

CAPÍTULO CUARTO

OTROS ACTORES, UN MITO Y NUEVOS DESAFÍOS

Esta parte del libro reúne varios temas indispensables para completar una composición del tema y sus principales elementos. De un lado, se aborda en ella el papel desempeñado por dos actores del drama de la justicia. Primero, la sociedad civil, que ha venido siendo invocada y reclamada crecientemente como un protagonista necesario del proceso de reforma. Al examinar este asunto aparece necesariamente el de las (ONG), actores reales del proceso. Segundo, la cooperación internacional en materia de justicia, que ha participado de manera activa, y a veces preponderante, en muchos proyectos de reforma y sobre cuyo modelo de actuación y rendimientos se ofrecerá un balance crítico. De otro lado, se examinará un mito —muy alentado por la cooperación internacional, precisamente— que, sin evidencias comprobadas, atribuye a la justicia un papel clave en la inversión y el crecimiento económico. Finalmente, se prestará atención a dos cuestiones emergentes que revisten creciente importancia: de una parte, el desafío planteado a la justicia por el reconocimiento de otros órdenes jurídicos dentro del mismo territorio —en particular, pero no sólo, el derecho indígena—, y de otra, el reto, que enfrentan los jueces, de asumir un rol activo en terrenos que correspondían tradicionalmente a otros actores públicos y, dentro de ello, formular las políticas públicas que las otras ramas del Estado no definen o, desde la percepción ciudadana, definen insatisfactoriamente.

I. LA BUSCADA SOCIEDAD CIVIL

Como cualquier otra reforma del Estado, la reforma del aparato de justicia tendría que resultar facilitada, tanto para iniciarla como para llevarla a cabo, allí donde hubiera demandas, presiones y exigencias a favor de ella que proviniesen de importantes sectores sociales.⁶³⁵ Cuando las reformas realizadas en América Latina mostraron signos de empantanamiento, el tema de la participación de la sociedad civil en ellas cobró gran importancia en el discurso reformista. Puesto en términos simples, si las reformas no marchaban al paso esperado o no desarrollaban en la dirección prevista, la intervención activa de la sociedad civil tendría que venir a poner remedio a flaquezas y desviaciones.

Planteado el asunto como parte de un discurso normativo —“la sociedad civil debe tomar parte en las reformas”— una primera dificultad surge con la noción misma de “sociedad civil”, en cuyo origen hay inscrita una contraposición con el Estado pero que en su uso actual parece aludir a sectores de población organizada en torno a determinados objetivos o propósitos. Aunque la noción no es precisa —y, debido a que en la práctica recibe diversos significados, acaso no sea muy útil—, resulta inevitable en la medida en la que, en este terreno como en otros, invocarla se ha convertido en un tópico.

Una segunda dificultad proviene de la constatación de que, en algunos países, al tiempo de que la participación internacional en los procesos de reforma era muy intensa, las organizaciones de la sociedad civil se hallaban casi ausentes; tal fue el señalamiento hecho en El Salvador, por ejemplo: no había habido participación social ni en la construcción de la agenda de reforma, ni en la definición de prioridades y medidas a adoptar. Puestas en marcha las reformas, las organizaciones de la sociedad civil quedaron fuera, debido a su debilidad o a su incapacidad.⁶³⁶ Se percibió que, al

⁶³⁵ Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*, cit., p. 7.

⁶³⁶ Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 355.

mismo tiempo que se daba esa ausencia en el proceso de reforma, sí había la presencia espasmódica de un reclamo social no concordante con las medidas de cambio en curso al expresar una exigencia de “mano dura”, incluso hasta el punto de considerar justificada la justicia por mano propia.⁶³⁷ En países como los latinoamericanos, donde la sociedad civil —entendida como los grupos sociales organizados— es débil y fragmentada, se venía a constatar, pues, una doble dificultad: distancia social de las reformas emprendidas y reclamos de corte autoritario que parecían situarse borrosamente en la perspectiva de otro tipo de cambios, que tiempo después, al ser asumidos oportunamente por líderes políticos en la región, serían considerados como el fenómeno del “populismo punitivo”,⁶³⁸ esto es, la oferta de mayor actividad represiva y penas más severas para contener el incremento delictivo.

Pese a esfuerzos relativamente exitosos —como el desarrollado en los años noventa por Poder Ciudadano en Argentina para llevar el Senado antecedentes sobre candidatos discutibles que el Poder Ejecutivo había propuesto a ese órgano para ocupar tribunales de segunda instancia—, en la región se ha constatado la ausencia de mecanismos estables y regulares para ejercer escrutinio público en los nombramientos judiciales.⁶³⁹ Solamente en Perú la ley ha dispuesto incorporar representantes de la sociedad civil en órganos del sistema de justicia encargados de funciones administrativas y de control; una evaluación de la actuación de tales actores ha encontrado una “falta de compromiso con la implementación de la reforma” de parte “de los representantes de los colegios profesionales y de las universidades en el Consejo Nacional de la Magistratura”.⁶⁴⁰

⁶³⁷ Margaret Popkin, *op. cit.*, 244 y 263.

⁶³⁸ Anthony Bottoms, “The philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en C. Clarkson y R. Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 17-50.

⁶³⁹ Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 159.

⁶⁴⁰ Javier de Belaunde López de Romaña, *La reforma del sistema de justicia. ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, *cit.*, p. 196.

