de los que usualmente perciben reformadores y donantes. Esta afirmación no significa que nunca deba recurrirse a un trasplante sino que intenta llamar la atención acerca de la necesidad de tomar diversas precauciones en torno a esta opción. Siguiendo a Milhaupt y Pistor,<sup>856</sup> debe notarse que la demanda de lo trasplantado y el proceso por el que se lo incorpora en la estructura institucional son claves en el resultado del trasplante debido a que ambos aspectos afectan el comportamiento de los abogados, jueces y funcionarios que deberán utilizarlo. Estos autores sostienen que sí no existe una “demanda” de la norma o del procedimiento que se trasplanta —esto es, si los abogados no ven ventajas en usarlo o los jueces no lo aceptan—,

<sup>855</sup> Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *cit.*, p. 107.

<sup>856</sup> Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *Law and Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago-Londres The University of Chicago Press, 2008, pp. 208-212.

difícilmente su incorporación será exitosa. La advertencia reclama un estudio cuidadoso de la compatibilidad entre lo que se trasplantaría y el medio que habría de recibirlo. No es esto lo que se ha hecho en América Latina cuando, con irresponsabilidad, se ha utilizado el trasplante como sinónimo de adelanto o de modernización. Una reforma de la justicia, para ser exitosa, habrá de manejar con mayor rigor y cautela este asunto.

### III. EL HORIZONTE DE UNA JUSTICIA DISTINTA

Cada país habrá de determinar, pues, si puede intentar una reforma de la justicia y qué contenidos resulta realista asignarle. Al efecto, una revisión de la experiencia propia y ajena puede ser de enorme utilidad. Pero, por modesto que sea el diseño resultante en algunos casos concretos, la reforma —para ser considerada como tal y no reducirse a un cambio legal o a ciertas modificaciones organizativas— debe moverse en la dirección de una justicia distinta, orientada por ciertos criterios que conviene elaborar en estas conclusiones.

Si en un discurso expansivo de la reforma de la justicia se la imaginó capaz de responder simultáneamente a problemas tales como la pobreza y la desigualdad, la inestabilidad democrática y la insuficiencia del crecimiento económico y la inversión,<sup>857</sup> un horizonte realista para la reforma supone situar los objetivos de la justicia en el terreno de aquello que le corresponde: resolver conflictos entre particulares y asegurar la constitucionalidad y la legalidad en el desempeño gubernamental. No obstante, respecto al primer ámbito, es claro que la justicia provista por el Estado no puede resolver todos los conflictos surgidos entre partes.

El universo de conflictos existentes en la sociedad actual pasa por un proceso de incremento, al tiempo que han disminuido los factores de contención que en otro tiempo funcionaron eficazmente para desalentar el crecimiento de controversias o resolver

<sup>857</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 21.

inmediatamente los conflictos. Mientras la familia y otras instancias de autoridad tradicionales se disuelven como tales —los padres que abdican del ejercicio de su autoridad, el maestro que se desentiende de su responsabilidad formativa, el mayor que socialmente ha perdido reconocimiento—, las normas sociales básicas de respeto al otro —los límites— no encuentran lugares sociales de transmisión y reproducción, ni audiencia en un individuo centrado en su propia satisfacción, básicamente a través del consumo. La cohesión social tiende a debilitarse y la violencia se expande gracias a la reducción de controles internos y sociales. Es un contexto en el que la transgresión, en diferentes niveles de gravedad, deja de ser sancionada o, en ocasiones, busca una sanción imposible en el sistema de justicia. Con el aumento de la conflictividad social, la carga de la justicia en América Latina se ha visto acrecentada pese a que, conforme las estadísticas y las encuestas demuestran, una porción enorme de los conflictos sociales no son conocidos —menos aún resueltos— por la justicia.

A esa carga contribuye el uso malicioso de la justicia por grandes usuarios, entre los cuales destaca el Estado. Los gobiernos parecen haber llegado a la conclusión de que les conviene más un pleito —cuyos resultados siempre tardan y son azarosos— que reconocer una obligación con un particular. En consecuencia, por ejemplo, confeccionan liquidaciones diminutas para quienes deben recibir una pensión jubilatoria, apostando a que el perjudicado se resigne, no pueda pagar un abogado o incluso muera antes de que su derecho haya sido reconocido judicialmente. Asimismo, es usual que los abogados del Estado tengan órdenes expresas de apelar cualquier decisión judicial que sea contraria al Estado y que lo hagan siempre en el último día del plazo, de modo de dilatar la solución del asunto todo cuanto sea posible.

