

CAPÍTULO TERCERO

REFORMA DE LA JUSTICIA: ¿ES POSIBLE?

I. JUSTICIA Y CIUDADANÍA REALMENTE EXISTENTES

El resultado del trabajo judicial constituye un aspecto clave del proceso democrático. La razón de tal centralidad estriba en que es a través de las decisiones judiciales —sea que se refieran a conflictos entre particulares, sea que resuelvan pleitos en los cuales el Estado es parte— que los derechos y las obligaciones formalmente prescritos en la ley son efectiva y concretamente reconocidos y sancionados.

En el pensamiento sociojurídico estadounidense se estableció hace décadas la importante diferencia entre el derecho según los textos legales y el derecho efectivamente aplicado. Varias corrientes teóricas del derecho han sostenido que sólo cuando una ley recibe aplicación en un caso concreto puede decirse que realmente está vigente.⁴⁰ Se halla fuera de discusión que el terreno judicial es un ámbito privilegiado para someter al derecho a tal prueba.

En América Latina, los órganos judiciales han desempeñado, en términos generales, un papel poco relevante para el funcionamiento democrático. La tradición judicial latinoamericana difícilmente puede reclamarse heredera del concepto de “pesos y contrapesos” (*checks and balances*), que en los regímenes democráticos de los países desarrollados es esencial en la relación funcional entre Congreso, Ejecutivo y órgano Judicial.⁴¹ Durante

⁴⁰ La escuela sociológica y el realismo han elaborado este concepto. Entre los autores, acaso sea Oliver Wendell Holmes quien más contribuyó, tanto en el terreno académico como en el judicial, a su formulación (*cf.* Holmes, 1995, vol. 3: 391-406).

⁴¹ Es debido a esa promesa constitucional incumplida que, en la mayoría de los países latinoamericanos, la posibilidad de someter a decisión de los jueces un conflicto de la magnitud e importancia del resultado de una elección presidencial, como ocurrió en Estados Unidos en 2000, y acatar el resultado, resulta impensable.

los regímenes autoritarios, los jueces dejaron de sancionar de acuerdo a ley las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, especialmente en los casos de Argentina, Chile, Guatemala y Perú (Frühling, 1984; Comisión de Esclarecimiento Histórico, 2000). Durante los regímenes democráticamente elegidos, los jueces tendieron a representar el papel de uno de los baluartes del conservadurismo social, salvo que presiones económicas o políticas indujeran una decisión judicial de signo distinto.⁴²

En la mayor parte de la región, 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 aquel que le aparece adjudicado en los textos constitucionales (Rico y Salas, 1990: 13-20; Universidad Externado de Colombia, 1993: 274-277; Méndez, 1999: 221-223). De allí que, en términos generales, la institución haya recibido poca atención; de las fuerzas conservadoras, en razón de que la aquiescencia judicial les ha estado relativamente garantizada, y de las fuerzas transformadoras, debido a que el cambio de jueces y justicia no aparecía relevante ni factible.⁴³

Ello no obstante, a lo largo de los últimos diez o quince años, el escenario tradicional de los órganos judiciales ha cambiado bajo el impacto de varios tipos de demanda muy diferentes. De una parte, la exigencia de que las violaciones de derechos humanos sean juzgadas y sancionadas; de otra, el requerimiento de que los jueces desempeñen un papel protagó-

⁴² Una notable excepción reciente fue ofrecida por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, al pronunciarse en 1993 en contra del golpe de estado anunciado por el entonces presidente Serrano Elías.

⁴³ La desatención ha sido incluso académica. “[T]he study of judicial systems has not commanded much attention in the social sciences disciplines or in academic law” (Blair and Hansen, 1994: 25). 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 sentencias judiciales —sin realizar el cual se ha emprendido diversos y costosos programas de capacitación judicial en la región— y las interrelaciones entre las instituciones de la legalidad y las condiciones de la ilegalidad en nuestras sociedades.

nico en la construcción de una economía de mercado. En adición, en varios países se espera que los jueces sancionen el creciente y extendido fenómeno de la corrupción.

Pareciera que los latinoamericanos hemos tomado conciencia repentina de lo crucial que es la justicia. El tema está presente en el discurso de protagonistas muy diferentes. La suma de tales planteamientos consiste en que la democracia, el mercado y la paz requieren de jueces de verdad. Los analistas políticos sostienen que no hay democracia de verdad si no hay una autoridad judicial que, con independencia, controle y sancione los excesos en que incurran quienes están a cargo de los otros órganos del Estado; este aspecto es parte del tema del control mutuo entre los órganos del poder estatal (*horizontal accountability*) (O'Donnell, 1999a). Los consultores económicos advierten que no hay mercado genuino si no hay una autoridad capaz de aplicar, de manera razonada, todo el peso de la ley sobre aquel que incumpla un contrato libremente pactado. Las organizaciones internacionales anticipan que no habrá paz si las autoridades judiciales no son capaces de procesar eficazmente y solucionar aceptablemente el torrente de conflictos sociales irresueltos que nuestras sociedades padecen.

La comprensión y exigencia de una justicia en serio —como requisito para la viabilidad de democracia, mercado y paz en nuestros países— ha sido mayormente introducida, en los últimos años, por sectores no precisamente contestatarios. Algunas élites empresariales y los organismos financieros internacionales han jugado cartas decisivas en favor de una transformación profunda de esos aparatos judiciales obsoletos que, conservando jerarquías internas similares a las de iglesias y ejércitos, se mantuvieron renuentes al cambio, como bastiones de un orden social en proceso de extinción. La modernización, no la revolución, ha sitiado a nuestros aparatos de justicia, obligándolos a iniciar procesos de reforma judicial, cuyos resultados aún se revelan, cuando menos, claramente insuficientes.

La mayoría de los países latinoamericanos han conocido algún intento de reforma judicial, como respuesta a las crecientes demandas, planteadas desde diversas perspectivas y con agendas diferentes —y, en ocasiones, contradictorias—; diversidad que conlleva ambigüedad sobre el rumbo de las reformas, vistas éstas desde una perspectiva nacional (Domingo y Sieder, 2001). No obstante, las principales coincidencias entre

los esfuerzos de reforma corresponden a la exigencia a los jueces latinoamericanos que resuelvan de manera razonable los conflictos entre particulares y ejerzan el control legalmente prescrito sobre los abusos de poder. Los resultados de las reformas son desiguales pero, en suma, en ningún país de la región ha ocurrido, en el órgano Judicial, una transformación institucional de gran envergadura. Los proyectos de reforma han consumido enormes sumas de dinero y los resultados son limitados, en los mejores casos.

Como resultado, en el escenario de elecciones periódicas y regulares que —desde la década de 1990— ofrece la región, se puede decir que en la mayor parte de ella conviven gobiernos legalmente elegidos con violaciones sistemáticas de los derechos humanos (Comisión Andina de Juristas, 1998). La percepción social —medida periódicamente por las encuestas— no sugiere una disminución del malestar constatado desde décadas anteriores. La respuesta, cuando menos insuficiente, del sistema judicial a las demandas sociales ha incrementado la exigencia —patente a través de encuestas de opinión y de los medios de comunicación— de contar urgentemente con un mejor sistema de justicia, que por ahora se avizora como un objetivo distante.

En busca de explicación para aquello que, a primera vista, aparece como incapacidad del Poder Judicial para llevar a cabo una transformación, se propone aquí situar el tema en un contexto más amplio; esto es, una búsqueda que no constriña las posibles respuestas al ámbito interno de la judicatura. De allí que el examen aquí efectuado busque desjudicializar, hasta cierto punto, la consideración del tema para atender a algunos factores del régimen político que le resultan determinantes. De una parte, cobra importancia ubicar las limitaciones de la administración de justicia dentro de lo que podemos llamar “el modo de producción jurídico” en América Latina; esto es, las formas de creación y efectividad del derecho en la región. De otra parte, parece de interés explorar, más allá de las definiciones legales, el significado de aquello que constituye el ser ciudadano en nuestros países, con el objeto de contar con un perfil más claro de quiénes son los protagonistas —en este terreno judicial, como en otros del régimen político— del funcionamiento del sistema.

El análisis que este texto propone se iniciará con una somera consideración de la realidad judicial latinoamericana, los intentos de reforma judicial y las otras formas de resolución de conflictos surgidas reciente-

mente. Se esbozarán enseguida algunas propuestas explicativas del estancamiento actual de la situación, en el centro de las cuales se ubicará el tema de las condiciones de ejercicio ciudadano en América Latina. Finalmente, se ofrecerá una hipótesis acerca de la generación de distintas formas de ciudadanía en nuestros países, que pretende contribuir a una línea de investigación destinada a reconocer tales formas en el terreno judicial.

1. *El perfil de la justicia en América Latina*

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 pero muy 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 abusivos y abogados sin escrúpulos. La distancia entre verdad real y verdad legal se hace abismal en las tragedias vividas por gente sencilla que protagoniza 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 y el gober-

nante 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.

Tal como sugiere la narrativa, jueces y justicia conforman uno de los ámbitos en los que se ha mostrado, con mayor gravedad, la disonancia entre ley y realidad en la región. La ley es republicana: proclama independencia, autonomía y autoridad en una judicatura a la que declara contralora del ejercicio del poder. La realidad, en cambio, parece estar constituida por durables restos de naufragios monárquicos y feudales: se reverencia el poder concentrado en el Ejecutivo, y los jueces están organizados en clave de subordinación, tanto hacia poderosos núcleos externos a la institución como hacia círculos internos que ejercen atribuciones no previstas —y, a menudo, prohibidas— por la ley.

Puede sostenerse que el funcionamiento efectivo de nuestras instituciones corresponde a aquello que, en realidad, nuestras sociedades son. En ese sentido, el aparato de la justicia realmente existente ha recibido no el encargo que periódicamente declaraba un nuevo texto constitucional, sino el que en los hechos le asignaba la forma de organización del poder vigente en nuestras sociedades. Un funcionario judicial experimentado, al analizar en Centroamérica el origen de los males del sistema de justicia en su país, solía decir algo que tiene validez en varios o muchos de nuestros países: “aquí, los grandes conflictos nunca se resolvieron ante jueces y tribunales”. Porque nuestros jueces no fueron pensados para resolver, con legitimidad, los grandes conflictos sociales, hemos heredado, en la mayor parte de América Latina, la tradición de jueces que sólo ejercen todo el poder de su autoridad con humildes y desposeídos de estas tierras. Por esa misma razón, y a diferencia de lo que ocurre en otras realidades, en la mayoría de nuestros países los aparatos de justicia no han alojado a los mejores juristas, ni han contado entre sus filas con los abogados de mayor prestigio.

En ese cuadro resulta explicable que la reforma judicial no haya figurado entre los propósitos políticos de los regímenes populistas, civiles o

militares —que constituyeron sus prototipos históricos en la Argentina de Perón o el Brasil de Vargas—, ni en la agenda de los regímenes burocrático-autoritarios que habrían de sucederlos. Con la excepción de Cuba en los años sesenta y Perú en la década siguiente, a los diversos cambios políticos ocurridos en América Latina después de la Segunda Guerra Mundial, cual fuera su signo, les bastó con asegurarse de que el aparato de justicia fuera favorable a las necesidades de quien estuviera en el gobierno, a los efectos de determinados casos, sujetos a conocimiento y decisión judicial, que debían obtener un fallo cuando menos condescendiente con el poder establecido. En el caso de los gobiernos militares se exigió, además, que los jueces no pusieran en cuestión su capacidad legislativa y, en consecuencia, no discutieran la validez de los decretos leyes emitidos por ellos, ni admitieran en sus fallos que tales disposiciones requieran posterior ratificación parlamentaria.

La instrumentalización de los jueces requerida por los gobernantes fue alcanzada, usualmente, a través de la sustitución de los miembros de la Corte Suprema y, en ciertos casos, también de algunos ocupantes de otros cargos dentro de la judicatura. Pero puede sostenerse que los vaivenes y giros producidos en la historia política de América Latina habían ocurrido, hasta llegar a las últimas dos décadas, sin que se le dedicara mayor atención al aparato judicial (Correa, 1999: 258), al que se mantuvo simplemente en una “posición de mendigo o sirviente” (Davis, 1997: 190).

Desde que, en los años ochenta, el sistema electoral se ha afianzado como método legítimo para escoger y reemplazar gobiernos en América Latina, la temática de la administración de justicia ha ido adquiriendo progresivamente una importancia sin precedentes. Su nueva centralidad ha sido ocupada sobre un telón de fondo constituido por un malestar ciudadano genérico pero muy marcado respecto del sistema de justicia, que las encuestas muestran como constante en toda la región. Pero, específicamente, el tema de la justicia ha sido incorporado a la agenda pública a partir de un conjunto de demandas diversas respecto del sistema de justicia que pueden ser identificadas como pertenecientes a:

- Líderes empresariales y organismos internacionales con capacidad de vigilancia y cooperación respecto de la marcha de las economías nacionales, que en un contexto de globalización ponen énfasis

sis en una presunta conexión entre el nivel de inversión —especialmente la extranjera— y la calidad de la justicia.⁴⁴

- Grupos académicos y organizaciones de derechos humanos que persiguen que se haga justicia efectiva en los casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos.

Ambos actores han contado con una audiencia ampliada por el interés de los medios de comunicación en el tema (Pásara, 1996).

En estas demandas sociales aparece, con matices y acentos distintos, la exigencia de que el aparato judicial sea capaz de: *i*) resolver los conflictos entre particulares, y entre éstos y el Estado, y *ii*) actuar como controlador de la legalidad de los actos de ejercicio del poder. Este segundo aspecto le plantea al órgano judicial el desafío enorme de proveer, a través de su actuación, “una garantía de legitimidad” (Peña, 1992: 17) al régimen político. Paralelamente, en el nivel conceptual, el análisis de los regímenes democráticos existentes en la región ha empezado a prestar atención al rol de la administración de justicia como lugar institucional de reconocimiento efectivo de derechos, incluidos aquellos que corres-

⁴⁴ Hasta ahora, la conexión entre crecimiento económico y funcionamiento del sistema judicial se sustenta en enunciados generales y vagos, como ha recordado Carothers (2001). En verdad, la relación ha sido objeto de un crecido número de conjeturas carentes de una base empírica rigurosa (Messick, 1999: 117, 120-123). Cuando se construye una ecuación de tipo causal —*a mejor justicia, mayor inversión y mejor desenvolvimiento empresarial y, en consecuencia, más empleo y mayor desarrollo económico*— se incurre en una simplificación que sobredimensiona el peso relativo de la justicia —que es sólo una variable interviniente en el complejo terreno del funcionamiento económico— y se reconoce poco un contexto que en muchos casos reduce la significación de la justicia a un valor marginal. Resultaría útil pesar la justicia junto a otros factores intervinientes para indagar si no es mucho más crucial el abandono de responsabilidades hecho por el Estado en materia de educación y formación de recursos humanos, o su impotencia para proporcionar seguridad pública y, en general, asegurar la vigencia del Estado de derecho. ¿Cuáles son los costos empresariales de los niveles de ignorancia en los que se deja *ex profeso* a una buena parte de la población latinoamericana? ¿O cuáles son los costos económicos de que nuestras sociedades estén permeadas por el narcotráfico, enfrentado gubernamentalmente con políticas conocidamente ineficaces? Lo probable es que los agentes económicos desarrollen posturas adaptativas, incorporen las “ineficiencias” como costos, incluyendo entre ellos la corrupción, y no favorezcan en los hechos la mejora del sistema de justicia. Esta hipótesis explicaría porqué inversión y crecimiento se han producido en determinados países de Asia, que no se distinguen por la eficiencia ni por la independencia de su sistema de justicia.

ponden al control sobre excesos y abusos de poder (O'Donnell, 1993; 1999b; Domingo, 1994; Frühling, 1998; Prillaman, 2000).

2. *La reforma judicial como respuesta*

La respuesta al malestar y a las demandas sociales formuladas ha consistido en la generación de variados intentos de reforma judicial. Proyectos de reforma que afectan la administración de justicia han tenido, o tienen, lugar en Argentina, Chile, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Principalmente promovidos y financiados por US-AID,⁴⁵ el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial y la cooperación española, estos proyectos no pueden ser puestos bajo un mismo modelo, pero comprenden una “cantidad impresionante de proposiciones de cambio” (Correa, 1997: 173). Al examinar tales intentos de reforma judicial, debe advertirse que:

- Han pasado por dos “generaciones”: la primera, más atenta a “problemas específicos e innovaciones aisladas”, privilegió las reformas legales y los incrementos en personal y presupuesto; la segunda, más comprehensiva, ha sido portadora de reformas “integrales y sistémicas” que han atendido cuestiones como selección y capacitación de funcionarios, gestión de despachos, asignación de recursos y métodos alternativos de solución de conflictos (Fuentes, 1999: xiii).⁴⁶

⁴⁵ Un campo de particular interés para US-AID ha sido la reforma procesal penal que ha sido propuesta para enfrentar los crecientes niveles de criminalidad y el tráfico de drogas. La experiencia será examinada en el párrafo siguiente.

⁴⁶ Una síntesis bastante completa de los elementos incluidos en este tipo de enfoque es la que sigue: “The basic elements of judicial reform should include measures with respect to guaranteeing judicial independence through changes to judicial budgeting, judicial appointment, and disciplinary systems; improving court administration through adoption of case management and court management reforms; adopting procedural reforms; providing alternative dispute resolution mechanisms; enhancing the public’s access to justice; incorporating gender issues in the reform process; and redefining and/or expanding legal education and training programs for students, lawyers and judges” (Dakolias, 1996: vii).

- Como tendencia, cada proyecto de reforma tiene una base nacional débil y, a la vez, es portador de contenidos, protagonistas e intereses diversos que, en la medida en que el proyecto se desarrolla, comprometen su ejecución (Hammergren, 1998: 20, 304).
- Por lo mismo, el papel de los agentes externos ha sido, en muchos casos, decisivo al promover —y, en ocasiones, imponer— los cambios, además de financiarlos.

La financiación externa ha sido sumamente importante. Según el Comité de Abogados para los Derechos Humanos (2000: 3), en América Latina el Banco Mundial tenía hasta julio de 1999 “once proyectos activos en ocho países de la región, siete aprobados (con un total mayor a 117 millones de dólares estadounidenses en préstamos) y cuatro más en preparación (con un total de cuarenta y dos millones de dólares estadounidenses en préstamos proyectados)”. El Banco Interamericano de Desarrollo, por su parte, a la misma fecha había “aprobado o propuesto proyectos en diecisiete países, catorce de los cuales han sido aprobados (llegando a un total de más de 186 millones de dólares estadounidenses en préstamos), y seis más en preparación (con un total de casi 189 millones de dólares estadounidenses en préstamos estimados)”. Estos montos, casi íntegramente, han pasado a engrosar la deuda pública externa de los países respectivos.

El gobierno de Estados Unidos, a través de US-AID, había destinado hasta 1999 aproximadamente 300 millones de dólares estadounidenses para justicia y seguridad en diecinueve países de la región. Sólo en 1999, el monto dirigido específicamente a los sistemas de justicia totalizó cincuenta millones de dólares estadounidenses (Sarles, 2001). En el caso de El Salvador, que en relación con otros países ha sido un destinatario preferencial de la ayuda estadounidense, ésta destinó al tema de la justicia, entre 1993 y 1998, aproximadamente cuarenta y un millones de dólares estadounidenses (Popkin, 2000: 244).

Los varios agentes externos han contribuido a la diversidad de agendas de reforma judicial, antes señalada. Algunos, como el Banco Mundial, han puesto énfasis en los aspectos económicos, bajo el supuesto de una conexión causal no demostrada entre reforma judicial, desarrollo empresarial y crecimiento económico (*supra*, nota 44). En cambio, otras instituciones de la cooperación internacional han otorgado, en sus agen-

das de reforma, una atención preferente a la relación entre justicia y régimen político, encaminada a fortalecer o consolidar la democracia. En todo caso, como subrayan Domingo y Sieder (2001), la participación de estos agentes externos no ha sido coherente en conjunto, ni se ha movido en una dirección estable en el caso de cada uno de ellos. Además, en diversas ocasiones, las entidades de la cooperación internacional se han mostrado impermeables a críticas y observaciones formuladas por analistas y académicos, por lo que errores cometidos en determinados países han sido repetidos luego en otros. No resulta extraño que cuando el apoyo externo concluya, el proceso de reforma termine o aminore claramente su velocidad. Éste fue el caso de Panamá, un país donde el gobierno de Estados Unidos invirtió cuarenta y tres millones de dólares durante los años noventa para mejorar el sistema de justicia (US-GAO, 1999: 35-38).

“Nadie duda de la importancia de la reforma judicial, pero nadie sabe realmente cómo llevarla a efecto”, transcribe Popkin (2000: 9) como conclusión extraída por un funcionario de US-AID. Una conclusión similar emerge del examen de los proyectos de reforma judicial alentados por la cooperación internacional en la región. Si bien, en ciertos casos se ha impulsado inicialmente una dinámica de cambio en los sistemas de justicia —o se ha apoyado decisivamente a aquellos pocos que se hallaban en favor de las reformas—, en general se constata falta de criterios para determinar dónde, cuándo y cómo apoyar reformas judiciales. La carencia de criterios es más grave cuando está referida a los factores políticos en el país destinatario. En el caso de Perú, según recuerda Salas (2001), US-AID dedicó al sistema judicial ocho millones de dólares estadounidenses entre 1993 y 1998, siendo así que la institucionalidad democrática y la propia independencia judicial estaban afectadas severamente desde el autogolpe dado por Alberto Fujimori en 1992. En tales condiciones, el Banco Mundial otorgó en 1994 préstamos destinados a hacer posible la modernización administrativa, por un total de cuarenta millones de dólares estadounidenses. Cuando el deterioro en la institucionalidad del sistema de justicia llegó a ser inocultable, el desembolso del préstamo tuvo que ser suspendido.

Acaso más importante que las observaciones anteriores es el fenómeno de la recepción de instituciones jurídicas, que la intervención de la cooperación internacional ha facilitado (Faundez, 1997; Carothers, 2001). La cooperación internacional ha forzado en muchos casos la adopción de

proyectos que, en un país dado, no reflejan necesidades percibidas por las fuerzas en favor del cambio (Salas, 2001; Domingo y Sieder, 2001). De este modo se ha fortalecido un modo de producción jurídico que resulta históricamente dependiente de la importación institucional acrítica, y que será examinado más adelante.

Dado que los procesos de reforma se hallan en curso, no se puede contar con un balance definitivo de lo que se ha logrado a través de ellos. Sin embargo, algunos resultados producidos por esa diversidad de esfuerzos sí son visibles y pueden ser materia de señalamiento:

- Muchos de los esfuerzos emprendidos partieron de diagnósticos sumamente endebles y que, en consecuencia, resultaron limitadamente orientados por las preferencias propias de quienes los impulsaron o financiaron.
- Los logros son marcadamente desiguales y resulta difícil concordar en que determinadas metas hayan sido ya alcanzadas en determinado número de países.
- Al buscar explicación a la escasez de logros alcanzados, se comprueba que los intentos de reforma se topan con fuertes resistencias de parte de la mayoría de abogados, jueces y empleados judiciales (Buscaglia, 1997: 35; Domingo, 1999: 166).
- Mientras tanto, el malestar social en relación con el sistema de justicia no logra convertirse en apoyo organizado a la ejecución de los proyectos de reforma.
- La ejecución de algunas propuestas basadas en el criterio de que sería deseable descargar al viejo aparato judicial del mayor número posible de conflictos sociales (entre muchos otros, Lavados y Vargas, 1993: 18) empieza a producir efectos sobre el perfil de un Estado que en América Latina ya ha sido objeto de políticas de debilitamiento.

Al tiempo que las resistencias se originan en inercias profesionales y laborales, así como en intereses vinculados al *status quo*, el apoyo insuficiente guarda relación con aspectos más complejos. De una parte, la dificultad para constituir una base de apoyo social organizado a la reforma tiene su raíz en la naturaleza individual de una abrumadora mayoría de conflictos judicializados. Al atender problemas eventualmente surgidos entre personas, la justicia no tiene un número suficiente de “clientes” o

“beneficiarios” regulares, que puedan agregar su interés particular en una amplia demanda grupal dirigida al cambio del sistema. De otra parte, la expectativa social respecto de la justicia en la región gira en torno a una justicia rápida, exenta de corrupción y que castigue duramente a los delincuentes. Por lo mismo, las metas, más ambiciosas y usualmente promovidas por agentes externos, de una reforma que haga de la justicia un ámbito más democrático no resultan comprensibles y/o compartibles para amplios sectores de la población (Hammergren, 1998: 303).

