

Lecciones ¿aprendidas o por aprender?

Luis Pásara

El propósito de este capítulo* no es resumir el rico contenido del volumen sino poner en relieve algunas de las posibles conclusiones derivables de los análisis contenidos en él, con miras a ser aprovechadas por quienes siguen empeñados en la tarea.

En la mayor parte de la región, tradicionalmente el llamado Poder Judicial ha adoptado un perfil institucional más bien discreto. Incapaz de ejercer control legal efectivo sobre fuerzas políticas y económicas, el juez ha ocupado claramente un lugar bastante más reducido y menos importante de aquél que le aparece adjudicado en los textos constitucionales (Rico y Salas, 1990: 13-20; Méndez, 1999: 221-223). De allí que, en términos generales, durante décadas la institución haya recibido poca atención; de las fuerzas conservadoras, en razón de que la 515

* Dado que siempre repetirse resulta preferible a citarse, debo hacer explícito que algunos de los temas abordados aquí han sido objeto de desarrollos provisionales publicados, entre 2000 y 2003, por el autor, quien agradece, en particular, los comentarios recibidos de Linn Hammergren para la versión final.

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

aquiescencia judicial les ha estado relativamente garantizada; de las fuerzas transformadoras, debido a que el cambio de jueces y justicia no aparecía relevante ni factible. La desatención ha sido incluso académica, tanto desde el lado jurídico como desde las ciencias sociales (Blair and Hansen, 1994: 25).¹

En manos del jurista tradicional, la tarea de trazar un perfil de la justicia en cualquiera de nuestros países tiene como bases una lectura constitucional y un análisis de las normas orgánicas referidas al Poder Judicial y el ejercicio de la judicatura. Para asomarse a la cara real de la justicia, más bien es preciso buscar vías con mayor capacidad para dar cuenta objetivamente de la realidad. Una, de un auge reciente y grande, nos es proporcionada por encuestas y sondeos de opinión. En la mayor parte de nuestros países, los resultados de esas exploraciones de la percepción social trazan el rostro de una justicia que es cara, lenta, corrupta y está identificada con el poder. Pese a los posibles prejuicios y sesgos presentes en tal percepción, debe admitirse que aquello que la gente piensa acerca de la justicia probablemente tiene mucho más fuerza descriptiva de la función judicial que los contenidos constitucionales y legales referidos a ella.

Para acercarse al ser de jueces y justicia, la otra vía, fascinante y sin embargo poco utilizada por la investigación sociojurídica, es la literatura latinoamericana. A título ilustrativo, puede tomarse el caso peruano, en el que la trama escrita resulta de horror (Barrig, 1980). Novelas y cuentos peruanos presentan a la justicia como un ritual incomprensible que, más allá de cualquier racionalidad y previsibilidad, opera en manos de personajes siniestros, encabezados por jueces

1 El tema judicial, como objeto de reflexión de la sociología institucional, ha ocupado el interés de muy pocos investigadores en la región; las cuestiones vinculadas a la judicatura no han constituido materia de análisis y estudio dentro de los planes de formación en derecho; y la reforma judicial no ha convocado la preocupación académica sino bastante recientemente. Más grave aún, puede decirse que acerca de este tema, como en otros que conciernen al funcionamiento del derecho en nuestros países, la carencia de investigación empíricamente sustentada es sumamente aguda. En el conjunto de asignaturas pendientes habría que incluir, entre otros asuntos: el examen de los contenidos de la enseñanza del derecho, el análisis sistemático de flujos y sentencias judiciales, la demanda real y potencial de resolución de conflictos y las interrelaciones entre las instituciones de la legalidad y las condiciones de la ilegalidad en nuestras sociedades.

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

abusivos y abogados sin escrúpulos. La distancia entre verdad real y verdad legal se hace abismal en las tragedias vividas por gentes sencillas que protagonizan las historias contadas por los narradores. Pero, detrás de formas incomprensibles, lógicas inalcanzables y trámites grotescos, se adivina siempre la presencia del poderoso que no alcanza éxito completo en su propósito de encubrir su fuerza decisoria detrás de los vericuetos de la justicia. El terrateniente, el magnate, el gobernante, son siempre los vencedores en esa lucha desigual que los protagonistas pobres se ven obligados a dar en el terreno de la justicia. Éstos se sienten acorralados, atemorizados y, finalmente, vencidos por una legalidad que es rígida e implacable con los de abajo, pero flexible y complaciente con los de arriba. Unos y otros conocen una justicia que no guarda relación alguna con aquello que la letra de las constituciones peruanas ha proclamado respecto de ella. Un ejercicio con base en la literatura de otros países de la región probablemente daría resultados bastante semejantes.

En este libro, y atentos al proceso interno de las instituciones de justicia, Rogelio Pérez Perdomo y Linn Hammergren ofrecen, en breves páginas de las secciones iniciales del capítulo sobre Venezuela y sobre Perú, respectivamente, una pintura excelente del funcionamiento y las prácticas prevalecientes en la mayoría de los poderes judiciales de la región, antes de la reforma. Sin duda, el examen de los expertos coincide con la percepción social y la refuerza: la justicia realmente existente era indefendible.

¿De qué trata su reforma? Luego de advertir que bajo la etiqueta "reforma de la justicia" pueden colocarse agendas no sólo distintas sino contradictorias, Hammergren ha puntualizado en su capítulo sobre Perú que la reforma no se hace en beneficio de los jueces y Roberto MacLean, en el capítulo introductorio, ha recordado que la reforma tampoco busca servir a los abogados. Complementariamente, podríamos añadir —en vista de lo mucho predicado al respecto— que transformar el sistema de justicia no tiene como beneficiarios a los inversionistas ni, como objeto principal, la prosperidad de los negocios. Una nueva justicia tiene como destinatarios a los ciudadanos —sean ricos empresarios o pobres moradores—, que no son verdaderamente tales sino en tanto sus derechos y obligaciones

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

sean reconocidos por un tercero imparcial, facultado socialmente a ello en virtud de un encargo efectuado en razón del interés público. De ahí que la justicia sea un servicio y el objetivo de la reforma tenga que ser el de mejorar el producto que ofrece. Bien precisan varios de los autores en este volumen que todo lo demás –y que es aquello que ocupa la mayor parte de la atención de este libro– es instrumental con relación a ese objetivo. Es muy importante tener en cuenta permanentemente este criterio.

La necesidad de la reforma se halla en razón directa de la distancia existente entre ese objetivo y la situación de un país dado. Como apunta MacLean, la situación prevaleciente en casi todos nuestros países es la de una incomunicación entre la conflictividad social, que requiere de un servicio público tal, y el mundo del derecho, que tiene sus propios referentes dentro de un universo cerrado. Este mundo, del cual son protagonistas jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes, no opera en torno a la prestación de un servicio público sino, más bien, constituye una manera específica de uso del poder en vía de autoridad.

Este desfase no puede ser ignorado a la hora de encarar la reforma del sistema de justicia, porque está en la base de él. No basta enunciar el problema y pasar, luego, a determinar en cuánto se aumenta el presupuesto del Poder Judicial o del Ministerio Público, si es necesario construir más inmuebles para administrar justicia o cuántos cursos de capacitación pueden ser impartidos el año que viene. El desencuentro entre las necesidades sociales de justicia y el aparato destinado a administrarla acaso sea la mayor fuente de insatisfacción ciudadana en este tema. Si la reforma del sistema adopta un carril operativo, que ignora u olvida ese desencuentro raigal, sus resultados serán de corto alcance y de nula legitimidad. Esto es, precisamente, lo que ocurre con una porción significativa de las acciones de reforma del sistema de justicia en América Latina. De allí la importancia de tener, como un objetivo central de cualquier reforma, el acercamiento entre realidad social y funcionamiento de la justicia.

518

Es de utilidad subrayar el hecho de que, al organizar el libro, se propuso dedicarlo al tema de la reforma del sistema de justicia; en los hechos, la mayoría de los

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

autores han enfocado una parte de él, con especial atención al Poder Judicial y a los jueces. No se está ante un equívoco conceptual sino que así se expresan, cuando menos, dos aspectos relevantes, de los cuales no somos suficientemente concientes. El primero es la herencia de una visión según la cual la justicia es tarea de los jueces o principalmente de ellos, que equivocadamente sitúa en un lugar subalterno a las otras instituciones cuyo desempeño es vital para lograr un funcionamiento adecuado del sistema de justicia. El segundo factor, vinculado al primero, consiste en el conocimiento radicalmente insuficiente acerca de lo que ocurre en Ministerios Públicos, policías y prisiones. Si aquello que sabemos en América Latina sobre el Poder Judicial es poco, respecto de las otras entidades del sistema no se sabe casi nada.

El presente capítulo está organizado en cuatro apartados. En primer lugar, se pasa revista sintéticamente a algunos de las principales cuestiones resaltantes en los análisis de casos contenidos en el volumen, cuyo interés va más allá del país respectivo, y se examina enseguida los logros y las limitaciones respecto de los tres temas centrales de la reforma del sistema de justicia: acceso, independencia y eficiencia. En segundo lugar, y en vista de las consideraciones anteriores, se replantea la naturaleza de la reforma como un asunto más cultural que legal. En tercer término, se plantea la cuestión de los actores del proceso de reforma, con atención a quienes se hallan tanto dentro como fuera de él y, en el caso de estos últimos, se examina el papel de la sociedad civil y el de la cooperación internacional. Finalmente, se encara la pregunta inevitable acerca de si la reforma del justicia en nuestros países es posible y, si lo es, bajo qué condiciones.

1. LAS EXPERIENCIAS NACIONALES: LOGROS Y LÍMITES

En cuatro de los seis países aquí estudiados se produjeron, durante los años noventa, reformas normativas de envergadura constitucional, en materia de justicia. En efecto, así ocurrió en México, Colombia, Perú y Venezuela. Al mismo tiempo, en casi todos los casos se incrementó sustantivamente el presupuesto del Estado dedicado a la justicia; en el caso venezolano, el gasto público se multipli-

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

có por cuatro y en el colombiano se dobló como porcentaje del producto interno bruto. Sin embargo, los resultados no son espectaculares.

Colombia muestra avances importantes en términos de productividad del sistema, que sin embargo resultan diluidas en el masivo incremento de causas ingresadas a él. Si bien se registran avances significativos en cuanto a la protección de derechos, carrera judicial y evaluación, se experimenta un fracaso en materia penal, confiada a una todopoderosa Fiscalía General de la Nación.

En México, la reforma se puso a andar tardíamente, en relación con otros procesos latinoamericanos, pero quizá se ha iniciado cuando para ello maduraron condiciones internas, facilitadas por el contexto de democratización. Acaso la reforma de la justicia mexicana se beneficie en el futuro de ser un producto básicamente endógeno. Pero no obstante los avances importantes logrados, sobre todo respecto de la carrera judicial en el nivel federal y en algunos estados, Héctor Fierro concluye en que: "no hay aún una visión coherente ni profunda sobre las transformaciones que requiere el país en esta materia".

Perú es, en reforma de la justicia, el más antiguo de los seis países estudiados, dado que se acerca a las tres décadas de experiencia en el asunto. Como sugiere Hammergren es el "más reformado" en la región, pero los problemas se han agravado y las instituciones del sistema han continuado debilitándose. Desde el contraste entre el tratamiento dado por gobiernos elegidos y gobiernos inconstitucionales, la autora considera que el caso pone de manifiesto que el tema de la reforma es más político que técnico. Sin embargo, es necesario notar que en ambos tipos de gobierno se ha producido una clara manipulación, aunque bajo formas distintas. La situación actual es, precisamente, resultado de la manipulación instaurada durante la dictadura de Alberto Fujimori, que se valió para ella de una estrecha visión tecnocrática. Dos de las consecuencias aún vigentes, insiste Hammergren, son: una oposición que no tiene un programa específico sino que se apoya en grandes nociones ideológicas, y una judicatura que, vía reclamos de independencia, considera que la reforma es asunto de su sola incumbencia.

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

Chile aparece como el caso exitoso del grupo y lo es, no tanto por los resultados de una reforma procesal penal –evaluables sólo provisionalmente, dado que se está poniendo en ejecución progresivamente– sino por su proceso de gestación que, como resalta Mauricio Duce, muestra un papel destacado de organizaciones de la sociedad civil, capaces de generar alianzas entre diversos sectores y de convocar, mediante su éxito, el interés y compromiso de los políticos. Un proceso de diagnóstico académico previo –y, luego, paralelo a la ejecución de las reformas– permitió un debate serio e inclusivo sobre los términos del proyecto reformista y, sobre él, la construcción de crecientes consensos.

De otro lado, los casos de Brasil y Venezuela –pese a importantes modificaciones en los textos constitucionales– no exhiben resultados de magnitud. En el caso brasileño, como anota Maria Tereza Sadek, debe destacarse, al lado de la creación de los juzgados especiales que han abierto el acceso a la justicia para ciudadanos que hasta entonces no la tenían, la falta de voluntad política efectiva para dar curso a una reforma comprehensiva. En el caso venezolano es, precisamente, el componente político el mayor obstáculo a una reforma democrática de la justicia, según argumenta Pérez Perdomo.

1.1. El papel de los diagnósticos

Como la experiencia chilena sugiere –y enfatiza Sadek desde el caso brasileño–, resulta de la mayor relevancia contar, como componente esencial, con diagnósticos sistémicos y no diagnósticos impresionísticos, superficiales, y/o formulados por parte interesada. La carencia de este factor ha estado en el origen de una serie de acciones emprendidas sin estrategia, guiadas apenas por el propósito de paliar determinadas carencias que, luego de esfuerzos y recursos desperdiciados, vino a descubrirse que hacían parte menor de un cuadro institucional más complejo. La prescindencia de diagnósticos serios corresponde a una puesta de lado del conocimiento fundado, antes de empezar a intentar remedios para el problema y, en ella, la falta de comprensión local y la altanería de algunos actores internacionales parecen haberse dado la mano con frecuencia.

