

¿POR QUÉ ESTAMOS EQUIVOCADOS LOS JURISTAS?

*Ana Laura Magaloni Kerpel*¹³⁹

1 Para los estudiosos del derecho, la sociología jurídica es una disciplina de la periferia. Preguntarse, por ejemplo, ¿cuál es el impacto de las normas jurídicas en la pacificación de los conflictos sociales? no es una pregunta que desde la academia jurídica sea atendida. Tampoco lo es medir hasta qué punto las normas generales son efectivamente aplicadas, ni mucho menos su efecto sobre la conducta real de los individuos.

2. En esta ponencia voy a argumentar por qué estamos equivocados los juristas. Yo creo que el tema de eficacia de las normas debería estar en el centro y no en la periferia del debate jurídico. Lo voy a abordar desde dos perspectivas: 1) desde una visión teórica, es decir, desde los presupuestos del paradigma jurídico a través del cual los juristas mexicanos nos aproximamos al mundo del derecho y 2) desde una perspectiva empírica, es decir, dando ejemplos concretos de por qué las normas generales por sí solas no predicen la conducta de los agentes sociales.

3. El paradigma teórico:

A) El derecho puede estudiarse desde ángulos y puntos de partida de signo muy diverso, cada uno de

¹³⁹ Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, profesora e investigadora del Centro de Investigación y Docencia Económicas, CIDE.

los cuales se sustenta en un determinado marco de presupuestos o compromisos básicos que definen a la escuela de pensamiento o paradigma. Entre algunos de estos paradigmas, existe muy poco acuerdo con respecto a la caracterización del objeto de estudio, los problemas que hay que resolver y la metodología que hay que utilizar para descifrar y comprender qué es el derecho. El paradigma formalista es el dominante en algunos sistemas jurídicos que siguieron la trayectoria de la codificación, como es el caso del mexicano.

- B) Para el formalismo jurídico, el derecho es un sistema de normas que se encuentra previamente dado. Dicho sistema es autosuficiente para resolver cualquier caso concebible, ya que no presenta lagunas, ni contradicciones, ni ningún otro tipo de indeterminaciones. Estudiar derecho es estudiar esas normas generales y hacer ciencia jurídica es descifrar el significado de las normas en abstracto. La realidad social está fuera de ese aparato racional.

En principio, las normas son las que prefiguran la realidad deseable y es ésta última la que debe ajustarse a ellas. Si bien desde la perspectiva formalista se reconoce que los individuos pueden violar esas normas, ello no significa que las normas no sean un predictor de la conducta social, ya que las propias normas sancionan o prevén las consecuencias que han de producirse cuando la conducta individual discrepe del mandato en ellas contenido. Sea que acatemos o violemos el mandato, las normas siempre definen lo que ha de pasar en la realidad.

- C) El jurista, desde esta perspectiva, es un estudioso de las normas, pues éstas, por sí solas, le permiten predecir la conducta jurídica de los agentes sociales y de los aplicadores del derecho.

- D) Esta forma de entender el derecho se desarrolló en la Europa continental durante el movimiento de codificación de fines del siglo XVIII y principios del XIX. Como es sabido, la codificación fue un intento de racionalización del mundo jurídico. La certidumbre en el derecho y la seguridad jurídica que demandaban la naciente burguesía y la economía de mercado exigían un derecho claro, sencillo, fácilmente asequible y que todo mundo pudiese conocer. Los codificadores intentaron elaborar una totalidad articulada de normas escritas –códigos– que establecieran con claridad la frontera entre las conductas prohibidas y las permitidas, de tal modo que los agentes sociales pudiesen organizar y planear con certeza su vida en sociedad.
- E) La codificación tuvo un impacto decisivo en la teoría jurídica de los países que siguieron esta trayectoria. Los teóricos del derecho, influenciados por la filosofía de la Ilustración, asumieron que su tarea era analizar el derecho positivo, esto es, las normas escritas. La discusión jurídica se centró en deducir las soluciones implícitas en las normas a través de categorías y conceptos, siempre en abstracto, sin hechos ni conflictos reales.
- F) Con esta concepción, quedaron fuera del debate algunas de las preguntas más relevantes que entraña el estudio de las normas, tales como: la eficacia de los preceptos jurídicos, el impacto que éstos tienen en la conducta de los individuos, los costos y beneficios de las soluciones jurídicas propuestas, etc.
- G) A lo largo de este siglo, los aspectos extremos de la teoría formalista se han ido atenuando. Sin embargo, los presupuestos metodológicos del formalismo han dejado una huella indeleble en la dogmática jurídica contemporánea de los sistemas de derecho

codificado. En el caso de México, ello parece ser especialmente cierto. El debate jurídico mexicano sigue respondiendo sustancialmente a los presupuestos del formalismo jurídico. Los estudios empíricos sobre el derecho en México son recientes y muy escasos y, además, poco se discute acerca de las interrelaciones que existen entre el derecho y las otras disciplinas sociales. Dicho en pocas palabras, seguimos siendo juristas formalistas.