Cuando se toma en profundidad el caso de un país —como hizo solwentemente Popkin (2000) con El Salvador— se encuentran ciertos cambios cuya permanencia es todavía incierta; al mismo tiempo se hace patente la distancia entre los objetivos declarados por los proyectos y los logros alcanzados. Cuando se toma la región en conjunto, la impresión es que los logros son escasos, donde los hay resultan muy lentos y caros, y enfrentan un desenlace final imprevisible (Domingo y Sieder, 2001). Para Salas (2001), luego de todo el tiempo, los recursos y los esfuerzos invertidos en esta área, “los sistemas de justicia de América Latina encaran la más grave de sus crisis”. Esto es, la ineficiencia subsiste, y a ella se ha agregado la generalización de la corrupción; en diversos países, los jueces aún son reclutados según criterios básicamente políticos y no se ha avanzado lo suficiente en materia de independencia judicial; la profesión legal constituye uno de los sectores más activos y poderosos dentro de la oposición a la reforma judicial; la formación profesional ha recibido poca atención de los proyectos de reforma y, en algunos casos, la multiplicación de facultades de derecho y el decaimiento de su calidad contribuyen hoy a introducir, en el mercado profesional, operadores que difícilmente pueden contribuir a una mejora del sistema de justicia.

Al examinar el curso de los esfuerzos realizados para cambiar la justicia existente, se advierte que la reforma judicial ha sido pensada como si fuera capaz de responder a todos o, cuando menos, los principales problemas de la justicia. Esto no sólo revela un optimismo excesivo en los actores de la reforma (Hammergren, 1998: 297) sino que, al poner toda la carga de la reforma en la propia institución, concibe erróneamente a la judicatura como si fuera aislable de las características sociales —esto es, políticas, económicas y culturales— que pesan sobre ella (Hammergren, 1998: 13; Domingo, 1999: 156, 161; Prillaman, 2000: 5, 163) y, entre otras consecuen-

cias, traen consigo una estratificación sumamente diferenciada en la aplicación de la ley (Domingo, 1994: 18, 22).

Pese a los intentos de reforma judicial llevados a cabo, en la vida real de la mayor parte de nuestros organismos judiciales, los conflictos que atiborran a la justicia continúan requiriéndole sancionar delincuentes menores, no al crimen organizado; cobrar deudas comerciales a aquellos sectores empobrecidos que no están al día en las cuotas correspondientes a la compra de artefactos domésticos o autos usados; establecer pensiones alimenticias en favor de madres e hijos abandonados en los sectores sociales más bajos, y resolver otros conflictos sociales de poca trascendencia social. Los grandes conflictos sociales no están en manos de la justicia —son resueltos mediante arbitraje u otros medios más eficaces pero menos presentables— y el control judicial sobre el ejercicio del poder es ejercido de manera muy infrecuente.

Mientras algunos especialistas intentan explicar el “fracaso” de reformas (Buscaglia, 1997: 35; Carothers, 1998), que cuando menos aún son de curso impredecible, la insatisfacción social persiste en muy alto grado —acaso precipitada por la frustración de expectativas que fueron alimentadas por promesas incumplidas de reforma judicial—, la búsqueda de vías de evitamiento del aparato judicial se amplía a formas socialmente regresivas, y la incertidumbre prevalece acerca de aquello que realista-mente puede esperarse, en los próximos años, del sistema judicial en la región.

3. El caso de la reforma procesal penal

En los últimos años, muchos países latinoamericanos han dado inicio a proyectos de reforma judicial o han intentado robustecerlos mediante una reforma procesal penal. Sin duda, la justicia penal 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 consiguiente 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. A ello debe agregarse el crecimiento del delito como fenómeno social —en un contexto de marginación creciente de importantes sectores de pobla-

ción—, que 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.

Sin embargo, debe advertirse que en este ámbito, como en otros del quehacer judicial, el rol de la justicia padece un sobredimensionamiento proveniente de que se está pidiendo a los jueces que resuelvan aquello que debe encontrar solución en otras vías o, peor aún, se les está exigiendo que solucionen aquellos problemas que otras instituciones no atinan a resolver.⁴⁷ La imposibilidad de atender esa demanda inflada, en definitiva, se convierte en un factor que, más allá de los logros que pueda alcanzar cualquier intento de transformación de la administración de justicia, resta legitimidad a la función judicial y, probablemente, también a cualquier intento serio de reforma.

En la última década, una decena de países —de Argentina a Costa Rica, de Chile a Guatemala— han emprendido, bajo un enfoque relativamente similar, procesos de reforma procesal penal destinados, en lo fundamental, a dejar atrás el sistema inquisitivo heredado de las instituciones coloniales para reemplazarlo por un sistema acusatorio o semiacusatorio, emparentado directamente con los sistemas de justicia penal de Alemania y de Estados Unidos. En palabras de un promotor de la reforma, así se 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 se propone centralmente una nueva “estructura del litigio” (Binder, 1996: 55 y 56).

Se trata de una estructura de contradicción en la que tres personajes ocupan el escenario del proceso penal, con similar peso: los fiscales que investigan, recaban pruebas y acusan; los defensores, que responden a la estrategia y los mecanismos de la acusación, y los jueces que, en la etapa inicial del proceso, supervisan la legalidad de las actuaciones de los otros

⁴⁷ Políticos y medios de comunicación aparecen en esfuerzos concurrentes, encaminados a responsabilizar a los tribunales 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.

dos actores y, en la etapa del juicio oral, deben sentenciar según aquello que haya sido probado en ella.

Tal modelo ha sido justificado, por diversos autores, 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 hacer oral el proceso, es más eficaz en el juzgamiento. Debe notarse que el gobierno de Estados Unidos ha patrocinado firme y sostenidamente la adopción de este modelo, similar al vigente en ese país, mediante la financiación de una serie de proyectos destinados a efectuar los cambios legales, primero, y a poner en marcha los nuevos mecanismos, después. El mayor énfasis presupuestal de los programas bilaterales en materia de justicia, entre US-AID y los gobiernos de la región, ha sido puesto en lo concerniente a la justicia penal.

La experiencia de la reforma muestra claros oscuros que conviene examinar. De un lado, en varios de los países donde se ha adoptado el nuevo modelo, los datos disponibles 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 Colombia y Guatemala, que se hallan entre aquellos que cuentan más años con el nuevo proceso penal en ejecución.

En el caso colombiano, al cabo de seis años de una reforma iniciada en 1991, que encargó al Ministerio Público la responsabilidad de investigar y acusar, la probabilidad de que un delito fuera investigado se había reducido drásticamente a menos de una cuarta parte del nivel previamente existente; como, al mismo tiempo, se incrementó el porcentaje de casos con sentencia condenatoria en aquellos casos que fueron a juicio, Mauricio Rubio (1997) estima que los fiscales concentran su trabajo en los hechos delictivos con mayor probabilidad de ser condenados. Pero, en definitiva, la probabilidad de que un delito sea condenado descendió de la proporción de uno sobre cinco, que alcanzaba en los años sesenta, a uno sobre cien en 1995. El mismo autor observa que la discrecionalidad en las normas reformistas ha contribuido a disminuir la capacidad de llevar a juicio a un sindicado, y que la función investigativa se ha volcado a los casos de drogas, en detrimento de los demás, incluso aquéllos marcadamente graves.

Una apreciación, realizada por la inspección del gobierno de Estados Unidos (US General Accounting Office), de la asistencia gubernamental en programas de Estado de derecho evaluó la inversión de treinta y nueve millones de dólares realizada por ese país durante los años noventa en el sistema de justicia colombiano (US-GAO, 1999: 20-23). El balance que ofrece el informe es poco alentador: “a pesar de la capacitación, la asistencia técnica y otras ayudas provistas a jueces, fiscales, defensores públicos y a sus instituciones, pocos operadores del sistema de justicia conducen investigaciones y formulan acusaciones según las nuevas reglas”. El informe afirma, con base en datos oficiales para abril de 1998, que tres de cada cuatro asesinatos quedan sin resolver, y concluye: “serios problemas continúan afectando el sistema de justicia”.

En el caso guatemalteco, que vio la introducción de una reforma muy radical en 1994, si se pone de lado una mayor rapidez en el juzgamiento, los efectos son mínimos. Los procesos siguen dependiendo en buena medida de los textos escritos ofrecidos por las partes, y el juicio oral ha producido cierta teatralización, favorable a la desacreditada prueba de testigos. Los fiscales han revelado, según un estudio de Manuel Garrido (2000), 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 en número, y muy pobre en calidad (Maldonado, 2000). 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 vigentes desde antiguo (Pásara, 2000).⁴⁸

⁴⁸ El caso guatemalteco ilustra emblemáticamente el desperdicio de recursos realizado a través de un cambio del sistema formal sin, que a la vez, se produzca un cambio de los operadores a cargo del mismo. El reconocimiento superficial de este problema ha llevado, en Guatemala y en otros países, a programar extensas actividades de capacitación, que por lo general sólo tienen un efecto aparente, cuando no engañoso: jueces, fiscales y abogados cambian el lenguaje, sin alterar la sustancia de sus prácticas. Para aquellos operadores de la justicia criados en un sistema determinado es extraordinariamente difícil lograr una suerte de reconversión que los conduzca a hacer suya una conducta diferente de la tradicional. La progresiva sustitución de jueces profesionalmente mediocres e incapa-

El apoyo estadounidense a Guatemala en materia judicial, entre 1993 y 1998, sumó diecisiete millones de dólares. En 1999, la inspectoría del gobierno de Estados Unidos concluyó: “El sistema de justicia penal está plagado de problemas serios que incluyen detenciones arbitrarias, prolongadas estadas en prisión sin haber sido juzgado, ineficiencia y corrupción entre los funcionarios judiciales y policiales. El sistema de justicia también deja de procesar un alto número de delincuentes” (US-GAO, 1999: 30).

Los casos de Colombia y Guatemala sugieren, pues, que luego de la reforma se juzga más rápidamente aquellos casos que son llevados a juicio, pero hasta ahora no se observan 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: 101 y 100).

Se pueden extraer algunas lecciones de las evidencias proporcionadas por Colombia, Guatemala y otros países que se hallan en el proceso de ejecutar la reforma procesal penal:

- Se ha mostrado nuevamente el error, que en América Latina ya es histórico, de importar instituciones jurídicas sin un diagnóstico y una comprensión suficientes del medio social e institucional receptor.
- Se han manifestado los límites del diseño legal e institucional frente a la cultura jurídica y organizacional vigente.
- Ha quedado en evidencia que buena parte de los males de la justicia, penal y no penal, proviene de la deficiente 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.

ces de ejercer su autoridad con autonomía, mediante profesionales formados bajo otros criterios y seleccionados con base en sus méritos, parece ser una de las claves de una reforma judicial en serio.

Ante estas evidencias, los defensores de la reforma procesal penal sostienen que es necesario otorgar más tiempo a su ejecución, a fin de que limitaciones y problemas encuentren cauce de resolución. Dos consideraciones deben ser hechas frente a este argumento. La primera es que, al efecto, el análisis costo/beneficio del cambio debería ser muy cuidadosamente evaluado; en Chile —país que se halla en trance de iniciar la ejecución de la reforma— se ha estimado que este paso requiere triplicar el presupuesto destinado a la justicia penal, de treinta y ocho millones de dólares estadounidenses a 119 millones (Vargas, 1996).⁴⁹ La pregunta consiguiente es: con ese nivel de inversión, ¿cuántos años se requerirán para ver resultados significativos?

La segunda consideración guarda relación, precisamente, con el tiempo de espera. 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 cada vez menos capaz de responder a demandas sociales que, como una justicia eficaz, son condiciones elementales de la convivencia organizada?

La reforma procesal penal ha sido 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 inculpado. El producto se impuso en el medio especializado sobre la base de la comparación engañosa 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 MP, 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. En definitiva, la experiencia de esta reforma, aún en curso, revela tanto características profundas del sistema de justicia como los límites inevitables de los intentos para transformarlo.

⁴⁹ Al ponerse en marcha la reforma procesal penal en todo el país, a mediados de 2006, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) estimaba que el Estado chileno había invertido en ello 622 millones de dólares estadounidenses y que anualmente se destinaría otros 150 en su funcionamiento.

4. *Estado, legitimidad y formas alternativas*

Mientras los intentos de reforma judicial muestran límites o fracasos, algunos elementos nuevos han aparecido en el panorama de justicia y Estado, durante los años noventa. Algunos de ellos aparecen en el nivel político de conjunto, mientras que otros se muestran como episodios sociales localizados.

En el nivel macro social, Alberto Fujimori se valió, en 1992, del alto nivel de desaprobación social de la justicia para justificar su golpe de Estado en Perú; Hugo Chávez usó en Venezuela el mismo recurso, en 1999, para demandar una nueva Constitución y nuevas elecciones, que le han permitido —como a Fujimori en su día— un alto grado de concentración del poder en el Ejecutivo, y una prolongación en el ejercicio del cargo, así como han ocasionado el deterioro de las condiciones democráticas. En estos dos casos, gobiernos de origen electoral han renovado a su modo la práctica propia de múltiples golpes de Estado que, al producirse, invocaban a título de justificación el propósito de erradicar los males de la justicia.

Desde el punto de vista político, entonces, si bien no es posible fundar empíricamente la hipótesis según la cual un sistema de justicia eficiente y confiable refuerza el régimen político democrático, sí es factible demostrarla por su contrario. Esto es, la persistencia de un desempeño socialmente rechazado del sistema de justicia actúa como catalizador de procesos políticos autoritarios, que precipitan regresiones institucionales, impuestas en nombre de los intereses populares desoídos por el sistema de justicia.

En el nivel microsocia, las respuestas a las carencias en la provisión del sistema de justicia consisten en diversas modalidades de privatización, surgidas como formas inmediatas de resolver diversos conflictos sociales. Tales fórmulas componen ahora un espectro amplio de “soluciones” cuyo común denominador consiste en hallarse ubicadas fuera del sistema estatal de justicia. En esta gama debe incluirse:

- La previsión expresa de una jurisdicción distinta a la nacional, en contratos de importancia, uno de cuyos suscriptores tiene domicilio legal fuera de la región; este recurso contractual ha sido utilizado, desde hace mucho y ahora generalizado, por la banca internacional

y, luego, por las empresas transnacionales, como vía de evitamiento de los jueces nacionales.

- El arbitraje como recurso utilizado por grandes y medianas empresas, y en algunas colonias de extranjeros residentes, con el propósito de ahorrar costos financieros y de oportunidad.
- La privatización formal e informal de la seguridad, que con frecuencia incurre en el uso extrajudicial de sanciones al transgresor; legalmente reconocidos como mecanismo auxiliar de la policía estatal, los sistemas de seguridad privados cobran una creciente autonomía que incluye el uso discrecional de armas cada vez más potentes.
- Los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos en comunidades de fuerte raíz étnica; Bolivia, Colombia y Perú han introducido reformas constitucionales y/o legislativas encaminadas a reconocer el derecho de las comunidades indígenas a establecer y administrar una justicia propia, sin que en la práctica se hayan resuelto satisfactoriamente los eventuales conflictos entre estos mecanismos y el respeto a derechos humanos fundamentales.
- El recurso colectivo al linchamiento y el uso particular de sicarios, dentro de otros medios violentos y expeditivos de arreglo de cuentas referidas tanto a deudas como a agravios. Con 346 casos de linchamientos ejecutados o intentados entre 1996 y 2000, según información recabada por la Misión de Naciones Unidas en el país, Guatemala es el país de la región con mayor número de linchamientos producidos en los últimos años. Ese país supera en mucho los nada escasos linchamientos llevados a cabo en México, Perú, Venezuela y Ecuador. Por su parte, Colombia ha visto multiplicarse a sicarios, paramilitares, grupos de “autodefensa” e iniciativas de “limpieza social”. En Brasil, la privatización de la justicia está fuertemente asociada al narcotráfico; en las *favelas* brasileñas parecen existir mecanismos de control social bastante eficientes que, en manos de los distribuidores de drogas, proveen soluciones a los conflictos locales.

La búsqueda de lugares alternativos para resolver conflictos sociales usualmente se ampara en la eficacia, que resulta inexistente o muy limitada en el aparato judicial. Se pone de lado así el principio republicano

de que los jueces resuelven conflictos no sólo porque las partes interesadas se lo solicitan sino debido a que tienen el encargo formal de la colectividad para hacerlo.⁵⁰ En muchos de nuestros países, este mandato es sólo formal debido a que la legitimidad del Estado y sus mecanismos de representación —a través de los cuales se comisiona a los jueces el encargo de “administrar justicia en nombre de la nación”— son precarios y están sujetos a permanente sospecha y cuestionamiento. Ciertamente, de precariedad, sospecha y cuestionamiento se alimenta la presente endeblez judicial.

Sin embargo, algunas de las llamadas formas alternativas de resolución de conflictos no garantizan de veras el ejercicio pleno de los derechos civiles, y facilitan la imposición de quien socialmente es más fuerte (Domingo y Sieder, 2001). De otra parte, la sustracción poco discriminada de materias que son actualmente competencia de los tribunales puede profundizar la situación de relativa marginalidad que ya afecta la función judicial, respecto de cuestiones sociales y económicas de importancia, lo que a su vez debilitaría al régimen político como tal (Faundez, 1997: 18).

¿Qué costos conlleva, en un Estado debilitado, la renuncia, legalizada o no, a su tarea de administrar justicia en nombre de la nación? Para responder adecuadamente debe notarse que algunos de aquellos nuevos protagonismos étnicos y localistas, a los que se ha aludido, tienen una clara potencialidad centrífuga que porta una amenaza severa contra un Estado que atraviesa en América Latina por condiciones de mala convalecencia o de pronóstico reservado. En materia de resolución de conflictos, algunos de esos protagonismos postulan, para resolverlos, formas de regresión, a las que revisten de un ropaje popular e intentan justificar en el hecho de que la población, a falta de presencia estatal, tolera esos sucedáneos primitivos. El fracaso del Estado lleva entonces, en el extremo, a proponer como deseables aquellos productos degenerativos que algunos grupos sociales han segregado para darse un cierto orden, aunque esto implique, entre otros ejemplos, someterse localmente a la dictadura de sicarios or-

⁵⁰ Esta función corresponde exclusivamente al sistema jurídico, subraya Luhmann (1986: 123), para garantizar que los conflictos sociales no sean resueltos según criterios morales vigentes en un momento dado, aun cuando éstos gocen de cierto respaldo social. Al derecho establecido en sede judicial corresponde, según este razonamiento, mantener la diferenciación entre razón y moral.

ganizados o aplicar penas que, como el flagelamiento, se creían superadas a través del desarrollo de los derechos humanos.

La relación entre justicia y Estado, en cuanto se carga de legitimidad, debe ser considerada en un doble sentido. Esto es, si en el modelo político republicano resolver conflictos por los jueces es algo que debe hacerse desde la legitimidad del Estado, resolverlos adecuadamente a su vez debe contribuir a la legitimidad del Estado nacional. De un lado, el Estado presta a la justicia legitimidad formal; de otro, la justicia otorga al Estado legitimidad por resultados. Estos resultados otorgan tanto la legitimidad que requieren las instituciones políticas —y que, en los países de democracias originarias,⁵¹ es provista en parte por el funcionamiento relativamente eficaz del sistema de justicia como contralor de los actos de poder—, como aquella que cobra el propio aparato judicial al desempeñar tal función, junto a la de resolver confiablemente los conflictos entre particulares y entre éstos y el Estado.

Para el caso de las democracias desarrolladas, se ha sostenido que si “la judicatura aparece como parcializada e injusta”, la consecuencia será el desarrollo de “una actitud de cinismo hacia el sistema judicial, que reduce su efectividad como mecanismo para resolver conflictos y mantener el orden social” (Belloni, 1992: 280). En el caso de nuestros países, y a partir de expectativas sociales semejantes o diferentes, cabe preguntarse cuáles son los efectos de un desempeño del aparato judicial manifiestamente insuficiente. Una elaboración sobre el tema probablemente deba concluir en que, al operar sólo la legitimidad formal en una dirección —mediante el encargo estatal de su tarea a los jueces— y no concurrir la legitimidad por resultados proveniente del trabajo judicial, resultan afectados, en casi todos nuestros países, tanto la justicia como el Estado, puesto que deviene así incumplida la promesa del modelo político ofrecido.

A la vista del proceso actualmente en curso, la pregunta atingente al régimen político es: ¿qué significan para la legitimidad del Estado tanto las “salidas” autoritarias al problema de la justicia como sus “formas alternativas”? En muchos de los países de la región se ha intentado la construcción de la nación desde el Estado; los grados de éxito alcanzados son diversos y están sujetos a debate. Pero puede decirse que en Uru-

⁵¹ El término es usado en el sentido propuesto por O'Donnell (2000: 5) para referirse a los países de democratización temprana, situados en el noroccidente del planeta, más Australia y Nueva Zelandia.

guay, Chile y Costa Rica —para citar los casos menos discutibles— se ha alcanzado un importante grado de esa construcción nacional promovida desde el aparato estatal. No es una coincidencia que las formas de “privatización” de la justicia no hayan surgido, o sean excepcionales, precisamente en esos países; por el contrario, las formas “alternativas” a la justicia estatal parecen prosperar en aquellos países que, como Guatemala, nunca alcanzaron una implantación fuerte del Estado o aquellos otros, como Colombia y Perú, donde el Estado se ha visto reducido crecientemente en razón de diversos factores, desde las contingencias de conflictos armados internos hasta el desmontaje de instituciones y políticas públicas en razón de exigencias de adelgazamiento y austeridad fiscales.

¿Las fuerzas centrífugas y/o regresivas pueden resultar alentadas al trasladarse capacidades —en este caso, la de resolver conflictos “a lo judicial”— que el Estado no puede ejercer? O, por el contrario, ¿descargar al Estado de aquello que no atina a realizar aceptablemente permitirá reforzar su capacidad en otros terrenos? Si la segunda fuera la vía posible, habría que tener muy en claro cuáles son esos terrenos, a ser sustraídos de la actual tarea judicial. Pero la premisa mayor de tal deslinde debería ser la eficiencia y no la impotencia. Renunciar a ejercer el monopolio de la fuerza y el de la creación de normas, en vista de que nuestros Estados no han logrado alcanzarlo o lo han perdido, equivale a institucionalizar aquello que constituye una carencia grave del régimen político.

La experiencia histórica latinoamericana —como la de todo el mundo moderno— liga inevitablemente, para bien o para mal, la construcción de lo público a la expansión y el fortalecimiento del Estado (Bejarano, 1994: 48). En el caso europeo, el desarrollo de los derechos ciudadanos se realizó a través de la construcción nacional promovida desde el Estado (Janoski, 1998: 3). En el caso nuestro sería necesario asegurarse de que el ejercicio de la función judicial por otras instancias no socave “la capacidad estatal para crear y sostener un orden interno” (Bejarano, 1994: 50). Pero, además, la desestatización de la administración de justicia no debería cancelar uno de los posibles espacios institucionales para la construcción aún pendiente de aquello que —por vía de constituir la esfera de lo público— podemos tener en común como nación, y acaso podría entonces contribuir a otorgarnos base para mejor fundar la identidad nacional. Desplazar el proyecto de lo público hacia otras esferas es, de momento, una aventura de signo y desembocadura desconocidos.

En ese paisaje ha surgido un nuevo desafío para el Estado: la globalización, que incluye un conjunto de fenómenos, actualmente en curso y sin desembocaduras definidas. A través de ellos se han generado espacios de internacionalización, que empezaron en los ámbitos propios del capital y se desplazaron luego a los políticos —como lo demostraron primero la Guerra del Golfo y luego la intervención internacional en Kosovo— para asomar enseguida en lo jurídico. Tanto el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia como el caso Pinochet —detenido en Londres a pedido de un magistrado español por crímenes cometidos en Chile— constituyen la apertura exitosa de lo que, muy probablemente, habrán de ser crecientes espacios de judiciabilidad universal. Junto a ellos, y en términos aún más amplios, la reciente creación de un tribunal penal internacional con competencia universal: *i)* recorta significativamente la “soberanía nacional” —de la que con algún atraso histórico siguen hablando en términos absolutos algunos textos jurídicos—, y *ii)* pone en revisión el ya desfasado principio de “no intervención en asuntos internos”, que aún se enseña en las facultades de derecho latinoamericanas.

Al enorme desafío planteado al Estado por la globalización se suma, en el nivel nacional, una serie de procesos menos percibidos que los correspondientes al nivel mundial, y que revelan el surgimiento de una diversidad de protagonismos étnicos y locales, caracterizados todos por reivindicar una mayor capacidad de decisión. Aunque el fenómeno no es privativo de Latinoamérica —como nos lo hace ver claramente el caso español—, lo propio de esta parte del mundo consiste en que tales reivindicaciones enfrentan a un Estado que, en algunos casos, nunca tuvo implantación suficiente, y que, en otros, fue deliberadamente debilitado mediante varias estrategias que lo han privado no sólo de recursos sino también de legitimidad social.

En suma, el Estado nacional en América Latina, sin haber alcanzado o mantenido el papel que en su momento cumpliera en Europa o en Estados Unidos, como eje integrador de la nacionalidad o las nacionalidades que su territorio alberga, es asediado desde dos frentes distintos pero, en sus efectos, convergentes. Ese contexto no puede dejar de ser tomado en cuenta al evaluar el tema de la producción de normas jurídicas y la resolución de conflictos en la región.