Una reforma de la justicia debe partir del criterio de que los medios disponibles para el sistema de justicia no pueden incrementarse indefinidamente. En consecuencia, es preciso asegurar que, con los medios de los que dispone el aparato institucional,

se resuelva la mayor parte de conflictos que conoce. Esto no se logra hoy en la mayor parte de países de la región. Para alcanzar tal objetivo, el primer paso es establecer qué porción de los conflictos sociales existentes requieren ser conocidos y resueltos por el aparato estatal de justicia, a fin de garantizar que en la solución prevalezcan criterios propios del interés público. En otras palabras, “ameritan trámite judicial aquellos conflictos que involucren un interés general relevante, por los bienes o principios que afecta, o por los sujetos involucrados”.<sup>858</sup> Para algunos autores, debe reservarse a la justicia del Estado aquellos casos en los “que la justicia posee características de un bien público puro, es decir, de un bien no rival. Ello ocurre particularmente en el área de la justicia constitucional; en el ámbito de la casación; y en fin, en el área de la justicia criminal en la que el Estado y los particulares poseen valoraciones divergentes”.<sup>859</sup>

Al aceptar los asuntos que conoce, con poca discriminación —o mediante una discriminación irracionalmente dependiente de barreras territoriales, culturales o económicas—, la justicia del Estado financia procesos cuyo interés público es mínimo o inexistente. En rigor, “no hay justificación para subvencionar los pleitos indiscriminadamente” y es preciso admitir que “conviene judicializar sólo lo que deba judicializarse”.<sup>860</sup> Al examinar la carga de trabajo de la justicia según materias, se comprueba que “mucho de su actual trabajo no debería ser prioridad”.<sup>861</sup> En consecuencia,

<sup>858</sup> Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, “El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia”, en Álvaro Camacho Guizado y Francisco Leal Buitrago (comps.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Santa Fe de Bogotá PESCOL-IEPRI-CEREC, 1999, p. 66.

<sup>859</sup> Juan Enrique Vargas *et al.*, *El rol del Estado y el mercado en la justicia*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2001, p. 29.

<sup>860</sup> Santos Pastor, “Qué es la reforma judicial y qué cabe esperar de ella”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, *cit.*, pp. 93 y 92.

<sup>861</sup> Linn Hammergren, “Usos de la investigación empírica para el reenfoque de las reformas judiciales: lecciones desde cinco países”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, p. 42.

“una reforma de la justicia civil debe esforzarse por modificar la composición del trabajo judicial, poniéndose barreras de entrada a asuntos —como los voluntarios— que admiten soluciones alternativas menos costosas”.<sup>862</sup> En Chile, entre 1977 y 1995, 22% de las causas de naturaleza civil y comercial ingresadas correspondieron a asuntos voluntarios.<sup>863</sup> Similar es el caso de diversos procesos en los que, en verdad, no hay litigio que requiera la decisión de un juez. El más claro ejemplo es el divorcio de mutuo acuerdo respecto del cual países como Colombia, Ecuador y Perú ya han dispuesto que se resuelvan fuera de la vía judicial.

En materia comercial, en los diversos países de la región los tribunales se hacen cargo de los procesos ejecutivos o de cobro de deudas respaldadas en títulos de crédito, que pesan significativamente en su carga de trabajo. En el caso chileno, incluyendo diligencias preparatorias, sumaban 75% de las demandas presentadas en el fuero civil, en el periodo (1990-1997);<sup>864</sup> en la provincia de Córdoba (Argentina) el cobro de deudas significó las dos terceras partes de la carga de casos de los tribunales entre 1983 y 1998.<sup>865</sup> En Perú se ha señalado que conformaban la mitad de las demandas ingresadas a los juzgados civiles de la capital;<sup>866</sup> en México constituían el 40% de la carga judicial de los juzgados civiles del Distrito Federal;<sup>867</sup> en Colombia, hacia el final de los años noventa, estos procedimientos ejecutivos conformaban 80% de los procesos

<sup>862</sup> Juan Enrique Vargas, Carlos Peña y Jorge Correa, *op. cit.*, p. 11.

<sup>863</sup> *Ibidem*, pp. 87 y 88.

<sup>864</sup> Rafael Mery, “Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile”, *Documento de Trabajo*, núm. 7, Universidad Diego Portales-Centro de Investigación y Desarrollo Empresarial, 2003.

<sup>865</sup> María Inés Bergoglio, *Litigar en Córdoba. Investigaciones sociológicas sobre la litigación*, Córdoba, Triunfar, 2001, p. 54.

<sup>866</sup> Informe final de la Comisión de justicia civil, integrante de la Comisión de magistrados para la reestructuración del Poder Judicial constituida por Hugo Sivina, presidente del Poder Judicial (Propuesta núm. 24), en: <http://www.justiciaviva.org.pe/reestruct/document.htm>, <http://www.justiciaviva.org.pe/reestruct/document.htm>, consultado el 11 de julio de 2012.

<sup>867</sup> Ana Laura Magaloni, “Diagnósticos empíricos versus recetas legislativas”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 10, 2007, pp. 61-74.

civiles iniciados;<sup>868</sup> en 2007 se habían reducido a 58.6%.<sup>869</sup> Se ha observado que, existiendo un documento con fe pública en el que consta la obligación, el conflicto en torno a la falta de pago no requiere del conocimiento y declaración de un derecho por los órganos judiciales sino sólo de una medida de ejecución de tal derecho. Una posibilidad sugerida, que es práctica en Alemania, consiste en incorporar un procedimiento de cobranza en el cual la oficina del juez emita resolución luego de recibida la demanda, la cual quede firme si es que el demandado no la cuestionara.