En América Latina, como se ha señalado en el caso brasileño, la ciudadanía “asiste de lejos, muy de lejos, al proceso de moralización y de reforma del Poder Judicial: la discusión parece restringirse a los políticos, a los jueces y a los operadores del derecho”.⁶⁴¹ Careciéndose de lugares para que los ciudadanos expresaran su voz en materia de justicia, ésta quedó circunscrita en la escena pública a la publicación de encuestas —con resultados casi siempre marcadamente desaprobatorios del sistema—, a la brutal manifestación expresada en los linchamientos y, sobre todo en algunos países, la decisión tácita de no comparecer en estrados judiciales a menos que sea inevitable. De esta manera, la insatisfacción manifiesta de la opinión pública respecto a la justicia no se ha traducido en un reclamo, de contenido articulado y homogéneo, de una justicia distinta.⁶⁴² Probablemente, la inhibición notoria de los partidos políticos y de las universidades, respecto a elaborar la materia, contribuyó decisivamente a mantener este vacío.

No obstante, el discurso reformista no cejó en proclamar la importancia decisiva de la sociedad civil en la función de control y vigilancia sobre el desempeño del aparato de justicia y las reformas que le fueran aplicadas. Al tiempo de que desde los organismos internacionales se planteaba que los proyectos de reforma debían incluir la capacitación y la movilización de los grupos de la sociedad civil⁶⁴³ —como en efecto ha ocurrido—, desde el discurso reformista se siguió insistiendo en que los grupos y actores de la sociedad civil “juegan un papel clave” en la materia y se continuó depositando expectativas en ellos.⁶⁴⁴ Es un discurso que

⁶⁴¹ Eliane Bottelho Junqueira, “Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total”, en Héctor Fix-Fierro (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, cit., p. 131.

⁶⁴² Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 163.

⁶⁴³ Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁴⁴ David A. Shirk y Alejandra Ríoz Cázares, “Introduction: Reforming the Administration of Justice in Mexico”, 2007; Wayne Cornelius y David A. Shirk, *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, cit., p. 5; Daniel Brinks, “Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina The beginning of a New Millennium?”, *Texas International Law Journal*, vol. 40, 2005, p. 622.

no deja del todo claro si describe una realidad —lo que, al mirar América Latina, parecería bastante descaminado— o se limita a proponer un camino que, bajo el modelo de los países desarrollados —donde las demandas sociales organizadas usualmente no dejan de ser procesadas por el sistema de justicia—, se considera deseable, aunque no resulte claramente factible al cotejarlo con la realidad de la región.

Constituir el tejido de una sociedad civil con fortaleza —cuálquiera sea el propósito— resulta difícil en esta realidad. A esa dificultad contribuyen los pobres niveles educativos, los efectos de la marginalidad económica y social a la que se ha unido la violencia crónica, y los rasgos de un régimen político en el que periódicamente hay elecciones pero no existe participación democrática sino que prevalecen mecanismos y redes clientelares. Todos estos factores dificultan no sólo la actuación sino incluso la creación de organizaciones sociales de base⁶⁴⁵ que son los núcleos de la sociedad civil. Aquellas organizaciones que, pese a las dificultades, logran operar generalmente lo hacen en torno a los intereses y objetivos inmediatos de sus asociados: la luz, el agua potable, las vías pavimentadas, la escuela y el centro de salud; excepcionalmente, entre ellos, aparece el tema de la justicia sólo como reclamo en casos concretos, nunca como planteamiento de reforma del sistema, dados los obstáculos que el ciudadano promedio encara para conocer esta materia y, en consecuencia, pensar en soluciones.

Es consecuencia de esa condición social latinoamericana la ausencia de la sociedad civil de los procesos de reforma de justicia;⁶⁴⁶ las bases sociales de apoyo al cambio en justicia no han llegado a existir. Al tiempo que los sectores socialmente mejor situados han tratado de resolver sus problemas por otra vía

⁶⁴⁵ Mark Ungar, *Elusive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, *op. cit.*, p. 192.

⁶⁴⁶ Luis Pásara, “Cambios en el sistema de justicia y sociedad civil”, en Luis Pásara *et al.*, *Justicia y sociedad civil. El papel de la sociedad civil en la reforma judicial: estudios de casos en Argentina, Chile, Colombia y Perú*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2003, pp. 9-37.

—los de seguridad mediante policías privadas, los de tribunales mediante el arbitraje o el uso directo de la fuerza—, la reforma de la justicia no ha podido constituir una base social de sustento, carencia que contribuye a explicar el fracaso o las severas limitaciones de diversos esfuerzos y proyectos.⁶⁴⁷ Por eso puede concordarse en que, si bien en el largo plazo, la sociedad civil debería ser importante en la función de vigilar a un sistema de justicia reformado, de momento, su aporte será necesariamente limitado.⁶⁴⁸

No obstante, a lo largo del camino recorrido, el discurso reformista pasó poco a poco por una transformación en la que el lugar de la sociedad civil fue ocupado por las organizaciones no gubernamentales (ONG). Los textos favorables a las reformas empezaron por invocar a la sociedad civil para luego, “en particular”, trasladar a las (ONG) las responsabilidades asignadas originalmente a aquélla.⁶⁴⁹ En los hechos, con alguna frecuencia los directivos de estas organizaciones han pasado a considerarse depositarios de esas responsabilidades, pese a que las (ONG) no pueden ser consideradas como delegados de la comunidad,⁶⁵⁰ dado que no están dotadas de representatividad social —y constitutivamente no tendrían por qué estarlo—.