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

De una parte, en muchos países de América Latina los actores nacionales no se habían planteado la existencia de un problema que recién resultó traído a su atención por cuestionamientos y/o ofertas de ayuda provenientes de fuera. Los operadores de los sistemas de justicia tenían una visión más bien complaciente acerca del funcionamiento de las instituciones responsables y, en consecuencia, no sólo padecían limitaciones para efectuar un diagnóstico comprensivo de un problema que no percibían cabalmente como tal sino que exhibían una marcada renuencia a aceptar la necesidad de una reforma. En aquellos casos donde sí se reconocía la existencia de algunas dificultades, los actores internos se creían en condiciones de establecer cuáles eran sus raíces y de prescribir soluciones que, usualmente, vislumbraban sólo sus aspectos más superficiales.

De otra parte, la oferta de la cooperación internacional se corporizó usualmente en asesores y expertos que usualmente creían saber, de antemano, cuáles eran los términos del problema.² En más de un país de la región, especialistas recién llegados se consideraron en capacidad de diagnosticar las raíces de los rasgos más visibles del problema de la justicia —como, por ejemplo, el retardo judicial— y proponer, de inmediato, "soluciones" que podían ser llevadas a la práctica con aparente facilidad. En una variante de la intervención externa, en ocasiones se aconsejó a la institución nacional echar mano a autodiagnósticos, recogidos mediante entrevistas o *focus groups* de los que debía salir no sólo un retrato de situación sino también la interpretación de sus causas. Así, tal como se pretendía por los actores institucionales nacionales, se asumió que los protagonistas del problema eran los mejor habilitados para formular su explicación.

Por una y otra vía, en muchos casos se llegó a fórmulas de comprensión estrechas, superficiales y descontextualizadas de los procesos históricos institucionales que habían llevado a generar, como justicia, un producto socialmente indeseado. A estas debilidades en el diagnóstico ciertamente contribuyó como factor

2 Sobre el papel de la asistencia técnica en los programas de reforma de la justicia, véase Faundez, 1997.

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

el desinterés o la incapacidad, según los casos, de las instancias académicas nacionales especializadas en derecho para examinar el problema de la justicia y encontrar sus raíces. En muchas de las instituciones formativas de la región, la concentración en la exégesis legal como foco del trabajo académico ha impedido –y aún impide– dedicar atención al funcionamiento real de las instituciones jurídicas. Los intentos de llenar este vacío mediante la intervención de centros de investigación extranjeros –mayormente estadounidenses y europeos– han producido resultados de calidad variable, que requerirían un examen detenido que va más allá de los propósitos de este libro.

En todo caso, el fracaso en el que han desembocado múltiples experiencias iniciadas sin diagnósticos dignos de ser considerados tales, aconseja firmemente la realización previa de estudios que no sólo identifiquen los problemas sino sus causas, para poder actuar eficazmente sobre ellas. Destinar tiempo y esfuerzos a esta etapa es una inversión fundamental del proceso.

Al mismo tiempo, una vez lanzada la fase de ejecución, la salud de un proceso de reforma del sistema de justicia requiere revisarlo y evaluarlo constantemente. No es preciso sólo partir de diagnósticos sólidos. Con frecuencia, las reformas actúan como catalizadores que revelan aspectos poco visibles del cuadro general o precipitan reacciones que no podían ser anticipadas. En consecuencia, es indispensable seguir atentamente el curso del proceso, detectar los elementos que precisamente su ejecución pone de manifiesto y determinar los reajustes necesarios para alcanzar los objetivos generales trazados.

Es preciso, pues, contar, durante la ejecución de un proyecto de reforma, con sistemas de seguimiento que permitan aprehender tempranamente aspectos no previstos en la estrategia original. El reconocimiento de estos elementos debe ir aparejado de cierta flexibilidad para adecuar el proyecto a las nuevas circunstancias –cuya novedad proviene quizá no tanto de la realidad misma sino de nuestro conocimiento insuficiente acerca de ella–, sin aferrarse al diseño inicial que puede y debe dejarse atrás cuando sea aconsejable, a la luz de las evidencias disponibles.

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

1.2. Tres ejes de la reforma

Al examinar lo ocurrido en los tres ejes fundamentales de la reforma, aparece con claridad que es en materia de independencia donde se ha avanzado relativamente más. Atrás, aparecen los esfuerzos realizados respecto de eficiencia y, finalmente, surgen los tímidos logros en materia de acceso.

1.2.1. Acceso

En cuanto a acceso, la primera dificultad consiste en estimar correctamente la magnitud del problema. En América Latina se sabe, cuando las estadísticas son relativamente confiables, cuántas causas ingresan al sistema de justicia, pero no se sabe cuántos casos que debieran llegar no llegan. En materia penal –en la cual, como recuerda Juan Enrique Vargas, la competencia legalmente establecida es universal, salvo los delitos perseguible por instancia de parte–, se cuenta con elementos para sostener que, en toda la región, llegan a conocimiento del sistema sólo una fracción de los delitos efectivamente cometidos. Alfredo Fuentes precisa que en Colombia, tratándose de un delito grave, sólo uno de cada tres homicidios registrados por la policía llegan en algún momento ante un juez. Pero, si nos referimos a los delitos cometidos que ni siquiera llegaron a conocimiento policial, las encuestas hechas al respecto en varios países apuntan a una proporción bastante más baja.

Con ese vacío de conocimiento de partida, plantear el tema de acceso incluye, como apunta bien el capítulo de Álvaro Ferrandino, dos aspectos diferenciables. De una parte, la capacidad de todo ciudadano de llegar al sistema de justicia para reclamar un derecho o exigir que se ejecute una obligación. De otra, el tratamiento igualitario que el sistema dispense a los casos sometidos a su conocimiento; esto refiere al viejo principio de igualdad ante la ley. Como el propio autor sostiene, ambos aspectos aparecen severamente limitados en toda la región en razón de la pobreza y las desigualdades económicas, sociales y culturales, a las que se suman diversas formas de discriminación. Así, para el ciudadano de a pie, no siempre resulta accesible el sistema, debido a distancias, tiempos o idioma oficial. Pero, cuando se logra salvar esas barreras, la imposibilidad de pagar un

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

abogado y el trato discriminatorio hacen que regularmente no todos seamos iguales ante la ley.

Los diversos intentos de proporcionar educación legal, prestar asistencia jurídica gratuita y valerse de los MARC³ para brindar un mayor y mejor acceso a los sectores que padecen de "pobreza legal" no son suficientes, sea que estén provistos por el Estado o provengan de esfuerzos particulares.⁴ El contraste con las sociedades desarrolladas, en los que estas vías remedian de manera significativa el problema, se explica por la proporción de marginalización existente en uno y otro caso. Mientras en los países de desarrollo avanzado los sectores que sufren "pobreza legal" son minoritarios, en el caso de los países de América Latina —según sugieren las cifras sobre pobreza y pobreza extrema— constituyen una buena parte de la población, cuando no la mayoría de ella.

Dado que los diferentes canales institucionales utilizados desde el sistema de justicia para mejorar el acceso resultan —y probablemente siempre resultarán— insuficientes, la pregunta de fondo es si corresponde a él remediar el problema. Habría que plantearse entonces si corresponde al ámbito del sistema de justicia ampliar los canales existentes y destinar importantes recursos a ellos —sabiendo de antemano que no se resolverá así el problema en toda su magnitud—, o si más bien estamos ante rasgos de nuestras sociedades, que afectan seriamente el funcionamiento de la justicia y que ellas deben resolver, en atención a diversas razones, una de las cuales está vinculada a la necesidad de una mejor impartición de justicia (Pásara, 2002a: 383-391).

Mientras ese encaramiento, que no corresponde sino limitadamente al aparato de justicia, tiene lugar, es preciso aceptar que el sistema de justicia debe plantearse

3 Aunque luzca innecesario subrayarlo, la utilización de los MARC no resuelve, incluso allí donde pueda considerarse exitosa, el problema de acceso, que resulta mucho mayor que el alcance de las instancias alternativas a la oficial para resolver pleitos. Quienes dedican su mayor atención a los MARC a menudo omiten recordar que desarrollar estos medios no exonera de la preocupación por la justicia estatal.

4 No obstante la validez de esta afirmación general, el funcionamiento de estos mecanismos, como tantos otros temas atinentes al sistema de justicia, requiere ser analizado a partir de estudios empíricos que proporcionen una base válida sobre la cual proponer alternativas.

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

cómo manejar lo que Fuentes denomina "la variable exógena". Esto es, resulta necesario regular la demanda, tanto manifiesta como oculta, sobre el sistema. En este terreno, resulta iluminadora la diferencia, que resalta Sadek, entre una "demanda de más" y una "demanda de menos", sin la cual las cifras globales sobre causas sometidas a la justicia nos impiden percibir quiénes sí acceden a ella con facilidad y quiénes resultan impedidos de hacerlo.

En cualquier caso, es preciso determinar los límites de la oferta o, en palabras de Vargas, "definir el espacio propio de lo judicial". Esta definición requiere, primero, saber, sobre bases de conocimiento firmes, cuáles son los sesgos y riesgos de derivar conflictos a instancias no estatales, como la diversidad propuesta como MARC. En segundo lugar, será preciso determinar cuáles son los conflictos sociales cuya resolución es útil e indispensable que quede a cargo de la justicia estatal, en razón de la existencia de un interés público en la solución a ser adoptada, y proporcionar entonces a sus protagonistas las mejores garantías de acceso posible.

1.2.2. *Independencia*

En materia de independencia se ha avanzado mucho en cuanto al diseño de fórmulas que, pasando o no por el establecimiento de un consejo de la judicatura, establezcan un área de no interferencia de otros poderes con la justicia. Sin embargo, como subraya el capítulo de Margaret Popkin, esos avances corresponden a lo que usualmente se ha denominado "independencia externa". En cambio, la independencia de los jueces aparece menos resguardada, sobre todo en relación con las presiones ejercidas desde otras instancias del sistema. Esto ocurre incluso cuando no es la corte suprema sino el consejo quien nombra y evalúa a los jueces; a menudo, tanto las altas cortes como los consejos otorgan peso negativo a las decisiones revocadas, para evaluar el desempeño de un juez, sin considerar la posibilidad de que en ellas se manifiesten criterios interpretativos originales e innovadores. De ese modo, se inhibe la renovación jurisprudencial y se perpetúa la validez de los viejos modos de entender la ley y la tarea de administrar justicia.

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

En cuanto a los nombramientos, para los que se ha establecido en varios países, sistemas más objetivos y transparentes de selección, Popkin señala cuatro elementos clave, que no aparecen en todos los casos examinados: (i) definición de un perfil del juez, fiscal o funcionario a ser seleccionado, (ii) apertura de la oportunidad de participación social en el proceso de selección, (iii) intervención en el proceso de más de una instancia, a fin de reducir el posible margen de arbitrariedad, y (iv) transparencia de todo el proceso.

En definitiva, sin embargo, como advierte MacLean, la independencia es algo interior en el individuo. Las reglas institucionales –que constituyen el terreno en el que se muestran más progresos– favorecen pero no crean independencia. Ésta es fruto de muy diversos factores –algunos de ellos con raíces ubicadas en la sociedad y no en el sistema–, entre los cuales un diseño institucional adecuado es sólo uno. Al mismo tiempo, como recuerda Linn Hambergren (comunicación personal), la otra cara de la independencia es la rendición de cuentas (*accountability*) por jueces que no son elegidos popularmente y tienen el enorme poder de resolver conflictos y de controlar el ejercicio del poder por Ejecutivo y Legislativo. Sobre este segundo aspecto, apenas si hay preocupación en la región y casi nada se ha avanzado.

En materia de evaluación, sólo el caso colombiano parece exhibir resultados de verdadera importancia, según reseña Fuentes. Pese a la utilidad de la introducción de métodos cuantitativos para una medición objetiva, el vacío principal que se comparte en la región es el referido a la calidad de la producción judicial. Los dictámenes del ministerio público y las sentencias judiciales constituyen el producto principal del sistema de justicia. Por ellos se conoce no sólo al sistema sino, en particular, a los jueces y fiscales que los dictan. De modo que puede sostenerse que al examinar dictámenes y sentencias se pasa revista a aquello que, en un país dado, es de veras la justicia y son sus jueces y fiscales, no según sus textos legales sino como vigencia efectiva para los ciudadanos. La importancia de conocer y examinar dictámenes y sentencias comunes y corrientes, escogidos al azar, corresponde al interés de asomarse al rostro de la justicia que las mayorías conocen, como destinatarios del servicio. De allí que, en rigor, ése sea el

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

campo principal de evaluación de un juez y un fiscal. En esta materia, es casi nada lo avanzado dentro de las reformas emprendidas en el sistema de justicia. Caminar en esa dirección, sin imponer a los jueces y fiscales criterios de interpretación, supone establecer tanto mecanismos internos como monitoreos externos, cuidadosamente diseñados y rectamente aplicados.

1.2.3. *Eficiencia*

Vargas recuerda que es preciso algo mucho más que una visión tecnocrática de la eficiencia y que, al mismo tiempo, su área de comprensión no se limita a las cuestiones de gestión. De allí que la tesis central del autor proponga vincular estrechamente reformas sustantivas y de gestión, en dirección a la eficiencia. No es esto lo que se ha hecho en América Latina, dado que durante la llamada primera ola de reformas, de los años ochenta, se trabajó en eficiencia como un soporte aislable del contenido mismo de los procesos a cargo de la justicia. Durante la segunda ola de reformas, de los años noventa, la tendencia predominante ha llevado a una compartimentalización de los ámbitos de las reformas, con lo cual la cuestión de la eficiencia ha quedado reducida a asuntos administrativos.

Algunos avances en esta materia parecen haberse logrado en Colombia y parcialmente en Chile, además de los casos de Perú y Venezuela, donde se ha multiplicado el soporte informático, apoyado como recurso por la comunidad internacional. Pero, en rigor, la preocupación por la eficiencia implica ver la tarea de administrar justicia de un modo distinto. Esto es como política pública que, haciéndose cargo de costos y productos, debe ofrecer un servicio público social y económicamente eficiente. De ahí que, como subraya Vargas, una cobertura eficiente no pueda limitarse a ampliar lo que existe mediante un mayor número de tribunales, que corresponden a "más de lo mismo" sino que, sin perjuicio de instalar nuevos despachos allí donde sean requeridos, la cobertura se organice a partir de necesidades reales y capacidades disponibles.