La línea entre lo que sí debe resolver la justicia a cargo del Estado y aquello que puede resolverse en otras instancias institucionales o sociales debe ser trazada al diseñar una reforma del sistema en un país y momento dados. Lo que aquí debe retenerse es que el Estado no tiene recursos ilimitados, que la justicia estatal no está hecha para resolver todos los conflictos sociales y que, en consecuencia, su intervención debe ser selectiva y guiada por el interés público. Esto implica desjudicializar, sin dejar de resolver, una parte acaso importante de lo que actualmente constituye el trabajo de los tribunales latinoamericanos, vía que requiere desarrollar mecanismos eficaces y accesibles —distintos a la judicatura— para atender controversias que hoy no llegan al aparato de justicia o que llegan para estancarse en él o recibir, usualmente de manera tardía, una solución que no siempre es adecuada. Sin embargo, desjudicializar es una opción que “toca los intereses esenciales de los beneficiarios del *status quo*” —sean grandes empresas demandantes, importantes deudores entre los que está el Estado o los abogados que sirven a unos y otros— que tienen en la vía judicial un mecanismo barato a ser usado en provecho propio.<sup>870</sup>

<sup>868</sup> Alfredo Fuentes y Carlos Amaya, “Demanda y oferta judicial: dificultades de ajuste”, *Desarrollo y Sociedad*, 2002, pp. 160 y 161.

<sup>869</sup> Consejo Superior de la Judicatura, *Informe al Congreso 2007-2008*, p. 53.

<sup>870</sup> *Brazil. Making Justice Count. Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil*, cit., p. XVI.

Si el primer tema en el horizonte de una justicia distinta es qué debe estar a cargo del aparato estatal, el segundo tema es cómo asegurar un acceso, que sea todo lo igualitario que resulte posible, a una instancia donde se imparta justicia. Al encarar este segundo asunto, dos criterios resultan de utilidad para el razonamiento.

El primer criterio respecto al acceso es que nos enfrentamos a un problema mayor que, en su mayor parte, no corresponde al aparato de justicia sino que está entre los problemas estructurales que llegan a la justicia desde las características sociales. Mal puede pedírsele, pues, al sistema de justicia que resuelva satisfactoriamente el problema del acceso, sea que invierta poco o mucho en él. Lo que puede hacerse es aliviarlo mientras no se resuelvan pobreza masiva y desigualdades llamativas. Aliviarlo implica, más que dar acceso al sistema de justicia tal como es, transformarlo radicalmente para hacerlo accesible.

El segundo criterio es que la justicia del Estado no puede atender todos los conflictos —y, en ciertos casos, incluso es mejor que no los resuelva porque no es el lugar idóneo para ello—; por lo tanto, es improcedente abordar el acceso a la justicia —necesario para resolver un conflicto— como si fuera equivalente al acceso a la justicia del Estado. Es necesario pensar en el conjunto de conflictos sociales existentes en una sociedad determinada, atender a las formas que ya se utilizan para resolverlos —mirar su adecuación y pensar en formas de mejorarla— y, al tiempo que, como se ha indicado, se reserve estrictamente un aparato de justicia reformado para que solucione ciertos conflictos en cuya resolución prevalece el interés público, es indispensable encontrar otros “lugares” para atender los demás conflictos, que son la mayoría.

En el horizonte que puede trazarse a partir de esos dos criterios, el acceso a la justicia implica:

- a) Encontrar “lugares” para administrar justicia distintos al aparato formal del Estado, en los que se asegure el res-

peto a los derechos fundamentales y las decisiones sean tomadas imparcialmente.

- b) Contar con normas de procedimiento que sean claras y comprensibles para la persona de a pie.
- c) Difundir derechos y deberes, así como reglas institucionales y procedimentales básicas, desde la escuela primaria.

Las instancias institucionales o sociales que asuman la tarea de administrar justicia paralelamente al aparato del Estado deberían ser supervisadas en el uso de esta facultad delegada, trátese de comunidades sociales o entidades empresariales, de modo de hacer que su operación resulte complementaria de la justicia estatal.

Respecto al funcionamiento de la justicia del Estado, hacerla accesible supone:

- a) Acabar con la obligación de comparecer ante la justicia con un abogado, esto es, terminar con el sistema de licencia cautiva que establece, sin beneficios efectivos, un monopolio a favor de la mediación del abogado.
- b) Dar facultades de oficio a los jueces para que “hagan justicia” y dejen de estar atados a los movimientos hechos, bien o mal, por los abogados de las partes; esto es, el fin del llamado principio dispositivo que inhabilita a los jueces para resolver en derecho cuando los abogados no ejercen eficazmente su labor.