H) El problema central que tiene el paradigma formalista es que está divorciado de la práctica jurídica. Dicha teoría no explica ni describe lo que en realidad sucede en los procesos de aplicación de las normas. El derecho en los libros no es lo mismo que el derecho en acción, como sostenía Pound. La razón básica de esta divergencia está en los presupuestos de la teoría formalista, en concreto, en circunscribir el objeto de estudio a las normas y asumir que esas normas por sí solas pueden predecir la conducta de quienes están sujetos a ellas. Esto es absolutamente falso. Voy a dar algunos ejemplos de cómo se rompen los presupuestos del formalismo tan pronto como insertamos en su estudio el problema de la eficacia. Mis ejemplos se referirán a tres presupuestos del formalismo:

- a) Las normas jurídicas se pueden violar sin que se apliquen las normas que castigan dicha violación.
- b) Las normas jurídicas, sin ser violadas, no cumplen con los objetivos para los que han sido diseñadas y por tanto, es falso que prefiguran la realidad deseable.
- c) El significado que adquieren las normas aplicadas al caso concreto no viene dado por su sentido semántico en abstracto, sino por el contexto social en el que se aplican.

LAS NORMAS SE VIOLAN SIN CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El Reglamento de la Defensoría de Oficio en el Distrito Federal establece en su artículo 6, fracción V, que el defensor debe “estar presente e intervenir ofreciendo y desahogando las pruebas pertinentes en el momento en que su defendido rinda su declaración ante el MP o el juez”.

Sin embargo, la norma no prefigura la realidad deseable. Según la Encuesta a Población en Reclusión que levantamos en el CIDE, este artículo se viola con más frecuencia de lo que desearíamos.

- 70% de los internos no tuvo abogado en Agencia del Ministerio Público.
- 27% de los internos no tuvo abogado al rendir su declaración ante el juez.
- Y 68% de los internos se sintió poco o nada defendido por su abogado.

Este es un buen ejemplo de un precepto que se viola sin consecuencias legales. Los acusados están sentenciados. Lo relevante para un debate jurídico que se centre en la eficacia sería intentar descifrar por qué no tiene consecuencias jurídicas no tener un abogado defensor real y efectivo. Y esta pregunta necesariamente nos lleva al mundo “fuera de las normas”.

- Es porque se trata de gente pobre que no puede alzar su voz.
- Es porque a los defensores de oficio no se les premia por buen desempeño.
- Es porque venimos de un sistema autoritario en donde los jueces no fiscalizaron nunca al MP y, por tanto no controlaron la actuación del defensor.

Son variables extranormativas las que explican la conducta de los defensores de oficio y también la falta de consecuencias jurídicas frente a la violación sistemática de las normas que deben regir su actuación.

LAS NORMAS NO CUMPLEN CON LOS OBJETIVOS PARA LOS QUE HAN SIDO DISEÑADAS Y, EN ESTE SENTIDO, NO PREFIGURAN LA REALIDAD DESEABLE

En esta misma encuesta, detectamos que casi 60% de los internos son detenidos en flagrancia. Transcurridas tres horas después de que sucedió un delito, hay muy poca probabilidad de detectar a un sospechoso.

Esto no viola el marco normativo, pero sí indica serios problemas en su operatividad. En la Ciudad de México el sistema penal puede atrapar a los delincuentes menos peligrosos. Al delincuente profesional no se le atrapa por robo simple en las calles, como sucede en los casos de flagrancia. La intención o pretensión del marco normativo que diseña el sistema de seguridad pública y procuración de justicia en el DF, intenta o busca combatir la delincuencia. De nuevo, para saber por qué estas normas no tienen el impacto deseado, tenemos que ir al mundo social, a las variables extranormativas.

- Una parte de la explicación tiene que ver con el conjunto de incentivos que rigen las prácticas de la policía y del MP: se premia por asunto consignado. Los MP tienen que entregar 12 consignaciones al mes. Por tanto, se centran en los casos fáciles como son los de flagrancia.

Este es un ejemplo de cómo las “reglas no escritas” que rigen las prácticas institucionales pueden inhibir el obje-

tivo de las reglas formales. Estas reglas no escritas no son objeto del estudio del derecho desde una perspectiva formalista. Y por tanto, cuando se piensa en mejorar el sistema penal, no son atacadas de frente.