Las (ONG), como actores en el proceso de reforma, no pueden ser consideradas como representantes de la sociedad civil, aunque a veces esta confusión se produzca e incluso se propicie. La legitimidad de la presencia de estas organizaciones en el tema está dada no por la representatividad social, que no tienen por

⁶⁴⁷ Erik G. Jensen, *op. cit.*, pp. 352 y 353.

⁶⁴⁸ William Ratliff y Edgardo Buscaglia, “Judicial Reform: The Neglected Priority in Latin America”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 550, marzo de 1997, p. 66.

⁶⁴⁹ Druscilla Scribner, “Courts, Power, and Rights in Argentina and Chile”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 270.

⁶⁵⁰ Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *Sistemas Judiciales*, año 4, núm. 8, 2005, p. 105; Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 354.

qué tener, sino por la calidad de las contribuciones que hagan en términos tanto de vigilancia sobre el proceso como de aportaciones a su desarrollo. Más que preguntarse a quién representan —como algunas veces se ha hecho erróneamente—,⁶⁵¹ dado que es una interrogante improcedente, es pertinente indagar acerca de cuáles son las capacidades con las que cuentan las (ONG) que trabajan el tema y cuál es el nivel de los aportes que efectúan. Su legitimidad depende de los resultados de la aplicación de tales criterios. A título de ejemplo puede mencionarse el reconocimiento alcanzado por las (ONG) guatemaltecas en su combate a la impunidad y la vigilancia sobre el sistema de justicia.⁶⁵²

En verdad, las (ONG) que trabajan en asuntos de justicia —como las que lo hacen en otros ámbitos— no buscan ser representativas sino que, sobre la base de un grupo de personas que desarrolla un interés activo en el tema, pretenden, valiéndose de diversos mecanismos, promover la reforma del sistema de justicia e influir en su ejecución. De hecho, en muchos países las (ONG) se cuentan entre los actores más dinámicos en esta área. No obstante, desarrollada su actuación, presentan cierta dificultad para expandir su audiencia y formar coaliciones amplias en torno a las agendas que proponen.⁶⁵³ Estas limitaciones en ocasiones no son vistas como tales por sus directivos, a algunos de los cuales parece bastar que las agencias de cooperación internacional encuentren justificado su trabajo y sigan financiándolo.

En el área de justicia, el discurso de la cooperación internacional va muy de la mano del de las (ONG), lo que, debido a la influencia que la cooperación ejerce sobre las autoridades gubernamentales, auspicia la presencia de aquéllas e incluso su aceptación en medios que, como el de las instituciones de justicia, son reacios en principio a consentir su intervención, que no deja

⁶⁵¹ Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, pp. 102, 337.

⁶⁵² Rachel Sieder, “Renegociando ‘la ley y el orden’. Reforma judicial y respuesta ciudadana en la Guatemala de posguerra”, *op. cit.*, p. 76.

⁶⁵³ Harry Blair y Gary Hansen, *op. cit.*, p. 24.

de generar discrepancias e incomodidades.⁶⁵⁴ Toleradas, más que aceptadas, las (ONG) que trabajan en justicia son a veces convocadas, a veces rechazadas y a veces temidas en el ámbito de las instituciones gubernamentales. En diversos países, su influencia, pese a las dificultades por las que algunas atraviesan, no es poca.

Siendo claro que la presencia de las (ONG) en los procesos de reforma no sustituye o reemplaza la de la sociedad civil, cabe preguntarse si las (ONG) pueden promover la presencia de la sociedad civil. En principio, pueden hacerlo sobre todo mediante los aportes técnicos que puedan formular con tal propósito e iniciativas específicas destinadas a hacer presentes a actores de la sociedad civil; de esto último es ejemplo el exitoso llamado hecho en Argentina, en los años noventa, por la (ONG) Poder Ciudadano para que la ciudadanía informara a sus representantes políticos acerca de los antecedentes de los candidatos a cargos judiciales. Al pensar la reforma de la justicia en términos estratégicos, las (ONG) también pueden contribuir a que otros participantes del proceso integren a actores de la sociedad civil. Esto es lo que se deduce del trabajo de las (ONG) que participaron activamente en la experiencia chilena de la Reforma Procesal Penal, impulsando cuando menos el respaldo social al proceso. Los promotores iniciales de esa reforma, Juan E. Vargas y Cristián Riego, se constituyeron en lo que un autor considera “empresarios” de la misma, especializados en la promoción de reformas institucionales a partir de una base académica, que desarrollaron su tarea, primero, en el país, y luego, internacionalmente, desde el Centro de Estudios de Justicia de las Américas⁶⁵⁵ que, formalmente integrado al sistema interamericano de la (OEA), es una suerte de (ONG) internacional de prestigio.

⁶⁵⁴ Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 411.

⁶⁵⁵ Daniel Palacios Muñoz, “Criminal procedure Reform in Chile. New Agents and the restructuring of a Field”, en Ives Dezelay y Bryant G. Garth (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Abingdon, Routledge, 2011, pp. 123-125.

Pero, en definitiva, lo que pueda hacerse desde una (ONG) nacional o internacional no resuelve el problema de la ausencia de la sociedad civil del proceso de reforma de justicia. Esta ausencia se explica, en lo esencial, por la carencia de intereses organizados activos en la reforma y da lugar a una severa limitación en el número y la representatividad de los actores que protagonizan el proceso. La inhibición de la sociedad civil contribuye a un aumento inconveniente de la dimensión y el peso de los otros actores. Entre éstos se hallan, en un lugar importante, los actores internacionales, que provienen fundamentalmente de la intervención de las entidades de la cooperación internacional en el tema.