Dos grandes obstáculos operativos surgen del examen realizado por Vargas. De un lado, la búsqueda de una organización eficiente en materia de justicia cuestiona la estructura y el reparto del poder dentro de la organización. Esta raíz explica

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

por qué jueces y fiscales dan como disculpa, para sus deficiencias, las labores administrativas que la vieja organización les ha confiado, pero al mismo tiempo en ellos se encuentra una importante fuente de resistencia a cambios de organización que, como la separación de funciones administrativas de las jurisdiccionales, de hecho implican una pérdida de poder relativo, desde el nivel de la corte suprema hasta el de un juzgado de paz o de menor cuantía.

El segundo obstáculo se vincula parcialmente al primero y consiste en la resistencia a hacer partícipes de la tarea de reforma a profesionales y especialistas que no pertenecen al campo jurídico. Esta resistencia se debe, en parte, a razones ideológicas –según las cuales la justicia es cuestión de leyes y coto reservado a abogados– y, en otra medida, a la consiguiente pérdida de poder relativo de parte de jueces y fiscales que ejercen su autoridad, en una significativa proporción, en materia de decisiones de administración y gestión. En cualquier caso, las experiencias de América Latina analizadas en este libro y otras muchas revelan que se está aún muy lejos de lograr niveles de eficiencia aceptables, básicamente en razón del enfoque o la conceptualización parcial e insuficiente del tema.

2. NATURALEZA DEL CAMBIO; LA DIMENSIÓN CULTURAL

2.1. El fetichismo legal

Pese a lo que creen y sostienen hasta ahora jueces, abogados y profesores de derecho, reformar la justicia no consiste, principal ni centralmente, en cambiar leyes. El error principal cometido, sobre todo en los inicios del proceso del proceso de reforma en la región, consistió en centrar el cambio en reformas legales. Como derivación de los diagnósticos superficiales y, a menudo, con el concurso de expertos internacionales y nacionales, con mucha frecuencia –sobre todo, en la primera ola de reformas–, se planteó que los problemas de la justicia en la región tenían origen y explicación en la normatividad legal existente. En algunos casos se aconsejó incluso una revisión completa de la legislación nacional,⁵ pero

5 En Honduras se hallaba en curso, en 2003, un esfuerzo de esa magnitud, apoyado por la cooperación internacional.

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

lo más frecuente fue emprender proyectos destinados a reformar profundamente códigos procesales y sustantivos, desde el entendido de que era la norma legal el impedimento clave para lograr una mejor justicia. La expresión paradigmática de esta tendencia se expresa hoy en la reforma procesal penal que, generalmente bajo patrocinio de USAID, ha sido entronizada en la región y cuyo caso será examinado en el parágrafo siguiente.

Ciertamente, la preferencia por adoptar cambios legales como la fórmula principal para transformar la justicia se asienta en una cultura jurídica que, como la latina, centra el contenido y la realidad del derecho en la ley. Este rasgo trasciende los límites del ámbito profesional del derecho en América Latina y se expresa tanto en el debate político —en cuyo discurso atacar un problema social equivale a proponer una nueva ley o la reforma de alguna ya existente— como en múltiples reivindicaciones sociales que se enfocan ingenuamente en alcanzar la dación o reforma de una nueva norma legal o su reglamentación. La enseñanza del derecho en América Latina —que, pese a varios intentos de reforma, se mantiene en buena medida imantada por el estudio de la ley— es el lugar donde se reproduce esta cultura jurídica que desatiende la consideración de las realidades que dan vida a un texto legal, cargándolo de significados en una aplicación que a menudo permanece inalterada aún cuando la norma sea modificada. Un ejemplo significativo de esta prevalencia de valores y pautas culturales sobre las modificaciones legales se halla en lo ocurrido con la aplicación, en los países de la región, de las nuevas leyes de violencia contra la mujer. Pese a lo que disponen las normas, el aparato de justicia tiende a mirar hacia otro lado e incumple su nueva obligación de sancionar el fenómeno (Wagner, 2000).

530 Un corolario derivado del error señalado y, precisamente derivado de la cultura jurídica predominante en América Latina consiste en el trasplante de instituciones. Se parte de una visión de las normas según la cual resulta posible utilizarlas en diferentes contextos nacionales sin que tengan por qué producirse resultados distintos. Dado que, en esta perspectiva, es la ley la que "produce" la realidad, aparece factible que una institución como el *ombudsman* o el tribunal constitucional, importados de Europa, den como fruto en la práctica resultados equivalen-

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

tes a aquéllos alcanzados en el país de origen. En materia de reforma de la justicia, el "trasplante" ha sido facilitado tanto por la cooperación internacional como por las nuevas relaciones sur-sur que ha venido extendiéndose. Si bien algunos países han aprendido juiciosamente de la experiencia de otros, en ciertos casos se ha seguido produciendo un traslado acrítico de fórmulas respecto de los cuales se ha producido luego el previsible rechazo en la realidad.

El caso de Venezuela, estudiado en este volumen por Pérez Perdomo, demuestra que incluso la norma constitucional puede prescribir remedios atinados y respecto de los cuales hay consenso, y sin embargo la realidad puede marchar –como de hecho marcha– por un sendero muy distinto. Los límites de la reingeniería institucional como eje central de trabajo han sido mostrados aquí tanto por Vargas, a propósito de la inutilidad de acortar plazos del proceso como por Popkin, en torno a las insuficiencias demostradas por el funcionamiento de los consejos de la judicatura.

2.2. La esperanza en el proceso penal acusatorio

La justicia penal latinoamericana constituye una de las áreas privilegiadas a los efectos de examinar vicios y taras del desempeño judicial en la región. El uso excesivo del medio escrito y el culto al expediente judicial, la falta de intermediación del juez y la delegación de funciones en personal subalterno, la magnitud del retardo en los procesos y el crecido número de presos sin condena, son algunos de los principales síntomas de una justicia manifiestamente insatisfactoria. Ello ocurre cuando el crecimiento del delito como fenómeno social –en un contexto de marginación creciente de importantes sectores de población–, ha llevado a que en la región se produzcan cuatro veces más asesinatos que la media mundial y a que una de cuatro familias sufra anualmente una agresión delictiva. En ese paisaje, resulta menos difícil de explicar el reciente desarrollo de una serie de aberrantes formas de ‘justicia’ por mano propia.

531

En la última década, casi una decena de países latinoamericanos –de Argentina a Costa Rica, de Chile a Guatemala– han emprendido, bajo diversas formas, procesos de reforma procesal penal destinados, en lo fundamental, a dejar atrás el

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

sistema inquisitivo heredado de las instituciones coloniales, para reemplazarlo por un sistema que, en palabras de un adalid de la reforma como Alberto Binder, busca establecer: "una nueva manera de hacer los juicios, una nueva manera de investigar y una nueva manera de defender a los imputados", para lo cual propone centralmente una nueva "estructura del litigio" (Binder, 1996: 45-61).

Se trata de una estructura de contradicción en la que tres personajes ocupan el escenario del proceso penal, con similar peso: el fiscal que investiga, recaba las pruebas y acusa, el defensor que responde a la estrategia y mecanismos de la acusación, y el juez que, en la etapa inicial del proceso, supervisa la legalidad de las actuaciones de los otros dos actores y, en la etapa del juicio oral, debe resolver según aquello que haya sido probado en ella. El modelo ha sido justificado, por autores como Ferrajoli o Cafferata, en nombre de una postura garantista del juez, propia de un sistema democrático en el que deben existir mecanismos de vigilancia del respeto a los derechos humanos. Asimismo, los defensores de la reforma sostienen que el modelo acusatorio, al oralizar el proceso, es más eficaz en el juzgamiento.

La sustitución del sistema inquisitivo por el sistema acusatorio fue anunciada como el advenimiento de una justicia distinta y, desde varios puntos de vista, en efecto lo es. Pero la experiencia de la reforma muestra claros oscuros. De un lado, en varios de los países donde se ha adoptado el nuevo modelo, las estadísticas revelan un recorte significativo en el tiempo transcurrido entre el inicio del proceso y la sentencia. De otro lado, sin embargo, una serie de dificultades o limitaciones han surgido en la práctica de países como Guatemala que, habiendo puesto en ejecución la reforma en 1994, se halla entre aquéllos que llevan más tiempo con el nuevo proceso penal en ejecución. En este caso, si bien el nuevo procedimiento ganó rapidez en el juzgamiento, algunas de las limitaciones más severas en el funcionamiento de la justicia penal —como la calidad de las sentencias (Pá-sara, 2000a)— permanecieron con él y, además, se dio lugar a la aparición de nuevos focos problemáticos, como el limitadísimo papel desempeñado por el Ministerio Público o la baja calidad de la defensa pública penal (Garrido 2000; Maldonado 2000).

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

En Guatemala, los procesos siguen dependiendo en buena medida de los textos escritos que ofrecen las partes y el juicio oral ha producido cierta teatralización, favorable a la desacreditada prueba de testigos. Los fiscales han revelado, según el estudio de Manuel Garrido, carencias profesionales severas que conducen a la falta de investigación, de una parte, y a la debilidad de las acusaciones, de otra. Su aparente dedicación a casos de "mayor impacto social" justifica el descuido respecto de un elevado número de delitos en los que el afectado percibe que no se hace justicia. De otro lado, el servicio de la defensa pública, en un país donde dos tercios de la población se halla en condición de pobreza, resulta insuficiente y de muy baja calidad. Finalmente, la mayor parte de los jueces, debido a su deficiente preparación profesional, producen sentencias formalmente enmarcadas en el nuevo código procesal pero tributarias de cuestionables criterios largamente vigentes (Pásara, 2000a).

Luego de la reforma, se juzga más rápidamente aquellos casos que son llevados a juicio, pero hasta ahora no se observa mejoras en otros aspectos clave de la eficacia: el número de casos juzgados y la calidad del juzgamiento. La conclusión dista de ser nueva. Al evaluar los primeros seis años de reforma procesal penal en Italia, Marco Fabri observó: "los objetivos de esta reforma no se han alcanzado. Ha disminuido la eficiencia y la eficacia, en lugar de aumentar". Y, explicativamente, añadió: "La suposición de que el proceso oral en sí acelera el ritmo de los procesos y aumenta la eficiencia y efectividad de la administración de la justicia es un equívoco. Por el contrario, si tal reforma no se organiza y administra cuidadosa y adecuadamente, empeora el funcionamiento del proceso criminal" (Fabri, 1996).

Aunque el tema merece un tratamiento cuidadoso, que aquí no se pretende, se puede extraer algunas lecciones de las evidencias proporcionadas por varios países que se hallan en el proceso de ejecutar la reforma procesal penal.⁶ La más importante de esas lecciones revela los límites del diseño legal e institucional

6 Un estudio importante de "Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina", enfocado en el caso de la reforma procesal penal, es realizado por el Centro de Justicia de las Américas – CEJA. Véase su revista *Sistemas Judiciales*, año 2, N° 3, pp. 12-72.

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

frente a la cultura jurídica y organizacional vigente. Una segunda lección muestra el error histórico latinoamericano, anotado antes, de importar instituciones jurídicas sin un diagnóstico y una comprensión suficientes del medio social e institucional receptor. Una tercera lección indica que buena parte de los males de la justicia, penal o no, proviene de la mala calidad de la formación universitaria en derecho y de mecanismos aún peores de selección y nombramiento de jueces y fiscales; las consecuencias de tales problemas reaparecen sin modificaciones a través del proceso penal reformado. De allí que Duce sostenga en su capítulo que, al enfrentar la realidad, la reforma no ha dado los mejores resultados, salvo en el caso chileno —dotado de un Estado cuya eficacia resulta singular en la región—, donde en 2003 la ejecución, blindada de precauciones y cautelas que el autor explica en detalle, no alcanzaba a todo el país y, en consecuencia, sólo podía ser evaluada provisoriamente. Aún en este caso, la ejecución de la reforma procesal penal impone la necesidad de un financiamiento grande, siendo así que para transformar la justicia se cuenta con recursos de una magnitud relativamente inelástica; por lo tanto, la fuerte inversión en esta materia marca límites a los cambios en otras áreas del sistema.

En rigor, todavía no puede efectuarse una evaluación definitiva de la introducción del proceso acusatorio pero, cuando se constata en América Latina que, crecientemente, se recurre a contratar sicarios o a organizar linchamientos para responder a agravios reales o supuestos, la pregunta es: ¿cuánto tiempo de espera es el disponible en sociedades en condiciones de desintegración, en las que un Estado recortado de competencias y recursos aparece poco capaz de responder a demandas sociales que, como una justicia eficaz, son condiciones elementales de la convivencia organizada?

La reforma procesal penal fue un producto "vendido" mediante una promesa excesiva —que pretendía hacerse cargo de un problema social delictivo que no corresponde a la justicia resolver en sus raíces— y no exenta de contradicción, al ofrecer al mismo tiempo combatir a la delincuencia y rodear de garantías al inculgado. De allí que tratándose de Chile, el caso más exitoso de reforma procesal penal, Duce admita en su capítulo que ésta se sitúa en "un cierto espacio de ambigüedad". El producto se impuso en el medio especializado sobre la base de

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

la comparación equívoca entre la realidad del modelo inquisitivo y el ideal del sistema acusatorio. Al experimentar el segundo, las limitaciones reales resurgen, dando lugar a un represamiento de casos en el Ministerio Público y a una pobre calidad de la defensa pública que hace que la equiparidad de fuerzas o "igualdad de armas", entre acusador y defensor sea ilusoria. Vargas sostiene en su capítulo que estas limitaciones se explican por no haberse previsto aquello que la fase de ejecución requería pero es probable que, en el caso de algunos países, los requerimientos no estuvieran al alcance del país como tal.

2.3. La dimensión cultural

Varios de los autores de este libro se han referido al factor cultural en el proceso de reforma de la justicia. Fuentes ha subrayado la existencia de "obstáculos culturales al cambio"; Vargas ha advertido que "los cambios culturales son los más difíciles de efectuar" y Duce ha insistido en que se necesita "cambios culturales profundos" que produzcan "prácticas diarias y actitudes concretas".