El fin de la licencia cautiva ha sido tímidamente enunciado como posibilidad por algunos de quienes han trabajado el tema, como forma de crear un terreno igual para la disputa judicial.<sup>871</sup> Si se le acompaña de una transformación en el posicionamiento y la responsabilidad del juez, estaríamos ante una transformación muy radical de la justicia administrada por el Estado.

<sup>871</sup> María Dakolias, “A Strategy for Judicial Reform: the Experience in Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1995, pp. 210 y 211.

Los estudios realizados desde el enfoque organizacional de los tribunales consideran que hacer más eficiente el servicio de justicia requiere de mecanismos de administración y gestión de casos (*case management*). Pero es probable que más importante sea que el juez se haga cargo del proceso. Una comprensión discutible del principio dispositivo considera moneda corriente que el proceso —incluido el penal luego de la reforma reciente— se halla sujeto a la iniciativa de las partes. El resultado es que el juez no administra justicia sino en la medida en que las partes se lo solicitan, vía que conduce con frecuencia no sólo a la injusticia sino al absurdo. En Colombia, el Consejo Superior de la Judicatura ha observado que la mitad de la carga judicial corresponde a procesos o causas que se encuentran en inactividad por falta de impulso de las propias partes (50.2% en 2004 y 49% en 2005).<sup>872</sup>

Las modificaciones de las normas de procedimiento han sido permanentes en la región; a partir de la elaboración de los Códigos Procesales modelo para América Latina en 1988, desde la década de los años noventa se han introducido modificaciones en los ordenamientos procesales de nuestros países. Los principales criterios que estos códigos difunden son: 1) impulso procesal a cargo del juez; 2) oralidad; 3) intermediación entre los operadores judiciales, las partes y los actos procesales; 4) concentración de las actuaciones; 5) flexibilización de las formas; 6) economía de los actos procesales, y 7) diferenciación de la complejidad de las causas. Sin embargo, las reformas han producido un resultado limitado en tanto el juez mantiene una posición en la que limita su actuación a aquello que le es solicitado por las partes. Como en otros aspectos, modificar este comportamiento no es un simple asunto de cambios legales; requiere una alteración de la cultura jurídica que rige el proceso judicial.

Desde luego, la pregunta que surge es: ¿quién está interesado en hacer estas reformas? De allí que estos lineamientos se

<sup>872</sup> Consejo Superior de la Judicatura, *Informe para el Congreso*, Bogotá, 2005 y 2006.

ubiquen en el horizonte de una justicia distinta, para ser abordados cuando las circunstancias lo hagan posible. Acercarnos a esa posibilidad demanda un cambio de otra naturaleza, un cambio cultural, porque “en el largo plazo, la reforma judicial será efectiva sólo si es acompañada por un cambio de mentalidad”;<sup>873</sup> o para ser más precisos, de mentalidades, esto es, las de abogados, jueces, fiscales y ciudadanos. Ese cambio debe hacer posible una modificación en las actitudes de todos los intervinientes en el sistema de justicia, además de los actores políticos y de la sociedad civil.<sup>874</sup> En palabras de autores que estudiaron tempranamente el fenómeno de la justicia en la región:

quizás en América Latina lo más urgente e importante sea proceder a cambios profundos en las mentalidades. Sin ellos difícilmente podrá realizarse la reforma del sistema de justicia. La fuerza de la tradición y de los intereses creados, la escasa o nula experiencia democrática, el carácter fundamentalmente dogmático prevalente en el sistema judicial del área, la relativamente pobre formación de sus miembros, e incluso la pertenencia en los planos cultural y filosófico a la familia jurídica europea-continental constituyen obstáculos de talla para la realización de tales cambios.<sup>875</sup>

En el ámbito de los profesionales del derecho, el cambio de mentalidades corresponde principalmente a las universidades, que en general han rehuido esta responsabilidad. La reforma de las facultades de derecho —en métodos de enseñanza, criterios de selección de profesores y la adopción de un foco de interés en el funcionamiento del derecho— tendría que ser reconocida como un prerrequisito de un cambio profundo en la adminis-

<sup>873</sup> William Ratliff y Edgardo Buscaglia, “Judicial Reform: The Neglected Priority in Latin America”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 550, marzo de 1997, p. 61.

<sup>874</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 251.

<sup>875</sup> Luis Salas y José Ma. Rico, *Independencia judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional*, San José, Centro para la Administración de Justicia, 1990, p. 49.

tración de justicia. En el ámbito de los ciudadanos la tarea de cambiar mentalidades entra en el terreno de la educación democrática, que se ha visto completamente descuidada. Como escribió Carlos Nino respecto del “país anómico” que él diagnosticó en Argentina:

esta situación realmente grave no puede ser revertida a menos que haya un movimiento masivo dirigido a promover la educación democrática y normativa en los diversos ámbitos. Los medios de difusión pública deberían disponer de espacios para promover... la educación sobre la Constitución y la legislación fundamental de la República, para explicar el funcionamiento de los tribunales.<sup>876</sup>