La propuesta, aquí formulada, de llevar el examen del tema judicial a un marco de comprensión mayor adoptará en lo que sigue dos ejes analí-

ticos. El primero está referido a las características de la gestación de normas y al lugar reconocido a juez y ley en la región. El segundo concierne a las condiciones de ejercicio de la ciudadanía en nuestros países.

5. El modo de producción jurídico en América Latina

El lugar de la función judicial en el régimen político es en América Latina un tema poco trabajado, cuyas escasas referencias teóricas están basadas en un traslado, casi sin elaboración, del papel de jueces y administración de justicia en las democracias originarias. Como bien ha observado O'Donnell (2000), para el conjunto de la conceptualización sobre el tema de la democracia, tal traslado contiene el alto riesgo de desembocar en la incapacidad explicativa acerca de ciertos rasgos del fenómeno político existente en América Latina.

Aquí se propone, en cambio, iniciar el análisis desde una consideración crítica de ciertas características propias de la constitución del derecho en nuestros países. Entre ellas, tienen centralidad:

- La generación fundamentalmente exógena de los contenidos de la legislación de nuestros países.
- La asimilación de una definición de la función judicial (“el juez es la boca de la ley”) que sostiene derivarse del modelo de la Revolución francesa —aunque más bien corresponde al modelo napoleónico—, y cuya lectura es altamente tributaria de una tradición hispana trasladada a las que fueran colonias latinoamericanas, donde aún mantiene vigencia.

La conjunción de ambas vertientes desemboca en el sometimiento del juez, por la vía de la interpretación literal de la ley, a una voluntad popular fictivamente expresada en una normativa legal cuyo respaldo efectivo corresponde a una pobre base de legitimidad social.

En esa revisión crítica debe notarse que la historia del derecho, en casi todos los países de la región, registra una sucesión de instituciones periódica y, en muchos casos, antojadizamente renovadas —a lo largo de más de doscientos textos constitucionales producidos en la región (Domingo, 1994: 15)—, sin que muchas de ellas alcanzaran implantación suficiente en el medio social para el cual se suponían diseñadas. Pese a ello, en

nuestros ambientes jurídicos aún se pretende que tales instituciones jurídicas desempeñen el papel crucial de normas con arreglo a las cuales deban quedar jerarquizadamente ordenados derechos, deberes y conductas de los ciudadanos.

Sobre la base de prescindir deliberadamente de toda consideración en torno a la relación entre norma y realidad social, tales instituciones han sido presentadas, por una cuestionable práctica académica del derecho, como un aparato normativo coherente y respetable. En una vía de esa práctica académica se ha efectuado y se efectúa aún el ejercicio comparativo de someter tales normas a un cotejo de similitudes y diferencias con otras formalmente equivalentes, que corresponden a los regímenes democráticos de los países desarrollados y que se diferencian de las instituciones latinoamericanas en que aquéllas alcanzan, en un contexto social muy diferente, un importante grado de vigencia, mientras que éstas no.

La mayor parte de los estudiosos del derecho en América Latina renunció a examinar la cuestión de los orígenes de la normatividad vigente o a ser adoptada. Se prescindió así de la tarea de analizar la medida en la que un orden legal nacional y sus instituciones son productos de un desarrollo jurídico propio, o han resultado impuestas o modificadas profundamente por determinaciones externas (Schmidhauser, 1992: 231). De tal omisión se desprendió la falta de consideración acerca de las consecuencias que para el funcionamiento del orden legal se derivan de la predominancia de los componentes normativos de origen externo.

Los autores de nuestros numerosos textos constitucionales y diversos códigos pretendieron que, mediante la adopción acrítica de instituciones que se dio en llamar “avanzadas” (Domingo, 1994: 5), la realidad se transformaría tarde o temprano. La transformación no se produjo y, peor aún, sin que los legisladores se lo propusieran, la trayectoria constitucional y legal de estos países vino a resultar intrínsecamente falseada por esta vía. Así puede entenderse que la Argentina se constituyera como, y sea aún, una república federal, pese a que el centralismo porteño asfixia todo peso provincial. También así se comprende cómo las sucesivas Constituciones de países como Perú, Bolivia o Guatemala no han vacilado en proclamar una igualdad ciudadana ante la ley, que resulta desmentida por duraderas realidades indígenas de discriminación y falta de acceso al ejercicio de derechos y libertades fundamentales.

Nuestra producción legislativa careció de un carácter endógeno, y la gestación de instituciones jurídicas ha atendido más al exterior que a la consideración atenta y cuidadosa de nuestras propias realidades. En lugar de que nuestras sociedades gestaran, según su propio curso de desarrollo, las normas que éste requiriera, se prefirió recurrir a aquello que José Hurtado (1979) denominó, a propósito del primer Código Penal peruano del siglo XX, “la ley importada”. Trasplantar instituciones legales no sólo era más fácil; además, tenía como ventaja el que esta “importación” pudiera ser presentada como un paso importante del país hacia la modernidad. Una conceptualización equivocada de lo que es el derecho disoció la norma de la realidad a la cual corresponde, y nos propuso —e impuso— las normas de países muy distintos a los nuestros, a la manera de una transferencia tecnológica imposible de asimilar.

El uso de verbos en tiempo pasado, en este texto, puede resultar equívoco, puesto que oleadas imitativas, acriticamente aceptadas, siguen marcando la producción normativa en nuestros países. De esta manera, el Tribunal Constitucional que funciona aceptablemente en España fracasa al ser copiado en varios países latinoamericanos; el sistema penal con el que Estados Unidos ha manejado el delito durante siglos afronta problemas severos al ser trasplantado a Centroamérica; una institución recientemente creada por los escandinavos resulta un aparato burocrático caro y de utilidad librada a quien es nombrado *ombudsman* en aquellos de nuestros países que la adoptaron. Además de la práctica académica del derecho prevaleciente en América Latina, una forma etnocéntrica de operar en la cooperación internacional es actualmente un vehículo importante para mantener en funciones este circuito de promesas jurídicas engañosas, realidades resistentes a los cambios legales y frustraciones sociales repetidas.

De modo complementario a la puesta en vigencia de normas e instituciones, cuya relación con la realidad es escasa o conflictual, debe introducirse un útil elemento auxiliar para la consideración del tema de la producción normativa en la región. Nuestras instituciones jurídicas fundamentales se mantienen, en mucho, como herederas del principio virreinal hispánico, según el cual “la ley se acata pero no se cumple”. Esta fórmula, pese a originarse en otros propósitos,⁵² consagró ese divorcio entre

⁵² Ésta fue una fórmula que vino a cobrar efectos malignos, pero que en su origen careció del cinismo que hoy le adjudicamos y permitió salvar, de una manera formal pero in-

ley y realidad que hubo de mantenerse insalvable cuando la tarea de legislar en las colonias, ya independientes, quedó a cargo de personas nacidas en ellas que, sin embargo, no se esforzaron mucho en conocer las particularidades de su realidad. La imitación normativa en nuestros países, ya independientes, ha sustituido con efectos parecidos a la producción de normas desde la metrópoli. Así, en muy distintas fases históricas, ley y realidad han marchado por carriles diferentes, cuyos puntos de contacto resultan frecuentemente conflictuales.

Al consagrar normas constitucionales que establecen instituciones, derechos y deberes que, hipotéticamente, sólo podrían ser realidad en un futuro indeterminado, nuestros legisladores construyeron las bases de un orden legal flotante, irreal, cuajado de promesas pero carente de exigibilidad. En el plano de la ejecución, como observara Ots para la etapa del derecho indiano, la consecuencia es indiscutiblemente negativa: al dictarse “normas de cumplimiento difícil o imposible, se dio pie, sin desearlo para que de hecho prevaleciera en buena parte la arbitrariedad” (Ots, 1986: 13). La marcada disyunción entre la norma escrita y las posibilidades de hacerla efectiva, de un lado, ha contribuido a la falta de obediencia a la norma de derecho, prevaleciente en la región (Schor, s/f; Popkin, 2000: 200-201); de otro, y siguiendo la tradición colonial, con ella ha sido incrementado el margen de discrecionalidad en manos de la autoridad, lo que en el marco de una cultura política autoritaria tiende a favorecer la producción de decisiones autoritarias (Domingo, 1994: 6).

Desde el lado académico, el escape teórico para preservarse de la contradicción patente en un orden legal que no se efectiviza ha consistido en optar por una versión sumamente pobre del positivismo jurídico, que reduce el estudio del derecho al del texto de la ley, mayormente en su literalidad, y omite sistemáticamente la temática de su vigencia. En la orilla opuesta, la necesidad de estudiar el fenómeno jurídico en su contexto social particular proviene de la imposibilidad de separar la norma de los términos de su vigencia efectiva. Del mismo modo que los principios democráticos generales, al enraizarse en una sociedad dada, adquieren sen-

geniosa, los problemas que hubiera generado en Indias la aplicación de una legislación pensada en la metrópoli y escrita por personas que no conocían las colonias. En esa etapa fundacional de nuestras sociedades, no aplicar una legislación extraña a la realidad americana fue, en alguna medida, la manera de evitar daños mayores. Los efectos de largo plazo, sin embargo, devinieron altamente nocivos para la cultura jurídica latinoamericana.

tidos específicos, los principios e instituciones constitucionales no se convierten en prácticas sociales ni son fuerzas conductoras de libertad e igualdad sino en la medida en que se localizan en el contexto de una historia nacional (Habermas, 1994: 27).

Llevar a cabo la revisión crítica planteada debe desembocar en una reconsideración de dos nociones básicas cuyos significados precisos, en términos de América Latina, aún se hallan pendientes de ser mejor alcanzados:

- La noción de norma y ley, que debe ser reexaminada para hacerse cargo del alto nivel de incumplimiento estable y normalizado que le resulta consustancial en América Latina,⁵³ y que ha dado lugar a una serie de efectos ocultos del orden legal y a un borroso mosaico de situaciones de legalidad/ilegalidad —equivocamente aludidas, a veces, como formalidad e informalidad—,⁵⁴ que no han sido suficientemente captados empíricamente ni elaborados conceptualmente.
- La noción de independencia judicial, como eje doctrinariamente propuesto para el desempeño de la función del juzgador, que debe hacerse cargo de condicionamientos/limitaciones/exigencias/posibilidades provistos por el régimen político, y las resultantes en términos de generación de legitimidad, tanto para el juez como para el gobernante.

⁵³ Sobre el origen virreinal de esta disociación, pocas dudas caben. El derecho indiano persiguió “estructurar la vida jurídica de estos territorios con visión uniformizadora y tratando de asimilarlos a las viejas concepciones peninsulares”; el resultado de esa política jurídica consiste en que “se desconocen [...] o se tratan de soslayar ineludibles imperativos económicos y sociales. Ésta es la causa de que se observe, a lo largo de toda la vida jurídica colonial, un positivo divorcio entre el derecho y el hecho. Una fue la doctrina declarada en la ley y otra la realidad social” (Ots, 1986: 12, 13).

⁵⁴ Al confundir legalidad con formalidad e ilegalidad con informalidad, se asume implícitamente que legalidad e ilegalidad son dos territorios nítidamente distintos, cuyos protagonistas también son diferenciables. De una parte, se pierde así de vista lo más importante del fenómeno tercermundista: una dinámica en la que los sujetos jurídicos se valen de legalidad e ilegalidad según les resulte necesario y/o rentable. De otra, se ignora que hay ámbitos de ilegalidad importantes —como la actuación de las instituciones policiales, por ejemplo— que están dotados de un ambiente institucional altamente formalizado, y que, paralelamente, existen mecanismos de actuación informal que tienen significativos componentes de legalidad —como la venta ambulatoria que está sujeta al pago de impuestos—.

En ese renovado marco conceptual será posible situar y explicar mejor la incapacidad judicial para constituirse en lugar institucionalizado para la exigencia y el procesamiento de demandas encaminadas a establecer responsabilidades en quienes ejercen poderes públicos (*accountability*), dentro del funcionamiento del régimen político. Asimismo, en ese marco será posible avizorar las consecuencias que de tal incapacidad, o capacidad sólo relativa, se derivan tanto para el régimen político como para la función judicial.

6. *La condición de ciudadanía en América Latina*

Emprendida una reconsideración acerca del significado real del orden jurídico y del valor preciso de sus instituciones republicanas, el siguiente aspecto a ser abordado debe referirse a sus protagonistas: los ciudadanos que desempeñan los diferentes papeles que el sistema legal les reconoce, en tanto, sujetos de derecho. Ciertamente, todos ellos, de acuerdo a las normas vigentes, son ciudadanos; a esa condición corresponde inseparablemente la igualdad ante la ley (Bendix, 1964: 76).

La ciudadanía es un concepto clave en un régimen, un Estado y una sociedad democráticos. Entre ciudadanía y democracia existe una relación “necesaria” (O’Donnell, 1993: 172). La esencia de esa relación fue puesta en relieve en la definición de ciudadanía que Marshall produjo hace cincuenta años: “un sentido directo de pertenencia a una comunidad, con base en la lealtad a una civilización que es compartida. Es una lealtad de hombres libres dotados de derechos que son protegidos por un orden legal común a ellos” (1992: 24).

En el examen de la experiencia europea, la relación entre democracia y ciudadanía ha sido claramente establecida: sin un conjunto de obligaciones mutuas entre ciudadanos y Estado no existe participación política ni protección contra la acción estatal arbitraria (Tilly, 1995b: 234).

En la tradición jurídica, bajo el peso del pensamiento liberal, la ciudadanía ha sido considerada como un estatus bien definido por la ley nacional. Pero, si intentamos asegurarnos de cuál es el significado real del ejercicio de la ciudadanía, resulta más apropiado considerar a la ciudadanía como un conjunto de prácticas y no simplemente como un estatus legal (Da Matta, 1987: 307); mientras que este último concepto nos restringe a un plano normativo que se manifiesta insuficiente, el primero porta

la capacidad para referirnos a la condición efectiva que tal estatus adquiere en la realidad.

En esa dirección, Tilly (1995a: 8) sugiere que la ciudadanía es un tipo especial de vínculo, consistente en una serie continua de transacciones entre personas y agentes estatales, en la cual cada quien tiene derechos y obligaciones susceptibles de ser coactivamente exigidos. Habermas (1994: 23) ha precisado que una nación de ciudadanos procede de la práctica ciudadana de ejercer activamente sus derechos civiles. En sentido concurrente, O'Donnell ha observado que:

La ciudadanía efectiva [...] es también un modo de relación entre ciudadanos y Estado, y entre los ciudadanos mismos. Es un modo continuo de relación [...] entre individuos protegidos y habilitados (*empowered*) por su ciudadanía. La ciudadanía no resulta menos ultrajada cuando el voto es impuesto que cuando una mujer golpeada o un campesino no pueden esperar resarcimiento en un tribunal o cuando la casa de una familia pobre es ilegalmente invadida por la policía (1998: 58).

Dado que resulta crucial la coerción del aparato institucional para que efectivamente derechos y obligaciones sean respetados (*enforcement*), el papel desempeñado por los jueces de un Estado determinado, con respecto al funcionamiento del haz de derechos y deberes contenidos en la ciudadanía, es fundamental (Giddens, 1985: 195). Marshall (1992) planteó que el desarrollo de la ciudadanía —especialmente en el ámbito de los derechos civiles— sólo es posible mediante el sistema de justicia, en tanto sea un aparato estatal claramente diferenciado tanto del Congreso como del Ejecutivo.

Si en un país dado no hay coerción estatal que garantice que la ley sea respetada, o el poder de coerción se ejerce discriminadamente, o el proceso de coerción revela que las partes no son verdaderamente iguales ante la ley, se está ante una brecha que cuestiona la medida en la que la ciudadanía existe en ese país. Tal cuestionamiento se deriva de que la condición de ciudadanía es validada por el tipo de acción estatal respecto de ella. Esto equivale a sostener que derechos y obligaciones ciudadanos existen cuando los órganos estatales les dan forma legal y toman las medidas conducentes a hacerlos efectivos (Janoski, 1998: 11).

Esta perspectiva analítica conduce a la necesidad de examinar las condiciones de realidad atingentes al ejercicio de la ciudadanía. De una par-

te, las formas de modernización política gravitan de modo diferenciado sobre el sentido de la ciudadanía (Moore, 1966); de otra, el conjunto de derechos comprendidos en la definición de ciudadano, que un orden legal adopta, no puede ser separado de las condiciones existentes para que tales derechos puedan ser ejercidos (Held, 1989: 201).

En el pensamiento dominante en América Latina durante muchos años, la separación forzada entre ciudadanía y condiciones de ejercicio se nutre del efecto de un rasgo cultural arraigado, según el cual, el cambio social es producto directo de la reforma de las leyes y el cambio de los diseños institucionales.⁵⁵ En el ámbito de la política ese atributo cultural adquiere una utilización perversa, en manos de los operadores ante su electorado, al que ofrecen nuevas leyes como camino eficaz para llegar al cambio. Pero este factor tiene vigencia mucho más allá de su utilización política: si se analizan con cuidado muchos de los movimientos sociales importantes en la región, la alta prioridad asignada por ellos a reformas legales parece expresar la creencia en que el cambio de la ley traerá consigo necesariamente alteraciones en la vida real. Esta actitud social ha facilitado que se extienda una falta de consideración respecto de aquellos factores que, más allá del diseño institucional y los contenidos normativos, comprometen la puesta en ejecución de las leyes y el funcionamiento de las instituciones jurídicas. Entre esos factores, la cuestión de igualdad legal y desigualdades sociales merece una atención preferente.

Pese a que en la teoría sobre la democracia en los países originarios actualmente se incluye de manera rutinaria la correspondencia entre cierto nivel de igualdad real y el acceso a la condición de ciudadano, debe recordarse que tal relación se generó históricamente en el curso seguido

⁵⁵ La constatación de esta misma actitud entre los italianos sugiere que el rasgo trasciende el ámbito hispano:

“[Laws] are generated in a continuous stream by a curious Italian superstition: when things go wrong, problems are baffling, and nothing else avails, a new law is usually passed, often too difficult and complicated to be applied properly, in the hope that it will have thaumaturgic [e]ffects, that it will act like an incantation and ward off that particular evil. Some, of course, are useful. A few are good. Many useless or unpractical ones have been forgotten, ‘abrogated by desuetude’ is the technical term, but all can be suddenly rescued from oblivion, dusted, and used at any time for the benefit of a powerful group, as weapons for the destruction of its enemies. Courts do very little to disentangle the confusion. Few Italians in their right mind expect anything but erratic justice from them. The current rule is never to sue when one is in the right. It is too risky. One should go to court only when one knows is in the wrong and on the defensive” (Barzini, 1964: 104).

por tales sociedades.⁵⁶ En ese proceso, iniciado con reconocimientos formales que surgieron, en muchos casos, de luchas y conflictos sociales, la búsqueda de las condiciones para ejercerlos dio lugar a nuevos ámbitos de conquistas: los derechos económicos y sociales (Marshall, 1992; Bendix, 1964; Tilly, 1995b).

En contraste, en el caso de los países latinoamericanos, la igualdad ha sido proclamada con base en los textos legales, como si ese reconocimiento fuera bastante, y la igualdad real, carente de reconocimiento como condición de ejercicio de la igualdad legal, ha sido propuesta en el terreno político como objetivo a alcanzar en un plazo indeterminado. La igualdad real ha resultado ignorada entonces, entre nosotros, como presupuesto de la democracia y del goce de la ciudadanía. Ha sido así más sencillo cuestionar el rendimiento de un gobierno de origen democrático, a la luz de un desempeño insuficiente en cuanto productora de igualdad, que preguntarse por el significado de las enormes desigualdades establemente existentes como condición de imposibilidad de construcción democrática y/o de desarrollo ciudadano.

En el terreno de las relaciones jurídicas y la administración de justicia, la discusión precedente parece encontrar expresión a través de un viejo tema doctrinario: el contraste entre igualdad real e igualdad jurídica, cuestión que ha alimentado, entre otras materias, ciertas reflexiones críticas en filosofía del derecho y la elaboración doctrinal en materia de contratos. Pero es preciso ir mucho más allá en la indagación para establecer bajo qué condiciones de igualdad real es posible que la igualdad jurídica no sea una mera ficción legal, carente del asidero mínimo que permita, en efecto, relaciones jurídicas entre sujetos que son iguales no simplemente porque la ley así lo declare sino, antes que eso, porque tienen capacidades relativamente semejantes o equivalentes

Tales capacidades ciudadanas incluyen:

- Saberse portadores de derechos y obligaciones.
- Considerarse en condiciones de generar relaciones con consecuencias jurídicas.

⁵⁶ Al examinar esa relación, debe recordarse que durante los siglos XVIII y XIX, en los países de democracia originaria, "Equality before the law did not exist". Los impedimentos existentes tenían base en los prejuicios de clase y en "the automatic effects of the unequal distribution of wealth". (Marshall, 1992: 22; Bendix, 1964: 77).

- Hallarse en condiciones de exigir que tales derechos y obligaciones, legal y contractualmente establecidos, sean declarados por un tercero imparcial en nombre de la colectividad de pertenencia.

De una parte, el derecho y, por cierto, su reforma presuponen la existencia de un Estado con capacidad efectiva para ejercer el monopolio de la fuerza, sin el cual ningún orden jurídico moderno funciona (Faundez, 1997: 23; Domingo y Sieder, 2001). De otra parte, como sugiere la experiencia de los países de democracia originaria, la construcción de un Poder Judicial imparcial es, también, resultado de la existencia y actividad de ciudadanos cuya constitución y desarrollo como tales los conduce a demandar la existencia y el funcionamiento de una institución que garantice el desempeño de esa función.⁵⁷

En cambio, en nuestros países se constata la falta de experiencia de reciprocidad entre derechos y deberes, característica de una comunidad política republicana (Bendix, 1964: 73; Held, 1989: 199). Da Matta (1987: 317) ha observado, en el caso brasileño, que mientras las normas legales asignan primordialmente al rol de ciudadano la igualdad de todos ante la ley, ésta no aparece en la ciudadanía como experiencia social de la vida diaria. De allí que este autor sostenga que, en Brasil, la noción de ciudadanía sufre una desviación que impide la realización de su sentido universalista e igualitario (*op. cit.*: 313).

En verdad, no hay igualdad legal posible cuando el testigo de cargo contra el policía abusivo ofrece su testimonio en un idioma que los jueces no comprenden. No hay igualdad legal posible cuando el trabajador que demanda al patrón por la violación de sus derechos laborales es despedido y a cambio sólo puede esperar una indemnización que, de hacerse efectiva, no compensa la condena a desempleo durante un plazo indeterminado. No hay igualdad legal posible cuando la mujer que denuncia los tratos violentos que le dispensa el marido, sabe que esa misma noche ni policías ni jueces la librarán de una nueva paliza, dada como sanción a su atrevimiento. No hay igualdad legal posible si una de las partes puede

⁵⁷ A este respecto, Frankel ha advertido radicalmente que: “the nations will have a judiciary that advances democracy if they first of all genuinely want and fight for democracy and then demand such a judiciary [...] In a society that is not free, and not committed to democratic principles, there will be no way that the judiciary can advance the cause of, or even the transition to democracy” (Frankel, 1993: 28).

costearse un abogado exitoso y la otra forma fila ante un defensor público o ante un consultorio jurídico gratuito, que son los únicos recursos —ciertamente engañosos desde el lado de su eficacia— para la mayoría de la población. Sin un piso de igualdad real entre los ciudadanos, la igualdad legal —que, desde el siglo pasado, nuestros constituyentes han repetido, sin dudas de conciencia, en nuestros textos constitucionales— será siempre la más grave de las ficciones jurídicas, porque torna ilusorias las mejores promesas del régimen republicano.⁵⁸

Si bien es posible que algunos derechos sean limitadamente desarrollados en el terreno judicial, la radical desigualdad existente no puede ser remediada —con frecuencia, ni siquiera atenuada— a través de un mejor funcionamiento del aparato de justicia estatal. La justicia que aparece en la letra de nuestras Constituciones y leyes es una justicia republicana, ante la cual los ciudadanos en ejercicio real de derechos y deberes comparecen para dirimir sus diferencias. No es ésa la realidad predominante que asoma en tribunales y juzgados de la región, visitados a menudo por seres escasamente nutridos, que apenas entienden de qué se les acusa, o que balbucean trabajosamente su reclamo de derechos. Si, a partir de la desigualdad estructural, no se cuenta con un supuesto —tácito pero fundamental— de la justicia republicana, aquello que se ha fijado como objetivo de la justicia estatal constituye para ella un desafío imposible.