II. EL PAPEL DE LA COOPERACIÓN Y LOS ACTORES INTERNACIONALES

En varios países latinoamericanos la reforma de la justicia ha ingresado en la agenda pública mediante las acciones desarrolladas por la cooperación internacional. Esas acciones de entidades y actores externos se enmarcaron, en los últimos 25 años, en la “internacionalización” del tema de la justicia. Bajo el paraguas de “derechos humanos” o el de “gobernabilidad”, se ha hecho usual la aparición de informes, observatorios e índices internacionales que “miden” o califican la justicia de nuestros países y del resto del mundo, a pesar de que de hecho se basan preferentemente en encuestas de opinión y no evalúan la calidad efectiva del producto generado por los aparatos de justicia.

El apoyo internacional a la reforma de la justicia latinoamericana empezó en la década de los años ochenta. Primero, el departamento de Estado de EE.UU. creó un grupo inter-agencias para trabajar el tema y, luego, la Comisión Bipartidaria sobre Centroamérica recomendó en 1984 “nutrir las culturas, instituciones y prácticas democráticas, incluyendo sistemas judiciales fuertes para ampliar la capacidad de hacer justicia en casos de agravios vinculados a seguridad personal, derechos de propiedad

y libertad de expresión”.⁶⁵⁶ Ese mismo año, la agencia de cooperación estadounidense, (USAID), lanzó en El Salvador su primer programa en esta materia. Hasta fines de 1999, Washington había desembolsado 300 millones de dólares estadounidenses en proyectos de reforma de la justicia.⁶⁵⁷ Las cifras de los años siguientes no están disponibles. Entre 1992 y 2011, el Banco Mundial, con 305 millones de dólares estadounidenses, y el Banco Interamericano de Desarrollo, con casi 1,205 millones de dólares estadounidenses se convirtieron en las principales fuentes financieras para esta área. Del total, 4% correspondió a fondos no rembolsables y 96% (1,450 millones de dólares estadounidenses) fueron entregados en calidad de préstamos efectuados a los gobiernos de la región; esto es, se sumaron a la deuda externa.⁶⁵⁸ Si a los montos citados se añade los que corresponden a otras fuentes importantes de cooperación —Alemania, España, los países nórdicos— puede estimarse que el flujo externo dirigido a transformar la justicia, en los últimos 25 años, supera con facilidad la cifra de 2,000 millones de dólares estadounidenses.

En lo que sigue de esta sección se aborda algunos elementos característicos del funcionamiento de la cooperación internacional en esta área; se examina luego la dinámica de las relaciones entre los actores nacionales y los internacionales; finalmente, se traza los límites que enfrentan la actuación de los actores internacionales y los proyectos auspiciados por sus agencias.

Al abordar la forma de actuación de la cooperación, lo primero que debe tenerse en cuenta es que una buena parte de las iniciativas en esta área son tomadas por actores y organizacio-

⁶⁵⁶ Report of the National Bipartisan Commission on Central America, 1984, p. 51.

⁶⁵⁷ Margaret Sarles, “USAID’s Support of Justice Reform in Latina America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies, University of London, 2001, p. 47.

⁶⁵⁸ Luis Pásara, *International Support for Justice Reform: Is it Worthless?*, Washington, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Latin American Program Working Paper, 2012, pp. 1-3.

nes internacionales que ofrecen ayuda a ministerios de justicia, cortes supremas y otras instituciones del sistema. Tal ayuda, que puede corresponder a préstamos o a donaciones, usualmente consiste en apoyo técnico y fondos para llevar a cabo un proyecto o un conjunto de proyectos. Ambos componentes son atractivos para las autoridades nacionales y ha habido casos en los que, en razón del ingreso de fondos externos, las autoridades económicas y financieras han desarrollado más interés en los proyectos que las propias cúpulas del sistema de justicia. En el caso del Banco Mundial, la iniciativa de proponer préstamos a los países fue una política adoptada y agresivamente puesta en ejecución por Robert McNamara, quien asumió su presidencia a finales de los años sesenta,⁶⁵⁹ esto es, mucho antes de que el Banco ingresara al asunto de reformar la justicia.

Establecido al inicio que el actor internacional toma la delantera, en la mayor parte de los casos los países han encontrado irresistibles las propuestas formuladas por los actores de la cooperación internacional, que han sido adoptadas sin mayor análisis ni discusión.⁶⁶⁰ Las propias fuentes oficiales estadounidenses han señalado que, en el caso centroamericano, a los proyectos de (USAID) les fueron asignados fondos por el Congreso antes de que los gobiernos de la región demostraran voluntad de emprender reformas en esta área.⁶⁶¹ Con tal punto de partida, muchos proyectos luego no fueron hechos suyos por los actores nacionales.

La fase inicial de un proyecto es, o debería ser, un diagnóstico adecuado del problema a ser enfrentado mediante el mismo. Sin embargo, esa fase a menudo es muy corta y las conclusiones a las

⁶⁵⁹ Catherine Weaver, *Hypocrisy Trap. The World Bank and the Poverty of Reform*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008, p. 85.

⁶⁶⁰ Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies, University of London, 2001, p. 44.