Partamos por precisar que la cultura jurídica predominante es débil de un lado y legalista de otro. Es una cultura jurídica autoritaria y formalista, alimentada tanto por componentes hispanos como franceses, para los cuales el culto a la ley es central y el valor de la independencia judicial resulta casi ajeno. Como consecuencia de estos dos rasgos, junto a otros, el juez se halla casi maniatado por una interpretación normativa que privilegia la textualidad y por un orden jerárquico rígido e inalterable, donde se entiende que la revocatoria de una sentencia no implica una diferencia de criterio entre dos instancias sino revela una falla o un error en la decisión revocada. En tales condiciones, la pretensión de que la justicia supere su propia tradición para actuar como contralor del ejercicio del poder acaso aparezca excesivamente ambiciosa. Ciertamente, varios de los esfuerzos de reforma judicial emprendidos en la región han cuestionado, tácita o expresamente, esta tradición jurídica, con resultados todavía limitados.

535

De otra parte, las restricciones son aún mayores si se sale de la esfera de las instituciones del sistema de justicia y, en el ámbito ciudadano más general, se

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

intenta enfrentar la cultura jurídica prevaleciente que, en mucho, es ajena a los derechos humanos y a garantías internacionalmente reconocidas que –como el principio de presunción de inocencia, por ejemplo– son esenciales en una justicia democrática.

¿De qué tratan los cambios necesarios y a qué se refieren? Pueden ser ordenados en tres esferas distintas: la propia de jueces y fiscales, la correspondiente a los abogados y, una mucho más amplia, la de la cultura ciudadana.

2.3.1 *El cambio cultural en jueces y fiscales*

En esta área, cuando menos, dos cambios culturales son indispensables para que una reforma del sistema de justicia prospere. El primero tiene que ver con la concepción de la función que ejercen jueces y fiscales –además del personal auxiliar que colabora con ellos–. La dirección de ese cambio ha sido claramente señalada en este libro por MacLean: pasar de un papel de autoridad a otro de servidor público. Es decir, desvincular el cargo de una tradición que lo enmarcó en el ejercicio del poder, para definirlo como el desempeño de una importante función dentro de un servicio público de alto interés social. Quien reclama una pensión de alimentos, requiere que se investigue y sancione a quien le causó lesiones graves, o defiende sus derechos violados por una autoridad, no espera que los actores del sistema de justicia respondan a esas peticiones como el poderoso que dispensa un favor. Todo ciudadano espera que, por ser tal, le sea reconocido un derecho, en el momento en que precisa ese reconocimiento, como quien recurre a cualquier otro servicio público: no a rogar atención sino a recibir el servicio por el cual, además, paga como contribuyente.

Este primer cambio no puede ser visto como el de nociones abstractas puesto que se habrá alcanzado sólo cuando transforme prácticas y, en concreto, produzca una redefinición de la relación entre ciudadanos y funcionarios del sistema de justicia. Desde el lenguaje, en el cual en algunos países aún se llama "señoría" al juez o se derraman expresiones rogatorias en los recursos escritos, hasta el trato despectivo que reciben los humildes al comparecer ante un despacho, en el cual se les impone un trato asimétrico de "tú".

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

El segundo cambio es de naturaleza claramente conceptual y abarca el derecho y la ley. Se debe pasar del uso de la ley como fetiche, a su manejo como instrumento. El objetivo del sistema de justicia no es "aplicar la ley" –como se repite mecánicamente– sino, precisamente, administrar justicia. Cuando la aplicación textual de la ley –correspondiente al tipo preferido de interpretación degradadamente positivista, predominante en nuestra cultura jurídica profesional– produce un resultado alejado de la justicia, el juez o el fiscal no pueden encogerse de hombros, pretendiendo que la responsabilidad de un resultado socialmente réprobo no es suya. En palabras precisas de MacLean, es necesario que "los jueces sean capaces de mirar detrás de las leyes".

El cambio conceptual tiene que abandonar una visión del derecho como un conjunto de casilleros, cada uno de los cuales contiene –en un artículo del código o la ley– la única solución posible a un problema dado. El derecho tiene que ser visto por los funcionarios judiciales como un conjunto en el que principios, textos normativos e interpretación deben ser combinados para entregar un resultado socialmente estimable como justo. En la mayor parte de América Latina, esto implica derrotar al culto textualista de la ley. Lo que, como otros aspectos del cambio en la justicia, necesita de una transformación radical en las escuelas y facultades de derecho, responsables de reproducir una visión angosta, cuando no falseada, del positivismo kelseniano que ha derivado en el facilismo de "la ley es la ley" y en que jueces y fiscales no son considerados responsables sino de aplicarla en el sentido más textual posible.

Evitar la arbitrariedad, desde la forma aquí propuesta de comprender derecho y ley, requiere exigir de los funcionarios judiciales fundamentar y evaluar sus decisiones. La primera exigencia consta en constituciones y leyes del Poder Judicial que la establecen declarativamente, en todos los países. Sin embargo, basta examinar cuidadosamente los expedientes y las sentencias emitidas en ellos para darse cuenta de que la fundamentación aparece excepcionalmente (Pásara, 2000a; 2004). La evaluación, tema sobre el que en la región se ha avanzado relativamente poco en el marco de la recién establecida carrera judicial, requiere abarcar los aspectos cualitativos de la producción de jueces y fiscales. Fundamentación y

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

evaluación permitirán ejercer sobre el sistema de justicia una vigilancia social – principalmente desde la comunidad académica– que estrechará significativamente el campo para los deslices antojadizos e infundados.

2.3.2. *El cambio cultural en el ejercicio de la profesión.*

En este libro se afirma que "sin nuevos modos de entender y ejercer el derecho" no habrá reforma posible. El cambio, pues, incluye a los abogados litigantes, protagonistas silenciosos del sistema de justicia cuyas limitaciones, ineficacia y malas prácticas son trasladadas cínicamente al aparato estatal de justicia, cuando se rinde cuentas falsamente al cliente. Trátese de un defensor público o de un abogado privado, predomina en muchos de nuestros países un estilo de ejercicio profesional – "chicanero" se denomina en algunos casos, "leguleyo" en otros – cuyo objetivo principal, distante del juramento que al optar el título obliga a prestar servicio a la justicia, ni siquiera sirve eficazmente al cliente.

En el caso de los defensores públicos, esta forma de ejercicio ineficaz tiene raíz tanto en su calidad profesional, usualmente pobre, como en la incuria en el desempeño de la función, en parte explicada por la saturación de causas a su cargo. En el caso de los abogados privados, debido a una manera maliciosa de establecer el sistema de cobro de honorarios, al profesional le interesa que el juicio dure lo más posible: cuanto más se extienda, mayores serán sus ingresos. Desde este punto de partida se explica la presentación innecesaria y el uso inconducente de recursos, la utilización de todas las excepciones procesales posibles y el echar mano a apelaciones que, de antemano, se sabe perdidas. El extremo en el uso de todas estas formas maliciosas de alargamiento del proceso –alentando entretanto al cliente respecto a un resultado favorable, cuya no obtención será luego atribuida a los funcionarios judiciales– surge cuando el abogado sabe que se le plantea y encarga una causa perdida; se perderá la causa pero no el cliente; sabiéndolo inerme frente a las complejidades legales y, en particular, procesales se mantendrá en él la esperanza de un triunfo, que en verdad es imposible de alcanzar.

Existen disposiciones legales que, en casi todos nuestros ordenamientos, facultan al juez no sólo a poner coto a las triquiñuelas conocidas en el gremio sino que

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

le permiten denunciar a quien use de ellas. Lamentablemente, cierta complicidad, cierto temor a ser denunciado por el abogado o, simplemente, evitar el riesgo de hacerse de un enemigo en la profesión conducen a que los jueces no usen estas normas y los procesos se alarguen tan inútil como irremediablemente. Lo que, ciertamente, no impide, como recuerda Sadek, que los jueces continúen amparando su inacción en la necesidad de nuevas normas legales.

Un cambio en la ética profesional, presidida también por la noción de servicio, es requerida urgentemente como componente clave del cambio en el sistema de justicia. Se requiere de un nuevo modo de ejercicio profesional en el que se cobre al cliente por resultados; por ejemplo, que se cobre más cuando el proceso dura menos. Pero, antes que eso, se requiere que se decidan a litigar los egresados de mayor calidad. El litigio, campo plagado de trampas y sucio de corrupción, es usualmente rechazado por ellos y, salvo excepciones, cae en manos de profesionales de menor calidad, cuyos servicios no serían contratados para responsabilidades más importantes.

La tarea en este rubro es ardua y compleja. Pero para comenarla es necesario colocar esta área bajo el foco de atención de quienes están empeñados en acciones de reforma de la justicia; el tema ha sido ignorado, como si los abogados litigantes pudieran ser beneficiarios del cambio. Al contrario, cualquier cambio los afecta porque expone a un sismo sus tranquilas formas de trabajo, dentro de una estructura ineficiente.

2.3.3. El cambio en la cultura legal ciudadana

En algunos casos se ha comprobado que el cambio propuesto por una reforma del sistema de justicia no coincide con las expectativas ciudadanas (Pásara, 2002b). En materia penal, por ejemplo, la ola delictiva que atraviesa la región y una cultura cívica del "ojo por ojo, diente por diente" probablemente produzca en pocos años un desencuentro entre la reforma procesal en curso y aquello que se espera de ella.

Claramente, éste es un área que trasciende los límites del sistema de justicia y abarca a los mecanismos tanto formales como informales de educación. Desde

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

las escuelas hasta los medios de comunicación tienen responsabilidad en la formación de una cultura cívica en la que los valores democráticos estén presentes de manera activa y concreta.

Claro está que decisiones que resulten comprensibles a un ciudadano lego pueden ayudar mucho en esta dirección. Si la fundamentación es escurridiza y el lenguaje resulta críptico, quien es parte en un proceso –incluso aquéllos que tienen cierta formación– difícilmente descubrirán racionalidad alguna en la decisión que la justicia dispensa a su caso. De otra parte, es posible pensar en la realización de actividades de extensión –como ocurre en países desarrollados– mediante las cuales alumnos de una escuela o pobladores de un barrio reciban informaciones y explicaciones básicas de los propios operadores de la justicia. Por cierto, esto requiere que el juez y el fiscal desciendan de su endeble pedestal de autoridad para prestar, en esto también, una forma de servicio.

Pero por mucho que se esfuercen los operadores del sistema, la debilidad de una cultura cívica o sus formas arcaicas siempre permanecerán más allá de sus posibilidades. Tanto el Estado como las organizaciones de la sociedad civil –desde los gremios empresariales y profesionales hasta las asociaciones vecinales– tienen en este aspecto un papel insustituible.

2.4. Límites impuestos por el contexto nacional

Una lección por aprender consiste en que el contexto nacional impone límites severos a la administración de justicia, que ésta no puede superar mediante reformas, por ambiciosas y bien orientadas que sean. Se trata de ciertas características marcadas de nuestras sociedades que afectan el funcionamiento de muchas esferas de la vida social; entre ellas, el servicio de justicia. Un primer racimo de esas características proviene de aquellos rasgos de la cultura jurídica que han sido examinadas en el parágrafo anterior. Se añade ahora otros tres.

540

El primero de esos factores consiste en que en la mayoría de los países de la región destacan tanto la desigualdad como la discriminación como consustancia-

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

les al orden social históricamente dado. Estas características se traducen en una pobreza y una ignorancia cívicas que son mayoritarias y que da lugar a lo que se ha dado en llamar "ciudadanías de baja intensidad". Se trata de ciudadanos, reconocidos como tales por la ley que, no obstante, exhiben profundas diferencias en el acceso a condiciones de vida y, en consecuencia, desarrollan conductas ciudadanas de naturaleza y significados muy distintos. La ignorancia afecta derechos y deberes, erosionando las bases de reciprocidad social que un orden jurídico presupone. En América Latina las condiciones de vida imposibilitan que hombres y mujeres puedan reconocerse iguales ante la ley. En consecuencia, no hay igualdad ante la policía, el juez o el fiscal (Méndez, O'Donnell y Pinheiro, 1999), y esta desigualdad, socialmente condicionada, no puede ser remediada ni por una declaración normativa ni por un aparato institucional que intente compensarla – como las defensorías públicas, por ejemplo– (Pásara, 2002a). Uno de los componentes específicos de la desigualdad es el acceso diferenciado al castellano, que no siempre puede ser resuelto eficazmente mediante el uso de traductores.

Un segundo factor, en parte derivado del primero corresponde a una tendencia difícilmente reversible, que es la creciente anomia social que caracteriza a las sociedades latinoamericanas y que se ve expresada en un alto grado de violentización de las relaciones, concomitante a un incremento explosivo de los índices de delincuencia. Las expresiones concretas de esta tendencia degenerativa que padecen los países de la región –y en esto se registra diferencia de niveles pero no hay excepciones– son las que debe enfrentar el sistema de justicia como conflictos entre particulares o entre el Estado y los particulares, a los que debe encontrar solución. Pero, trátase del siempre creciente número de delitos o de las grandes cifras de incumplimiento en prestaciones de alimentos, contratos de préstamos o de compras mediante pagos en cuotas, las causas generadoras de esta conflictividad incesante –que Fuentes ha documentado en el capítulo sobre Colombia– deben ser encontradas en el curso de estas sociedades y, en particular, en las políticas macrosociales que los respectivos Estados desarrollan, por acción u omisión, en materias como empleo y pobreza. Además, la criminalización de la venta y el consumo de drogas no sólo se ha demostrado absolutamente ineficaz

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

para controlar el fenómeno sino que ha multiplicado el número de causas penales y el de detenidos en las prisiones, congestionando así el aparato de justicia sin que pueda proveer beneficio social alguno.

Un tercer factor corresponde a la crisis de los sistemas educacionales de estas sociedades que, en el caso de la justicia, afecta en particular la calidad de la formación de los profesionales operadores del sistema. La generación comercial e irresponsable de facultades de derecho sin recursos académicos mínimos ha producido y sigue produciendo un número creciente de abogados que carecen de una formación profesional solvente. Si a este hecho se agrega el, antes aludido, de un prestigio social bajo que afecta al desempeño en tareas vinculadas al quehacer de la justicia, puede sostenerse que en términos relativos la calidad del operador medio del sistema de justicia tiende a declinar. En este terreno, como en los otros dos que han sido examinados, las reformas del sistema de justicia pueden desarrollar esfuerzos a contracorriente que, por serlo, desembocarán en resultados necesariamente limitados, en el mejor de los casos. Por ejemplo, como la experiencia de algunos de los países de la región sugiere, la mejora en los métodos de selección y en las remuneraciones se ha estrellado con la escasa calidad de la oferta profesional que egresa de las facultades de derecho.