Al abordar, en el terreno judicial, la cuestión de cómo operan las condiciones de igualdad/desigualdad reales, el estatuto de ciudadano queda sometido a una prueba que, para amplios sectores sociales, concluye en exclusión y/o discriminación. Sea que el resultado consista en la exclusión total, sea que equivalga a un acceso precario o sujeto a limitaciones, al generarse formas diferenciadas de acceso, en América Latina la condición de ciudadano se somete constantemente ante el juez a una prueba. Tal prueba no sólo es rendida por el juez; también el sujeto compareciente, en su desempeño, confirma o desmiente su condición ciudadana. El

⁵⁸ Las enormes desigualdades no son un hecho reciente, dado que acompañan desde siempre a la región. Aparte del agravamiento de la situación, según revelan ciertos indicadores, lo novedoso en la última década es que América Latina ha naturalizado la desigualdad extrema. Fracasados diversos proyectos contestatarios, tanto la desigualdad como la exclusión social parecen haberse hecho legítimas entre nosotros. La normalización de la pobreza creciente sólo parece generar en los sectores dirigentes, en los sectores altos y medio-altos, la preocupación acerca de cómo defenderse de la delincuencia a través de la cual algunos de los pobres buscan sobrevivir o labrarse un futuro mejor.

contenido de la ciudadanía, como logro alcanzado a través de una construcción social —que crece tanto a través de la lucha por obtener derechos como por su disfrute, una vez obtenidos (Marshall, 1992: 25)— se vale de la ley pero no se restringe a ella; el resultado queda de manifiesto en la actividad judicial: “la ciudadanía está en juego cuando, al establecer una relación contractual, una de las partes puede o no dirigirse a un organismo público legalmente competente del que cabe esperar un trato justo para que intervenga y falle el asunto” (O’Donnell, 1993: 167).

Precisar los contenidos y las limitaciones de la ciudadanía realmente existente permitirá definir mejor al ciudadano del régimen político y al sujeto que comparece ante la administración de justicia, en condiciones que afectan el producto a ser generado en su caso concreto por el aparato judicial.

7. Raíces de la pobreza legal

Al examinar las condiciones de ejercicio de la ciudadanía en América Latina, surge una diversidad de factores que deben ser tomados en cuenta. De una parte, ciertos elementos culturales muy arraigados se hallan en la base de esta temática. De otra, ciertos factores se originan en el terreno económico, básicamente a través de formas de distribución sistemáticamente generadoras de desigualdad. Por último, un tercer tipo de elementos corresponden a las características institucionales del aparato del Estado, en general, y de las entidades del sistema de justicia, en particular.

En el terreno de los factores culturales, lo primero que debe tenerse en cuenta es que, a diferencia de lo que ocurre en los países de democracia originaria, los contenidos de derechos y deberes importados como un paquete normativo tienen una capacidad muy limitada para lograr que la ciudadanía exprese una pertenencia compartida. Al no haber sido generados endógenamente, los niveles generados en cada ciudadano respecto de: *i)* adhesión a tales contenidos, y *ii)* identificación a través de un núcleo común que define la pertenencia a un conjunto social, resultan significativamente afectados.

Si la identidad ciudadana se conforma a partir del conjunto de derechos y obligaciones que definen a una comunidad (Mouffe, 1995: 217), esa conformación aparece trabada en el caso de aquellos países en los que tales contenidos fueron trasladados desde otras sociedades sin que

lograran alcanzar vigencia en el medio social receptor. Más bien, es posible conjeturar que, tal como la narrativa de la región sugiere, en diversas medidas, hombres y mujeres perciben el derecho como un territorio ajeno; esto es, distante, incomprensible y eventualmente amenazante. En particular, el desempeño del sistema de justicia es visto con desconfianza (Garro, 1999: 279).

El segundo elemento de orden cultural consiste en que la noción misma de “sujeto de derecho” no tiene raíces fuertes en la tradición ibérica y, en particular, en América Latina. De manera muy ilustrativa, Fernando Escalante (1992) se ha referido a este desarraigo al describir en el México del siglo XIX cómo, debido a que el derecho vino a ser invención de los legisladores y no un producto social propio, las leyes crearon jurídicamente un ciudadano realmente inexistente; en otras palabras, el concepto legal de ciudadanía precedió la aparición de los ciudadanos reales.

Como se ha anotado, los principios y criterios igualitarios —en los cuales están basados el concepto de ciudadanía y la noción de sujeto de derecho en Occidente—⁵⁹ han sido reconocidos en los textos constitucionales, pero no han permeado la vida social de la mayor parte de nuestros países. Tal como Roberto Da Matta ha puesto en relieve en varios de sus trabajos, existe otro conjunto de normas que gobiernan la vida social; este autor sostiene que la norma legal sólo es invocada por el ciudadano “desnudo”, aquel que no puede defenderse de otra manera debido a que carece de una red apropiada de relaciones sociales (Da Matta, 1987). El desarrollo de la ciudadanía parece requerir, por el contrario, que la sociedad pase de criterios de adscripción a criterios de logro, y de valores particularistas a universales; este tránsito hace posible la emergencia de un sujeto de derecho, que no esté confinado a las determinaciones propias de las sociedades tradicionales: familia, etnia, sexo (Parsons, 1966, *cit.* por Turner, 1990: 194).

Como tercer elemento cultural debe examinarse el contenido socialmente asignado a la noción de justicia. Las aberraciones generadas en la búsqueda de evitamiento de un sistema de justicia estatal que no produce resultados socialmente satisfactorios ilustran de manera dramática el hecho de que algunas de las nociones a las que adhieren amplios sectores

⁵⁹ Weber (1966: 233, *cit.* por Turner, 1990: 203) hizo notar que el concepto de ciudadano sólo se encuentra en Occidente.

de población en nuestros países no guardan ninguna relación con los conceptos a los que se supone inspiradores de nuestras leyes.

La noción de justicia, en el terreno acotado de los asuntos penales, resulta crucial y puede ser tomada como terreno privilegiado de examen. La prevalencia de la venganza como “derecho” de la víctima, que aparece en la raíz de acciones ahora cotidianas y que gozan de amplio respaldo social en varios de nuestros países, pertenece a un estadio de la teoría penal que la doctrina jurídica considera superado. No es ocioso recordar, sin embargo, que esa teoría penal también ha sido generada en los países de democracia originaria y que, igual que las instituciones legales —acompañándolas, en rigor—, ha llegado a nosotros a través de una importación acrítica. La crisis del sistema de justicia —que resulta desbordado, entre otras vías, por la acción socialmente aceptada y promovida de linchamientos o “vengadores” anónimos o identificados— pone en cuestión nociones y valores inspiradores del orden legal establecido, que se revela así como carente de respaldo social suficiente. En un contexto marcado por el incremento de la criminalidad, los contenidos de los derechos humanos —el debido proceso y la presunción de inocencia, especialmente— padecen de una falta de arraigo social suficiente en pueblos que, según sugieren resultados de encuestas y contenidos de medios de comunicación, únicamente parecen reclamar castigo, pronto e inflexible.

Las manifestaciones más visibles de la crisis del sistema de justicia ponen, pues, de manifiesto un hecho previo a ella: conceptos y valores trasplantados por una “ciencia jurídica moderna” corresponden sólo parcial y tangencialmente a intereses, percepciones, comportamientos y expectativas de hombres y mujeres reales.⁶⁰ Resulta así ensanchada la distancia entre los “códigos modernos”, que muchos de nuestros países se apresuraron a trasladar desde Europa o Estados Unidos, y los valores a los que adhieren sectores significativos del común de la gente.⁶¹

⁶⁰ Este subconjunto de la cultura ciudadana es denominado usualmente “cultura legal” y, parafraseando la clásica definición de cultura política ofrecida por Diamond (1994: 7), podría ser conceptualizado como el universo de creencias, actitudes, valores, ideales, sentimientos y evaluaciones, predominantes entre la gente, acerca del sistema jurídico de su país y el rol de sí mismo en ese sistema.

⁶¹ O'Donnell (2000: 42) se refiere a este tema como la disyunción entre los derechos reconocidos en un Estado determinado y la textura general de su sociedad. En términos globales, Habermas ha sostenido que “the legally institutionalized role of citizen has to be embedded in the context of a political culture imbued with the concept of freedom”

En el caso de las reformas judiciales, el desfase encuentra un terreno propicio que todavía no ha sido suficientemente advertido. Los modelos de justicia que se hallan implícitos en tales proyectos, en cierta medida, no corresponden a las expectativas sociales existentes (Hammergren, 1998: 306), y en esa distancia acaso resida una de las razones explicativas de la “falta de base social” de los procesos de reforma del sistema de justicia en curso. Es preciso hacerse cargo de esta distancia, entenderla e incorporarla como uno de los factores que tienen fuerza explicativa para dar cuenta de frustraciones y fracasos del proceso reformista.

En el terreno socioeconómico, las desigualdades aparecen como elemento central a ser examinado. Como se ha indicado antes, el principio de igualdad ante la ley fue superpuesto, desde la proclamación de la independencia, sobre las condiciones reales de los diversos sectores sociales y las correspondientes inequidades sociales, culturales y económicas. A diferencia de lo ocurrido en las democracias originarias, donde el derecho a la educación y al de asociación se desarrollaron, precisamente, para permitir el ejercicio de la igualdad formalmente otorgada (Bendix, 1964), en nuestros países esos instrumentos, auxiliares pero decisivos, tardaron décadas en ser puestos en marcha. Reducida mientras tanto la igualdad ciudadana a un derecho meramente formal, facilitó una grave desatención del factor jurídico, de parte de las fuerzas políticas contestatarias. En los últimos años, el peso de las inequidades no ha disminuido, en la medida en que la pobreza no ha sido reducida y la desigualdad —que es, en América Latina como región, la mayor en el mundo— se ha incrementado algo más con la introducción de las reformas de corte neoliberal (Stallings y Peres, 2000: 150).

Los efectos de ese marco económico y social, en el terreno de la justicia, no han sido menores, por lo menos con respecto a los más pobres. La falta de conocimiento del derecho, la carencia de recursos para contratar un abogado y la limitación de relaciones personales con los estratos altos de la sociedad —donde se toman las decisiones— concurren a la exclusión del sistema de justicia y a la vulnerabilidad frente a cualquier acto arbitrario, de origen particular o estatal (Blair and Hansen, 1994: 35).

(1994: 27). En términos específicos, se ha observado, para el caso de Ghana, la imposibilidad de implantar efectivamente la separación de poderes como práctica institucional mientras el pueblo no desarrolle los valores que corresponden a ella (Amisshah, 1976: 21).

Las consecuencias de la desigualdad social para el funcionamiento del derecho han sido examinadas en varios trabajos convergentes (*cf.* Juan Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro, eds., 1999). El análisis por sectores es detallado, y el balance de lo que se ha empezado a llamar “pobreza legal” (*legal poverty*) es sobrecogedor. Las desigualdades producen una gama de formas de discriminación que afectan especialmente a pobres, mujeres y niños, e indígenas. El acceso legal está negado o severamente disminuido para importantes, cuando no mayoritarios, sectores de la población en casi todos los países de la región. Grupos de población padecen, especialmente de parte de la policía, todo tipo de abusos y vejaciones que los jueces usualmente no condenan.

El uso del término “exclusión”, sin embargo, puede no ser del todo preciso. Porque, en rigor, las desigualdades generan una diversidad de diferenciaciones en el trato recibido de la justicia, según nivel de ingresos, origen social, condición étnica, sexo, edad, grado de educación, etcétera. En la parte más baja de esta escala discriminatoria, en efecto, se producen formas de exclusión; pero concentrar la atención sólo en esos bolsones, para cuyos ocupantes está cerrado el sistema de justicia, entraña el riesgo de perder de vista el conjunto dispar del fenómeno de desigualdad y justicia.

En el terreno institucional, finalmente, dos elementos deben ser destacados. El primero está referido al nivel de vigencia efectiva de la ley, que corresponde parcialmente a grados y formas de penetración del Estado. Como O'Donnell (1993) notara, en los países de la región, la presencia y el afianzamiento del Estado se diferencian significativamente, “coloreando” un mapa institucional con diversos significados. La efectividad del derecho, como capacidad para gobernar las relaciones sociales (O'Donnell, 2000: 46), depende en buena medida de la presencia eficaz del Estado. En el terreno de la justicia, si el Estado no logra efectividad en determinadas áreas, o la acción nominalmente estatal se halla en los hechos, privatizada por grupos dominantes locales, se carece de una condición esencial para que derechos y obligaciones sean efectivamente respetados.

El segundo aspecto relevante en materia institucional consiste en la falta de independencia judicial que cobra, en muchos países latinoamericanos, un peso histórico. Para contar con un proceso creíble de reconocimiento coercitivo de derechos y obligaciones se requiere un tercero que los adjudique imparcialmente, de acuerdo a reglas previamente estableci-

das. La tradición de los órganos judiciales de la región no incluye este componente de una manera estable y generalizada. En el pasado reciente, mientras que en algunos países —como Guatemala, El Salvador y Panamá— han ocurrido mejoras significativas, en otros —como Argentina, Perú y Venezuela— se han producido retrocesos muy importantes. En términos generales, pese a diversos esfuerzos de reforma encaminados a introducir y fortalecer la carrera judicial —a partir de procesos de selección basados en méritos—, los resultados no han alcanzado el establecimiento de un Poder Judicial independiente y que goce de credibilidad, en la mayoría de países de la región.

8. *Propuesta a modo de conclusión*

Del análisis del tema surge, de un lado, una base histórica y cultural débil para la constitución de las personas como sujetos de derechos y, de otro, una diversidad de factores de discriminación que generan una gama de formas efectivas de ser ciudadano. Este segundo rasgo puede ser bien comprendido desde la conceptualización formulada por Tilly:

La ciudadanía puede [...] variar de delgada a gruesa: delgada cuando asegura pocas transacciones, derechos y obligaciones; gruesa cuando ocupa una porción significativa de todas las gestiones, los derechos y las obligaciones aseguradas por los agentes del Estado y la gente que vive bajo su jurisdicción. Tal definición abre paso a múltiples categorías y formas de ciudadanía dentro de la jurisdicción del mismo Estado (Tilly, 1995a: 8).

Como se puede deducir del análisis efectuado sobre los diversos factores intervinientes, el producto generado en términos de ciudadanía no puede ser caracterizado dicotómicamente en América Latina, distinguiendo sólo entre ciudadanos y no ciudadanos. Los estudios disponibles sobre acceso a la justicia en la región ponen énfasis en la falta de acceso de los más vulnerables, hasta un extremo de exclusión que equivale a la negación de la ciudadanía (Dahrendorf, 1994: 17). Tales trabajos han escogido un ángulo que mira el objeto privilegiando el lado de no/acceso y/o exclusión. Bajo este enfoque, la variable discriminación sirve sólo para constatar la existencia del fenómeno, desperdiándose los matices con los que opera.

Si se toma el conjunto social, éste no exhibe un cuadro en blanco y negro, según el cual, en términos de ejercicio, unos cuantos son ciudadanos⁶² y la mayoría no lo son. Lo que parece surgir, más bien, es una compleja gama de grises. El examen del material disponible sobre casos nacionales sugiere la existencia de una diversidad de códigos y ejes clasificatorios que conforman un mosaico de peculiar complejidad. En ese marco parecen operar múltiples fuentes, tanto de logro de ciudadanía como de disminución de ciudadanía, cuyas resultantes concretas requieren un mayor conocimiento empírico, a los efectos de una elaboración conceptual más refinada.

La imagen de diversas formas de ciudadanía evita el riesgo de una presentación dualista de *ser ciudadano* vs. *no ser ciudadano*, que sería equivocada. La hipótesis que aquí se ofrece consiste en que en América Latina tenemos un espectro variado que comprende diversas y muy distintas formas de ejercicio real de la ciudadanía. En ese espectro, no/acceso y exclusión constituyen un extremo de la gama de situaciones de discriminación que, precisamente, deben ser mejor exploradas. Puede estimarse inicialmente que las variables clave para explicar esas diversas formas de ciudadanía efectivamente reconocidas por las instituciones del sistema de justicia son: nivel socioeconómico, sexo, edad, origen étnico y grado de educación de la persona que es parte en el caso.

La hipótesis ofrecida debe ser trabajada en un ámbito de investigación que establezca conexiones entre tres áreas temáticas: *i*) legitimidad en el régimen político, *ii*) desigualdad real y constitución de ciudadanía, y *iii*) distancia entre cultura ciudadana y valores del orden legal. Estas conexiones corresponden a un lugar de encuentro, pendiente de realizar, entre la reflexión sobre las condiciones de las democracias latinoamericanas y

⁶² Debe notarse que el reconocimiento de derechos, por instancias policiales o judiciales, a quien tiene recursos extrajurídicos para lograrlo, tampoco constituye una realización de ciudadanía, en cuanto se halla asimismo basado en la arbitrariedad. De modo que la existencia de un sector social reducido a cuyos integrantes sí les es reconocido el derecho otorgado por las leyes —pero, a menudo, no se les impone las correspondientes obligaciones—, en verdad, no constituye prueba de que ellos sí sean ciudadanos, en contraste con una mayoría que no tienen esa condición, que resulta equivaler así a un privilegio. Precisamente, el ser ciudadano consiste, en términos de ejercicio, en que los demás ciudadanos y los agentes estatales reconozcan igualmente derechos y deberes a la persona, en cuanto tal, sin que medien mecanismos extrajurídicos para ello.

la reflexión sobre las formas relativas de vigencia del estado de derecho en nuestros países.

Este enfoque del tema tiene un doble propósito. De una parte, interrogar tanto al sistema de justicia como a su reforma, a partir de esa agenda, debe permitir un acceso privilegiado a ciertos temas insuficientemente explorados en el funcionamiento del régimen político. De otra, al proveer a la temática de la reforma de la justicia de un marco conceptual más amplio, correspondiente a las sociedades en las que se inserta, se alcanzarán mejores condiciones para responder acerca de las limitaciones y dificultades halladas. Ambos propósitos deben permitir el establecimiento de conexiones conceptuales más claras entre democracia, Estado, derecho y sistema de justicia en América Latina.

En ese marco conceptual se deben abordar como objetos específicos de trabajo las nociones jurídicas de sujeto de derecho y de igualdad ante la ley, a efectos de contrastar su forma de reconocimiento normativo con las prácticas vigentes en la institución policial y el aparato judicial. Desde ese examen, debe identificarse qué perfil de ciudadanía adopta el ciudadano realmente existente, bajo el prisma de las instituciones en las cuales deben ser reconocidos sus derechos fundamentales.

Las condiciones de reconocimiento y ejercicio de la ciudadanía pueden ser provechosamente estudiados en el terreno judicial, como arena privilegiada en la cual se logren identificar las diferentes formas que adopta el ser ciudadano en nuestros países. Uno de los instrumentos centrales puede consistir en el seguimiento y análisis de casos judiciales, en los que se analice el desempeño ciudadano de las partes para responder a tres órdenes de cuestiones:

- Grados y/o formas de ciudadanía reconocidos por las instituciones del sistema de justicia.
- Factores intervinientes a los efectos de lograr el reconocimiento policial y judicial de los derechos ciudadanos.
- Recursos puestos en marcha por las partes que resultan cruciales respecto del nivel de reconocimiento de derechos y obligaciones efectuado por los jueces a través de sus decisiones.

Los resultados de un estudio acerca de la ciudadanía realmente existente, en sede policial y judicial, deberían habilitarnos para diseñar un horizonte más claro acerca del tipo de justicia que realíamente puede

ser propuesta y lograda mediante los proyectos de reforma judicial en la región. Dado que muchos de ellos actualmente operan como si los actores del proceso judicial fueran ciudadanos en pleno ejercicio de sus derechos, o como si pudieran llegar a serlo a corto plazo como consecuencia del éxito de reformas a ser introducidas en el sistema de justicia, los resultados del trabajo en la dirección propuesta facilitarían un ajuste o una corrección de objetivos en tales proyectos.

Ciertamente, no se puede pedir a la justicia que resuelva, a través de su organización y funcionamiento, aquello que nuestras sociedades no han sido capaces de resolver. Al hacernos concientes de las determinaciones impuestas por el medio sobre el desempeño de la justicia, podremos anticipar qué límites recaerán sobre las reformas que pretendan mejorar el sistema. Esta exigencia no debe partir de la resignación basada en el principio, no carente de fundamento, de que cada sociedad tiene la justicia que se merece.⁶³ Por el contrario, se trata de revolucionar la justicia. Pero es preciso intentar una transformación realista, que evite el riesgo de lograr muy poco o nada como consecuencia de pretender lo imposible. Bastantes promesas incumplidas de justicia tenemos ya, que fueron formuladas en nombre de las mejores intenciones y resultaron luego frustradas en razón de las más sólidas realidades.

II. REFORMA DE LA JUSTICIA EN GUATEMALA

En 1997, año siguiente al de firmarse la paz luego de treinta y seis años de conflicto armado interno,⁶⁴ una encuesta, encargada por la Comisión de Modernización del Organismo Judicial a Aragón & Asociados, midió las percepciones existentes acerca de la justicia: “88% de los entrevistados, en una muestra de mil personas en todo el país, consideraba

⁶³ Lo obvio de esta afirmación puede llevar a perder de vista la base de verdad que contiene, puesto que, en definitiva, cada Estado se halla imbuido de los rasgos de la cultura de su sociedad (Jepperson, Wendt and Katzenstein, 1996). En la postura de Frankel, la tesis adquiere algo más de precisión con referencia a lo judicial: “we will have the kind of judiciary –no better, no worse– that the people who exercise the ultimate power of the state fight for a demand” (Frankel, 1993: 25).

⁶⁴ El último de los acuerdos de paz fue firmado entre el gobierno y la guerrilla en diciembre de 1996, luego de cuatro años de negociación de diversos acuerdos concernientes a diferentes temas. Pero las primeras conversaciones encaminadas a poner fin al conflicto se iniciaron diez años antes, en 1986.

que la administración de justicia es «inadecuada». Preguntados acerca del nivel de gravedad del problema, tres de cada cuatro entrevistados le asignaron el nivel más alto: muy grave” (Comisión de Modernización del Organismo Judicial, 1997: 15). Asimismo, cuatro de cada cinco ciudadanos admitieron tener un bajísimo grado de confianza en el sistema, o no tenerla en absoluto. En noviembre de ese mismo año, un sondeo de opinión de Borge & Asociados preguntó a los encuestados si era fácil o difícil llevar un caso ante el juez: 88% lo estimó difícil. Además, sólo 5.2% del total de entrevistados estimaba que la corrupción en el sistema no era alarmante; nueve de cada diez creían que era mejor un arreglo que ir al juez, y entre 116 entrevistados sólo uno consideró que los jueces aplicaban correctamente la ley.

En lo referido a la sanción de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el conflicto armado interno, en un sondeo de Borge & Asociados se exploró la expectativa existente respecto de que los tribunales castigaran a los militares responsables de tales hechos. Algo menos de un tercio (34.9%) de los entrevistados confió en esa posibilidad, mientras que la mitad (50.4%) la descartó. La expectativa era aún menor entre 155 dirigentes y líderes de opinión que fueron entrevistados entre julio y agosto de 1997, por la misma empresa encuestadora. Al tiempo que, entre ellos, disminuyó drásticamente la falta de respuesta, dos tercios (66.4%) consideraron que no era posible procesar judicialmente a los señalados como violadores de derechos humanos y responsables de hechos de violencia que causaron sufrimiento a la población, y algo menos de un tercio (31%) sostuvo que sí.

1. De una tradición a los acuerdos

Opiniones negativas y expectativas pobres contaban con asideros en la experiencia guatemalteca que, por lo demás, era similar a la de otros países centroamericanos. Históricamente, la justicia guatemalteca exhibió algunas características comunes con la justicia en Honduras, El Salvador y Nicaragua; entre tales características, y como una de las de más relevantes, un sistema de nombramientos judiciales legalmente renovable, y políticamente renovado, luego de cada elección presidencial y legislativa. En varios países de la región este mecanismo estaba institucionalizado, hasta hace pocos años, a través de normas constitucionales.

Como resultante del funcionamiento de tal sistema, en todos esos países la falta de independencia judicial se convirtió en usual; jueces y magistrados debían el favor del nombramiento a algún poderoso, a cuya disposición quedaban en el ejercicio del cargo, salvo excepciones. Una segunda consecuencia —menos obvia que la primera pero igualmente grave— fue la mediocridad severa de quienes, bajo tales condiciones, aceptaban ejercer la función judicial. En términos del Estado de derecho republicano, la suma de falta de independencia y mediocridad profesional anuló una de las funciones más importantes que son propias del Poder Judicial: actuar como contralor legal del ejercicio del poder.