⁶⁶¹ U.S.G.A.O. United States General Accounting Office, *U.S. Assistance for Justice Administration*, Washington, GAO/B-252458, 1993, p. 14.

que se llega resultan superficiales, usualmente referidas sólo a la esfera legal, sin que presten atención al funcionamiento efectivo del sistema⁶⁶² ni al entorno político y social que determina ese funcionamiento. Como resultado de este enfoque, los proyectos en diversos casos atienden más a los síntomas que a las causas de la realidad a ser transformada. Comprobar que los jueces tienen una formación pobre lleva a programas de capacitación; verificar que la infraestructura es inadecuada conduce a la construcción de edificios y la adquisición de computadoras; establecer que los procesos se mueven con lentitud aconseja la adopción de un sistema para manejar los casos. Al fijar los objetivos, no se llega a las raíces en las que se explica por qué los jueces tienen una formación deficiente, ni surge la pregunta acerca de si el personal existente podrá manejar las computadoras o el nuevo sistema de flujo de casos. Menos aún aparecen las preguntas acerca de por qué se ha mantenido el Estado de cosas existente y a quién resulta útil mantenerlo y, por tanto, se convertirá en un enemigo de las reformas.⁶⁶³

Salvo el caso de los diagnósticos llevados a cabo, a comienzos de la década de los años noventa, por equipos de Florida International University —cuyos interesantes resultados no fueron aprovechados luego en los proyectos de reforma—, en las evaluaciones efectuadas como trabajo previo a una reforma generalmente no aparece la relación entre el problema concreto que se quiere enfrentar y el contexto en el que tal problema se generó y desarrolló. En consecuencia, las raíces históricas y culturales del problema son usualmente ignoradas o subestimadas. Otra interrogante esencial, e igualmente ausente, corresponde a sí el Estado está en condiciones de llevar a cabo un programa determinado en el área del Estado de derecho,⁶⁶⁴ cuestión que

⁶⁶² Julio Faundez, *The World Bank Justice Reform Portfolio. A Preliminary Stocktaking*. 31 de julio de 2005, p. 23.

⁶⁶³ Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 102.

⁶⁶⁴ Harry Blair y Gary Hansen, *op. cit.*, p. 10.

a menudo se esquiva con el argumento de que con el proyecto se crearán las condiciones para establecer programas más ambiciosos en esta área. Una funcionaria del (BID) escribió que “sería contraproducente rehusarse a trabajar en la reforma de justicia en aquellos países que no satisfacen los criterios establecidos por el Banco en materia de independencia judicial o acerca del consenso en torno a las reformas”.⁶⁶⁵

Con este argumento, los proyectos pueden ser desarrollados en cualquier país, haya o no condiciones para ello.

Si las condiciones en el país no importan y los diagnósticos son endebles, ¿cómo se define los contenidos de un proyecto? Inicialmente el acento estuvo en el cambio de leyes, alentado por la percepción de los abogados locales de que los problemas de la justicia residían en la antigüedad de códigos y normas procesales. Este enfoque habría de repetirse, muchos años después, en la ayuda prestada a Europa Oriental, una vez concluida la era soviética. En América Latina el énfasis en los cambios legales fue perdiéndose poco a poco, no obstante lo cual se llevó a cabo una ambiciosa Reforma Procesal Penal, según se ha visto antes en este libro, en la que se esperaba que a partir de los nuevos códigos emergieran nuevos comportamientos de los actores. El esfuerzo modernizador en los cambios legales se complementó, de un lado, con inversiones en infraestructura (edificios y computadoras) que tenían la ventaja —desde el punto de vista de las entidades cooperantes— de no ser controvertidas, y de otro, con conferencias, seminarios y talleres de capacitación. Como el tiempo demostró que no se estaba produciendo un cambio efectivo en el sistema, las entidades de cooperación desarrollaron una suerte de modelo válido para toda la región, cuya aplicación relega a segundo plano las condiciones prevalecientes en cada país. En palabras de una funcionaria del Banco Mundial:

⁶⁶⁵ Christina Biebesheimer, “Justice Reform in Latin America and the Caribbean: the IDB Perspective”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies-University of London, 2002, p. 106.

los elementos básicos de una reforma judicial deberían incluir medidas con respecto a garantizar la independencia judicial mediante cambios en la preparación del presupuesto de la judicatura, el nombramiento de jueces y los sistemas disciplinarios; mejorar la administración de tribunales mediante la adopción del manejo de casos y otras reformas; ofrecer mecanismos alternativos de resolución de conflictos; ampliar el acceso del público a la justicia, incorporando cuestiones de género en el proceso de reforma; y redefinir o ampliar la educación legal y los programas de capacitación para estudiantes, abogados y jueces.⁶⁶⁶

Proviniendo de las agencias internacionales una combinación de las recetas a utilizar con el dinero disponible para aplicarlas, la adopción de estos contenidos resultó facilitada incluso sin que fuera necesario utilizar la condicionalidad,⁶⁶⁷ esto es, la obligación contraída por el país beneficiario, al recibir el préstamo, de poner en práctica determinadas reformas legales e institucionales. En diversos países surgieron así consejos de la judicatura y academias o escuelas judiciales, al tiempo que se instalaban los mecanismos alternativos de resolución de conflictos bajo la misma plantilla.⁶⁶⁸ Usualmente, en el modelo básico también reaparecieron los edificios y los sistemas computarizados, que han consumido una parte muy importante de los presupuestos dedicados a la reforma. Y, por supuesto, el componente de la capacitación se hizo obligado; tratándose de jueces, fiscales, defensores públicos o abogados, se prescribió capacitación generalizadamente, una y otra vez, sobre los temas más diversos, y casi siempre, sin resultados de significación.⁶⁶⁹ Finalmente, cuando se decidió incluir el componente de la sociedad civil, según se ha

⁶⁶⁶ María Dakolias, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*, Washington, World Bank Technical Paper, núm. 319, 1996, p. 7.