En esa educación, la familiarización del ciudadano con el sistema de justicia<sup>877</sup> y el conocimiento de derechos y deberes, es un objetivo que ha sido reclamado por los ciudadanos mismos. Así, una encuesta entre pobladores de bajos ingresos hecha en Chile recogió en los años noventa como la primera alternativa de cambio señalada por la mayoría (58.4%) era “darle a conocer sus derechos a la gente”.<sup>878</sup> Pero, en términos más generales, mediante esa educación se debe promover la internalización del significado y la relevancia de un sistema constitucional y del Estado de derecho,<sup>879</sup> con especial atención a los derechos humanos, de modo que la mentalidad popular se acerque a los propósitos de una justicia democrática, que actualmente se hallan a contracorriente de la cultura jurídica popular. Complementariamente,

<sup>876</sup> Carlos Nino, *op. cit.*, p. 256.

<sup>877</sup> María Dakolias, *op. cit.*, p. 223; María Dakolias, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform, cit.*, p. 59.

<sup>878</sup> Jorge Correa Sutil y Luis Barros Lezaeta (eds.), *Justicia y marginalidad. Percepción de los pobres. Resultados y análisis de un estudio empírico*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria-Universidad Católica de Chile, 1993.

<sup>879</sup> Irwin P. Stotzky, “A Democratic Vision”, en Irwin P. Stotzky (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993, p. 396.

el conocimiento de la propia reforma de la justicia haría posible que el ciudadano tome partido por ella, y de ese modo, la afiance.<sup>880</sup> Desde el punto de vista del éxito de la reforma, este último no es un objetivo menor: “La formación de una verdadera opinión pública sobre la justicia debería ser una tarea prioritaria”<sup>881</sup> para hacer viable una justicia distinta porque “los jueces deben saber que alguien está vigilando”.<sup>882</sup>

Para todo ello es preciso educar al ciudadano en relación con la justicia, no en abstracto o en el simple conocimiento de textos legales. Es necesario generar una educación crítica, que sobre una base de trabajo empírico informe de los problemas y dificultades existentes en la operación del aparato de justicia. Del conocimiento surgirá el respaldo a la reforma pero también la guardia sobre su marcha y el consiguiente desempeño del sistema. Es necesario, pues, generar “las condiciones y posibilidades para que la gente pierda la sensación de que se trata de un ámbito ajeno e incomprensible” y, a tal efecto, “se requiere de un fuerte componente de comunicación que propicie el debate y la formación de opinión sobre estos temas en las diferentes capas sociales”.<sup>883</sup> Esto es, un programa adecuado, sólido y sostenido de comunicación que haga accesible al público la situación que padece la justicia, la explicación de sus raíces y los objetivos a los que se quiere llegar en cada aspecto de la reforma.

La educación ciudadana con respecto a la justicia busca salvar una brecha entre ésta y los procesos de reforma, de una parte, y los conocimientos, percepciones y actitudes populares en torno al tema, de otra. Es una brecha que ha distanciado a la ciuda-

<sup>880</sup> William Ratliff y Edgardo Buscaglia, *op. cit.*, marzo de 1997, p. 68.

<sup>881</sup> Iván Lavado Montes y Juan Enrique Vargas Viancos, “Gestión judicial”, *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, p. 22.

<sup>882</sup> John V. Orth, “Exporting the Rule of Law”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 24, 1998, p. 81.

<sup>883</sup> René Hernández Valiente, “La justicia en Centroamérica en la década de los noventa”, *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, pp. 72, 84.

danía de la reforma de la justicia, dejando a ésta en manos de los reformadores, expertos que se han apropiado —en ocasiones, muy a gusto— del asunto. La fisura ha contribuido a conformar los magros términos resultantes de los procesos de reforma. Por eso, es preciso recordar que reformar la justicia no es un asunto que pertenece a los reformadores,<sup>884</sup> aunque, en ausencia de otros “propietarios”, el examen de muchos procesos de reforma contribuye a crear esa impresión que, en el fondo, conduce a la idea de que cambiar la justicia es tarea que no pertenece a nadie.

¿A quién tiene que pertenecer entonces un proceso de reforma? La respuesta que estas conclusiones proponen situar en el horizonte de una justicia distinta es: a muchos actores; a cuantos más, mejor. Sin duda, la reforma necesita del compromiso de actores políticos, operadores del sistema y de una base social de apoyo y vigilancia. Un proceso de reforma exitoso refleja una coalición política y una base social de respaldo que han mantenido interés en llevarlo adelante.<sup>885</sup> En las propias instituciones del sistema de justicia es indispensable que exista, en cierta medida, una voluntad de reforma; de otro modo, es imposible que el proceso tenga lugar.<sup>886</sup> En otras palabras, no puede llevarse adelante una reforma de la justicia en contra de la voluntad política prevaleciente en el país o en contradicción con el ánimo imperante en las instituciones del sistema; ni siquiera la indiferencia es suficiente. Detrás de la reforma tiene que haber una alianza activa que incluya actores políticos y operadores del sistema que, aunque no conformen mayoría en sus respectivos ámbitos, tengan capacidad de movilización activa a favor del proceso de cambio.