Sin embargo, deben destacarse dos rasgos propios del caso guatemalteco. El primero es que, dado en el país el predominio de la fuerza como forma de resolución de conflictos, la justicia quedó situada en una condición marginal. Esta suerte de desplazamiento del papel de lo judicial provino tanto de quienes controlan el poder —mediando o no para ello la ocupación del aparato del Estado— como de los particulares, que tienden a resolver sus diferencias mediante las amenazas o el recurso a la violencia, en lugar de apelar ante un tercero —acerca de cuya imparcialidad albergan sospechas— para que, en virtud de un poder conferido por el Estado, resuelva sus conflictos. Esta marginalidad de la justicia se ha expresado en muy diferentes carencias y limitaciones: desde el hecho de que ser juez ha sido una ocupación profesional casi despreciada socialmente, hasta la desatención presupuestal sistemática del Estado hacia el Organismo Judicial (OJ). No es de sorprender que el monto del presupuesto nacional resultara escaso y que, por ejemplo, hasta hace unos años no se dispusiera de fondos incluso para contar con un juzgado en cada municipio (Comisión de Modernización del Organismo Judicial, 1997).

La segunda característica propia de Guatemala es más grave. Como consecuencia de que desde el gobierno no se recurrió a los jueces para sancionar los actos ilegales que amenazaran el orden constituido, la represión de los mismos ocurrió al margen de la ley. Así, durante un largo periodo, mientras en el país ocurrían atrocidades organizadas por las autoridades, la justicia miró hacia otro lado. Este perfil quedó registrado de manera elocuente en el informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico. En la sección dedicada al tema, expresivamente titulada “Denegación de justicia”, se sostiene:

El fracaso de la administración de justicia guatemalteca en la protección de los derechos humanos durante el enfrentamiento armado interno ha quedado clara y plenamente establecido, a la vista de miles de violaciones de derechos humanos registradas por la CEH que no fueron objeto de investigación, juicio ni sanción por el Estado de Guatemala. Son muy pocos los casos en que se procedió a investigar los hechos, y a procesar y sancionar a los responsables. Excepcionalmente, en un caso las víctimas y sus parientes recibieron reparación por los daños causados. En general, el Poder Judicial se abstuvo de atender los recursos procesales básicos, para controlar al poder público frente a atropellos graves a la libertad y la seguridad de las personas, como, por ejemplo, el habeas corpus. Además, en numerosas ocasiones los tribunales de justicia actuaron directamente subordinados al Poder Ejecutivo, aplicando normas o disposiciones legales contrarias al debido proceso u omitiendo aplicar las que correspondía.

Todo ello colocó a la población en una situación de absoluta indefensión frente a los abusos del poder y le ha hecho percibir al Organismo Judicial como un instrumento de defensa y protección de los poderosos, que ha reprimido o negado la protección de los derechos fundamentales, especialmente de quienes han sido víctimas de graves violaciones de derechos humanos (Comisión de Esclarecimiento Histórico, 1999 III: 113 y 114).

Esa experiencia institucional pervive como una suerte de herencia histórica en la administración de justicia. La transmisión se ha efectuado a través de sus integrantes, según se pudo advertir en el caso del OJ. En 1997, un estudio encargado por la Comisión de Modernización estableció que la cuarta parte de jueces y magistrados tenía más de veintiún años en la institución, y otra cuarta parte tenía más de quince años. Esto significa que, cuando menos, la mitad de quienes en esa fecha tenían, por encargo del Estado, la capacidad de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, fueron reclutados por, y “criados” en, un aparato judicial con una trayectoria institucional en nada parecida a aquella que los teóricos de la democracia asignan como función a la judicatura. Este dato, acerca de la herencia viva de la peor etapa institucional de Guatemala, es fundamental de cara al “cómo” de una reforma que debería encarar, de algún modo, el reemplazo progresivo de ese personal. Puede sostenerse, pues, que “acaso en ningún otro lugar el desafío de efectuar una reforma judicial accesible, efectiva y respetada sea tan crucial o tan difícil como en Guatemala” (Byrne, 2000: 10).

Múltiples diagnósticos y evaluaciones realizados sobre el sistema judicial de Guatemala pusieron un énfasis creciente en sus diversos problemas: falta de acceso, inexistencia de procesos abiertos de reclutamiento de sus operadores, decisiones influenciables, recursos humanos y financieros inadecuados para su tarea, carencia de planificación y deficiencias graves de organización, entre las principales. Sin embargo, realizados tales trabajos por entidades externas o grupos académicos, con poco impacto en el debate público, quedaron relegados al ámbito de manuscritos o textos fotocopiados en pocos ejemplares. Este hecho dio lugar a que en el país el tema de la justicia fuera objeto más de malestar que de propuestas. Entre los pocos planteamientos formulados, hasta antes de que los acuerdos de paz se ocuparan del tema, destacan el que surgió de la Asamblea de la Sociedad Civil (ASC) y el ofrecido por el Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras (CACIF), ambos en 1994, como componentes de propuestas globales sobre el futuro del país.

A lo largo de las noventa y dos páginas del texto alcanzado por la ASC a la mesa de negociación (Fundación para la Paz..., 1994), para que sus contenidos fueran considerados en los acuerdos, se registran cinco referencias a la justicia, cuatro de las cuales son bastante breves. En la primera se declara la necesidad de fortalecer el sistema de administración de justicia:

con reformas sustanciales dirigidas especialmente a garantizar el libre acceso a la Justicia, la imparcialidad en su aplicación, la independencia judicial, la autonomía del Ministerio Público, optimizar la capacidad de investigación de los cuerpos civiles y en general, a propiciar la modernización y democratización del sistema de administración de justicia (*ibidem*: 71).

Bajo el objetivo “Fortalecer la Administración de Justicia” se listan luego cuatro “Mecanismos”, que en realidad reiteran objetivos: “Fortalecer la Procuraduría de los Derechos Humanos. Garantizar la autonomía del Ministerio Público. Mejorar los sistemas de fiscalización judicial. Reconocer e incluir en el Sistema Judicial las prácticas de las Comunidades Indígenas” (*ibidem*: 75). Se propone reformar la Constitución, en igual sentido, para “fortalecer la independencia judicial y la autonomía del Ministerio Público y propiciar la modernización del sistema de administración de justicia” (*ibidem*: 87), pero también para establecer “el Consejo General de la Judicatura”, que debería tener como funciones nombrar a

los jueces de paz y de primera instancia y aplicar a ellos el régimen disciplinario. Asimismo, la reforma constitucional propuesta incluye la ampliación del plazo de nombramiento de jueces a ocho años y el establecimiento del Consejo administrativo del Organismo Judicial (*ibidem*: 99 y 100). Finalmente, se sugiere reformar la Ley del Organismo Judicial para reconocer “el Derecho Maya” y “separar la función jurisdiccional de la administración del Organismo Judicial” (*ibidem*: 88).

Aunque también escueto, es algo mejor elaborado el texto incluido en el documento preparado por el CACIF (1995), como tácita contraparte a las propuestas formuladas por la ASC. En términos de diagnóstico, se toma como eje el señalamiento de que “el Organismo Judicial cuenta con obstáculos que le impiden desempeñar sus funciones eficientemente”, entre los que se destaca: la existencia de “procedimientos anticuados” que ocasionan un retardo denegatorio de la justicia, “las históricas discrepancias entre la Corte de Constitucionalidad y la Corte Suprema de Justicia”, que conllevan efectos negativos en términos de “la confianza y la credibilidad en ellas”, y la existencia de “criterios o conveniencias de relación entre los poderes del Estado”. A esa situación se contrapone una concepción en la cual “la consolidación de un régimen de derecho depende, en gran medida, de la recta y expedita aplicación de la justicia”, que “debe alcanzar a todos por igual y ser accesible a todos sin discriminación”, dentro de un sistema en el que las cortes sean el lugar “donde los ciudadanos deben encontrar su defensa, y su apoyo ante los otros poderes”. Como propuestas concretas, se plantea que a “la Corte Suprema de Justicia le corresponde presentar las iniciativas de ley” encaminadas a subsanar la obsolescencia de los procedimientos y, de manera menos elaborada, se señala que “debe darse y reconocerse a los jueces y garantías la categoría que les corresponde, y establecerse los procedimientos que permitan, con la garantía del debido proceso, la aplicación correcta de la justicia”. Finalmente, se considera que, de no producirse tales cambios en la justicia, “se perderá la confianza en la Ley y la consecuencia será irremediablemente la anarquía”, porque del funcionamiento eficiente de los tribunales “depende en gran parte la paz social” (*ibidem*: 9 y 10).

Debe notarse que sólo en el planteamiento del CACIF se reconocen elementos de diagnóstico y el bosquejo de algunos rasgos generales del sistema de justicia buscado, mientras que el formulado por la ASC se limita a un listado que no logra diseñar vías claras para convertirse en me-

canismos institucionales suficientes. En ambos, no obstante, los contenidos con propuestas son escasos y excesivamente circunscritos a ciertos puntos específicos de la temática bajo examen. Esta óptica probablemente anunciaba la insuficiente consideración y elaboración pública que padecía el tema en el país.

Con esos antecedentes, el tema de la justicia llegó a la mesa de negociación a mediados de 1996, en ocasión de convenirse el *Acuerdo sobre fortalecimiento del poder civil y función del Ejército en una sociedad democrática*. En el análisis de la problemática del país que está en la base de este Acuerdo, se ubicó la situación de la justicia como un tema de importancia. Como quedó expresado en el texto acordado, los negociadores del gobierno y de la guerrilla estuvieron de acuerdo en que la justicia guatemalteca atravesaba un estado lamentable pero, dado que el tema no había sido objeto de un debate nacional, reconocieron contar con pocos elementos para formular medidas concretas a ejecutarse, que pudieran ser adoptadas por las partes como compromisos.

En ese trance, la moderación de Naciones Unidas —en representación de la comunidad internacional, que tiene cierto conocimiento acumulado sobre el tema— contribuyó a formular un sintético estado de situación, una concepción alternativa del sistema de justicia y una agenda de trabajo que, junto a temas esenciales como la carrera judicial, buscó producir cierta movilización pública en torno al estado de la justicia.

El texto del *Acuerdo sobre fortalecimiento del poder civil...* ofrece un diagnóstico básico de situación:

Una de las grandes debilidades estructurales del Estado guatemalteco reside en el sistema de administración de justicia, que es uno de los servicios públicos esenciales. Este sistema y, dentro de él, la marcha de los procesos judiciales, adolecen de fallas y deficiencias. La obsolescencia de los procedimientos legales, la lentitud de los trámites, la ausencia de sistemas modernos para la administración de los despachos y la falta de control sobre los funcionarios y empleados judiciales, propician corrupción e ineficiencia (*Acuerdos de Paz*, 1997: 318 y 319).

En concordancia con tal caracterización, el acuerdo establece la perspectiva y los contenidos básicos de la reforma a ser emprendida:

La reforma y modernización de la administración de justicia deben dirigirse a impedir que ésta genere y encubra un sistema de impunidad y corrupción. El proceso judicial no es un simple procedimiento regulado por códigos y leyes ordinarias, sino el instrumento para realizar el derecho esencial de las personas a la justicia, el cual se concreta mediante la garantía de imparcialidad, objetividad, generalidad e igualdad ante la ley.

Una prioridad a este respecto es la reforma de la administración de justicia, de manera que se revierta la ineficacia, se erradique la corrupción, se garantice el libre acceso a la justicia, la imparcialidad en su aplicación, la independencia judicial, la autoridad ética, la probidad del sistema en su conjunto y su modernización (*ibidem*: 319).

Uno de los compromisos establecidos en el Acuerdo, cuyo cumplimiento alcanzó cierta importancia —en términos de significado, consecuencias y perdurabilidad— fue el referido a la constitución de una comisión que debía “producir en un plazo de seis meses y mediante un debate amplio en torno al sistema de justicia, un informe y un conjunto de recomendaciones susceptibles de ser puestas en práctica a la mayor brevedad”. Integrada por determinadas autoridades públicas, representantes del sector académico y personalidades destacadas en materia de justicia, la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia (CFJ), como se denominó una vez constituida, trabajó durante un año. El informe publicado en abril de 1998, con el título *Una nueva justicia para la paz* (Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, 1998), constituye el diagnóstico más completo producido en Guatemala sobre la materia, ha dado el marco de ubicación a las reformas que se llevan a cabo en el sector, y constituye —y, seguramente, constituirá durante cierto tiempo— el marco conceptual de referencia para abordar el tema, sea en el terreno de las ideas o en el terreno de las medidas de política judicial.

Durante la preparación del informe tuvieron lugar audiencias públicas en el interior del país, en las que delegados de diversas instituciones sociales ofrecieron a la Comisión su percepción y sugerencias acerca de la justicia. El informe final de la CFJ incluyó diagnósticos y propuestas sobre: independencia judicial, profesionalización del sistema de justicia, ampliación del acceso y consideración de las diferencias culturales, sistema penitenciario, corrupción e intimidación y debilidad de la formación profesional en derecho en el país. La CFJ, adicionalmente, adoptó una

propuesta de texto para reformar la Constitución en lo referido a la materia, que fue entregada al Congreso en agosto de 1997.

Luego de que la CFJ concluyera sus funciones, por acuerdo gubernativo se nombró en septiembre de 1998 una Comisión *ad hoc* de apoyo y seguimiento que, en enero de 2000, fue sustituida por la Comisión Nacional para el seguimiento y apoyo al fortalecimiento de la justicia, que se estableció con carácter permanente. En 2002 trece miembros integran esta comisión, incluidos siete altos funcionarios de las instituciones del sistema de justicia, el presidente del Colegio de Abogados y Notarios, los decanos de las dos facultades de derecho más antiguas y tres personalidades con reconocimiento en la materia. En particular, esta Comisión ha hecho suya la tarea de dar seguimiento a las recomendaciones del Relator Especial de Naciones Unidas sobre independencia de jueces y abogados, quien visitó Guatemala en 2000 y 2001.

Las comisiones que han sucedido a la CFJ se han convertido en un lugar de formación de consensos y de vigilancia sobre: *i*) asuntos de interés público en materia de justicia, en general, y *ii*) el curso y la ejecución de las reformas en aplicación dentro del sistema de justicia, en particular. Estas líneas de trabajo han sido desarrolladas a través de comunicados públicos, de foros y talleres —organizados o copatrocinados por esta instancia— y de comunicaciones al Congreso y otras entidades estatales e internacionales, concernientes principalmente al estado de la justicia y a proyectos de ley sobre ella.

2. *El cambio en las instituciones*

El OJ destaca como el espacio institucional del sistema de justicia donde la reforma logró exhibir mayores acciones realizadas. La Corte Suprema estableció en 1996, por sugerencia del Banco Mundial, una Comisión de Modernización que, durante aproximadamente un año, realizó un trabajo de consulta con integrantes de la institución, encargó una encuesta y cinco estudios cortos y formuló un plan maestro de reforma. Éste fue aprobado por la Corte a mediados de 1997.

El diagnóstico que introduce el Plan de Modernización del Organismo Judicial identifica como “falencias institucionales en el Organismo Judicial” las siguientes: falta de independencia en los juzgadores; delegación de funciones propias del juez en funcionarios auxiliares; desatención de

la gestión institucional y carencia de políticas de personal; deficiente funcionamiento de los tribunales; falta de una estrategia y dispersión en la capacitación; ausencia de planificación; recursos inadecuados, y abandono de responsabilidad respecto de la temática indígena (Comisión de Modernización, 1997: 20-24).

En contraste, el Plan propuso como objetivo: “un organismo efectivamente independiente, capaz de prestar a la sociedad un buen servicio, eficiente, responsable y libre de corrupción, integrado por jueces igualmente independientes que despierten la confianza de la sociedad” (*ibidem*: 97). Para ello, el Plan elaboró una matriz de actividades a ser desarrolladas, a lo largo de cinco años, en cinco áreas: mejoramiento de la función judicial, fortalecimiento del acceso a la justicia, combate a la corrupción, fortalecimiento de la gestión institucional y comunicación social e imagen.

Aunque el mayor soporte financiero para la ejecución del Plan provino del Banco Mundial, entidad con la que se firmó el convenio de préstamo en enero de 1999 y cuya ejecución se inició en abril de ese año, los primeros pasos fueron dados con otros recursos externos y con recursos propios, provenientes del incremento presupuestal otorgado al OJ, cuyas magnitudes pueden apreciarse en el cuadro 1. En suma, entre 1995 y 2002, tanto el aporte del presupuesto nacional como el total de fondos disponibles se cuadruplicaron.

CUADRO 1
 RECURSOS FINANCIEROS DEL ORGANISMO JUDICIAL, 1995-2002 (EN QUETZALES)

<i>Año</i>	<i>Presupuesto nacional</i>	<i>Fondos propios</i>	<i>Saldo de caja</i>	<i>Fuentes externas</i>	<i>Contraparte préstamos</i>	<i>Totales</i>
1995	97'372,260	75'129,876	39'500,000	—	—	212'002,136
1996	262'920,047	23'470,587	1'000,000	—	—	287'390,634
1997	277'604,244	31'897,118	50'000,000	—	—	359'501,362
1998	297'544,870	23'641,071	139'250,000	—	—	460'435,941
1999	366'480,708	92'475,612	250'000,000	36'000,000	—	744'956,320
2000	471'896,540	90'569,358	214'000,000	61'898,720	7'452,885	845'817,503
2001	429'000,792	82'093,090	325'320,000	69'128,860	12'084,085	917'626,828
2002	397'087,189	70'007,412	266'170,298	79'206,369	9'986,720	822'457,988

Fuente: Organismo judicial, Unidad de Modernización.

Con fondos del presupuesto nacional se extendió la cobertura de los juzgados de paz a todos los municipios del país, se aumentó el número de tribunales y, en consecuencia, se incrementó el personal del OJ dedicado a tareas de carácter jurisdiccional, conforme se puede ver en los cuadros 2 y 3. Con estas modificaciones, se logró que cada municipio del país contara cuando menos con un juzgado de paz, y que cada cabecera departamental tuviera, cuando menos, cuatro juzgados: uno que controle la investigación penal y otro de sentencia, un juzgado civil y otro especializado en los ámbitos laboral y de familia (Unidad de Modernización, 2001: 34).

CUADRO 2
NÚMERO DE TRIBUNALES SEGÚN NIVELES (1997-2001)

<i>Órgano</i>	<i>1997</i>	<i>2001</i>	<i>Incremento</i>
Salas de Corte de Apelaciones	21	24	3
Juzgados de primera instancia y de sentencia	104	173	69
Juzgados de paz	242	360	118
Totales	367	557	190

Fuente: Organismo Judicial, Unidad de Modernización, 2001: 35.

CUADRO 3
PERSONAL DEL ÁREA JURISDICCIONAL EN EL OJ (1997-2001)*

<i>Cargo</i>	<i>1997</i>	<i>2001</i>	<i>Incremento</i>
Magistrado de Corte de Apelaciones	61	75	23%
Jueces de primera instancia	170	293	72%
Jueces de paz	253	384	52%
Personal auxiliar	2603	3304	31%
Totales	3100	4063	31%

* El número de magistrados de la Corte Suprema, establecido en la ley se mantuvo invariable.

Fuente: Organismo Judicial, Unidad de Modernización, 2001: 28.

Con fondos propios y de la cooperación se inició enseguida una vasta gama de reformas. Entre ellas, es importante resaltar un rediseño gerencial y organizativo que incluyó la separación de funciones administrativas y jurisdiccionales; el refuerzo de la capacidad administrativa y la administración de recursos humanos; la puesta en ejecución de las normas de la carrera judicial; los servicios integrados para el apoyo a los tribunales y la introducción del uso de computadoras en toda la institución; el establecimiento de algunos centros de mediación y conciliación, así como una unidad de gestión informatizada de todos los casos penales en la ciudad de Guatemala. Además, se emprendió un plan de construcciones, financiado con recursos tanto del Banco Mundial como del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Mediante el incremento presupuestal se situó el salario de jueces y magistrados en niveles comparables al promedio de los países latinoamericanos.

En lo que se refiere al acceso a la justicia, además del incremento de tribunales indicado, un aspecto en el que se empezó a avanzar fue el reclutamiento y la preparación de traductores de las lenguas indígenas, para ser asignados como auxiliares en los juzgados ubicados en zonas de alta densidad indígena. De otro lado, se instalaron cinco juzgados de paz comunitarios que buscaban incorporar los criterios consuetudinarios en la solución de conflictos en zonas de población indígena. El resultado de esta experiencia es materia de controversia, dado que las propuestas formuladas por las comunidades, para integrarlas, no fueron consideradas suficientemente, y que las decisiones producidas en algunos casos no parecen respetar garantías básicas del debido proceso o resultan contrarias a normas fundamentales del orden legal vigente en el país (Pásara y Wagner, 2000: 65 y 66).

La Ley de la Carrera Judicial es otro de los compromisos cumplidos; en diciembre de 1999 la ley entró en vigencia, y establece formas de selección e ingreso, régimen de derechos y obligaciones de magistrados y jueces, y un sistema disciplinario con base en el debido proceso. La ley dispone un proceso de reclutamiento de los jueces previo a su nombramiento, define claramente los derechos y deberes de jueces y magistrados y establece el debido proceso para el control interno sobre el desempeño judicial. Sin embargo, el nuevo estatuto legal de la judicatura padece una limitación importante: en él se mantiene el plazo de nombramiento de todos los jueces del país que, con base en disposiciones consti-

tucionales, es de cinco años. La razón que explica la subsistencia de este mecanismo limitativo de la carrera y la independencia judiciales estriba en que las reformas pertinentes de la Constitución, aprobadas junto a otras más en octubre de 1998 por el Congreso, fueron rechazadas en el referéndum realizado en mayo de 1999. Este resultado produjo un factor de frustración dentro del proceso de reforma.

Como elemento de la entrada en vigencia de la Ley de Carrera Judicial, se conformó y se puso en marcha el Consejo de la Carrera Judicial, integrado por cuatro representantes de jueces y magistrados, elegidos por los respectivos estamentos. La Junta de Disciplina Judicial, también establecida por la Ley de Carrera Judicial para que los propios pares investiguen las denuncias por faltas de conducta, conoció, entre agosto y octubre de su primer año de funcionamiento, 161 casos, de los que noventa y ocho fueron declarados “Con lugar”, para cuarenta y siete de los cuales se acordó sanción. En cinco de ellos se recomendó a la Corte Suprema que separara del cargo al infractor (Unidad de Modernización, 2001: 22).

Un factor clave en la carrera judicial es el correspondiente a la formación de futuros jueces, que está a cargo de lo que antes se denominara Escuela de Estudios Judiciales y que la ley estableció como Unidad de Capacitación Institucional. A diferencia de lo ocurrido con las entidades equivalentes de las otras instituciones del sistema de justicia, la Unidad ha llevado a cabo un conjunto de iniciativas de importancia, en su tarea de preparar y evaluar a los candidatos a jueces de paz y jueces de primera instancia. Sin embargo, no todos los candidatos declarados aptos por la Unidad, luego del curso de formación —de seis meses de duración en el caso de los jueces de primera instancia— han venido siendo nombrados para el cargo por la Corte Suprema. Así, a comienzos de 2002, un año después de concluirse uno de los cursos de formación llevados a término por la Unidad, veinte de los candidatos a juez de primera instancia habían sido nombrados como tales, pero otros dieciocho no lo habían sido. En el caso de los candidatos a jueces de paz, cuarenta y un candidatos habían sido nombrados, pero otros veintidós no lo habían sido.

La puesta en ejecución del sistema de carrera judicial no ha logrado, pues, que la Corte Suprema respete a plenitud el nuevo sistema de nombramientos; hasta 2002 continuaba la práctica de no proveer todos los cargos judiciales con candidatos seleccionados de acuerdo a los criterios previstos en la ley. Asimismo, la Corte no había puesto fin a la imposi-

ción de medidas disciplinarias decididas en vía paralela a la establecida por la ley. Tampoco se había establecido un mecanismo de evaluación objetiva para ser aplicado, como dispone la ley, a los jueces cuyo periodo de nombramiento de cinco años vence (Fundación Myrna Mack, 2001).

Algunos de los resultados de los cambios son, pues, limitados y otros prometedores, si bien el conjunto no puede ser evaluado aún. Entre los aspectos que no parecían haber mejorado está el nivel de ejecución presupuestal que en 2000, cuando habían transcurrido tres cuartas partes del año, llegaba sólo a 42.41% del monto presupuestado para el periodo (Corte Suprema de Justicia, 2000: 37). Entre las reformas que, en cambio, empezaron a mostrar resultados se hallan los centros de mediación establecidos por el OJ. A fines de 2001, estaban en funciones tres de ellos, en la ciudad capital, Santa Eulalia (Huehuetenango) y en Poptún (Petén). Los datos estadísticos disponibles, que resume el cuadro 4, muestran cierto nivel de demanda social canalizada, una porción de la cual fue objeto de mediación, con un grado de éxito importante en el resultado alcanzado. La calidad de los acuerdos mediados, incluida la salvaguarda de los derechos de la parte más débil, deberá ser explorada en profundidad, como es preciso hacer también en otras áreas de las reformas puestas en práctica.

CUADRO 4
PROCESAMIENTO DE CASOS EN LOS CENTROS DE MEDIACIÓN,
ENTRE 1999 Y 2001

<i>Ubicación</i>	<i>Solicitudes recibidas</i>	<i>Casos mediados</i>	<i>Acuerdos alcanzados</i>
Ciudad de Guatemala	2542	1105	632
Santa Eulalia	717	457	353
Poptún	648	416	323
Totales	3907	1978	1308

Fuente: elaboración propia con base en datos del OJ, Unidad de Modernización, 2001: 44, 46 y 47.