3. ACTORES DEL PROCESO

De inicio, es necesario puntualizar que, además de los intereses individuales afectados por un proceso de cambio de la justicia, éste también amenaza —si está bien orientado— a aquellos grandes intereses económicos y políticos que, de un modo u otro, se mantuvieron protegidos bajo un funcionamiento de la justicia que, siendo ineficiente para el conjunto de la sociedad, era debidamente aprovechado por ellos. En consecuencia, en el nivel político también el proceso de cambio de la justicia enfrenta detractores y enemigos, a menudo poderosos, bien organizados y dotados de recursos, que han venido beneficiándose del estado tradicional de la justicia. La reforma no es, pues, políticamente neutra y es natural que no lo sea puesto que, al referirse a uno de los ejes institucionales del Estado,

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

trata de cambiar un estado de cosas en el país que tiene relación con la distribución desigual del poder.

Más allá del caso brasileño, puntualizado por Sadek, la experiencia latinoamericana de varias décadas de intentar la reforma del sistema de justicia enseña que entre abogados litigantes y funcionarios del sistema se hallan las principales resistencias al cambio. Al mismo tiempo, un esfuerzo de reforma no puede ignorar que ellos son sus protagonistas principales. Junto a ellos, los políticos —que deben reformar normas y asignar presupuestos—, las organizaciones de la sociedad civil y los agentes de la cooperación internacional integran el elenco responsable de hacer que un proceso de reforma sea exitoso.

3.1. Políticos

Aun cuando la intervención de la dirigencia política es indispensable en un proceso de reforma de la justicia, no es un factor clave ni, sobre todo, constituye un punto de partida del mismo. En rigor, los sectores que están a cargo del ejecutivo y forman mayoría en el congreso deben efectuar dos tareas fundamentales: aprobar cambios normativos, cuando resulten indispensables, y asignar los recursos requeridos para la reforma en el presupuesto nacional. El segundo es más importante que el primero, dado que, como ha precisado bien MacLean en el capítulo introductorio, la reforma no debe consistir principalmente en cambios legales y, como se ha puesto énfasis por varios autores y en este mismo capítulo, es más importante producir cambios de naturaleza cultural para llevar a cabo el proceso.

A menudo, en los informes que exploran las condiciones existentes para iniciar o avanzar en un proceso, o evalúan sus resultados, la existencia o no de "voluntad política" recibe una atención excesiva. Ciertamente, tanto cambios legislativos como asignaciones presupuestales requieren de decisiones políticas, pero debe recordarse que el convencimiento necesario para que esas decisiones sean adoptadas no consiste en una convicción íntima de la dirigencia política acerca del valor y la importancia de tomarlas. Los políticos, en todo el mundo, toman aquellas decisiones respecto de las cuales existe una demanda ciudadana importante.

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

De modo que la "voluntad política" surgirá no de una conversión de la clase política a la propuesta de la reforma sino de su lectura de que las fuerzas sociales organizadas la demandan.

3.2. Operadores del sistema

Jueces, fiscales, funcionarios y abogados litigantes son operadores que han encontrado en el contexto de los viejos males de la justicia su forma de vida laboral, incluyendo en ella corruptelas y vicios graves del producto que la sociedad recibe de tal sistema. Pero, si bien los operadores del sistema son a la vez producto y causa de sus males, no es posible emprender la transformación de ese aparato institucional sin reservar para ellos un lugar protagónico. En el marco de haberse pensado que el factor "voluntad política" es preeminente sobre cualquier otro, se ha asumido que hombres y mujeres que operan cotidianamente el aparato lo harán en el sentido deseado desde el momento en que tomen conocimiento de la nueva dirección adoptada en los más altos niveles de decisión o, peor aún, desde que una nueva ley entre en vigencia. En la realidad, los cambios desde arriba se han estrellado, en toda América Latina, con resistencias –inerciales en ciertos casos, organizadas en otros– que se han constituido pronto en obstáculos formidables en el proceso de cambio.

En varios casos, no se consideró entonces a los operadores del sistema de justicia como elementos del proceso sino como opositores, incurriéndose así en una suerte de profecía autocumplida: se presumió que sabotearían el proceso y, al prescindirse de su concurso, se les facilitó convertirse en adversarios del cambio. No se atendió a la necesidad de incorporar a estos actores, valiéndose de un intento de persuadirlos de que, bajo ciertas premisas, ellos también pueden ser beneficiarios del cambio.

544

Ciertamente, la reforma del sistema no resulta atractiva para todo actor de la institucionalidad existente; los cambios conllevan precios, a veces altos, a ser pagados por quien desempeñó su función de determinada manera y, bajo la reforma, tiene que redefinir su trabajo, reglas de juego y lealtades. En consecuen-

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

cia, a menudo el cambio —sin que importen mucho sus términos— será rechazado por un sector de jueces, fiscales, funcionarios auxiliares y abogados litigantes. Pero la experiencia señala que no todos necesariamente tendrán que oponerse a la reforma; entre otras razones, debido a que, como apunta Sadek para el caso brasileño, en los últimos años la magistratura ha dejado de ser absolutamente homogénea, para admitir cierto grado de diversificación en ella. Un sector importante del conjunto puede ser ganado para la causa de la transformación del sistema de justicia y constituirse en un núcleo decisivo para su desenvolvimiento. Esto último es lo que no siempre se ha tenido en cuenta.

De otra parte, la reforma, si bien debe atraer al mayor número de posible de estos operadores, no puede proceder bajo el supuesto de que todos o una mayoría abrumadora de ellos se plegarán a la iniciativa. En consecuencia, al tiempo de que debe convocar a todos para persuadirlos de las ventajas, incluso personales, que un cambio puede procurarles, tiene que planear cuidadosamente la tarea de enfrentar resueltamente las acciones de contrarreforma que una parte de los operadores organizarán para boicotear y frustrar aspectos parciales del proceso de cambio.

Jueces y fiscales son imprescindibles en el proceso de reformar la justicia. Pero, de la misma manera en que se admite que "la guerra es demasiado importante para dejarla en manos de los militares", la justicia es un asunto que importa socialmente mucho como para creer que es un mero asunto de funcionarios de la justicia, o incluso sólo de abogados. Por otra parte, se ha demostrado que los funcionarios del sistema de justicia no pueden encargarse, ellos solos, de su transformación. De otro modo, ya la habrían hecho. Por esa falencia, como puntualiza Fix-Fierro para el caso mexicano, las cortes supremas ahora deben ganar legitimidad para participar del cambio, sobre todo cuando pretenden tener en él un papel protagónico.

En realidad, muchos operadores del sistema de justicia estatal no parecen entender cuál es el problema. No han entendido las razones del rechazo social que en la mayor parte de los ciudadanos de América Latina genera la justicia —respecto

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

al cual no se han preguntado a qué corresponde—, o han buscado excusas presupuestas que los liberen de responsabilidad en el resultado que producen. Muchos de los funcionarios llevan algo así como una coraza protectora para no cambiar, salvo que se trate de incrementos salariales. Sin embargo, no puede generalizarse el juicio a todos. Durante dictaduras militares o gobiernos civiles, cuando muchos dirigentes no se atrevieron a discrepar —como ocurrió en Perú durante la dictadura civil de Alberto Fujimori—, más de un juez sí cumplió con la función que la constitución de un sistema democrático les manda: vigilar que los actos de poder no sobrepasen los límites del marco jurídico existente. Este hecho sugiere que es posible contar con algunos operadores del sistema para llevar a cabo la tarea de reformar de la justicia.

3.3. Organizaciones de la sociedad civil

En cinco de los seis países, cuya experiencia se examina en este volumen reformas y cambios producidos no han contado con una presencia significativa de la sociedad civil. Esto es, si se examina las posiciones adoptadas y las actividades realizadas por aquellas organizaciones de la sociedad civil que son representativas de determinado sector de actores cuyos intereses agregan, el tema de la justicia no aparece. Estas organizaciones sociales parecen centrarse en sus necesidades y problemas sectoriales. Y determinados problemas, concernientes a salud y educación públicas, por ejemplo, interesan y comprometen esfuerzos en una medida mayor a la que convoca la justicia.

Las organizaciones representativas de la sociedad civil no participan en el proceso de cambio y, a menudo, no aprecian los resultados parciales del cambio. Esta ausencia corresponde a diversos factores que aquí sólo pueden ser mencionados sintéticamente: (i) en muchos de los países de la región, la sociedad civil organizada es sumamente débil; (ii) los actores sociales dominantes se benefician del estado de cosas anterior a la reforma; (iii) los partidos políticos, aunque utilizan el tema para denuncias y críticas utilitarias, no lo incorporan ni desarrollan en su agenda de trabajo, acaso porque temen que una reforma desequilibre la relación de fuerzas existente; (iv) los medios de comunicación resaltan el mal estado de la

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

justicia pero se interesan menos por las mejoras que los procesos de cambio logran progresivamente; y (v) el ciudadano de a pie vive el problema de la justicia como un caso individual, se estrella contra el espeso velo que separa lo jurídico de la percepción lega y no logra acceder a la comprensión del tema como un problema público.

En toda América Latina, pese al enorme malestar social respecto del sistema de justicia, su mejora o reforma carece de *constituency*, en el sentido de un sector social relativamente organizado que persiga producir cambios en ella. Esta carencia probablemente proviene de la naturaleza inevitablemente individualizado-
ra del tratamiento judicial, mediante casos. Miles, e incluso millones, de personas viven el mismo problema, o uno muy similar, como si fueran experiencias personales. Es *su* caso el que "anda mal" y les resulta difícil empinarse por encima de él para descubrir que la justicia como sistema es lo que debe ser cambiado, a fin de resolver mejor su caso y los de muchos otros. Aun en aquellos casos en los que aparece este segundo nivel de percepción y conciencia, la individualidad del caso mantiene al actor en la impotencia.

Además del factor objetivo de la individualización del caso que comparece ante el sistema de justicia, existe un segundo factor contribuyente a la parálisis social frente al tema: el espeso velo de lo jurídico. Preservado por fórmulas y claves de manejo accesibles sólo a iniciados, el funcionamiento del derecho evita cuidadosamente la comprensión popular. Sin un entendimiento claro acerca de cómo operan procedimientos y trámites, resulta muy difícil que pueda aventurarse planteamientos de cambio, ante la posibilidad de que cualquier planteamiento lego pueda ser descartado por desconocimiento. Esta atmósfera cerrada es cultivada, precisamente, por los profesionales del derecho, que postulan que el asunto de la justicia —y su posible reforma— debe ser confiado íntegra y exclusivamente a ellos; postura cuya principal función ha sido contribuir a que no se modifique el sistema existente.

Acaso pueda esbozarse la existencia de un tercer factor, que explique la ausencia en la materia de determinados sectores sociales que, a través del actual funciona-

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

miento del sistema institucional de justicia, se aseguran ciertos beneficios. Se ha mencionado antes el caso de los gremios de abogados y podría aventurarse que, cuando menos, una parte del empresariado tal vez prefiera que se mantenga un ámbito deficiente pero en el cual saben cómo manejar sus asuntos, que arriesgarse a un cambio sustancial en el que intereses hoy predominantes podrían resultar afectados. Esto explicaría por qué en varios de los casos nacionales examinados la ausencia empresarial en materia de reforma de la justicia es completa. A diferencia de lo ocurrido en países como Chile, Colombia y República Dominicana, donde sectores de empresarios se constituyeron en actores del cambio del sistema de justicia, en la mayoría de los países este actor se ha mantenido a distancia de los procesos de reforma.

Como resultado de la ausencia en esta materia de las organizaciones sociales representativas, las reformas normativas del sistema de justicia adoptadas durante los últimos años han sido producto del trabajo de técnicos y/o de políticos, sin participación social relevante. Las organizaciones representativas de la sociedad civil han carecido de propuestas de cambio del sistema de justicia y han permanecido más o menos al margen tanto del curso seguido por las propuestas existentes, hasta su adopción o descarte, como de la fase correspondiente a la ejecución de las reformas. Ciertamente, estos silencios son producto de los factores ya anotados, que operan en el marco de una sociedad débil, con organizaciones insuficientemente representativas. Incluso en el caso peruano, donde se generó, bajo el manto de la reforma judicial, un sistema de control político de las decisiones judiciales, no hubo respecto a éste impugnaciones provenientes de las organizaciones representativas de la sociedad civil. Sólo en Colombia se registra actividad de algunas pocas organizaciones representativas de la sociedad civil en dirección a impedir contrarreformas del sistema de justicia, destinadas a limitar o eliminar los contenidos introducidos por la constitución de 1991. Debe subrayarse que la falta de participación ha afectado también a las organizaciones de los propios actores del sistema, como asociaciones de jueces y colegios de abogados.

En ausencia de las organizaciones (poco) representativas de la sociedad civil, quienes sí se han constituido en actores relevantes del proceso de cambio de la

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

justicia son algunas ONG, cuyo perfil institucional no es el de organizaciones representativas de sectores e intereses sociales sino el de agrupaciones de profesionales, dedicadas a promover socialmente determinados objetivos y valores mediante proyectos que a menudo han contado, inicial o establemente, con financiación externa.

La importancia del papel desempeñado por las ONG es especialmente claro en el caso de aquellas entidades que no se han limitado a desarrollar algún trabajo específico en materia de justicia –como actividades de educación popular o provisión de asistencia legal– sino que han comprendido la necesidad de que, respecto a este tema, la relevancia de su contribución supone como premisa la decisión de impactar con su trabajo la agenda pública. Esto es, grupos organizados que no se han contentado con conseguir fondos para realizar algún proyecto que en materia de justicia pueda servir a determinado beneficiario, sino que han llevado los problemas a un nivel general de debate, con el propósito de inducir decisiones gubernamentales sobre él. Éste es el enfoque que aparece apropiado en un trabajo sobre la transformación del sistema de justicia promovido desde la sociedad civil.