⁶⁶⁷ *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, Washington, The World Bank, 2004, pp. 6-8.

⁶⁶⁸ Jodi S. Finkel, *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2008, p. 26.

⁶⁶⁹ Julio Faundez, *op. cit.*, p. 9.

visto en la sección anterior, la financiación de (ONG) fue incorporada al modelo. Definidos así los contenidos estándar, de una parte, los diagnósticos quedaron reducidos a un requisito formal, sin mayores efectos sobre el diseño de los proyectos; de otra, en muchos casos, los proyectos combinaron actividades diversas, no siempre adecuadamente relacionadas, carente el conjunto de ellas de una estrategia que identificase prioridades y una secuencia estructurada en razón del impacto y la capacidad para generar subsecuentes cambios.⁶⁷⁰

La mayoría de los proyectos financiados con fondos internacionales no han sido elaborados por personal de las instituciones del sistema de justicia que serían “beneficiarias” del proyecto. El diseño usualmente ha estado a cargo de consultores propuestos por la entidad cooperante, que en breves visitas al país se informan sobre todo mediante funcionarios de gobierno⁶⁷¹ y en sus propuestas se valen frecuentemente de “trasplantes” legales provenientes de países desarrollados,⁶⁷² recurso que les ahorra el laborioso esfuerzo de comprender en profundidad las peculiaridades de la sociedad a la que está destinado su trabajo.⁶⁷³

Una característica del diseño de los proyectos con financiación internacional proviene de sus plazos relativamente breves —entre uno y tres años; excepcionalmente, cinco—, en los que difícilmente resulta posible desterrar prácticas del sistema de jus-

⁶⁷⁰ Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op cit.*, pp. 30 y 31, 41.

⁶⁷¹ Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *op cit.*, p. 45.

⁶⁷² Pilar Domingo y Rachel Sieder, “Conclusions: Promoting the Rule of Law in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder, *op. cit.*, pp. 145 y 146; Bryant G. Garth e Yves Dezelay, “Introduction”, en Yves Dezelay y Bryant G. Garth (eds.), *Global Prescriptions. The Production, Exportation, and Importations of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2002, p. 5; Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *Sistemas Judiciales*, año 4, núm. 8, 2005, p. 102.

⁶⁷³ Julio Faundez, “The Rule of Law Enterprise: Promoting a Dialogue between Practitioners and Academics”, *Democratization*, vol. 12, núm. 4, 2005, p. 575.

ticia que se han enraizado durante muy largo tiempo. Para las entidades de la cooperación, en cambio, la necesidad de que un proyecto ofrezca resultados a lograrse en un tiempo más o menos corto resulta imperativa. En esta dinámica, donde prevalece la facilidad aparente de las ideas preconcebidas, resultan subestimados los riesgos del proyecto,⁶⁷⁴ y a menudo, son postergados o ignorados los actores nacionales,⁶⁷⁵ frustrándose la posibilidad de su aporte. Esto último se agrava cuando, como ocurre tratándose de proyectos grandes, la ejecución es contratada con otra entidad extranjera que tiene establecida una relación de confianza con la agencia financiadora del proyecto.⁶⁷⁶

Para fundamentar su actuación en este terreno y situar la reforma en un marco mayor, las agencias de la cooperación internacional generaron y difundieron un postulado ideológico que eslabonó la reforma de la justicia a la inversión —sobre todo, la extranjera— y, por esa vía, al crecimiento y el empleo. Esta fórmula ideológica será examinada en la siguiente sección de esta parte del volumen. Pero, además de proveer de una racionalidad a la reforma, en esta dirección se colocó objetivos prácticos. Así, parece claro, por lo menos en el caso del Banco Mundial, que su presencia en este terreno ha buscado la creación de “condiciones que permitan un clima de inversión adecuado y reduzcan el costo de las transacciones comerciales”. En esa dirección, el Banco, en lugar de la presión a través de préstamos sujetos a condicionalidad, ha utilizado, para ganar a “actores locales clave” la combinación del conocimiento acumulado a lo largo de su actuación en este tema, la disponibilidad de fondos ofrecidos para llevar adelante los proyectos y las relaciones sociales.⁶⁷⁷

⁶⁷⁴ Catherine Weaver, *Hypocrisy Trap. The World Bank and the Poverty of Reform*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008, p. 87.

⁶⁷⁵ María Pía Riggiozzi, Knowledge Producers, *Knowledge Users and the World Bank: Research-Policy Dynamics in Argentina's Judicial Reform*, The Global Development Network's ‘Bridging Research and Policy’ Project, 2005, ms., p. 16.

⁶⁷⁶ Luis Salas, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁷⁷ María Pía Riggiozzi, *op. cit.*, pp. 212, 219.

Como consecuencia de la justificación económica atribuida a la reforma, ésta ha sido presentada como un asunto técnico, no político. El costo de esta presentación, usada exitosamente ante los gobiernos, ha sido no tocar en profundidad determinados temas —de naturaleza inocultablemente política—, como la independencia judicial, que están en las raíces de la problemática del aparato de justicia. Ésta es una de las razones por las que probablemente el (BID) ha dado tanta importancia a asuntos “neutros” como la construcción de edificios y la adquisición de computadoras.⁶⁷⁸ Otro campo políticamente “neutro”, y por lo tanto apropiado para ser incluido en los proyectos internacionalmente financiados, ha sido señalado por una funcionaria del Banco Mundial: la eficiencia es un punto de partida prometedor debido a su naturaleza relativamente apolítica. La eficiencia es un área más neutral en la cual pueden iniciarse los cambios sin alteraciones mayores en la estructura de gobierno.⁶⁷⁹

Al preservar intacto un problema fundamental de la justicia, como es su relación con el poder,⁶⁸⁰ se posterga todo planteamiento respecto del control judicial sobre la constitucionalidad y la legalidad de los actos de gobierno, función indispensable de la judicatura en un régimen democrático. Los aspectos políticos, que son los más difíciles de abordar por la cooperación internacional,⁶⁸¹ son al mismo tiempo decisivos para el éxito de una reforma.