Tales resultados indican que, en el conjunto, los centros de mediación pudieron intervenir en la mitad de las solicitudes recibidas y que, tratándose de aquellos casos que mediaron, alcanzaron acuerdo en dos tercios de ellos. Sin embargo, en ambos aspectos es notoria la diferencia entre la ciudad capital y el interior. En ciudad de Guatemala, tanto el número de casos que fueron susceptibles de mediación como el porcentaje de acuerdos logrados son sensiblemente menores que en los dos centros ubicados en el interior del país. Diversos factores pueden explicar estas diferencias, desde una cultura jurídica distinta en los comparecientes hasta la intervención de abogados —frecuente en la capital y escasa en lugares del interior lejanos—, así como la mayor disponibilidad de alternativas dentro del aparato estatal, en el caso de la capital.

Tratándose de la judicatura, se cuenta con una evaluación comparativa de jueces designados mediante el sistema de concurso público, sector que a mediados de 1999, cuando se empezó el estudio, constituía una cuarta parte de los jueces de instancia y de sentencia del país. El trabajo encontró que “la independencia judicial apareció como el principal elemento distintivo del grupo estudiado, tanto en las entrevistas como a través de una porción de las resoluciones ofrecidas por los jueces muestreados”, pero, al mismo tiempo, “constató la existencia de claras limitaciones de formación profesional. Sin embargo, aproximadamente un tercio de la muestra de resoluciones reveló a sus autores como profesionales competentes y capacitados para ejercer solventemente el cargo” (Pásara, 2000b: 169 y 170). El trabajo subrayó el contraste entre esa constatación y el bajo grado de profesionalidad hallado, tres años antes, por un estudio similar que se realizó cuando no existía el mecanismo de selección a través de concursos públicos (Pásara, 2000a).

Sin embargo, evaluar el impacto de los cambios requeriría una mejor información que la disponible, que abordara la calidad del producto ofrecido por los jueces. Un estudio realizado sobre la aplicación de la denominada Ley de Reconciliación Nacional examinó los primeros sesenta casos de solicitud de amnistía en aplicación de esa ley; treinta y nueve de ellos habían sido resueltos, en diecisiete de ellos los solicitantes son identificados como ex policías, ex militares o ex patrulleros, y ninguno de ellos obtuvo el beneficio de la amnistía. Del conjunto de solicitantes, sólo seis recibieron el beneficio solicitado. El análisis concluye en que: “las autoridades del Organismo Judicial están interpretando y aplicando los su-

puestos de la ley correctamente, lo que constituye un gran apoyo al fortalecimiento de la administración de justicia” (Ramírez, 1998: 50).

Tratándose de casos de impacto social, hay algunos resultados que, aunque escasos, significan una ruptura con la tradición judicial guatemalteca. En lo que se refiere a violaciones de derechos humanos, destaca el caso del juzgamiento de un ex integrante de las llamadas Patrullas de Autodefensa Civil, organizadas por el Ejército y utilizadas como instrumento de la lucha antisubversiva. Acusado de encabezar y practicar una masacre, Cándido Noriega fue condenado en primera instancia a 113 años de prisión. En febrero de 2000 el proceso concluyó con una resolución de la Corte de Apelaciones, en la que se disminuyó la pena a treinta años de prisión, a ser contados desde marzo de 1995, cuando fue detenido. En un caso similar, el de la masacre de Río Negro, el juicio concluyó el 25 de abril de 2000, cuando se resolvieron todos los recursos presentados por la defensa y se produjo sentencia definitiva para tres condenados.

Tratándose de delitos comunes, es ilustrativo el caso del procesamiento y condena de quien integra una familia tradicional y acaudalada de Guatemala, que fue sentenciado a cuarenta años de prisión, el 8 de febrero de 2002. El delito investigado fue el de violación de menores, que el acusado había cometido reiteradamente en perjuicio de hermanas de entre seis y nueve años de edad, y de condición social baja, hasta que la madre se atrevió a denunciar el hecho en circunstancias de que una de sus hijas tuvo que ser hospitalizada por lesiones gravísimas en los órganos genitales. El autor del delito se internó en un hospital al ser iniciado el proceso, pero los jueces ordenaron una revisión médica como resultado de la cual fue trasladado a prisión.

De otro lado, resaltan los procesamientos iniciados contra altas autoridades del Ejecutivo, entre las cuales, a fines de 2001, se hallaban el vicepresidente de la República y el entonces ministro de Gobernación. En el segundo caso, como quiera que el procesado haya sido declarado enfermo e internado en un hospital, la Corte Suprema ordenó una investigación sobre la conducta de los médicos que intervinieron.

Otro de los lugares de reforma ha sido la Instancia Coordinadora de la Modernización del Sector Justicia, creada en septiembre de 1997 por iniciativa de la Corte Suprema, como cuerpo colegiado que reúne al presidente del OJ, el fiscal general de la República, el ministro de Gobernación y el director del Instituto de la Defensa Pública Penal. Como lugar

de coordinación, la Instancia no ha logrado producir una actuación integrada entre las entidades representadas en ella, pero sí ha generado algunos proyectos compartidos. Entre ellos, la instalación en el interior del país de centros de administración de justicia, donde se ubican las diversas entidades que integran el sistema con el doble propósito de facilitar un mayor acceso de la población rural al sistema de justicia y promover formas organizadas de comunicación entre los funcionarios de las instituciones, tendientes a mejorar el funcionamiento del conjunto. Asimismo, ha empezado a operar un sistema informático de apoyo común para el sector justicia, y se ha llevado a cabo un proyecto de capacitación integral conjunta a los diversos operadores del sistema de justicia; esto es, OJ, Ministerio Público, Instituto de la Defensa Pública Penal y Policía Nacional Civil. El préstamo del BID, de treinta y un millones de dólares estadounidenses, gestionado por la Instancia, fue otorgado a las cuatro instituciones componentes pero, no obstante, en términos de operación, fue ejecutado separadamente por ellas.

Entre los compromisos de los acuerdos de paz que han sido cumplidos, uno se refirió al establecimiento de un servicio público de defensa penal, bajo un régimen institucional autónomo y dotado de los recursos necesarios. La ley requerida por los acuerdos fue promulgada, y para 1999 el Instituto de la Defensa Pública Penal recibió como asignación presupuestal una suma de seis millones de dólares estadounidenses, aproximadamente.

Un aspecto de importancia concierne a la participación social en el nombramiento de los más altos responsables del sistema de justicia. En los procesos de designación de los magistrados de la Corte Suprema y de la Corte de Constitucionalidad, así como en el del fiscal general, diversas organizaciones sociales cuyos objetivos giran en torno a la justicia —como Madres Angustiadas, Fundación Myrna Mack, Familiares y Amigos contra la Delincuencia y el Secuestro, Movimiento Pro Justicia y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales— han planteado sugerencias y críticas a los procedimientos, así como emitido opinión sobre determinados candidatos. En el caso de la Corte de Constitucionalidad, en 2001 el Movimiento Pro Justicia instó a las entidades nominadoras de candidatos a que adoptaran procedimientos transparentes. La Corte Suprema, una de las entidades nominadoras, estableció, en consecuencia, un procedimiento de convocatoria pública y de selección.

Más allá del ámbito de las instituciones estatales, en el contexto del proceso de paz se han desarrollado iniciativas para resolver conflictos por

otras vías. Un caso es el de la Mesa de Negociación de Conflictos de Tierras, en Alta Verapaz, que “se presenta como un mecanismo más ágil y con mayor capacidad de respuesta” que los canales institucionales tradicionales, y que se sirve del “consenso, la credibilidad y la buena voluntad de los actores” (Minugua, 2001a: 27). Una experiencia similar ha sido desarrollada en el departamento de Quetzaltenango. En ambos casos, la experiencia de las mesas de resolución de conflictos de tierras ofrece posibilidades de ser aprovechadas en otros lugares y materias. El establecimiento de espacios multiinstitucionales, en los cuales entidades estatales y organizaciones sociales participan conjuntamente para escuchar el planteamiento de conflictos que son llevados allí, y encaminarlos hacia una solución conciliada parece haber alcanzado: *i)* en la población, niveles significativos de credibilidad y confianza, *ii)* entre las entidades estatales y organizaciones sociales, importantes logros de consenso, y *iii)* de parte de los actores en conflicto, mejores actitudes en términos de buena voluntad para resolver sus diferencias de manera negociada.

3. Recursos disponibles y aporte de la cooperación internacional

En el ámbito de las instituciones, los recursos económicos han estado disponibles como apoyo al proceso de reforma. De un lado, como se ha anotado, el crecimiento del gasto público en justicia se ha incrementado notoriamente. De otro, a Guatemala han llegado sumas importantes para el país, tanto en donaciones como en préstamos, al punto que “la Reforma Judicial probablemente sea el área que es apoyada por un mayor número de fuentes de cooperación” (Fuentes y Carothers, 1998: 282). En el área del sistema de justicia, para ser más exactos, han concurrido Naciones Unidas, USAID, España, Suecia, Noruega y Holanda, principalmente.

El Fondo Fiduciario de la Misión de Verificación de Naciones Unidas en Guatemala (Minugua) hasta fines de junio de 2001 había destinado al tema de la justicia 7'082,057 de dólares estadounidenses, monto equivalente a 43.17% del mismo. Las contribuciones procedían, principalmente, de Holanda, Estados Unidos, Canadá, Bélgica, Suecia y Noruega. Entre sus logros se halla la construcción de dos centros de justicia integrados, en Nebaj y Santa Eulalia, zonas que tenían acceso remoto y muy limitado a la justicia.

A fines de 2001, USAID estimaba en 15'115.000 de dólares estadounidenses el monto total dedicado a la reforma judicial en Guatemala du-

rante el periodo 1997-2000. Su contribución se dirigió a varios rubros, principalmente vinculados a la puesta en marcha de la reforma procesal penal; entre ellos, el establecimiento de centros de justicia integrados por todas las instituciones del sistema, incluyendo el acceso a intérpretes y a mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Según información difundida por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, entre 1999 y 2004, el sector justicia habría de contar con donaciones por un valor de 54'177,037 de dólares estadounidenses, y préstamos por sesenta y cuatro millones de dólares estadounidenses, estos últimos provenientes del Banco Mundial y del BID. Pero si se toman en cuenta los montos desembolsados y/o comprometidos por la cooperación internacional en el sector, desde 1996 hasta finales de mayo de 2001, la cifra creció por encima de 188 millones de dólares estadounidenses, un tercio de los cuales ha sido destinado al OJ, y algo menos de otro tercio al Ministerio de Gobernación. Debe destacarse que más de una décima parte del total fue canalizada a ONG. Los detalles aparecen en el cuadro 5, desagregados por institución.

CUADRO 5
MONTOS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN EL SECTOR JUSTICIA,
POR INSTITUCIÓN (US\$)

<i>Instituciones (periodo comprendido)</i>	<i>Monto</i>
Organismo Judicial (1997-2004)	61.828.025
Instituto de Defensa Pública Penal (1996-2003)	5.078.000
Ministerio Público (1997-2003)	12.669.670
Instancia Coordinadora de la Modernización del Sector de Justicia (1997-2003)	21.884.350
Ministerio de Gobernación (1996-2003)	58.815.509
Facultades de derecho (1998-2003)	5.522.000
ONG (1997-2003)	19.462.999
<i>Total</i>	188.718.500

Fuente: elaboración propia, con base en información proporcionada por PNUD.

Las pequeñas historias que han circulado entre los funcionarios de la cooperación internacional en Guatemala revelan que este enorme desembolso ha encontrado sólo ocasionalmente contrapartes nacionales activas y eficientes. Como se ha señalado, en términos generales para la ayuda externa a las instituciones democráticas, “los gobiernos de sociedades en transición aceptan tal ayuda en la esperanza de beneficiarse de ella o en razón de una renuencia a incomodar a donantes poderosos con un rechazo. Sin embargo, en escasas ocasiones los funcionarios conocen mucho acerca de la ayuda o tienen una estrategia para usarla; simplemente, la toman como viene” (Carothers, 1999: 346). Pese a los posibles matices, el caso guatemalteco puede ser encuadrado en este marco.

En cualquier caso, el principal déficit que encuentra el proceso de cambio en el sistema de justicia se halla en los recursos humanos. En rigor, muchos de quienes ocupan responsabilidades claves en el sistema deberían ser reemplazados, dado que mediante actividades de capacitación —a las que en Guatemala, como en otros países, se ha destinado sumas muy importantes— no es posible superar deficiencias de formación ni alterar actitudes y criterios personales frente a temas que resultan fundamentales al administrar justicia en los casos que les son sometidos.

En el caso de los juzgadores, en 1996 un estudio empírico buscó evaluar la calidad de la producción judicial de todas las instancias, salvo la Corte Suprema, que no fue incluida en la muestra. Se trabajó sobre un total de 494 resoluciones emitidas a partir de 1990 en casos judiciales concluidos, utilizándose una muestra al azar de cobertura nacional. Las conclusiones del trabajo (Pásara, 2000a) son elocuentes. “En un porcentaje apreciable de sentencias se constató falta de claridad, precisión y/o prolijidad en la redacción [...] y ausencia de los hechos materia de juzgamiento o una consideración manifiestamente insuficiente de los mismos” (*ibidem*: 164). Asimismo, en la mayoría de las sentencias analizadas se verificó “la ausencia de referencia expresa a normas, dentro de los considerandos del fallo” (*ibidem*: 165). Entre las sentencias muestreadas abundaron tanto asuntos penales “en los que se condenó sin prueba suficiente” como “casos en los que se consideraba haber falta de pruebas y se dejaba sin resolver un conflicto social que merecía respuesta del juzgador” (*ibidem*: 167). El estudio comprobó, igualmente, una generalizada carencia de aplicación de normas constitucionales, “ausencia de consideraciones doctrinarias y criterios jurisprudenciales establecidos”, “inexis-

tencia de referencias a las normas contenidas en tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala”, y un “uso excluyente de la interpretación literal de la ley, como única forma pertinente en el razonamiento del juzgador” (*ibidem*: 170-172). A partir de tales elementos, la investigación concluyó en que el nivel profesional promedio del juzgador analizado era bajo pero, además, que en sus resoluciones “el juzgador no parece hacerse cargo [...] de los términos de la realidad en la cual trabaja”, refugiándose en una actitud pasiva “que le impide asumir el papel que se espera de él, que no es el de aplicar la ley sino el de resolver adecuadamente las contiendas sociales” (*ibidem*: 174-176).⁶⁵

Desafortunadamente, no hay con quién reemplazar a todos los jueces y magistrados que padecen tan severas carencias. En el informe de la CFJ, se consigna que “el funcionamiento de las facultades de derecho [...] revela un panorama grave: [...] la formación universitaria que se da a los abogados no responde a las necesidades de un sistema de justicia que descansa sobre la base de un manejo sólido y confiable de conocimientos jurídicos por parte de sus operadores” (1998: 101). En términos concretos, la universidad no produce el número necesario de profesionales de calidad como para que una porción significativa de ellos decida desempeñarse en el sistema de justicia. Aunque el sistema de concursos parece haber convocado a candidatos con mayores méritos y calidades profesionales que el promedio existente en el OJ, una sustitución paulatina del conjunto tomaría muchos años, y una sustitución inmediata no sería posible, dada la escasez de potenciales reemplazantes.

4. *Balances provisionales*

Si bien son numerosos los proyectos de ley que han sido preparados para traducir normativamente el contenido de diversas reformas diseñadas, en la realidad la calidad del producto del sistema ha tenido variaciones sólo menores y, en ciertos aspectos, como el correspondiente a cárceles y centros de reclusión, la deplorable situación previa permanece casi sin cambios. En el caso del Ministerio Público, cuyas facultades fueron ampliadas por la reforma del procedimiento penal, no se percibe cambio

⁶⁵ Una versión resumida del informe de este estudio constituye el capítulo cuarto del presente volumen.

alguno. Un cuidadoso trabajo empírico realizado en 1999, con el propósito de determinar la calidad del trabajo realizado en la institución, concluyó en que “las acusaciones fiscales revelan un profesional promedio con déficit de naturaleza teórica y un conocimiento y manejo insuficientes del marco legal, factores que se traducen, principalmente, en la dificultad para traducir al lenguaje jurídico el material fáctico con el que trabaja”, rasgo que se expresa en un “desempeño-tipo de la actividad fiscal” que produce “lesión en el debido proceso” (Garrido, 2000: 47-48, 50).

Según la Misión de Verificación de Naciones Unidas en Guatemala, los compromisos referidos a justicia que fueron incorporados en los acuerdos alcanzaron un alto grado de cumplimiento: a cuatro años de firmada la paz, entre los seis compromisos identificados, tres habían sido cumplidos, dos se hallaban en proceso de cumplimiento y uno —concerniente a tres modificaciones del Código Penal— no había sido cumplido (Minugua, 1999: 34 y 35). Durante los tres primeros años de ejecución de los compromisos, el gasto público en el sistema de justicia creció notoriamente. Entre 1995 y 1999 el presupuesto nacional dedicado al sector justicia se incrementó en algo más del doble: de 240 millones de quetzales en 1995 pasó a 384 millones en 1996; 439 millones en 1987; casi 556 millones en 1998, y, algo menos, 521 millones en 1999 (Zelaya, 1999: 20). Como se ha visto en el cuadro 6, los recursos fiscales destinados al Organismo Judicial se multiplicaron por cuatro en el lapso transcurrido entre 1995 y 2002.

A fines de 2001, Minugua evaluó el proceso de cambios y continuidades en la justicia, con mayor distancia respecto del texto de los compromisos acordados. En ese análisis, se señaló, del lado positivo, “la ampliación de la cobertura geográfica de los servicios prestados por las instituciones del sistema de justicia”, el reclutamiento de personal bilingüe y “la adopción de la Ley de la Carrera Judicial y el funcionamiento de los órganos en ella previstos [...] así como la puesta en vigencia de la Ley del Servicio Civil y el Código de Ética del Organismo Judicial”.

Al lado de estos avances, el informe preparado a casi cinco años de la firma de los acuerdos indicó que la impunidad seguía caracterizando al sistema de justicia, gracias a “persistentes deficiencias en el sistema de investigación y, en general, en la administración de justicia, el pertinaz incumplimiento del deber de investigar y sancionar, y la falta de voluntad de muchos funcionarios ante las violaciones de derechos humanos y

delitos”. El informe precisó que, en el trabajo de verificación efectuado por la Misión, durante el último año “55% de las violaciones a los derechos humanos comprobadas se deben al incumplimiento del deber jurídico del Estado de investigar y sancionar”. Se subrayó también la subsistente ausencia de una política del Estado contra el delito, la muy insuficiente coordinación entre las instituciones del sistema y, en cuanto al acceso a la justicia, la relativa “escasez de intérpretes” (Minugua, 2001b: 16 y 17).

Ciertamente, los cambios en la justicia encuentran diversas limitantes profundas en cualquier país donde se intenten:

La resistencia a la reforma es persistente y extendida. Los esfuerzos conducidos por la ciudadanía para crear presión a favor del cambio institucional se multiplican gradualmente pero usualmente son muy débiles. Darse cuenta de que la reforma institucional requiere cambios más profundos, incluyendo las estructuras de interés y las relaciones de poder, es un elemento necesario que sin embargo subraya cuán lento y difícil será el cambio (Carothers, 1999: 337).

El caso guatemalteco ilustra bien esas dificultades que no siempre son bien ponderadas cuando se efectúa un balance del proceso de cambios. Por lo tanto, la percepción social, que constatan los sondeos de opinión pública, es que poco ha cambiado. De hecho, según han comprobado periódicamente las encuestas sobre cultura jurídica de los guatemaltecos, la mayoría de los entrevistados mantiene su falta de confianza en la justicia, si bien en 2001, en la encuesta sobre cultura democrática, apareció un dato novedoso: tres de cada cinco de aquellos que habían denunciado la comisión de un delito consideraron que los servicios provistos por las autoridades eran “muy buenos” (15%) o “buenos” (45%).

Pero algunos observadores del proceso tienden a poner un mayor énfasis en las continuidades efectivamente subsistentes, que en los cambios. El informe de la Fundación Myrna Mack (2001), para el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Independencia de Jueces y Abogados, sostuvo a fines de 2001:

El proceso de modernización y reforma del sistema de administración de justicia en Guatemala se encuentra virtualmente estancado a raíz del decrecimiento de los recursos financieros asignados al sector, a la falta de voluntad política para impulsar cambios verdaderamente profundos y a los resultados poco significativos de los programas financiados por la comunidad internacional (*ibidem.*: 2).

El informe señaló, asimismo, las persistentes limitaciones de acceso al sistema de justicia, ciertos vínculos entre el partido de gobierno, jueces y fiscales, la permanencia de diversas formas de amenazas contra jueces, fiscales, abogados y denunciantes, la renuencia del sistema para procesar a los responsables de actos de corrupción, y la inoperancia de la Instancia Coordinadora de la Modernización del Sector Justicia. Se consideró, además, que en el caso del OJ, la reforma judicial estaba quedando constreñida a los aspectos administrativos y logísticos.

Debe considerarse que los cambios institucionales no impactan sustancialmente en un escenario de la administración de justicia en el que predomina determinada forma de ejercicio del litigio. La conducta tipo de la mayoría de abogados litigantes guatemaltecos revela que el esquivamiento del tema de fondo en controversia y el sabotaje del proceso son sus objetivos principales, seguramente en razón de que ofrecen mejores frutos para la defensa del interés particular, dadas las características tradicionales del aparato de justicia. Tal encaminamiento del litigio se ha servido del recurso de amparo, diseñado legalmente en salvaguarda de derechos fundamentales, como instrumento cuyo uso pervertido resulta funcional a la paralización de los procesos. En el terreno de los abogados en ejercicio, que son operadores clave para el funcionamiento del sistema, los intentos de reforma no han ingresado. En el de la formación de los futuros abogados, los esfuerzos han sido pocos y los resultados limitados.

Entre los entrevistados para este trabajo surgieron opiniones que, de un lado, reconocieron el proceso de cambio iniciado pero, de otro, plantearon interrogantes sobre sus resultados. “Justicia es una de las áreas que más ha avanzado”, reconoció una funcionaria internacional, quien enseguida precisó: “la aprobación de leyes dio un juicio favorable a la reforma judicial. Pero, en términos de justicia y de cambios en la cultura institucional hay muy poco. Es difícil lograr que no retroceda” (Patricia O’Connor). Un profesor universitario de derecho también consideró que los resultados logrados eran insuficientes: “la protección de las libertades públicas y la circunscripción del poder militar a lo que le corresponde, es algo que debe tutelarse, con hechos y constantemente, por los poderes públicos, principalmente, por los tribunales de justicia, los cuales todavía no logran asumir un papel protagónico” (Eduardo Mayora). Un diplomático, representante de uno de los países cooperantes con la reforma de la justicia en Guatemala, mostró cierto escepticismo: “si la justicia como siste-

ma no es capaz de dar respuestas claras a la sociedad... Si el mensaje es «lo que ustedes están invirtiendo en justicia no da resultados», ¿para qué sirve?» (Ignacio Ybáñez).

Desde esta perspectiva, se reconoce que el diagnóstico elaborado por la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia y el Plan de Modernización del OJ pueden constituir un buen marco para la reforma del sistema, pero se indica que no están siendo utilizados suficientemente. Dada la magnitud de los recursos y esfuerzos invertidos en el sistema de justicia, se evalúa, los logros son claramente modestos.

Pese a ello, es posible sostener que, en materia de justicia, Guatemala ha mejorado su situación con respecto a la de 1996. En lo tocante directamente a la judicatura, el cambio puede ser reconocido en cuatro puntos:

- El concepto de reforma judicial ha sido aceptado tanto en los medios de comunicación como en el OJ. La Corte Suprema ha adoptado el cambio como política institucional y existe una agenda oficial para el proceso de reforma. El Plan de Modernización del Organismo Judicial, adoptado por la Corte, contiene un marco conceptual para las acciones específicas de reforma que se ejecutan.
- La independencia judicial, si bien no es aún un rasgo característico de la judicatura, es reconocida en la opinión pública como un principio importante. Lo que quizá es más relevante es que cierto número de decisiones judiciales, en casos de importancia y visibilidad, demuestra que en efecto algunos jueces actúan con independencia.
- Los candidatos a jueces se presentan a concursos públicos y sólo deben ser nombrados luego de pasar a través de un proceso formativo en el que se establece qué capacidades y méritos tiene cada candidato. Sin embargo, que la Corte Suprema no haya nombrado a quienes revelaron mayores méritos como candidatos a jueces, motiva la preocupación de la Fundación Mack de “que la Corte esté evitando el nombramiento de las personas que manifiesten una mayor independencia de pensamiento e iniciativa para defender sus derechos” (Fundación Myrna Mack, 2001: 14).
- La falta de recursos no es más una excusa para impedir la transformación. El incremento de fondos en el presupuesto nacional y el apoyo internacional, a través de donaciones y de préstamos, resultan suficientes para alcanzar los objetivos propuestos por la refor-

ma. En el apoyo internacional, a las donaciones recibidas por el OJ hay que sumar dos grandes préstamos de la banca multilateral.