El cuadro revela, en términos generales, una escasez de presencia social organizada en torno al cambio del sistema de justicia. En consecuencia, quienes frecuentemente aparecen como protagonistas de los procesos de reforma son ciertas personas cuya afiliación institucional es variable. La ausencia de la sociedad civil organizada y la presencia limitada de la ONG en el tema se corresponden con una falta de compromiso social con políticas públicas sobre el tema de justicia. Si se pone aparte el caso de las ONG, la sociedad civil, de un lado, no demanda cambios concretos en dirección a un nuevo sistema de justicia; de otro, carece de interés y criterios para seguir el desarrollo de los cambios en curso. De modo que no sólo no se exige el cambio sino que, allí donde ocurre limitadamente, no se lo aprecia.

Ello no obstante, en algunos países –como Argentina, Chile, Perú y República Dominicana, entre otros– las ONG han promovido o establecido formas de

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

"vigilancia social" sobre el proceso de reforma, que resultan cruciales para impulsarlo. Se requeriría que, además, este trabajo comprendiera progresivamente a sectores organizados, gremiales, profesionales o barriales, que asumieran el monitoreo de la reforma, en salvaguarda de intereses ciudadanos y para evitar que la reforma se constriña a los límites de la institucionalidad responsable y a satisfacer los intereses de sus miembros.

3.4. Papel de la cooperación internacional

La temática de los actores es un aspecto en el que la debilidad de los protagonistas nacionales en el proceso de cambio resulta contrastable con la iniciativa y fortaleza de los actores internacionales. En esta dinámica no siempre se ha seguido el principio de que no debe empezarse acciones mientras no haya condiciones y liderazgos nacionales capaces de impulsar y sostener el proceso de cambio (Blair y Hansen, 1994). Con cierta frecuencia, la iniciativa de las reformas ha sido manifiestamente asumida por actores internacionales, desde el supuesto de que el proceso de ejecución de las mismas habría de generar el surgimiento de líderes y organizaciones nacionales que se hicieran cargo del recambio.

Los resultados de este proceso son diversos:⁷ en un extremo, proyectos enteros han fracasado bajo la gravitación de su falta de raíces locales; en el otro, procesos que empezaron con una marcada debilidad pudieron nuclear en torno suyo a actores gubernamentales y no gubernamentales para producir algunos resultados de importancia. Pero en cada caso nacional el peso relativo de actores nacionales e internacionales ha alcanzado diferentes balances que, por lo demás, fueron variando a través del tiempo. A estas alturas, puede considerarse sin embargo que en la mayoría de los países de la región existe cierto grado de apropiación nacional del proceso de reforma del sistema de justicia. Como consecuencia, si bien los agentes externos mantienen un papel importante en términos de finan-

7 Para los casos de El Salvador, Guatemala y Honduras se cuenta con la evaluación efectuada por el U.S. General Accounting Office (1999), a propósito de la asistencia prestada por Estados Unidos a esos países en esta materia.

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

ciamiento y asistencia técnica en los proyectos de reforma, no continúan siendo sus protagonistas centrales.

De esta manera, puede sostenerse que el apoyo financiero y en asistencia técnica ha sido, de un lado, un motor importante de varios de los procesos de reforma del sistema de justicia emprendidos en la región. En algunos de ellos, sin el actor internacional probablemente no se hubiera intentado una reforma o, de haberse iniciado, se hubiera detenido ante sus primeras expresiones cuestionadoras del tradicional estado de cosas. La cooperación internacional ha incitado y financiado una buena parte de esos esfuerzos de reforma, cuando las dirigencias políticas e institucionales no tuvieron esa iniciativa o no estuvieron dispuestas a pagar por ellos. Además, las agencias externas se han interpuesto, en varios casos, como escudo protector de las fuerzas reformistas frente a las reacciones airadas de poderosos sectores afectados por el cambio.

Pero, al mismo tiempo, la cooperación ha incurrido en errores de cierto calado en materia de justicia. El listado va desde forzar el inicio de proyectos cuando no había condiciones para ello —que usualmente fueron aquéllos que desembocaron en reveses— hasta algo cercano a la imposición de préstamos cuyos montos resultan de difícil absorción por aparatos institucionales poco eficientes. Entre uno y otro extremo se encuentra el trasplante de diseños y fórmulas con poca capacidad de aclimatación en el medio nacional respectivo, el derroche de recursos sin diagnóstico previo ni estrategia clara, la promoción de actividades destinadas principalmente a mejorar la imagen del donante, etc. Estas deformaciones han surgido y se han multiplicado, sobre todo, cuando los actores de la cooperación —en ausencia de actores nacionales fuertes— decidieron suplantar a los protagonistas locales en su capacidad de decisión.

El BID, entre 1994 y 2003, aprobó 22 proyectos por un valor total de US\$ 357.9 millones y dedicó otros US\$ 10.6 millones a 49 donaciones para propósitos vinculados a la reforma. El Banco Mundial, que ingresó en el área algo más tarde, entre abril de 1998 y julio de 2003 había aprobado diez proyectos en ocho países, por un monto de US\$ 154.5 millones, y había donado otros US\$ 2.04 millones

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

para actividades puntuales.⁸ En el caso del mayor donante en la región, USAID, las cifras disponibles indican que, sólo hasta fines de 1999, Estados Unidos había destinado alrededor de US\$ 300 millones, a los ámbitos del sistema de justicia, incluida la reforma policial, en 19 países (Sarles, 2001: 47).

La eficiencia en el gasto de los recursos proporcionados internacionalmente merece una atención cuidadosa y un examen detallado aún pendiente. La necesidad de este análisis es mayor en la medida en que, si bien las primeras contribuciones recibidas en materia de justicia constituían donaciones, los montos mayores que actualmente están gastándose en la región corresponden a préstamos –del Banco Mundial y del BID– que incrementan el monto de la deuda pública externa.

4. ¿ES POSIBLE LA REFORMA?

La pregunta es pertinente porque después de casi 30 años, transcurridos desde que Perú abordara el tema por primera vez en América Latina, y haberse gastado sumas importantes –provenientes tanto de recursos nacionales como de donaciones y préstamos externos–, hay que preguntarse si es posible reformar la justicia. La respuesta que aquí se propone es afirmativa pero está sujeta a condiciones. Las cuatro condiciones que aquí se sugieren tienen que ver con: (i) una definición clara acerca del papel del Estado en materia de justicia, (ii) una solución de fondo para la escasez de recursos humanos, (iii) un encaramiento realista del asunto que permita ofrecer metas y resultados alcanzables, y (iv) una estrategia del proceso que construya consensos y alianzas. El capítulo concluye deteniéndose en dos temas adicionales: las dificultades metodológicas para evaluar a la justicia, tanto al inicio como durante el proceso de cambio, y los riesgos inscritos en el futuro inmediato.

8 Como las cifras publicadas carecen de actualidad, en estos dos casos la información consignada puede ser obtenida de las propias instituciones, mediante comunicaciones personales.

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

4.1. Definición acerca del papel del Estado

Los diversos intentos de reforma de la justicia enfrentan ahora el problema generado por la falta de una definición concordada acerca del rol del Estado. Tema éste sujeto a cuestionamientos y debates, más que a acuerdos, en América Latina, su definición en positivo resulta fundamental para delimitar cuál es la porción específica de conflictividad social cuya resolución debe ser confiada al aparato del Estado.

En efecto, muchos proyectos atingentes al cambio en los sistemas de justicia se han encaminado a restar asuntos de la competencia de la justicia estatal. En general, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC) han sido diseñados –bajo sus diversas modalidades– para habilitar espacios adónde llevar las diferencias sociales existentes, sin pasar por el ámbito del Estado. Confiar su resolución a una instancia de la propia población organizada (propuesta reiterada para el caso de etnias indígenas), pasar a la vía del arbitraje y apoyarse en el trabajo de un conciliador o un mediador son mecanismos que se mueven en esa dirección común. Sin embargo, como se observó antes, la opción por ellos puede fundarse en la necesidad sencilla de disminuir el número de causas a cargo del aparato de justicia, en vista de su recargo, o puede corresponder al criterio de que en tales ámbitos es factible llegar a una solución de una manera mejor o más eficiente que en la justicia estatal. Este razonamiento de base se ha hecho explícito pocas veces a lo largo de la promoción de los MARC, haciendo que las materias confiadas a instancias alternativas sean elegidas de manera desordenada, sin criterios claros de elección.

La elección supone una separación, conceptualmente fundada, entre asuntos que deban ser resueltos por el aparato de justicia del Estado y el resto. Es aquí donde la visión acerca del papel del Estado resulta imprescindible a los efectos de delimitar en qué tipos de conflicto existe un justificado interés público en establecer reglas, procedimientos y autoridades estatales, bajo los cuales deba producirse una resolución. Parece obvio que, en los extremos, un asunto de naturaleza comercial concierne principalmente a intereses particulares y puede entonces ser

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

llevado a arbitraje sin que el interés social se vea mermado, y que un delito grave como el homicidio debe ser sancionado sólo por instancias estatales. Pero la inacabada discusión sobre el Estado puede haber hecho que incluso estos ejemplos no resulten tan obvios y que sea aún menos clara la ubicación de la enorme gama de conflictos sociales que reclaman solución.

Es necesario categorizar esos conflictos según el grado de interés público que comportan y establecer: (i) en cuáles de ellos es el Estado el mejor garante de ese interés público, (ii) qué instancias no estatales están en condiciones de asumir la responsabilidad de determinados conflictos sociales con bajo riesgo de que no respeten derechos fundamentales o se desemboque en formas embozadas de arbitrariedad, y (iii) cuál debe ser el grado de determinación de reglas y procedimientos, y el de vigilancia, por parte del Estado, en aquellos casos cuya resolución será confiada a otras instancias sociales. Mientras no se realice este ejercicio, la mera expansión de los MARC, justificada simplistamente en la necesidad de aliviar la carga de trabajo de los tribunales, puede contribuir al debilitamiento del Estado como eje vertebrador de un país y, por consiguiente, a la aceleración de los diversos procesos centrífugos que están debilitando la conformación de las sociedades subdesarrolladas.

4.2. Recursos humanos

554 El problema central de los procesos de reforma en curso no se halla en la falta de recursos financieros sino en la calidad de los recursos humanos. La presunta carencia de fondos fue la excusa utilizada, desde el poder político y desde las propias cúpulas institucionales del aparato de justicia, para no emprender cambios. En América Latina se ha contado con donaciones principalmente proporcionadas por USAID, varios países europeos y Japón. Además, como se ha registrado, el Banco Mundial y el BID han proporcionado préstamos importantes en varios de los países de la región. Simultáneamente, en algunos de ellos los montos del presupuesto nacional destinados al sistema de justicia se han multiplicado en el curso de los últimos diez años. Con estos recursos, en muchos países se ha emprendido un vasto plan de construcciones, se ha incrementado sustantiva-

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

mente los niveles de remuneraciones y, en general, se ha modernizado la capacidad operativa de las instituciones correspondientes.

La evaporación del mito de la falta de recursos ha dejado al descubierto una falencia bastante más grave: la escasez o pobreza de recursos humanos. Antes de estos procesos de cambio era frecuente sostener, fundadamente, que los mejores abogados no estaban dispuestos a asumir funciones en el sistema de justicia debido a razones entre las que se superponían bajas remuneraciones y falta de prestigio social. Incrementados los salarios y las expectativas sociales referidas al juez, ese cuadro no permanece inalterado. Pero el panorama no parece haber cambiado radicalmente. De una parte, la capacitación del personal existente enfrenta límites severos y, de otra, la posibilidad de reemplazarlo, allí donde existe la posibilidad legal de hacerlo, se encuentra con la insuficiente disponibilidad de personal calificado para sustituirlo.

La capacitación de personal es inútil cuando el problema de raíz está en la selección. La considerable inversión efectuada en una diversidad de actividades de capacitación dejó los niveles de aptitud profesional existentes más o menos donde estaban, dado que las carencias provenían de los mecanismos de selección de personal utilizados y resultaban muy difícilmente remediables mediante esfuerzos capacitadores.

En relación con el personal, la atención principal de la reforma del sistema debe centrarse en contar con procedimientos abiertos, objetivos y transparentes de selección, que atiendan tanto a la calidad profesional como a la idoneidad moral de quien es seleccionado. Si bien el primer factor puede ser evaluado técnicamente, el segundo debe ser examinado, conforme plantea Popkin en este volumen, mediante la transparencia que haga posible la vigilancia social sobre proceso de selección y designación de los funcionarios del sistema. Pero acaso la dificultad mayor resida en que los procesos de selección establecidos constatan, en ciertos casos, que la calidad de los candidatos —en definitiva, profesionales formados por el sistema universitario disponible— permanece, en promedio, en niveles insatisfactorios.

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

Una vez seleccionados los mejores candidatos, la reforma del sistema requiere crear mecanismos de evaluación objetivos que midan el desempeño del juez, cuantitativa y cualitativamente, tanto para recomendar las correcciones necesarias como para, en definitiva, establecer si su rendimiento merece o no que permanezca en el cargo. Como se ha visto, sólo Colombia muestra avances importantes en este terreno. La evaluación debe ir vinculada estrechamente con la capacitación, que podrá entonces ligarse a las necesidades de los jueces para elevar la calidad de su trabajo.

Ciertamente, un sistema de selección, evaluación y capacitación adecuado debería llevar a mejores niveles del personal a cargo de la justicia. La pregunta es: ¿en cuánto tiempo podrá contarse con la cantidad suficiente de personal de calidad, así reclutado y alimentado, para que el sistema descansa básicamente en esos jueces, fiscales y auxiliares? La cuestión es dramática dado el origen arbitrario y las graves deficiencias en el personal heredado por las instituciones de la justicia, que en la mayor parte de los casos permanecen en la institución, pese a sus insuficiencias severas, en razón de una falta de legislación que permita la renovación o, con más frecuencia, debido a la carencia de mecanismos de evaluación.

Tal constatación debe llevar la mirada a lo que ocurre —o no ocurre, más bien— en el proceso de formación universitaria en derecho. En la mayor parte de los casos, se mantiene en las facultades de derecho tradicionales una conceptualización legalista del derecho y un método de enseñanza basado en la clase conferencia que no inicia al alumno en la práctica del razonamiento jurídico. Como se ha indicado antes, a ello hay que agregar el surgimiento, en los últimos años, de innumerables facultades de derecho privadas que han rebajado los niveles de exigencia formativa hasta anomalías inaceptables. Si en las universidades de la

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

4.3. Promesas y resultados de la reforma

Es necesario saber qué puede y debe ofrecerse como resultados del proceso de reformas. Presentar la reforma del sistema de justicia como una panacea que resolverá muchos problemas a la vez es un error grave en razón del precio a pagar, en su momento, por las promesas incumplidas. Sin duda, una justicia distinta debe jugar un papel positivo en muchos aspectos del funcionamiento social. Sin embargo, en sí mismos, los cambios en el sistema de justicia corresponden a una esfera que se halla inevitablemente limitada al ámbito de las instituciones correspondientes. El impacto en la sociedad depende no sólo de la reforma del sector sino de otras variables que no pertenecen al terreno del cambio de la justicia.