<sup>884</sup> Linn A. Hammergren, *op. cit.*, p. 318.

<sup>885</sup> Gary Hansen *et al.*, *A strategic Assessment of Legal Systems Development in Honduras*, Arlington, Agency for International Development Technical Report, núm. 10, 1993, p. VIII.

<sup>886</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 336.

Esperar que los actuales jueces estén convencidos de la necesidad de la reforma<sup>887</sup> es confundir el punto de partida con el de llegada. Si los jueces estuvieran convencidos de tal necesidad, la reforma ya se habría hecho. Pero sí se necesita que un sector de los jueces, fiscales y funcionarios estén a favor de la reforma porque no es posible llevar a cabo una reforma contra el interés y la voluntad de quienes trabajan a diario en el sistema de justicia. Y si no es posible lograr el compromiso positivo de parte de ellos, la reforma no es viable. Igualmente, se requiere comprometer en sentido favorable a un sector de abogados que, como hemos visto en este libro, tienden a estar, como sector, más bien en contra de introducir cambios profundos. La lección de muchos proyectos desarrollados en las dos últimas décadas consiste en que sin el compromiso de, cuando menos parte de, los operadores del sistema, los riesgos de que las reformas no se pongan en ejecución y de que aparezcan consecuencias no buscadas se incrementan sustancialmente.<sup>888</sup> La minoría de jueces, abogados y otros profesionales que operan el sistema judicial y que están a favor de la reforma requiere una atención preferente. Conviene cultivar este sector mediante buen acceso a información y apoyar su organización de modo que pueda apoyar críticamente la reforma.

Como ha notado Hammergren: “Una vez que los jueces deciden que tienen el poder de cambiar las cosas y la responsabilidad de facilitar la resolución de conflictos, pueden hacer mucho”.<sup>889</sup> El problema inmediato reside en que no son éstos los jueces que tenemos mayoritariamente. Fix-Fierro se ha preguntado, en el caso de su país, “hasta qué punto los elementos institucionales y organizacionales de la reforma judicial, junto con su entorno social y profesional, ofrecen los incentivos apropiados para “producir” el tipo de juez y la clase de resoluciones judiciales que espera actualmente la sociedad mexicana” y su respuesta es desalenta-

<sup>887</sup> María Dakolias, *op. cit.*, p. 222.

<sup>888</sup> Hiram E. Codos, *Global Justice Reform. A Comparative Methodology*, Nueva York, University Press, 2005, p. 90.

<sup>889</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 83.

dora: “No parece haber... suficientes profesionistas jurídicos, ni en número ni en calidad, para sostener adecuadamente la nueva infraestructura jurídica”.<sup>890</sup>

En el horizonte de una justicia distinta se sitúa otra raza de jueces. Para caminar en esa dirección se requiere atraer al cargo de juez a personas distintas de las que son atraídas hoy, incluso luego de haberse introducido cambios radicales en el proceso de selección y nombramiento:

los jueces son el corazón del sistema judicial. A menos que ellos se dediquen diligente y honestamente a la resolución de los casos que les son sometidos, las reformas de procedimientos, la informatización y otros cambios del sistema tendrán poco impacto... [S]e ha dado poca atención a las razones por las que las personas se hacen jueces... Si el actual conjunto de beneficios está atrayendo a candidatos inidóneos para la judicatura, tiene que ser modificado.<sup>891</sup>

Pero, con toda la importancia que tienen los jueces en la configuración de una justicia distinta, es necesario insistir en la necesidad de que se constituya una base social de apoyo al cambio, que lo demande y exija, que lo vigile e interpele. Esto es, tal base social a favor de la reforma no sólo es necesaria para que el proceso dé inicio; además, “necesita guardar una vigilancia persistente para mantener al gobierno y a la judicatura apegados al cumplimiento de las reformas prometidas”.<sup>892</sup> Ciertamente, esa demanda y esa vigilancia tienen que ser situadas en el horizonte de la reforma, dado que probablemente serán resultado del cambio de mentalidades que habrá de surgir de procesos educativos que hoy son débiles y esporádicos, cuando no inexistentes. Pero es preciso advertir que “los determinantes más poderosos de transformación en

<sup>890</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 258.

<sup>891</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 115.