Un aspecto clave en la cooperación internacional son los fondos. Tratándose de los bancos multilaterales y de grandes donantes, como (USAID), el dinero siempre está disponible y, como se ha indicado antes, no siempre es preciso solicitarlo. El caso de los bancos es fácil de comprender: los bancos *necesitan* prestar el dinero y operan en consecuencia, lo que lleva a que busquen efec-

⁶⁷⁸ Julio Faundez y Alan Angell, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁷⁹ María Dakolias, *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁸⁰ Pilar Domingo y Rachel Sieder, *op. cit.*, p. 154.

⁶⁸¹ Luis Salas, *op. cit.*, p. 41.

tuar préstamos grandes a países que estén dispuestos a aceptarlos, pese a que entre sus prioridades no se encuentran las reformas.⁶⁸² La preferencia por préstamos grandes es otra razón para desembolsar dinero destinado a inversiones en infraestructura.

La necesidad de colocar dinero es compartida por las agencias donantes. Atender esa necesidad da lugar a que, en ciertos casos, la disponibilidad del dinero a ser donado no vaya acompañada por la voluntad de las autoridades nacionales de ejecutar las reformas y de su capacidad para absorber la ayuda.⁶⁸³ No obstante, los funcionarios de las entidades de la cooperación internacional —bancos y donantes— son evaluados según su capacidad para asignar fondos. En consecuencia, al proponer la asignación, así como al informar sobre los resultados, los funcionarios pretenderán que los proyectos son valiosos porque de esto también depende su evaluación personal. Estamos ante rutinas en medio de las cuales los objetivos de reformar la justicia a menudo se pierden, la innovación es infrecuente y la capacidad crítica es escasa. Como resultado, el cambio que las agencias internacionales declaran buscar como su misión no resulta exigido, en los hechos, a los gobiernos⁶⁸⁴ que reciben el dinero prestado o donado.

Nada de lo que se ha descrito hasta aquí, como la lógica de actuación de las entidades de la cooperación, sería posible de no ser por un entramado de relaciones entre los actores participantes: los funcionarios y consultores internacionales, de un lado, y los funcionarios nacionales que actúan como sus contrapartes. Desaparecido ya un clima ideológico en el que se rechazaba el “intervencionismo” y hallándonos en plena globalización, los primeros son bien aceptados en la mayor parte de América La-

⁶⁸² Erik G. Jensen, *op. cit.*, pp. 350-353.

⁶⁸³ Margaret Popkin, *Peace without Justice. Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2000, pp. 254 y 255.

⁶⁸⁴ Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *op. cit.*, p. 43.

tina, al tiempo de que los segundos robustecen su legitimidad al posicionarse dentro de los marcos provistos por el discurso y las prácticas de aquéllos.

Como se ha indicado antes, actores internacionales han conducido a las autoridades nacionales de varios países a considerar y adoptar medidas de reforma de la justicia. Esto siempre ha ocurrido con participación de actores nacionales pero la influencia y el peso de unos y otros varían mucho de un país a otro e incluso de un momento a otro. En aquellos países donde un núcleo de actores nacionales activó el proceso de reforma —como ocurrió en los casos de Costa Rica y Chile— la contribución de los actores internacionales reforzó un proceso endógeno. Inversamente, donde sólo unos cuantos actores locales débiles tomaron parte en el proceso, la intervención internacional se valió de diversos mecanismos de presión para imponer el tema en la agenda pública y luego adquirir cierto protagonismo en la ejecución, como ocurrió en la mayor parte de Centroamérica. Interesa un ejemplo que ataña a la creación y puesta en marcha del Consejo de la Magistratura en Argentina. Su inclusión en el Pacto de Olivos, acordado entre los dos grandes partidos para modificar la constitución, se debió, según el testimonio de uno de los negociadores, a que el informe del (BID) de septiembre de 1993 sobre la justicia en ese país, había planteado crearlo para promover la independencia judicial y modernizar la administración del sistema.⁶⁸⁵ Posteriormente, habiéndose postergado la ejecución de la reforma, el Fondo Monetario Internacional se valió de la condicionalidad, en un préstamo a efectuar al gobierno argentino, para obligar a las autoridades a disponer lo necesario para que el Consejo se instalará y funcionara.⁶⁸⁶

Desde el lado internacional, los expertos desempeñan un papel clave al ser comisionados para elaborar un diagnóstico, for-

⁶⁸⁵ Jodi S. Finkel, *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2008, p. 59.

⁶⁸⁶ Rebecca Bill Chavez, *The Rule of Law in Nascent Democracies. Judicial Politics in Argentina*, Stanford Stanford University Press, 2004, p. 143.

mular un proyecto o prestar asesoría durante su ejecución. Se supone que sus capacidades provienen del conocimiento internacional que tienen —en ocasiones, superficialmente— y con el cual pueden ilustrar a las contrapartes nacionales. Se ha reprochado al experto poner énfasis excesivo en los aspectos formales, apoyarse demasiado en los criterios y opiniones de funcionarios del gobierno, y valerse de recetas que importa al país asistido,⁶⁸⁷ exacerbando el fenómeno de los trasplantes legales; todo ello sobre la base de una relación asimétrica que es la establecida entre el experto y los actores nacionales.