En parte, el resultado insatisfactorio de las reformas latinoamericanas del sistema de justicia se origina en el exceso en el que se incurrió al ofrecerlas, llegándose en algunos casos –por parte de los grupos embarcados en la reforma o las entidades financieras– a ofrecer a mediano plazo beneficios tangibles para los más pobres y discriminados: una suerte de revolución social a través de la reforma de la justicia. Aparte de esa pretensión desmesurada y engañosa, dos otras ofertas pueden ilustrar concretamente la cuestión.

La primera consistió en ubicar el crecimiento económico como resultado de la reforma de la justicia o, más exactamente, en sostener que transformar la justicia era prerequisite del crecimiento y que, por lo tanto, éste seguiría a la reforma. Como han verificado cuidadosamente Beatriz Weder (1995) y Richard Messick (1999), no existe demostración con base empírica sobre esa conexión. Lo que sabemos es que, usualmente, crecimiento y justicia reformada ocurren de manera paralela, sin que se haya podido establecer una relación de causalidad entre una y otro; siendo posible hipotetizar que ambos, a su vez, dependen de otros factores. Más aún, el caso de Singapur, entre otros, demuestra que se puede producir un crecimiento extraordinario y sostenido manteniendo un sistema de justicia que no garantiza seguridad jurídica para todos. En América Latina, los casos de Argentina durante el periodo de Carlos Menem y de Perú, con Alberto Fujimori, sugieren que la inversión extranjera puede llegar en cantidades impor-

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

tantes cuando la justicia se halla sometida totalmente al poder y, en consecuencia, no ofrece seguridad jurídica. Ciertamente, una justicia ineficiente, carente de independencia y/o corrupta supone un costo para el funcionamiento empresarial y de la economía. Pero probablemente, en las circunstancias de muchos de nuestros países, ese costo no resulta central para decidir inversiones y negocios que, según se supone, se hallan en la base de la expansión económica.

La segunda oferta desmesurada —particularmente relevante para ilustrar el error de *marketing* en el que se ha incurrido al prometer ciertos niveles de impacto de la reforma de la justicia— fue la que "vendió" la reforma procesal penal como una forma de combatir y disminuir la delincuencia. El supuesto, a veces explícito, de este planteamiento es uno propio de la cultura jurídica popular, que los medios de comunicación y los políticos alientan: el incremento de los índices delictivos —que en algunos países latinoamericanos es, en efecto, explosivo— se debe a la incapacidad de la justicia para castigar a los responsables. Recíprocamente, esta forma equivocada de presentar la reforma del sistema de justicia sugiere que, al mejorarse la eficiencia punitiva del aparato a cargo de jueces y fiscales, disminuirá o se controlará la ola delictiva. El error tiene dos vertientes: una teórica y otra práctica.

De un lado, la relación entre los niveles de delincuencia y de represión es tenue y se carece de base empírica para sostener que es de naturaleza inversa. Lo que sí puede asegurarse es que la actividad delictiva se correlaciona inversamente con el nivel de empleo y positivamente con los índices de pobreza. La previsión acerca de la posibilidad de ser sancionado —correspondiente a la reducción de la impunidad mediante una aplicación más eficiente de la justicia— parece operar respecto de cierto tipo de delitos económicos, que tienen un peso marginal en el conjunto de agresiones delictivas que padece la población, básicamente consistentes en delitos contra el patrimonio y contra la vida y la integridad corporal. Estos delitos no parecen susceptibles de sufrir una disuasión importante en la medida en que se incrementen los niveles de sanción sobre ellos. La relativa impermeabilidad de los delitos más frecuentes a la sanción explica que los sucesivos incrementos en las penas para este tipo de delitos, adoptadas por varios de los países de la región, no hayan producido un descenso de los índices de criminalidad.

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

De otro lado, al presentarse la reforma del sistema de justicia con una amplia potencialidad respecto del combate al delito, la inflación de expectativas sociales resulta rápidamente defraudada cuando no se logra, en efecto, resultados significativos en ese terreno. El desenlace puede incluir: (i) que se confirme un escepticismo ya extendido; (ii) que la reforma del sistema de justicia vea mermados su credibilidad y el consiguiente apoyo social que necesita para desarrollarse; y (iii) que se incremente el uso mecanismos informales de administrar justicia por mano propia.

Es necesario, pues, saber con claridad qué puede prometerse con un proceso de reforma de la justicia. Como se indicó antes, un flanco problemático de los procesos emprendidos proviene de haber prometido demasiado, sin tomar suficientemente en cuenta aquellos aspectos de la realidad que no podían ser transformados mediante acciones incidentes en el terreno propio del aparato de justicia y que, sin embargo, mostraron tener capacidad determinante sobre el funcionamiento de éste. Los resultados, necesariamente insuficientes, han perjudicado a esos procesos de reforma y a los que intenten seguirlos. Hasta aquí la lección derivable podría consistir en "no ofrecer mucho". Pero, al mismo tiempo, es obvio que si hubo un exceso en la descripción de las calidades del producto éste correspondió a necesidades de *marketing*: era preciso ofrecer un resultado suficientemente atractivo, de modo de concertar voluntades y reunir recursos en torno a él. De modo que, si se quiere lograr cierta convocatoria para el proyecto, es preciso "no ofrecer poco".

Los límites de lo que realistamente puede ofrecerse y las necesidades de aquello que sí debe ofrecerse sólo pueden ser determinados en las condiciones particulares de cada país. Pero es necesario tener presente que se requiere ofrecer cambios de cierta entidad, de modo de situar la propuesta de cambio en un nivel de alguna importancia para la transformación del sistema de justicia, y, al mismo tiempo, es preciso no violentar en la oferta los límites de lo posible, dado que todo déficit en los resultados contará en contra no sólo del proyecto sino de cualquier otra reforma. A este efecto, los procesos de reforma de la justicia deben definir con precisión metas que puedan ser cumplidas y plazos definidos, escalonados y realistas en los que puedan ser alcanzadas.

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

En cualquier caso, existen límites claros. El primero advierte de que no se puede ofrecer ni pedir que la justicia sea lo que el país no es. Si los políticos desempeñan pobremente sus funciones, si los empresarios no asumen las responsabilidades sociales que les competen, si los académicos forman cada vez peor a los alumnos... ¿qué nos haría pensar que la justicia podría encaminarse a alcanzar niveles de excelencia? Si la sociedad es corrupta, es bastante probable que, como el caso argentino o el mexicano demuestran, la justicia sea corrupta. Si prevalece en el ciudadano la sumisión al que manda, es difícil esperar que surjan muchos jueces con un concepto cívico distinto.

La segunda prevención advierte que el rol de la justicia padece un sobredimensionamiento consistente en que se está pidiendo a los jueces que resuelvan aquello que debe ser solucionado en otras vías. En el caso de la justicia penal, políticos y medios de comunicación parecen haberse conjurado para responsabilizar a la justicia del nivel creciente y las formas nuevas de delincuencia. Ni la sociedad que genera ese nivel y esas formas, ni el Estado que contribuye a ellos mediante sus políticas sociales, aparecen como protagonistas; una y otro ceden cómodamente su lugar a los jueces. La imposibilidad de resolver esa demanda inflada, en definitiva, restará legitimidad a la función judicial. En el caso latinoamericano, que requiere de una reforma judicial profunda, ciertamente conspira contra ella esa demanda social exagerada.

No obstante que las respuestas deben ser elaboradas en el nivel nacional, para la determinación de los límites de lo posible puede ayudar muy seriamente un mejor examen de la experiencia latinoamericana en materia de reforma del sistema de justicia. En esta dirección, aún es poco lo que se ha hecho y en esa producción insuficiente hay, en ocasiones, más deseos de propagandizar resultados positivos y disimular los negativos que voluntad de aprendizaje. La reflexión sobre los más de treinta años de reforma de la justicia en la región cuenta con algunos importantes análisis de caso,⁹ pero podría beneficiarse mucho de un examen compara-

9 Entre otros, destacan el preparado por Lynn Hammergren (1998) sobre Perú y el de Margaret Popkin (2000) acerca de El Salvador.

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

tivo entre países. Este examen habilitaría bases más confiables para establecer qué puede ofrecerse, en cada caso y en cada etapa de la reforma del sistema de justicia.

4.4. Consensos y alianzas

Como demuestra cuidadosamente Duce en el caso chileno, los procesos de reforma del sistema de justicia marchan mejor allí donde se logra alianzas amplias a favor del cambio. En efecto, una clave de éste reside en el establecimiento y sostenimiento de estas coaliciones. Los integrantes de la alianza variarán según las condiciones propias del país del que se trate, pero avanzar en los procesos de transformación de la justicia requiere el concurso de diferentes actores organizados que, desde diversas ubicaciones, coincidan en una plataforma común a ser llevada a ejecución. En esta tarea aparece un límite, a veces impreciso, entre la tarea crítica que coadyuva al proceso y el señalamiento denunciativo que involuntariamente facilita su regresión.

Como el caso de Brasil revela en negativo, es preciso lograr cierto acuerdo sobre el tema, no de alcance nacional—como a veces se insiste mañosamente, con el propósito de paralizar cualquier iniciativa— sino de las élites, que permita otorgarle efectiva prioridad en la agenda pública. Para empezar ese proceso concertador tampoco se requiere un acuerdo unánime ni integral. Basta que algunos actores clave coincidan realistamente en un mínimo común denominador para echar a andar el cambio. Entre esos actores clave debe contarse algunos actores políticos de peso, algunos jueces y fiscales con reconocimiento, ciertos abogados que tengan liderazgo en el gremio, académicos con experiencia en la investigación empírica sobre justicia y determinadas organizaciones de la sociedad civil que hayan desarrollado una preocupación seria sobre el tema. Como se ha anotado antes, las experiencias de Chile y República Dominicana sugieren que la incorporación en la alianza de representantes del sector empresarial es un factor clave. 561

Para iniciar el proceso de reforma se requiere de una estrategia de conjunto, esto es, que no se limite a algunos cambios parciales, pero que: (i) en un primer mo-

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

mento no tiene porqué ser detallada, puesto que debe dejar espacios para ser desarrollada de acuerdo al avance de los cambios; (ii) no debe ser rígida, aunque sí precisa, y (iii) respecto de la cual no es realista esperar que todos participen de ella con el mismo grado de adhesión; los convencidos irán sumándose a la causa y perfilando mejor los objetivos.

¿Sobre qué aspectos resulta indispensable un acuerdo inicial? El punto de partida ineludible, como se ha señalado antes, es un buen diagnóstico que, debidamente consensuado por los actores participantes del comienzo del proceso, identifique los problemas centrales del sistema de justicia y sus causas. Si entre ellos uno debe ser considerado es el tema del personal de las instituciones, de cuya selección y evaluación dependen la calidad profesional y la independencia en el desempeño de la función.

En ese acuerdo inicial, que será desarrollado a lo largo del proceso, resulta imprescindible la definición de objetivos a alcanzar por la reforma en plazos determinados. El desarrollo del proceso requiere obtener y mostrar resultados concretos de la reforma, que es la manera de justificar sus costos y de ampliar el número de actores comprometidos.

En suma, la reforma del sistema justicia debe fijar objetivos realistas y aglutinar tras ellos a algunos líderes de diferentes sectores que estén dispuestos a trabajar por ellos, sabiendo que, como la experiencia latinoamericana demuestra, la reforma tiene muchos enemigos encubiertos.

4.5. La evaluación del funcionamiento de la justicia

562 Tanto para los efectos del diagnóstico previo como para medir los avances de un proceso de reforma, se encuentra una dificultad metodológica de gran envergadura: cómo evaluar el funcionamiento de los sistemas de justicia.

Un enfoque útil es el que se denomina de "indicadores objetivos". No obstante, saber qué presupuesto se destina a la justicia en un país dado, cuántos tribunales funcionan en él o cuántos jueces existen por cada cierto número de habitantes,

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

equivale a algo así como tomar una fotografía del paisaje. Ninguno de esos datos, u otros similares, nos indica la calidad ni, menos aún, la utilidad de esa justicia en ese país.

El otro enfoque posible parte de mediciones empíricas cuidadosas sobre el funcionamiento mismo del sistema; algunas son de orden cuantitativo —cuánto dura un juicio o qué porcentaje de sentencias son efectivamente ejecutadas, por ejemplo— y otras tienen un carácter inevitablemente cualitativo: cuál es la categoría del producto que el sistema de justicia ofrece. Desde este enfoque hay muy poco hecho, no sólo en América Latina sino en la mayor parte del mundo. En estudios cuantitativos, en unos cuantos países, sí se cuenta con un puñado de estudios, que generalmente cubren alguna parte de la materia judicial y se han efectuado una vez, sin el seguimiento que permita construir series históricas. Sobre el análisis de calidad de sentencias, bajo el argumento insuficiente de que el tema es complejo y sus resultados siempre tienen algo de discutibles, casi no se ha hecho nada.

Dos son las razones principales que explican ese saldo insatisfactorio. De una parte, las estadísticas del sistema de justicia son, generalmente, de muy mala calidad. En algunos casos, no existen; en otros, los instrumentos de recojo de información han sido mal diseñados o no se completan con seriedad y prontitud, posibilidades ambas que hacen poco que menos que inútiles los resultados; finalmente, algunas instituciones del sistema fraguan datos, con el objeto de mejorar engañosamente su imagen pública. En suma, cuando se cuenta con datos disponibles, son poco confiables. En algunos países centroamericanos, por ejemplo, es imposible determinar el número de homicidios cometidos anualmente, debido a que las cifras de la policía, de las morgues y de los juzgados penales difieren en proporciones significativas, que en definitiva descarrilan el estudio del tema.