EL SENTIDO DE LAS NORMAS VIENE DETERMINADO POR EL CONTEXTO POLÍTICO Y SOCIAL, Y NO POR EL CONTENIDO SEMÁNTICO DE SU TEXTO

Pasando al mundo de los jueces. Toda decisión judicial implica una elección entre principios jurídicos en conflicto. Como punto de partida, en toda controversia jurídica existen al menos dos soluciones posibles que son antagónicas: el derecho que argumenta la parte demandada es opuesto al que argumenta el demandante y ambos se derivan del mismo sistema normativo. Son los factores sociales, económicos, políticos y éticos los que explican la opción del juez por una de las múltiples soluciones que ofrece el sistema normativo. Según Holmes, detrás de la apariencia lógica de las decisiones judiciales, se esconden verdaderos juicios de valor relativos a las ventajas sociales e importancia de cada uno de los principios o reglas jurídicas en conflicto. Estos juicios de valor constituyen el corazón de la actividad jurisdiccional.

Volviendo al caso de México. En un estudio que llevó a cabo Luis Pásara, en donde, con una muestra representativa de expedientes, lleva a cabo un análisis cualitativo de las sentencias penales de los jueces de primera instancia del Distrito Federal, detectó los siguientes criterios judiciales para valorar las pruebas:

- Los jueces desestiman el valor probatorio de la declaración del acusado, cuando la misma va en contra de la línea argumental del MP, aduciendo que dicha declaración es defensiva.**

- Cuando la declaración del acusado tiene una parte que coincide con la versión de los hechos del MP y otra que no, utilizan el criterio de divisibilidad de la confesión, sólo una parte, la que convalida la tesis del MP, es tomada en cuenta por el juez y la otra no.
- Los jueces interpretan el principio de inmediatez procesal como la primera declaración del acusado, esa que rinde ante el MP sin presencia de un abogado y que tiene un mayor valor probatorio por su espontaneidad (en otros sistema judiciales, inmediatez significa “darle más valor probatorio a lo que sucede frente al juez”).

En el capítulo del Código de Procedimientos Penales del DF se dan algunas reglas generales sobre cómo admitir y desahogar pruebas. En relación con su valoración, el Código, como debe ser, deja esa tarea al juez. Sólo le establece, en su artículo 247, la presunción de inocencia: esto es, cito textual: “En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa”.

Ahora bien, según el sistema donde operan, qué significa “probar” para un juez. En el caso de México, es claro que la forma en que los jueces interpretan el derecho procesal tiene sesgos a favor del MP. Estudiar la eficacia de las normas significa conocer tales sesgos y saber qué los explican. Dicho en otra forma, el juez penal en el DF va a optar, en 9 de cada 10 casos, por la solución que propone el MP. Esta opción no viene dada por las normas escritas, sino por factores extranormativos. Algunos de ellos son:

- Los jueces “temen” que la sociedad los acuse de corruptos, por ello es más fácil condenar que absolver.
- Cuando dictan sentencia absolutoria, se le da vista inmediatamente al Consejo de la Judicatura.

- Venimos de una cultura judicial que se desarrolló bajo las coordenadas de un sistema autoritario en donde la procuraduría necesitaba jueces sumisos.

Estos ejemplos creo que apoyan mi tesis central: si se quiere saber qué es el derecho, hay que observarlo en acción, hay que ver si se aplican o no las normas generales e intentar entender cuáles son las variables extranormativas relevantes en el resultado final.

Esto significa que la rígida separación que propone el formalismo entre derecho positivo, las normas escritas y las normas morales, los juicios de valor sociales y la política pública, no sea una pretensión razonable ni útil. Tal separación no permite analizar el modo en que el derecho funciona y el impacto que las normas tienen en la pacificación de conflictos.

Yo creo que la vocación primaria del derecho es su función pacificadora. La existencia de una serie de conflictos dentro de un grupo social determinado genera situaciones de tensión que trastornan y ponen en peligro el desarrollo armónico de la convivencia social, la seguridad y la certeza en el derecho.

El mayor reto para el juez, los abogados postulantes y los académicos es encontrar soluciones jurídicas a los problemas sociales que puedan armonizar los valores en conflicto y restablecer de forma efectiva la paz social. Ello sólo podrá suceder, si el derecho se estudia desde una perspectiva interdisciplinaria.

Las herramientas de análisis de la sociología, la economía, la teoría política y la psicología son indispensables para que el jurista pueda entender la eficacia de las normas, su impacto en la conducta de los individuos y las ventajas sociales de las soluciones propuestas. Necesitamos, por tanto, dejar de pensar en la sociología como una disciplina periférica y colocarla en el centro. De lo contra-

rio, seguiremos, los estudiosos del derecho, sin abordar las preguntas que están en el corazón de todo orden jurídico: la eficacia de las normas y su impacto en la forma en que los individuos se comportan en la sociedad.