Varios factores pueden explicar los logros relativos alcanzados en materia de justicia en Guatemala. De un lado, se tiene la conjunción de una presión internacional, sostenida en esta materia, con el esfuerzo de un núcleo de actores nacionales que han liderado el proceso. Algunos de ellos situados en cargos de responsabilidades públicas y otros organizados en la sociedad civil; entre éstos destaca el papel de la Fundación Myrna Mack que—constituida en torno a la demanda de sanción para el asesinato de una antropóloga, cometido como una de las atrocidades de la contrainsurgencia—reconoció en su momento la importancia de producir cambios en el conjunto del aparato judicial y destinar esfuerzos a aquellos lugares donde podía apostarse a generar algunas transformaciones.

De otro lado, destaca la continuidad producida en el trabajo de la Corte Suprema cuando nuevos integrantes sustituyeron, en octubre de 1999 y de acuerdo a las disposiciones constitucionales vigentes, a quienes habían iniciado la reforma dos años antes. Reconocer la importancia del trabajo iniciado por una administración previa y continuarlo es una experiencia infrecuente en Guatemala, así como en el resto de América Latina, que en este caso fue decisiva para llevar adelante un proceso de mediano plazo, como éste.

No obstante tales factores favorables, el proceso ha avanzado y retrocedido casi constantemente. Las reformas han encontrado rechazo, e incluso sabotaje, originados en las propias instituciones del sistema de justicia y sus operadores. Los intereses creados se han movilizadado contra las reformas, tanto en el Congreso como en el OJ y el Ministerio Público. Y, lo que es más grave, la profundidad y la sostenibilidad de todo el plan están amenazadas por la falta de recursos humanos suficientes. A pesar de que, sin duda, se ha abierto un proceso de cambio institucional, sobre todo en el OJ, que hace unos años hubiera sido impensable, los logros alcanzados no son garantía suficiente de que, en un plazo corto, Guatemala cuente con una justicia de excelencia.

La cuestión crítica es saber si hay tiempo suficiente para desarrollar el proceso cabalmente. Como se anotó antes, según la percepción pública que recogen las encuestas, poco o nada parece haber cambiado. En efecto, personal de baja calificación y carente de compromiso mantiene las

demoras en los procesos, y la corrupción persiste —si es que no ha aumentado—. Una justicia verdaderamente nueva, si es que fuera posible, tomará tanto tiempo en ser construida que parece difícil esperar que la paciencia de la población alcance. De hecho, no está durando. No sólo la impaciencia, que exige soluciones instantáneas donde no es posible esperarlas, sino también las expectativas ciudadanas, que exigen condenas numerosas y expeditivas, se han levantado como obstáculos para construir paulatinamente un sistema de justicia basado en el debido proceso, en cuyo ámbito penal tenga centralidad la presunción de inocencia.

5. El desafío de los linchamientos

Nada más ilustrativo que el enorme desafío que tiene ante sí la justicia guatemalteca que el fenómeno de los linchamientos. Cuando se opta por la justicia por mano propia, como ha ocurrido en Guatemala, se ha iniciado el camino hacia una sociedad sin ley ni orden. Desde 1995, cuando una ciudadana estadounidense fue linchada porque, según se temía, pretendía secuestrar a un niño, el número de linchamientos ha crecido de manera sostenida en el país, como se registra en el cuadro 6.

CUADRO 6
LINCHAMIENTOS EN GUATEMALA, 1996-2001

<i>Año</i>	<i>Linchamientos</i>	<i>Muertos</i>	<i>Heridos</i>	<i>Total de víctimas</i>	<i>Casos judiciales abiertos</i>
1996	35	23	24	47	11
1997	78	30	80	110	17
1998	67	54	73	127	9
1999	105	48	188	236	33
2000	61	33	95	128	5
2001	75	27	140	167	20
Totales	421	215	600	815	95

Fuente: Minugua, febrero de 2002.

Según el seguimiento de casos, realizado por Minugua, los linchamientos ocurrían en los lugares del país más afectados por el conflicto armado y que exhiben los índices de desarrollo humano más bajos. En tres de cada cuatro casos, el delito que se alega está relacionado con cuestiones de propiedad.

No puede sostenerse que el sistema de justicia haya respondido, ante este fenómeno, con mayor o menor diligencia que frente a otros hechos de naturaleza grave. Desde 1997 hasta fines de 2001, sobre un total de 421 casos registrados por Minugua, sólo se había sustanciado noventa y cinco procesos en los tribunales; esto es algo menos de uno de cada cuatro casos. Hasta fines de mayo de 2001 se había dictado sentencia en veintinueve de ellos, de las cuales nueve fueron absolutorias y veinte de condena. Estos resultados revelan que en menos del 5% de los casos registrados durante el referido periodo hubo sentencia condenatoria contra alguno de los responsables. Sin duda alguna, este saldo es manifiestamente insatisfactorio, pero habría que contar con estadísticas igualmente elaboradas —que, lamentablemente, no existen— acerca de otros delitos, para comprobar si la ineficacia del sistema de justicia es mayor en casos de linchamiento o éstos reciben un trato similar al del resto.

¿Cómo explicar el fenómeno mismo del linchamiento? Una respuesta concreta fue proporcionada por uno de los entrevistados: “se produjo un vacío de poder, del control. Estaban los alcaldes, que oficiaban de jueces, y los comisionados militares, que se ocupaban rápidamente de los delincuentes. Se les eliminó sin transición. El vacío nos lleva a los linchamientos” (Héctor Gramajo). Pero las respuestas en circulación perciben un mayor grado de complejidad en la explicación del fenómeno.

Con cierta frecuencia, para explicar los linchamientos, se recurre al señalamiento de la combinación de un crecimiento del fenómeno delictivo con un sistema de justicia ineficaz. El linchamiento sería así una suerte de respuesta social a un fracaso del sistema. El hecho de que la localización de los linchamientos no coincida con los lugares de más alta incidencia delictiva en el país, ni siempre corresponda a donde peor funcionan las instituciones de justicia, parece cuestionar esta interpretación.

Otra tendencia explicativa considera a los linchamientos como “un legado del terror de Estado” (Snodgrass, 2002); esto es, como producto —entre otras manifestaciones de violencia privada— de un trauma social causado por la estrategia contrainsurgente. Algunas evidencias disponi-

bles parecen confirmar la hipótesis y puede asegurarse que, cuando menos, en algunos casos de linchamientos es posible identificar como activos participantes a quienes fueran actores en el conflicto armado interno. Pero el fenómeno no se ha circunscrito a las zonas más afectadas por la violencia contrainsurgente, ni en los diversos episodios ocurridos se constatan evidencias de confrontación entre quienes estuvieron de un lado y de otro durante el conflicto. Es frecuente que sean víctimas de linchamiento quienes no son miembros de la comunidad, los “forasteros”.

Ante esas certezas, el argumento de que la violencia estatal causó efectos en todo el tejido social, de un modo tal que quienes no participaron materialmente del conflicto son actualmente protagonistas de los linchamientos, es sostenible pero no muy convincente. Y no lo es debido a que el fenómeno de los linchamientos también ocurre, en América Latina, en países como Brasil, México, Ecuador, Bolivia y Venezuela, que no han conocido un periodo prolongado y terrible de lucha contrainsurgente. En Ecuador, de acuerdo a un estudio coordinado por FLACSO que cita Castillo (<http://www.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate12.htm>), entre 1995 y 1998 se habrían registrado un total de noventa y tres linchamientos; esto es, casi uno cada dos semanas. En Bolivia, según cifras de la Fiscalía y la Policía Técnica, entre enero de 2000 y julio de 2002 se consumaron cuarenta y cinco casos de linchamiento. En Venezuela, PROVEA, una entidad dedicada a la temática de derechos humanos y justicia, ha informado que:

Entre octubre de 2000 y septiembre de 2001, se registraron en la prensa nacional 63 personas muertas en linchamientos y 102 personas heridas en intentos de linchamientos. Esto significa un alarmante incremento en el número de personas asesinadas en linchamientos, respecto del periodo anterior en el que se registraron 22 personas muertas en linchamientos y 107 heridas en intentos de linchamientos (<http://derechos.org.ve>).

De modo que, sin descartar su vinculación con la herencia del conflicto armado interno, los linchamientos requieren un marco explicativo mayor. Al buscar una interpretación adecuada, en el contexto del caso guatemalteco probablemente sería útil explorar en profundidad el concepto de justicia que popularmente existe en el país, muy cercano a la venganza privada y propio de una sociedad preestatal. Es usual en Guatemala, tanto en áreas urbanas como rurales, recurrir a la violencia para cobrar

deudas o compensar cualquier agravio. Esta preferencia explica mejor porqué en cierto número de linchamientos, la turba ha extraído violentamente a sus víctimas de la cárcel, donde precisamente las había recluido la justicia estatal para procesarlas.

Tales valores culturales están en la base de un hecho tan o más grave que el linchamiento mismo, recurso regresivo del cual a menudo personas absolutamente inocentes son víctimas. Ese otro hecho consiste en que, de un lado, el liderazgo del país no ha respondido unánimemente con una condena pública de los hechos y, de otro, el respaldo social existente en favor de quienes linchan es bastante alto, al punto de que según algunos sondeos es mayoritario entre los entrevistados.

En agosto de 1996, cuando los linchamientos empezaban a convertirse en un fenómeno social, Aragón & Asociados exploró, en una muestra nacional, el nivel de aprobación existente. El 58% de los entrevistados se declaró a favor de quemar vivos a los presuntos delincuentes, 71% dijo estar de acuerdo en lincharlos y, en términos más generales, 75% aprobó que se tomara la justicia en las propias manos. En las encuestas realizadas en 1999 y 2001 por el proyecto sobre la cultura democrática de los guatemaltecos, aproximadamente la mitad de los encuestados expresó rechazo total a los linchamientos, mientras alrededor de 30% manifestó acuerdo completo con ellos, y el resto los respaldó "algunas veces". Estas respuestas podrían sugerir un cambio en la opinión pública, que surge también de otras respuestas recogidas en 1999 por la misma encuesta. Así, 43.9% de los entrevistados consideraban que para detener la delincuencia común nunca se deben violar los derechos de la persona, contra 36.8% que consideraban que sí pueden ser violados, y casi dos quintos (19.3%) de falta de respuesta; la violación de reglas o leyes por las autoridades, para combatir la delincuencia, fue rechazada por 63.1% de los entrevistados, y parcialmente apoyada por 21.6%, con otro 15% de falta de respuesta. De manera más específica aún, 71.1% de las respuestas se inclinaron porque, antes de entrar a una casa bajo serias sospechas de un delito, es preciso esperar la orden judicial, contra apenas 16.5% que actuarían sin ella, y 12.4% de entrevistados que no respondieron.

¿Estamos ante una evolución marcadamente positiva en la cultura cívica de los guatemaltecos producida en unos cuantos años, o enfrentamos el límite de que las encuestas no siempre revelan lo que en rigor los entrevistados piensan? Las respuestas registradas asumen un nivel de cono-

cimiento de las garantías individuales, establecidas en la ley, que no corresponde a la escasa información jurídica que es propia de la cultura cívica del ciudadano guatemalteco medio. A modo referencial puede citarse el resultado de una encuesta realizada por Borge & Asociados, en noviembre de 1997, según el cual 45.9% de los entrevistados creían que la justicia se limitaba a la materia penal. En el caso de la encuesta para el estudio sobre cultura democrática de los guatemaltecos, llama la atención particularmente la respuesta a la cuestión referida a la orden judicial necesaria para ingresar a un domicilio. La inviolabilidad del domicilio es una garantía constitucional en Guatemala que, muy probablemente, la mayoría de los ciudadanos desconocen como derecho y, más aún, en los términos en que debe operar. Como ocurre en otras circunstancias, cuando el entrevistado intuye la respuesta que produce una mejor imagen ante el entrevistador, opta por la denominada técnicamente “respuesta de prestigio”. Y en más de un caso de éstos puede haber ocurrido precisamente esa desviación.

No puede desatenderse que, en el estallido de la violencia y en el grado de aceptación social con el que cuente, el desempeño de las instituciones de justicia juega un papel relevante. En un trabajo sobre desigualdades sociales y conflictos sociales profundos, Azar y Farah (1981) precisan el razonamiento de Ralf Dahrendorf, quien en su obra clásica *Class and Class Conflict in Industrial Society* sostuvo que el surgimiento del conflicto entre grupos correspondía a la falta de mediación y arbitraje en el sistema. Los autores citados puntualizan que las “instituciones de mediación tales como el aparato judicial y/o la participación política” institucionalizan el conflicto sin eliminarlo. La conclusión que ellos mismos proponen es que la ausencia o el colapso de un “sistema institucionalizado de mediación, por la razón que fuere, conducirán al conflicto abierto y a la violencia” (Azar y Farah, 1981: 327). Sin dudas, éste es el caso histórico de Guatemala, donde la tarea de administrar justicia por el Estado permaneció en estado de abandono durante décadas. La pregunta siguiente es si esto explica todo.

La cultura guatemalteca puede ser caracterizada, como se ha hecho con la camboyana, como “una cultura en la que la violencia es aún la vía preferida para conseguir que las cosas se hagan” (Colletta y Cullen, 2000: 110). Esa hipótesis también surge de las explicaciones sobre los orígenes estructurales de la violencia en Guatemala, expresada, por ejem-

plo, en la esporádica repetición de masacres, incluso cometidas por indígenas. Esta interpretación debería ser testada mediante una relectura de la historia guatemalteca previa al conflicto armado, en la que el impacto colonial, el de la modernización impuesta en el siglo XIX y el de la dictadura de Jorge Ubico en el siglo XX merecen un examen muy cuidadoso, donde se debe rastrear la entronización formalizada de mecanismos de justicia privada. Como resultado de esa tarea, acaso sea posible sostener que es más bien la violencia como rasgo cultural guatemalteco el que explica la ferocidad de la lucha contrainsurgente y no al revés.

6. *Un futuro incierto*

Pese a los logros alcanzados, el curso futuro de la reforma del sistema de justicia en Guatemala es, cuando menos, incierto. No obstante, el desarrollo de las reformas permite ilustrar algunos elementos clave que el proceso de paz ha puesto de manifiesto.

La justicia es un área donde los acuerdos de paz partieron de un diagnóstico sucinto pero, en lo fundamental, correcto, y propusieron una estrategia dirigida a la transformación institucional, según fundamentos conceptuales que hicieron explícitos. Se optó así por un tipo de compromiso, pactado en los acuerdos, consistente en la apertura de un proceso de cambio institucional. Si se evalúa, entonces, lo ocurrido con el texto de los compromisos adoptados, se constata que la mayoría de ellos fueron puestos en marcha y, en definitiva, cumplidos.

Gracias a que uno de los compromisos conducía a un diagnóstico en profundidad del tema, se pudo subsanar, en cierta medida, una dificultad emergente también en otros asuntos —y en otros países—: la falta o la insuficiencia de conocimiento social y de debate público acumulados sobre la cuestión. Carencias debido a las cuales el malestar social —sin comprensión global ni calidad suficiente en las propuestas disponibles—, una vez iniciado el proceso de reforma, usualmente no logra constituirse en impulsor y apoyo efectivo a él.

Al optar por un análisis institucional, alejado del texto de los compromisos formalmente pactados en los acuerdos de paz, la ejecución revela aspectos más complejos. En primer lugar, a través de la puesta en marcha de los mecanismos y las reformas enunciados en los acuerdos, apareció la gravedad de la situación problemática en toda su dimensión, que inclu-

ye no sólo productos socialmente insatisfactorios, o incluso indeseables, sino una diversidad de carencias que, en un círculo vicioso, se constituyen en limitaciones serias para reformarla. En ésta, como en otras áreas, la escasez de recursos humanos resulta crítica y puede ser decisiva en la desembocadura del proceso de reforma.

El otro poderoso factor de incertidumbre en el proceso iniciado proviene de los rasgos culturales vigentes, que se revelan tanto en las instituciones como en la sociedad misma. Esos rasgos incluyen una preferencia social por el uso de medios violentos para encarar los conflictos, en niveles y formas que ponen en riesgo el curso de un proceso de reforma del sistema de justicia. De una parte, actos de venganza, amenazas e intimidaciones sobre denunciantes, testigos, jueces y fiscales forman parte de la vida cotidiana en el país. De otra, puede que el fenómeno de los linchamientos anuncie la preponderancia de una opción popular por el recurso a la violencia como forma de enfrentar conflictos y, en consecuencia, el abandono del sistema de justicia institucional, aun cuando éste se mantenga en un curso de reforma más o menos importante.

III. LECCIONES NO APRENDIDAS EN LA REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA

El tema de la reforma del sistema de justicia —en ocasiones restrictivamente denominado reforma judicial, como si sólo de los jueces se tratara— apareció en la región en la década de los años sesenta, de la mano de proyectos revolucionarios en Cuba, primero, y en Perú, después. Pero su generalización, a partir de los años ochenta, había sido inicialmente impulsada por Estados Unidos, que propuso situar el asunto en la agenda pública luego del cambio en la política exterior de Washington que, con el gobierno del presidente Jimmy Carter, a fines de los años setenta restó énfasis a los apoyos a ejércitos y policías para abrir el terreno de la cooperación con las instituciones del sistema de justicia. Jueces, fiscales y defensores públicos eran quienes debían lidiar, en condiciones democráticas, con demandas y conflictos, en vez de que a éstos se siguiera dando una respuesta meramente represiva. El Salvador fue el primer país latinoamericano donde se cambió la orientación de la ayuda estadounidense.

Algunos años después de que la agencia de cooperación estadounidense, US-AID, empezara a buscar vías para colocar el tema bajo la atención

gubernamental, llegó la banca multilateral. Para el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo no era tanto la gobernabilidad democrática el motivo de su interés por la reforma de la justicia, sino que la necesidad de un funcionamiento aceptable del espacio institucional para dirimir conflictos provenía del establecimiento de mecanismos de mercado adecuadamente respaldados por el funcionamiento del Estado. Si los contratos —o, mejor dicho, su incumplimiento— no encontraban un lugar creíble para su ejecución coactiva, la implantación del mercado no contaría con un ambiente institucional adecuado.

Ciertamente, las carencias de los sistemas de la justicia en la región eran conocidos desde muchos años antes —en muchos casos, podría decirse que las debilidades del aparato acompañaron al país durante toda la etapa republicana—, pero los proyectos de democracia y mercado lograron instalar el tema como una necesidad lo suficientemente importante como para merecer atención de la cooperación internacional y, en consecuencia, de los gobiernos nacionales.

En toda América Latina se ha intentado enfrentar el tema durante varios años y de muy diversas maneras, que han conocido entrampamientos y vueltas a comenzar. En medio de procesos de reducción y debilitamiento del Estado, se ha logrado mantener la atención sobre la reforma del sistema de justicia, aunque los resultados sean desiguales y, en cierta medida, insatisfactorios. Se han producido dos grandes oleadas de reforma (Fuentes, 1999).

Los primeros intentos, correspondientes a los años ochenta, trajeron esfuerzos tentativos y desordenados de implantar cambios que, casi siempre, renunciaron al requisito de contar con diagnósticos previos, y se dirigieron espasmódicamente a uno u otro objetivo, en general carentes de una estrategia.⁶⁶ La cooperación internacional dio atención prioritaria a aspectos de infraestructura que, como la introducción de computadoras o la construcción de locales, eran vistos como cuestiones clave en la modernización de las vetustas organizaciones de la justicia. Otro rubro al que se dedicaron cuantiosos recursos fue la capacitación. En esta dirección la cooperación internacional —en abierta competencia unas agencias con otras— ofreció anualmente decenas de cursos en diversos países.

⁶⁶ El problema de la carencia de estrategia fue advertido en el trabajo de Blair y Hansen (1994). Sin embargo, la ausencia de planteamientos estratégicos se mantuvo aún durante algunos años en diversas agencias de cooperación internacional.

Las propias agencias de cooperación han preferido evitar evaluaciones periódicas, serias y sistemáticas de su trabajo.⁶⁷ No se dispone, entonces, de un balance preciso y completo sobre el derroche de recursos en materia de capacitación dirigida a jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes cuyas severas carencias y limitaciones intentaban ser remediadas mediante actividades de transmisión de información. Carentes tanto de exigencia rigurosa como de metodología adecuada para formar a operadores de la justicia, estas actividades distrajeron al personal del sistema de sus responsabilidades laborales y estimularon una competencia por acumular antecedentes para el currículum personal. Los destinatarios de la capacitación, reclutados mediante mecanismos generalmente inadecuados, revelaron una alta impermeabilidad respecto de los propósitos de reforma que, según se suponía, estaban en la base de tales esfuerzos.

Durante esta primera etapa, la falta de diagnósticos —o su reemplazo por encuestas en las que, como en Bolivia y otros países, se pedía a los integrantes del sistema que autodiagnosticaran sus males— permitió que no se percibiera, precisamente, uno de los problemas básicos del sistema de justicia en la región: la falta de correspondencia entre las calidades necesarias en jueces y fiscales, y los sistemas de nombramientos utilizados. En muchos países de la región prevalecían nombramientos que según la ley debían ser renovados periódicamente y, de hecho, eran renovados según criterios políticos luego de cada elección presidencial y legislativa. Adicionalmente, en muchos casos se mantuvo el recurso a las ratificaciones periódicas que, a menudo aplicadas sin el debido proceso, se convirtieron en purgas aplicadas arbitrariamente.

Como resultante del funcionamiento de tal sistema, la falta de independencia se convirtió en usual; jueces, magistrados y fiscales debían el favor del nombramiento a algún poderoso, a cuya disposición quedaban en el ejercicio del cargo, salvo excepciones. Una segunda consecuencia —menos obvia que la primera pero igualmente grave— fue la pérdida de prestigio de la función y, por consiguiente, la mediocridad severa de quienes, bajo tales condiciones, aceptaban desempeñarse en el sistema de justicia.

⁶⁷ No obstante, algunas importantes excepciones deben ser destacadas. En la década de los años noventa, expertos de USAID produjeron un conciso y agudo informe sobre la inversión hecha por esa agencia en Honduras (Hansen *et al.*, 1993). Asimismo, el BID ha publicado una evaluación de su trabajo en materia de justicia en América Latina, que resulta de interés (Biebesheimer y Payne, 2001).

En términos del Estado de derecho republicano, la suma de falta de independencia y mediocridad profesional anuló una de las funciones más importantes que son propias de la justicia: actuar como contralor legal del ejercicio del poder.

La segunda oleada de reformas, correspondiente a los años noventa, prefirió acudir a la formulación de diagnósticos y estrategias; en estas últimas se intentó cubrir diferentes áreas de la reforma a realizar. Sin embargo, debe notarse que en la fase de ejecución no siempre se ha alcanzado el enfoque integral correspondiente a diagnósticos y diseños. En los hechos, debido a diferentes “velocidades” de los actores institucionales participantes y a la distribución de responsabilidades entre las entidades de la cooperación internacional, se han producido desniveles muy grandes en los avances logrados, que corresponden tanto a temas como a instituciones. Aunque no en todos los países se ha echado mano a la formulación y ejecución de planes maestros, alentada principalmente por la asistencia técnica proporcionada por la cooperación internacional, en muchos casos aparecen en la reforma del sistema de justicia cinco grandes temas incluidos, en diversos grados y formas:

Acceso universal e igualitario. Se persigue, mediante un conjunto de nuevos mecanismos institucionalizados, garantizar que todo ciudadano pueda comparecer en condiciones de igualdad ante el sistema de justicia. Este eje incluye principalmente: el logro de cobertura territorial completa, en aquellos países donde es insuficiente; el establecimiento de defensorías públicas dotadas de personal y recursos en magnitudes mayores que las meramente simbólicas, y el servicio de traductores para atender a la población de lengua no castellana. Lo ambicioso del objetivo ha encontrado facilidades y límites propios de cada país; en ciertos casos, las barreras existentes resultan sumamente difíciles de superar. Entre ellos destacan aquellos países donde a los obstáculos de índole territorial se suman la pobreza de un sector muy grande de población, que le impide contratar los servicios profesionales de un abogado, y la presencia de más de una lengua de uso masivo.