De otro lado, el estudio de la justicia —en el sentido preciso de su funcionamiento efectivo— ha permanecido casi en el abandono de universidades y centros de investigación. Algunos investigadores, en ciertos países, han efectuado esfuerzos aislados, a menudo con poco respaldo —indispensable cuando se está ante la falencia de los datos primarios— para llevar adelante sus trabajos.

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

En síntesis, sabemos poco sobre el estado real de operación de los sistemas judiciales. Pero, para diversos efectos, resulta necesario presentar algún retrato de su realidad. En ese punto es donde se ha producido un desliz metodológico mediante el cual el objeto justicia ha sido sustituido por la imagen de la justicia. Hecha la sustitución, es mucho más fácil recurrir a técnicas de encuesta para mostrar cuál es la percepción que diversos actores tienen acerca del funcionamiento general de la justicia o de alguno de sus rasgos.

Entre las diversas fuentes utilizadas debe distinguirse aquéllas que proveen información acerca de la percepción social de la justicia, de las restantes. En efecto, las primeras se basan en encuestas sobre muestras representativas que, al repetirse periódicamente —como hace el *Latinobarómetro*, por ejemplo—, nos muestran la evolución de la imagen social de la justicia en un país dado. Éste es un dato duro: la justicia tiene determinado nivel de aprobación en este país y eso significa que su imagen ha mejorado o ha desmejorado con relación a la medición de hace dos años, por ejemplo.

Sin embargo, hay que tener muy presente que este dato duro tiene como objeto no a la justicia misma sino a su percepción. En principio, la justicia realmente existente podría ser mucho mejor o mucho peor que los niveles de percepción acerca de ella. Como no tenemos suficiente información acerca del funcionamiento efectivo, no podemos saberlo; pero sí podemos anticipar que hay cierta brecha entre una realidad determinada —cualquier realidad— y la percepción vigente acerca de ella. En el caso de la justicia esta brecha importa, de manera crucial, cuando tienen lugar procesos de reforma en los que se empiezan a producir resultados de cierta entidad, dado que usualmente la opinión ciudadana tarda en reconocerlos.

La percepción importa, claro está, y mucho, pero a condición de que no la confundamos con la realidad ni, peor aún, la presentemos como si se tratara de la realidad. En consecuencia, no porque en el país X la percepción de la justicia sea mejor que en el país Y debemos concluir que en el primero la justicia tiene mayor calidad que en el segundo; a partir de esos datos sólo podemos sostener que en el

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

país X la ciudadanía ve mejor a la justicia que en el país Y. En rigor, resulta muy limitada la posibilidad de comparar confiablemente entre un país y otro. Cuando los márgenes de variación de la percepción son muy grandes, puede sostenerse válidamente que hay una clara aceptación de la justicia en un país dado contra el rechazo marcado que existe en otro. Pero, de cualquier modo que se formule la respectiva pregunta, los parámetros desde los cuales responde el entrevistado a la encuesta son muy distintos en cada sociedad; las expectativas que existen –provenientes de una tradición institucional determinada y el consecuente margen de aceptación de determinados componentes y rasgos del objeto acerca del cual se pregunta– configuran el marco de representación desde el cual los ciudadanos establecen su grado de satisfacción o rechazo respecto del estado de la justicia (como el de otras instituciones). De allí que las comparaciones resulten difíciles, cuando no riesgosas, de hacer.

La dificultad aparece con mayor claridad cuando se intenta examinar comparativamente la percepción de ciertos rasgos del sistema; por ejemplo, la corrupción. En el país A, donde la corrupción tiene raíces históricas profundas que abarcan todo el funcionamiento de la vida pública y privada, el fenómeno tiene un alto grado de legitimidad que, probablemente, lleve a los entrevistados a percibir un nivel no demasiado alto de corrupción en la justicia (y en otras instituciones), puesto que el fenómeno es parte de la "normalidad" en esa sociedad. Comparar esos resultados con los de un país cuya opinión pública, enfrentada a una reciente ola de corrupción en la justicia, se halla escandalizada, puede ser un grave error metodológico. Este problema afecta la construcción de escalas en las que los resultados de imagen o percepción son puestos, un país al lado del otro, contribuyendo a crear en el lector la impresión de una medición objetiva, en la cual es posible establecer fundadamente grados o niveles, en los que un país ocupa el primer puesto y otro el último.

Hasta aquí, el valor y los riesgos de trabajar sobre encuestas de percepción ciudadana. Las dificultades se acrecientan cuando, para explorar el estado de los sistemas de justicia, se usa otro tipo de fuente, proveniente de encuestas aplicadas usualmente a empresarios, de un lado, y abogados o expertos, de otro. En estos

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

casos no estamos ante muestras representativas de un todo sino ante el uso de cierto tipo de informantes –bastante más útiles para exploraciones preliminares de tipo cualitativo que para estudios de pretensión cuantificadora– que nos dicen, desde su percepción subjetiva o desde sus intereses particulares, cómo creen que es el funcionamiento de la justicia. En muy pocos casos –el de unos pocos expertos– esa percepción tiene fundamentos empíricos en mediciones concretas. En la mayor parte de los casos, los consultados tienen cierta opinión sobre el tema general o sus aspectos concretos, que vierten al ser requeridos y que es entonces lamentablemente procesada y presentada como si fuera un dato.

Que algunos empresarios consideren que la justicia es ineficiente constituye un dato útil para ciertos efectos, entre los cuales ciertamente no está el evaluar la calidad de la justicia en ese país. Que ciertos abogados tengan la impresión de que la justicia es rápida o es lenta, si no cuentan con datos que la respalden, tiene poco interés. Es equívoco, cuando menos, que sobre estas opiniones se construyan escalas para medir, por ejemplo, cuán rápida o cuán imparcial es la justicia. Peor aún, si esas escalas intentan comparar entre países, vía que –a las dificultades provenientes de determinaciones nacionales propias– añade la falta de representatividad de los opinantes/informantes. Si tratándose de los ciudadanos –aunque estuviesen en el error– su percepción de la justicia constituye un hecho social, no puede decirse lo mismo del grupo de empresarios o del sector de abogados consultados, cuyas muestras se limitan, en la mayor parte de los casos, a los estratos más altos de tales sectores.

Esto lleva, cuando menos, a tres conclusiones importantes. La primera es que la mayor parte de los datos "empíricos" con los cuales contamos se refieren a la imagen de la justicia y no a la justicia misma. La segunda es que el único dato de percepción realmente importante es el que proviene de la opinión ciudadana, pero que difícilmente puede realizarse con él un análisis comparativo fructuoso. La tercera es que inquirir por el estado de la justicia en nuestros países requiere todavía un enorme esfuerzo de investigación y análisis, que es requisito y componente de cualquier proceso que busque su reforma.

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

Las dificultades señaladas resultan agravadas en el caso de procesos de reforma en curso debido a que (i) los cambios, donde los hay, son lentos y de resultado a mediano plazo; (ii) medios de comunicación y abogados litigantes se alimentan del fracaso, real o no, del sistema de justicia; y (iii) se encuentra cierta renuencia a hacer verdaderas evaluaciones de resultados, tanto de parte de las universidades, que no siguen el tema, como de ejecutores de los proyectos y sus financiadores, que temen la aparición de indicadores negativos.

4.6. Riesgos en el futuro

Las reformas del sistema de justicia no son un producto nuevo en la mayor parte de la región, como si lo son en México, país que –a partir de cierta resistencia a la inducción del tema desde el exterior– se ha sumado a este tipo de esfuerzos cuando, en cierta medida, han madurado internamente las condiciones para llevarlos a cabo. El hecho de que, en todos los países de la región, los proyectos para transformar la justicia tengan varios años de esfuerzos, que han conocido fracasos, escándalos e interrupciones, al lado de unos cuantos éxitos, coloca ciertas dificultades en el futuro del tema.

Un primer riesgo aparece en el decaimiento experimentado por el tema en algunos países. Ciertamente, las situaciones en cada caso son muy distintas y no podrían ser seriamente examinadas en los límites de este trabajo pero, como han indicado varios de los autores de este volumen, en ningún país de América Latina se puede considerar que la justicia ha alcanzado un grado de transformación que sea percibido socialmente como un éxito, según indican tanto los sondeos de opinión como el análisis de especialistas en el tema. Un cuestionamiento basado principalmente en la desproporción entre recursos invertidos y resultados obtenidos ha aparecido en diversos lugares. Con base en esta percepción, algunos de los donantes muestran cierta fatiga, cuando no desilusión; de donde surge, en algunos casos, la posibilidad de no seguir destinando recursos a un proceso de cambio que, debido a aparecer muy prolongado en el tiempo y algo incierto en sus resultados, empieza a perder atractivo.

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

Un segundo riesgo corresponde al hecho de que, mientras se fueron desarrollando los procesos de reforma, aparecieron y se desarrollaron vías de evitamiento de la justicia estatal, algunas de las cuales se han camuflado bajo el ropaje de MARC (Pásara, 2000c). Incluir la competencia de los tribunales de Nueva York se ha convertido en una cláusula obligada en todo contrato de importancia en el que una de las partes no sea nacional. Los conflictos respecto de inversiones extranjeras se dirimen ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, organismo dependiente del Banco Mundial. El arbitraje es crecientemente elegido como una vía apropiada para resolver diferencias entre sectores económicos poderosos, que prefieren así no correr riesgos imprevisibles en sede judicial. Organizaciones privadas prestan servicios encaminados a asegurar preventivamente la fiabilidad del contratante, con lo que se reduce sustantivamente el margen de incumplimiento potencial y, en consecuencia, la necesidad de acudir a la justicia para reclamar un pago. Los mecanismos comunales de resolución de conflictos se han extendido, a menudo propiciados por ONG nacionales y externas, a fin de evitar los costos de los procesos judiciales.¹⁰ Por último, en el terreno de la ilegalidad abierta, los linchamientos y el recurso a medios violentos para cobrar deudas o zanjar agravios se han extendido en algunos países de la región, en una muestra de impaciencia social respecto de la falta de mecanismos apropiados para que la autoridad dé solución a múltiples conflictos (Pásara, 2002b). A través de todas estas vías, se está produciendo un debilitamiento objetivo de la justicia estatal que no sólo consiste en el recorte de su esfera de actuación sino también en una disminución de su reconocimiento y legitimidad sociales para resolver conflictos.

Las vías de evitamiento descritas acaso expresen un riesgo más general: el tiempo para la transformación del sistema de justicia puede estar acabándose. Si, en efecto, la impaciencia social y la fatiga financiera estuvieran extendiéndose, el momento de oportunidad para transformar los sistemas de justicia pudiera llegar

10 La calidad de la justicia que producen estos mecanismos requiere un estudio cuidadoso y distante de las justificaciones abstractas que acompañan su promoción, puesto que cuando menos en algunos casos no parece respetarse a través de ellos derechos humanos fundamentales.

LECCIONES ¿APRENDIDAS O POR APRENDER?

.....

a su fin, a breve plazo, en algunos de los países de la región. No sería insólito que así ocurriese. América Latina ha visto evaporarse otros temas que en un momento dado (i) ocuparon un lugar central en la agenda pública, (ii) contaron con la participación de sectores sociales bastante más importantes que los convocados por la reforma de la justicia, (iii) estuvieron liderados por importantes protagonistas e incluso (iv) contaron con un importante apoyo de la cooperación internacional. El ejemplo más obvio es el de la temática del desarrollo –antes confundida con la más genérica noción de "progreso"– que, en efecto, ocupó el trabajo y la imaginación de una generación entre los años sesenta y setenta. Sin haberse alcanzado algo similar al desarrollo en nuestros países, el tema decayó en el interés y la atención de elites y masas hasta que fue sustituido por otras preocupaciones compartidas, ciertamente menos pretenciosas.

Podría ocurrir en un futuro no tan lejano que el tema de la justicia quedara atrás, que los ciudadanos nos resignáramos –como nos hemos resignado en América Latina a tantos males aparentemente invencibles, adoptándolos como parte de la normalidad– a la justicia que hemos logrado tener y, como hemos hecho en relación con temas como el empleo o la salud, nos dedicáramos a buscar individualmente la forma de resolver las urgencias que debamos atender en este rubro. La oferta necesaria para deslizarse hacia esa posible desembocadura es la que adelantan las "vías de evitamiento" de la justicia estatal.

El riesgo mayor en el que los países de la región quedarían entonces situados provendría de los efectos que, para el sistema político, tendría el reconocimiento ciudadano de que no es factible transformar profundamente el sistema de justicia. El aparato estatal de justicia es, en el sistema democrático, el contralor del ejercicio del poder a través de la aplicación de la legalidad. Como lugar privilegiado del *enforcement*, la justicia adquiere centralidad en la democracia debido a que es en ese terreno institucional donde, en definitiva, la igualdad –en tanto sujeto legal o ciudadano– debe ser efectivamente reconocida; y la manera y medida en que lo es, o no, constituye un "ambiente" que produce determinada densidad democrática (O'Donnell, 2000). En consecuencia, relegar al aparato de justicia a constituir la instancia donde se fija pensiones alimenticias, se ordena

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

embargos contra pequeños deudores y se condena a delincuentes menores –en medio de trámites lentos, costosos y a menudo incomprensibles para el ciudadano– equivaldría a renunciar a la posibilidad de contar con uno de los ejes de funcionamiento de la democracia.

Probablemente, luego de los años de esfuerzos realizados en reforma de la justicia, aceptar ese desenlace sería también renunciar a contar con un Estado de todos y para todos, que en consecuencia administre justicia en nombre de todos sobre aquellos casos que justifiquen la presencia del interés público en su resolución. Renunciar a la posibilidad de construir ese Estado acaso implique resignarse a que nuestras sociedades no pueden ser organizadas de modo tal que nos resulte factible convivir en ellas bajo el imperio de leyes y autoridades que podamos reconocer como propias.

Como puntualizan Domingo y Sieder (2002), los problemas que enfrenta la reforma del sistema de justicia en América Latina ponen en duda que los resultados de largo plazo de la reforma del Estado desemboquen en la consolidación del Estado de derecho, la estabilidad democrática y la viabilidad económica. Ciertamente, no todo esto depende de los objetivos a ser alcanzados o no en materia de administración de justicia. Pero una parte de tan importantes logros sí depende de lo que ocurra en los años siguientes en este terreno.