<sup>892</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*, *cit.*, 1994, p. 34.

la organización y la función del sistema jurídico”<sup>893</sup> son las mutaciones que lleven a constituir bases sociales de demanda y apoyo de esa transformación, puesto que “para que cambie la justicia en el país, deberá cambiar la conciencia social sobre el derecho”.<sup>894</sup>

Caminar en esa dirección supone que el objetivo de alcanzar una justicia distinta se inscriba en la agenda de dos grandes mecanismos sociales: los partidos políticos y los medios de comunicación. Postergado o ausente el tema en las propuestas electorales de los partidos, éstos —que en América Latina como en todo el occidente democrático viven una etapa de marcada decadencia— acaso puedan jugar un papel en la constitución de las bases de apoyo indispensables para la reforma. Los medios de comunicación, en cambio, han adoptado el tema para denigrar a la justicia existente y aumentar su propia audiencia con sus escándalos. En general, no han sabido hacer noticia con la reforma de la justicia pero tendrán que aprender a hacerlo si esta reforma ha de andar para lograr una justicia distinta.<sup>895</sup> Se requiere que los medios de comunicación, además de la escuela, eduquen al ciudadano en la distinción entre la justicia que administran los jueces y la venganza que habita en el imaginario popular. En el supuesto de que los medios fueran capaces de dejar de orientarse exclusivamente hacia el incremento de su porción de audiencia y de publicidad, al tiempo de reducir las expectativas excesivas, podrían convertir a la ciudadanía en portadora de la exigencia de cambio que es indispensable para que el proceso de reforma se desarrolle.

#### IV. ¿QUÉ ESPERAR?

Se ha sostenido, por autores vinculados al Banco Mundial, que “reformular instituciones en estos países de América Latina

<sup>893</sup> Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *Law and Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, cit., p. 204.

<sup>894</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, p. 26.

<sup>895</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *op. cit.*, p. 24.

y el Caribe está lejos de ser una imposibilidad”, prescribiéndose en seguida una receta que combina “compromiso político con estrategias cuidadosamente hechas a la medida para poner en ejecución tal compromiso”.<sup>896</sup> Lo que se ha comprobado en el caso de la justicia es que tales requisitos —aunque se considerara que son los únicos necesarios— no se producen con facilidad. Los compromisos políticos son parciales e inestables, además de que en pocas ocasiones se hallan efectivamente vinculados a una verdadera agenda de reforma. Las estrategias, cuando existen, han sido formuladas sobre bases de conocimiento débiles, sin estimaciones realistas de los recursos necesarios y con una escasa proyección en el tiempo. Es a partir del examen de esas condiciones que surge el tema de la imposibilidad de la reforma, que estos autores creyeron posible descartar con una frase.

Son esas mismas condiciones las que han hecho que, luego de más de 25 años de reformas en la región, los sistemas de justicia se encuentren muy lejos del objetivo trazado por Guillermo O’Donnell, según el cual la justicia debía consistir en que:

la ley sea imparcialmente aplicada por las instituciones estatales pertinentes... y la aplicación de las normas legales sea consistente en casos equivalentes y se efectúe sin tomar en consideración las diferencias de clase, estatus o poder de los participantes en tales procesos, al tiempo de que los procedimientos utilizados sean de conocimiento público y se hallen preestablecidos.<sup>897</sup>

Lo ocurrido en el curso de la reforma no parece habernos acercado mucho a ese ideal de justicia en democracia. Comprobarlo ha llevado a admitir que “reformular el sistema de justicia es una tarea profunda y difícil”, dado que, de una parte, “es altamente política en su naturaleza” en tanto “afecta el balance

<sup>896</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, *cit.*, p. 36.

<sup>897</sup> Guillermo O’Donnell, “Polyarchies and the (Un)Rule of Law”, en Juan E. Méndez *et al.* (eds.), *cit.*, pp. 306 y 307.

de poder entre diversos grupos sociales y políticos” y, de otra, la reforma “conlleva cambios de gran alcance en múltiples instituciones” así como “cambios en normas culturales y valores”. De allí que el proceso de reforma “requiera persistencia en el tiempo. Las mejoras en calidad y efectividad, si son alcanzadas, tenderán a ser lentas en desenvolverse”.<sup>898</sup> Al tiempo de publicar esa conclusión, sus autores, Biebesheimer y Payne eran funcionarios de la entidad multilateral que más dinero ha comprometido en la reforma de la justicia latinoamericana, el Banco Interamericano de Desarrollo.

En definitiva, se ha llegado a reconocer que “el cambio de la justicia es, en buena medida, el cambio del país mismo”.<sup>899</sup> En consecuencia, progresivamente se ha ido extendiendo la idea de que la reforma será lenta, que el proceso será difícil y que no puede esperarse cambios mayores a corto plazo.<sup>900</sup> Paralelamente, han surgido diversas prevenciones; por ejemplo, contra la tentación de que la reforma de la justicia acabará con la impunidad.<sup>901</sup> Advertencias y prevenciones se han basado no sólo en la admisión de la complejidad de los cambios sino en el reconocimiento de las condiciones existentes: “Educación jurídica inadecuada, funcionarios a cargo pobremente preparados y la fuerza de prácticas y perspectivas tradicionales [que] inhibirán cambios rápidos, así como las vastas inequidades y la mala distribución de recursos y de poder en las respectivas sociedades”.<sup>902</sup>

Si la capacidad de los reformadores y las instituciones para desarrollar los programas de reforma de la justicia hasta ahora no ha llegado, por lo general, a niveles satisfactorios, el marco donde se han desarrollado —dado por la sociedad en general y el Estado, en particular— tampoco han resultado propicios al

<sup>898</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op. cit.*, p. 1.