Reclutamiento y promoción con base en los méritos. Se busca proveer personal para el sistema, que sea seleccionado a partir de concursos abiertos y mecanismos de evaluación transparentes, de modo de producir una mejora cualitativa de significación en la aptitud profesional de jueces, fiscales y funcionarios. Dada la tradición existente hasta hace pocos

años, quizá éste sea el rubro en el cual se han producido cambios de mayor envergadura y alcance. En muchos de los países de la región la carrera judicial ha quedado establecida y los mecanismos objetivos de selección funcionan con grados de transparencia variable. En el caso de los fiscales, los logros son menos impresionantes, dado que el funcionamiento de los Ministerios Públicos se mantiene más ligado al control político. Pese a todo, y al incremento de remuneraciones que ha acompañado estas reformas, el nivel profesional de una proporción apreciable de jueces y fiscales sigue siendo insatisfactorio; en parte, este resultado se debe a que quienes ejercían cargos en razón del sistema de reclutamiento previo no han sido removidos sino cuando se ha comprobado falta grave en el desempeño de la función. Aunque el sistema de purgas, tantas veces utilizado por razones políticas, no deba ser reeditado, en la mayoría de los países de la región permanece como un problema serio mantener como sector mayoritario de la judicatura a quienes fueron reclutados bajo criterios tradicionales y “educados” en las prácticas conservadoras de las respectivas instituciones.

Organización y gestión administrativa y de despachos. Diversas fórmulas de reingeniería institucional han buscado, especialmente en el caso judicial, la separación de funciones entre las responsabilidades administrativas y las jurisdiccionales, para lo cual varios países han recurrido a crear consejos de magistratura. En muchos casos se ha redefinido la organización de Poder Judicial y Ministerio Público, creando servicios compartidos y centros de apoyo y gestión comunes que han dejado atrás las estructuras enfeudadas a cargo de juez o fiscal. En algunos países se ha logrado también una mejora cualitativa en el personal a cargo de la administración, que ha conducido a mayores niveles de eficiencia.

Asignación de recursos y autarquía presupuestal. Se ha pretendido —y logrado, en buena medida— no sólo el incremento del financiamiento disponible al sistema de justicia sino un manejo propio de los recursos asignados. Aunque no en todos los casos se ha formalizado en la Constitución o la ley la fijación de un porcentaje del presupuesto nacional dedicado a las instituciones del sistema de justicia, de hecho los fondos entregados a él se han multiplicado en todos los casos. Esto ha permitido sustanciales mejoras de remuneraciones que, en varios casos, hacen competitivo el cargo de juez o el de fiscal en el mercado profe-

sional.⁶⁸ A los fondos estatales hay que sumar los obtenidos de la cooperación internacional, como donaciones y como préstamos, destinados principalmente a obras de infraestructura en el caso del BID, y a diversos proyectos institucionales en el caso del Banco Mundial.

Introducción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC). Aspecto éste insistentemente auspiciado por agentes de la cooperación internacional, se propone establecer alternativas a la prestación de justicia por el Estado. Valiéndose de mediación, conciliación y arbitraje, principalmente, el espectro social que se busca cubrir mediante esta oferta de justicia no estatal abarca desde los conflictos económicos importantes entre grandes empresas hasta los litigios entre vecinos o de carácter familiar, en el nivel comunal. En la fundamentación y el diseño de las diversas propuestas se superponen dos lógicas distintas: una atiende principalmente a la necesidad de descargar conflictos menores al aparato estatal de justicia y otra sostiene que los ámbitos no estatales son más idóneos para resolver determinados conflictos. En todos los países se ha producido una ampliación en el uso de estos mecanismos, en algunos casos bajo el impulso legal o el patrocinio estatal, aunque no se cuenta con información suficiente para evaluar sus resultados en términos de calidad del producto ofrecido⁶⁹ y satisfacción del usuario.

El cuadro general del cambio del sistema de justicia en la región es difícil de resumir, tanto por su heterogeneidad como por su relatividad. De una parte, algunos cambios significativos diferencian a las instituciones del sistema de aquellos rasgos que tradicionalmente las caracterizaron. De otra, los resultados alcanzados han sido lentos, caros, parciales e insuficientes.

En el lado positivo del balance provisional que puede hacerse deben incluirse, en la mayoría de los países de la región, los siguientes aspectos:

⁶⁸ Pese a las mejoras producidas, un reivindicacionismo estrecho intenta comparar el nivel salarial de jueces y fiscales con los ingresos de los mejores profesionales en el mercado. Esta comparación —que resultaría igualmente desventajosa en cualquier país del mundo— carece de sentido, puesto que para optar por la función jurisdiccional es preciso tener una vocación de servicio público que no es requisito para el ejercicio profesional como abogado.

⁶⁹ Aunque la información es fragmentaria, en Colombia y Guatemala se han dado a conocer públicamente preocupantes casos de violaciones de derechos humanos, impuestas por instancias comunales de resolución de conflictos.

- El concepto de reforma del sistema de justicia ha sido aceptado y es política pública.
- La crónica falta de recursos para atender el problema ha quedado atrás.
- Se seleccionan jueces en concursos públicos⁷⁰ y se vigila socialmente el nombramiento de magistrados de la Corte Suprema.
- La independencia judicial se ha empezado a abrir paso.

Ese último desarrollo ocurre principalmente a través del surgimiento de aquello que puede llamarse “jueces disidentes”, especialmente relevantes tanto en procesos por violaciones de derechos humanos o por corrupción como en aquellos casos correspondientes a lo que se ha denominado “judicialización de la política”, que han abierto un espacio a los jueces para contribuir a la formulación de políticas públicas. En unos casos y otros se trata de personajes que —más en los órganos judiciales que en los ministerios públicos— han redefinido su función para dotarla de independencia, definiéndola como un servicio público y distanciando su ejercicio de las necesidades del poder.⁷¹ Este sector no constituye la mayoría de la judicatura en ningún país, pero ha alcanzado reconocimiento en los medios de comunicación y cuenta con interlocutores en las organizaciones sociales que ejercen vigilancia en materia de justicia. Si este núcleo, existente en muchos países de la región, podrá ser capaz de ejercer responsablemente su nuevo rol y constituirse así en la masa crítica del proceso de reforma, hasta su culminación, es algo que sólo se demostrará en los hechos mismos, con resultados probablemente variables entre un país y otro.

Del lado negativo, la lentitud y los altos costos de los cambios producidos apuntan a una cierta desproporción entre recursos invertidos y logros alcanzados. Como resultado, los sondeos de opinión pública indican que la percepción social de la justicia no ha cambiado de manera significativa al cabo de estos años de reforma; allí donde la percepción era relativamente positiva —como en Costa Rica o Uruguay— se mantiene o sólo

⁷⁰ Para un examen de caso sobre el impacto de la introducción de los concursos públicos en el proceso de nombramiento de jueces en Guatemala, véase Pásara, 2000.

⁷¹ En el caso peruano, varios jueces se atrevieron, en sus sentencias, a poner de lado los requerimientos de la dictadura fujimorista, en la década de los años noventa. Posteriormente, los jueces del subsistema anti-corrupción han desarrollado también un perfil independiente, comprometido seriamente con su función.

lo ha desmejorado ligeramente; allí donde era negativa —como en casi todos los demás países— sigue siéndolo, sin que cambios de envergadura, como los realizados en la justicia de varios de ellos, hayan podido alterarla.⁷² Sea porque el producto que ofrece el sistema de justicia —esto es, la calidad de juicios y sentencias— no ha cambiado dramáticamente, sea porque las expectativas sociales se han impacientado —quizá en consonancia con el crecimiento de los índices delictivos en toda la región—, no parece haber conciencia de la existencia de un proceso de reforma institucional que, en un plazo razonable, pueda dar como resultado una justicia distinta.

El presente texto está organizado en cuatro apartados. En primer lugar se pasa revista sintéticamente a algunas de las principales cuestiones resaltantes en los análisis de casos contenidos en Pásara (2004), cuyo interés va más allá del país respectivo, y se examinan 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 de la 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 estudiados en Pásara (2004) 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 multiplicó por cuatro, y

⁷² Según las encuestas realizadas regularmente por Latinobarómetro, entre 1996 y 2002, la opinión ciudadana sobre la justicia mejoró sólo en los casos de Costa Rica, Honduras, Panamá y Venezuela.

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 diluidos 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 con un fuerte componente endógeno. Pero no obstante los avances importantes logrados, sobre todo respecto de la carrera judicial en el nivel federal y en algunos estados, en general se carece de una visión estratégica para una reforma (Fix-Fierro, 2004) que, a partir de la condición de país federal, afrontará una mayor complejidad que en otros países de la región.

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. Sin embargo, los problemas se han agravado y las instituciones del sistema han continuado debilitándose, en demostración de que el tema de la reforma es más político que técnico. La situación actual es tributaria 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 (2004), 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.

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 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 in-

clusivo 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 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 para una reforma democrática de la justicia, según argumenta Pérez Perdomo (2004).

A. El papel de los diagnósticos

Como la experiencia chilena sugiere, 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 cierta frecuencia.

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 comprehensivo 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.⁷³ 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 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 aun 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 aún pendiente.

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.

⁷³ Sobre el papel de la asistencia técnica en los programas de reforma de la justicia, véase Faundez, 1997.

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 hasta entonces 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 previo 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.

B. 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.

a. 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 se cuenta con elementos para sostener que, en toda la región, llega a conocimiento del sistema sólo una fracción de los delitos efectivamente cometidos. Alfredo Fuentes (2004) precisa que en Colombia, tratándose de un delito grave, sólo uno de cada tres homicidios registrados por la policía arriba 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 de casos que llegan ante las instituciones del sistema.

Con ese vacío de conocimiento de partida, plantear el tema de acceso incluye dos aspectos diferenciados. 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. 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 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 MARC⁷⁴ 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.⁷⁵ 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.

⁷⁴ La utilización de los MARC no resuelve, incluso allí donde pueda considerarse exitosa, el problema de acceso, dado que éste tiene una dimensión mucho mayor que la alcanzada por 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.

⁷⁵ No obstante la validez de esta afirmación general, el funcionamiento de estos mecanismos, como tantos otros temas atingentes al sistema de justicia, requiere ser analizado a partir de estudios empíricos que proporcionen una base válida sobre la cual proponer alternativas.

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 a ellos recursos cada vez más importantes —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.

Mientras ese encaramiento, que no corresponde sino limitadamente al aparato de justicia, tiene lugar, es preciso aceptar que el sistema de justicia debe plantearse cómo manejar, lo que Fuentes (2004) 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 (2004), entre una “demanda de más” —que carga el sistema de causas dotadas de una baja prioridad social o susceptibles de ser resueltas en otra vía— y una “demanda de menos”, que bajo las circunstancias imperantes se ve impedida de acceder al sistema. Si no se toman en cuenta estos dos factores, las cifras globales sobre causas actualmente sometidas a la justicia no nos dicen mucho acerca de la magnitud de aquellos asuntos que efectivamente requieren de la atención estatal en materia de justicia.

En cualquier caso, es preciso determinar los límites de la oferta o, en palabras de Vargas (2004), “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, para proporcionar entonces a sus protagonistas las mejores garantías de acceso posible.

b. 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 ámbito que evite o, cuando menos, reduzca la interferencia de otros poderes con la justicia. Sin embargo, como subraya Margaret Popkin (2004), esos avances corresponden a la institución en conjunto y a lo que usualmente se ha denominado “independencia externa”. En cambio, la independencia de los jueces mismos aparece menos resguardada, sobre todo en relación con las presiones ejercidas desde otras instancias del propio 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 no sólo se atenta contra la independencia judicial, además, se inhibe la renovación jurisprudencial y se perpetúa la validez de los viejos modos de entender la ley y la tarea de administrar justicia.

En cuanto a los nombramientos, para los que se han 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 (2004), 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 Hammergren (*comunicación personal*), la otra cara de la independencia es la rendición de cuentas (*accountability*) por jueces que no son elegidos popularmente, y tienen la potestad enorme 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. 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 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, evitando el riesgo de imponer a jueces y fiscales criterios de interpretación, supone establecer tanto mecanismos internos como monitoreos externos, cuidadosamente diseñados y rectamente aplicados.

c. Eficiencia

Vargas (2004) 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 la cuestión de la eficiencia como si se tratara de 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 separar en compartimentos 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 la asignación del poder dentro de la organización. Esta raíz explica porqué 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 los liberarían de tal carga; es que la separación de funciones administrativas de las jurisdiccionales, de hecho, implica 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 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.

C. 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 racimo de esas características proviene de aquellos rasgos de la cultura jurídica que serán examinadas en el párrafo siguiente. Se proponen ahora otros tres.

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 consustanciales 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, eds., 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—. 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 violencia 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, trátese 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 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 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 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.

2. Evaluación de la justicia y naturaleza del cambio

¿De qué se trata la reforma? No es un proceso de cambio encaminado a beneficiar a jueces o a abogados. En vista de lo mucho predicado al respecto, vale la pena añadir 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 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. Todo lo demás es instrumental con relación a ese objetivo.

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 (2004), 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 está ocurriendo 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.

Cuando se habla de la reforma del sistema de justicia, en los hechos, se presta 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 los otros actores cuyo desempeño es vital para lograr un funcio-

namiento 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, prisiones y en el desempeño de los abogados. Si aquello que sabemos en América Latina sobre el Poder Judicial es poco, respecto de las otras entidades y los otros actores del sistema no se sabe casi nada.

A. La evaluación del funcionamiento de la justicia

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, 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 varios 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 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 datos primarios— para llevar adelante sus trabajos.

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 deben 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 Latino-barómetro, 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 en relación con 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 determina-

da —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 empiezan a producirse 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 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 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 estuvieran 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.

Las dificultades señaladas resultan agravadas en el caso de procesos de reforma en curso debido a que:

- Los cambios, donde los hay, son lentos y de resultado a mediano plazo.
- Medios de comunicación y abogados litigantes se alimentan del fracaso, real o no, del sistema de justicia.
- 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.

B. 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 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;⁷⁶ pero 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 US-AID, ha sido entronizada en la región.

⁷⁶ En Honduras se hallaba en curso, en 2003, un esfuerzo de esa magnitud, apoyado por la cooperación internacional.

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 aun 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).

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 porqué 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 equivalentes 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 han 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 demuestra que incluso la norma constitucional puede prescribir remedios atinados y respecto de los cuales hay consen-

so, 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 tanto a propósito de la inutilidad de acortar plazos del proceso (Vargas, 2004) como en torno a las insuficiencias demostradas por el funcionamiento de los consejos de la judicatura (Popkin, 2004).

C. El cambio cultural

En el tratamiento de la reforma del sistema de justicia ha aparecido crecientemente el reconocimiento de la necesidad del cambio cultural. Admitamos 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.

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 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.

En la primera 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 por MacLean (2004): 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”.

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.

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 da-

do. 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. Esto, 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 y mecánico 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. 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 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.

El cambio cultural en el ejercicio de la profesión debe partir del reconocimiento de que sin nuevas formas de 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 rinden 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 satura-

ción 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 mayoritario 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 saben perdidas. El extremo en el uso de todas estas formas maliciosas de alargamiento del proceso —alutando 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 inerte 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 le permiten denunciar a quien use de ellas. Lamentablemente, cierta complicidad, cierto temor a ser denunciado por el abogado o, simplemente, la opción de evitar el riesgo de hacerse de un enemigo en la profesión conduce a que los jueces no usen estas normas y los procesos se alarguen tan inútil como irremediamente.

Un cambio en la conducta profesional, presidido también por la noción de servicio, es requerido urgentemente como componente clave de la transformación 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. Antes que eso, tal vez, se requiere que se decidan a litigar los profesionales 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 abogados de menor calidad, cuyos servicios no serían contratados para responsabilidades más importantes.

La tarea en este rubro es ardua y compleja. Pero para comenzarla 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.

Finalmente, debe abordarse el cambio en la cultura legal ciudadana. En ocasiones, el tipo de alteraciones propuestas por una reforma del sistema de justicia no coincide con las expectativas ciudadanas. En materia penal, por ejemplo, la ola delictiva que atraviesa la región y una cultura cívica del “ojo por ojo, diente por diente” probablemente produzcan en pocos años un desencuentro entre la reforma procesal en curso y aquello que se espera de ella.

Claramente, ésta es un área que trasciende los límites del sistema de justicia y abarca a los mecanismos de educación, tanto formales como informales. Desde 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 de las sentencias es escurridiza y su lenguaje resulta críptico, quien es parte en un proceso —incluso aquéllos que tienen cierta formación— difícilmente descubrirá 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.

3. Actores del proceso

Es necesario puntualizar que, además de los intereses de los operadores del sistema, 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, trata de cambiar un estado de cosas en el país que tiene relación con la distribución desigual del poder.

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 éstos, 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.

A. Políticos

Aun cuando la intervención de la dirigencia política es indispensable en un proceso de reforma de la justicia, ese paso no constituye el 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 se ha señalado, la reforma no debe consistir principalmente en cambios legales, y más importante que éstos resulta producir cambios de naturaleza cultural, a fin de 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 usualmente 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. 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.

B. 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.

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 consecuencia, 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 en los últimos años, en varios países, 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.

Al mismo tiempo, 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, si bien se debe convocar a todos para persuadirlos de las ventajas, incluso personales, que un cambio puede procurarles, tiene que planearse 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, las cortes supremas ahora deben ganar legitimidad para participar del cambio, sobre todo cuando pretenden tener en él un papel protagónico.

A tal efecto, se enfrenta una primera barrera: muchos operadores del sistema de justicia estatal no parecen entender cuál es el problema. No han comprendido las razones del rechazo social que en la mayor parte de los ciudadanos de América Latina genera la justicia, renunciando a preguntarse a qué corresponde, o han buscado excusas legales o presupuestales que los liberen de responsabilidad en el resultado que ellos contribuyen a producir. Muchos de los funcionarios llevan algo así como una coraza protectora para no cambiar, salvo que se trate de incrementar los salarios. 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 encarga: 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.

C. Organizaciones de la sociedad civil

En la mayor parte de América Latina, las reformas y los cambios producidos no han contado con una presencia significativa de la sociedad civil.⁷⁷ Si se examinan 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:

- En muchos de los países de la región, la sociedad civil organizada es sumamente débil.
- Los actores sociales dominantes se benefician del estado de cosas anterior a la reforma.
- 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.
- Los medios de comunicación resaltan el mal estado de la justicia pero se interesan menos por las mejoras que los procesos de cambio logran progresivamente.
- 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 legal y no logra acceder a la comprensión del tema como un problema público.

⁷⁷ Se puede encontrar un tratamiento más extenso de este tema en el apartado “Cambios en el sistema de justicia y sociedad civil”, en el capítulo cuarto de este volumen.

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 activamente producir cambios en ella. Esta carencia probablemente proviene de la naturaleza inevitablemente individualizadora 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 asomarse 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 puedan 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 funcionamiento 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 países 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 jus-

ticia, 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. 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 en los años noventa 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. En Colombia sí se registró 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 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 jus-

ticia 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. 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 “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, dentro de los límites de la institucionalidad a cargo del asunto, en satisfacer los intereses de sus miembros.

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

Puede sostenerse, pues, que en apoyo financiero y en asistencia técnica ha sido 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 de cuestionamiento 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 aquellos 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, etcétera. Estas deformaciones han surgido y se han multiplicado, sobre todo, cuando los actores de la cooperación —en ausencia de actores naciona-

les fuertes— decidieron suplantar a los protagonistas locales en su capacidad de decisión.

Entre 1994 y 2003, el BID aprobó veintidós proyectos por un valor total de 357.9 millones de dólares estadounidenses, y dedicó otros 10.6 millones de dólares estadounidenses a cuarenta y nueve 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 154.5 millones de dólares estadounidenses, y había donado otros 2.04 millones de dólares estadounidenses para actividades puntuales.⁷⁸ En el caso del mayor donante en la región, US-AID, las cifras disponibles indican que, sólo hasta fines de 1999, Estados Unidos había destinado alrededor de 300 millones de dólares estadounidenses, a los ámbitos del sistema de justicia, incluida la reforma policial, en diecinueve 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.

⁷⁸ Como las cifras publicadas carecían de actualidad, la información consignada fue obtenida de las propias instituciones, mediante comunicaciones personales.

A. Definición acerca del papel del Estado

Los diversos intentos de reforma de la justicia enfrentan el problema generado por la falta de una definición concordada acerca del rol del Estado. Tema sujeto, en América Latina, a cuestionamientos y debates, más que a acuerdos, 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.

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 los diferendos 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 mejor manera o más eficiente que en la justicia estatal.⁷⁹ 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 jus-

⁷⁹ Al efecto, debe tenerse presente que aquellos problemas que, siendo externos al aparato judicial, han frustrado el funcionamiento de la justicia estatal asedian y asediarán también a cualquier otro lugar institucional al que se traslade parte de esa función. Esos problemas provienen de una realidad latinoamericana, sometida a una modernización ambigua y desigual, que en su esencia ha conservado desigualdad, discriminación y un manejo autoritario del poder. Nada puede garantizar que esos factores no penetren también los nuevos espacios institucionales a los que se traslade la resolución de conflictos, dado que ninguna forma de resolverlos puede operar en el vacío, poniendo de lado las condiciones sociales existentes.

tificado 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 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:

- En cuáles de ellos es el Estado el mejor garante de ese interés público.
- Qué instancias no estatales están en condiciones de asumir la responsabilidad de determinados conflictos sociales con bajo riesgo de que no se respete derechos fundamentales o se desemboque en formas embozadas de arbitrariedad.
- 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 de vertebración de un país. Debe establecerse si los procesos centrífugos, que están debilitando la conformación de las sociedades subdesarrolladas, pueden resultar alentados al confiarse a instancias no estatales capacidades —en este caso, la de resolver conflictos “a lo judicial”— que el Estado no puede ejercer o si, por el contrario, descargar al Estado de aquello que no atina a realizar aceptablemente permitirá reforzar su capacidad en otros terrenos.

B. Recursos humanos

El problema central de los procesos de reforma en curso no parece hallarse 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 US-AID, 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 han incrementado sustantivamente 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 grave: la escasez o pobreza de recursos humanos. Antes de estos procesos de cambio era frecuente sostener, fundamentadamente, que los mejores abogados no estaban dispuestos a asumir funciones en el sistema de justicia debido a razones entre las que se superponían las bajas remuneraciones y la 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 capacidad 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 difícilmente remediabiles mediante esfuerzos formativos.

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 abordado mediante la transparencia que haga posible la vigilancia social sobre el proceso de selección y designación de los funcionarios del sistema. Pero acaso la

dificultad mayor reside 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.

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 promociones oportunas y 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 concepción 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 región no ocurren transformaciones que respondan a las necesidades de personal profesional de los procesos de reforma, éstos carecerán de un componente básico para su desarrollo.

C. 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, 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 a prometer —por parte de los grupos embarcados en la reforma o las entidades financieras— beneficios tangibles a mediano plazo 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, otras dos 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, en ciertos casos, 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, los casos de Singapur y China, entre otros, demuestran 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 importantes 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 —capaces de producir altas tasas de retorno— 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 debería 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 judicial 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 un funcionamiento 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, consistentes, básicamente, 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.

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 logran, en efecto, resultados significativos en ese terreno. El desenlace puede incluir:

- Que se confirme un escepticismo ya extendido.
- Que la reforma del sistema de justicia vea mermados su credibilidad y el consiguiente apoyo social que necesita para desarrollarse.
- Que se incremente el uso de 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 extraíble 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”.

Las necesidades de aquello que debe ofrecerse y los límites de lo que realísimamente puede 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 viables en los que puedan ser alcanzadas.

En cualquier caso, algunos límites son comunes a toda situación nacional. El primero consiste en 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 alum-

nos... ¿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 de que a la justicia se le adjudica una dimensión excesiva en la medida en que se pida 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, a la determinación de los límites de lo posible puede ayudar 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 publicitar 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,⁸⁰ pero podría beneficiarse mucho de un examen comparativo 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.

D. *Consensos y alianzas*

Como demuestra el caso chileno, los procesos de reforma del sistema de justicia marchan mejor allí donde se logran alianzas amplias en favor del cambio. En efecto, una clave de éste reside en el establecimiento y sostenimiento de estas coaliciones. Los integrantes de la alianza variarán

⁸⁰ Entre otros, destaca el preparado por Linn Hammergren (1998) sobre Perú, y el de Margaret Popkin (2000) acerca de El Salvador.

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 a título de denuncia que involuntariamente facilita su regresión.

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 elites, 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 con 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 importante.

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:

- En un primer momento no tiene porqué ser detallada, puesto que debe incluir espacios a ser desarrollados de acuerdo al avance de los cambios.
- No debe ser rígida, aunque sí precisa.
- 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 hay uno que deba 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 de 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.

5. A modo de conclusión: los riesgos

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 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.

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. 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.⁸¹ 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. 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 a su fin, a breve plazo, en algunos de los países de la región. No sería insólito que así ocurriera. América Latina ha visto evaporarse otros temas que en un momento dado: *i*) ocuparon

⁸¹ 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 parecen respetarse a través de ellos derechos humanos fundamentales.

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, y *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, da lugar a un “ambiente” que produce determinada densidad democrática (O’Donnell, 2000). En consecuencia, relegar al aparato de justicia a constituir la instancia donde se fijan pensiones alimenticias, se ordenan 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.