<sup>899</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

<sup>900</sup> Hugo Frühling, *op. cit.*, p. 255.

<sup>901</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 257.

<sup>902</sup> Linn A. Hammergren, *op. cit.*, p. 316.

proceso. Peor aún, en el futuro probable no se vislumbra mejoras sustanciales en ese paisaje:

Si hacemos un balance de los argumentos en pro y en contra de las posibilidades de realizar con éxito reformas para establecer realmente el Estado de Derecho, el resultado es más bien turbio... el Estado latinoamericano no será capaz en los próximos tiempos de imponer a la sociedad un orden jurídico homogéneo... las fuertes desviaciones del derecho oficial vigente y la existencia de sistemas normativos alternativos no representan en esta región una situación pasajera sino que serán un fenómeno de larga duración... no se trata de un fenómeno nuevo sino de una característica estructural de América Latina, cuyas raíces, en parte, se remontan a la época colonial... En América Latina, para el futuro, podemos contar más bien con situaciones mixtas: ámbitos en los cuales las leyes son aplicadas en amplio grado gracias al control estatal (partes de la Constitución; el derecho económico internacional) se enfrentarán con otros en los cuales las costumbres o simplemente el derecho del más fuerte será lo que cuente. Entre los dos tipos de ámbitos habrá otros de competencias superpuestas y contenidos de diferentes normas, en los que las reglas formales e informales se entrelazarán de diferentes maneras, creando mayor inseguridad pero, también, más posibilidades de elección para el individuo.<sup>903</sup>

Es un escenario del que actualmente ya conocemos evidencias suficientes y que, alejado de la naturaleza de Estados solventes, otorga un pobre marco para el funcionamiento de un sistema nacional de justicia con arreglo al Estado de derecho. En ese mismo escenario hay que situar los procesos degenerativos que, previstos por Ungar,<sup>904</sup> se encuentran actualmente instalados en nuestros aparatos de justicia, sea como resultado de regímenes democráticamente elegidos pero que han enrumbado por vías

<sup>903</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 90-92.

<sup>904</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, p. 13.

autoritarias, sea como fruto de una corrupción muy amplia que permea no sólo al aparato del Estado sino a la sociedad. ¿Qué ocurre con jueces provenientes de procesos de reforma, que tienen independencia institucional y una competencia ampliada pero carecen de imparcialidad para juzgar debido a que escogen recibir los favores del poder o poner precio a su sentencia? El cascarón reformado del aparato de justicia, en esa atmósfera, puede albergar un contenido mucho más siniestro que en tiempos pasados, sirviendo como siempre al poderoso pero envuelto en una institucionalidad que pretende ser no sólo moderna sino democrática.

Linn Hammergren imaginó, hace pocos años, que el futuro más probable es uno en el que habría una expansión continua de objetivos y actividades en los procesos de reforma, una adopción rutinaria de la receta o el patrón reformista y un nivel constante de inversiones en la ejecución hasta que el ímpetu se detuviera.<sup>905</sup> Las cifras de préstamos otorgados por el (BID) y el Banco Mundial para la reforma en la región hacen pensar que el ímpetu ya se detuvo. No sólo se trata del cansancio de prestamistas o donantes, ni puede adjudicarse solamente a que la cuestión de la reforma de la justicia está siendo sustituida por algún otro tema de moda para los actores internacionales. La escasez de resultados es un componente clave en la fatiga.

Aunque la interrogante no se formule en voz alta, muchos de quienes nos hemos familiarizado con el tema nos preguntamos, en uno u otro momento, si reformar la justicia latinoamericana es un cometido posible. Nos lo hemos preguntado conociendo los montos invertidos en el esfuerzo, los errores repetidos, los diversos fracasos y la radical insuficiencia de los logros. Pero la pregunta se nos ha hecho insistente en medio de los escándalos estructurales que son propios de nuestros aparatos de justicia: los retrasos inaceptables, las decisiones arbitrarias y las corruptelas, que siguen imperando en el sistema; elementos todos ellos que no parece po-

<sup>905</sup> Linn Hamnergren, *op. cit.*, p. 318.

*Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 7 de mayo de 2015 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03300 México, D. F., teléfono 5501 0796. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 11, 13, 14 y 16 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 cm de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

sible desterrar. Y los vicios se exhiben ahora en un ambiente en el que también habita la reforma que, como una planta descuidadamente sembrada, ha dado algunos frutos esporádicos, aislados y, más bien, exiguos.

Lo que siga, con o sin reforma, es materia de especulación. Para enfrentarlo tenemos una sed de justicia distinta y contamos con una experiencia de más de un cuarto de siglo, de la que hay que aprender. El peor colofón de esta historia sería que, en materia de justicia, las cosas siguieran como han venido siendo. Aunque no es improbable que así ocurra, habríamos de lamentarlo.