Pero, en definitiva, el peso adquirido por los expertos internacionales que la cooperación internacional provee sólo es factible en razón de la forma de reconocimiento que le sea otorgado por quienes operan como sus contrapartes nacionales, que puede ir desde la subordinación y la aceptación acrítica de sus aportes hasta un aprovechamiento selectivo de sus capacidades. Tratándose de la importación de ideas e instituciones, la resistencia desde el lado nacional ha sido escasa; incluso, en ocasiones, el origen extranjero de un modelo ha sido usado por actores nacionales —en el caso de la reforma procesal chilena y otras— como un elemento de legitimación de la propuesta.⁶⁸⁸ Cómo son recibidos y aprovechados los expertos internacionales es asunto que usualmente depende del conocimiento y las calidades de los actores nacionales: cuanto más altos sean sus niveles, mayor será la exigencia hecha al experto que viene de fuera.

⁶⁸⁷ Julio Faundez y Alan Angell, *op. cit.*, p. 103; Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, *op. cit.*, p. 45; Pilar Domingo y Rachel Sieder, “Conclusions: Promoting the Rule of Law in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, *cit.*, pp. 145 y 146.

⁶⁸⁸ Daniel Palacios Muñoz, “Criminal procedure Reform in Chile. New Agents and the Restructuring of a Field”, en Ives Dezelay y Bryant G. Garth (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Abingdon, Routledge, 2011, p. 123.

Sin embargo, los actores nacionales frecuentemente no prestan atención sólo al beneficio institucional de la cooperación sino que esperan beneficiarse personalmente de algún modo a través de la relación con el actor internacional.⁶⁸⁹ Ser “contraparte” en un proyecto financiado internacionalmente confiere al actor nacional cierto grado de legitimidad de cara a otras agencias gubernamentales, los medios de comunicación y otras agencias de cooperación. Compartir el enfoque, los conceptos y las propuestas que vienen de los actores internacionales es, por eso, una opción muy atractiva para el actor nacional, incluso sin considerar los pequeños beneficios que pueda recibir en viajes, viáticos, uso de vehículos y otras granjerías.

Por su parte, los funcionarios de la entidad cooperante tienen que cultivar la relación con determinados “socios” nacionales porque los necesitan para llevar a cabo sus planes. El “socio” nacional es el referente político o burocrático para el trabajo de la agencia internacional, que adquiere importancia en un ambiente de competencia entre las entidades de la cooperación. Más que simple “contraparte”, el actor nacional pasa a ser un aliado capaz de asegurar la relación entre la agencia internacional y la institución nacional beneficiaria de la cooperación. Es imposible establecer, en abstracto, cuánto de esa relación está alimentada por la confluencia de propósitos entre uno y otro lado, en torno a la reforma, y cuánto corresponde a las necesidades y ambiciones de cada quien. Los intereses de la cooperación externa y los de las autoridades y funcionarios nacionales confluyen porque ambos actores necesitan al otro para sobrevivir exitosamente, objetivo por el cual, en ocasiones, se ha llegado a pactos en nada beneficiosos para la reforma de la justicia.⁶⁹⁰

En sus diversas prácticas, el enfoque de trabajo desarrollado por los actores internacionales tiende a estar guiado por la necesidad de alcanzar los objetivos específicos de los proyectos que

⁶⁸⁹ Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 260.

⁶⁹⁰ Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 61.

se hallan bajo su responsabilidad o de los que son parte. En ese horizonte, las necesidades y los objetivos del proceso de reforma pasan a un segundo plano o, en ocasiones, desaparecen para dejar paso simplemente a la facilitación de la ejecución del proyecto. Trátase de préstamos o de donaciones, la lógica de los actores internacionales tiende a: sobreestimar la calidad e importancia de los proyectos y sus posibles resultados; aceptar y hacer suyas las explicaciones de las contrapartes nacionales acerca de los tropiezos y fracasos en la ejecución; y calificar los resultados del proyecto como exitosos. En casos individuales, puede haber en esto una dosis de cinismo pero éste no es un rasgo característico del actor internacional. Muchos de ellos creen verdaderamente en lo que hacen. No obstante, más allá de la buena fe y las mejores intenciones, la lógica de su actuación lleva a que frecuentemente las exigencias de transformación de la justicia queden olvidadas.

En la lógica estrecha de perseguir la ejecución de un proyecto, acaso el peor error que el actor internacional pueda cometer es sustituir a los actores nacionales.⁶⁹¹ En muchas ocasiones, dada la experiencia que tiene, se requiere del actor internacional que se pronuncie sobre los pasos que deben darse. Cuando lo hace, pasa por alto que no tiene lo que los actores nacionales sí pueden tener: el conocimiento de un medio que es único y es lo que habilita para tomar las decisiones clave en el proceso. Esta última observación corrobora lo crucial que es la fortaleza de los actores nacionales. Muchos de los problemas y riesgos aquí examinados pueden ser minimizados, y la imposición de modelos ajenos al medio puede ser evitada, cuando los actores nacionales están dotados de la capacidad y la fortaleza para constituirse efectivamente como interlocutores potentes del actor internacional.

El balance que las propias entidades de la cooperación formulan respecto de las acciones realizadas con el dinero provisto por ellas usualmente resulta claramente sobredimensionado. Una publicación de (USAID) invitaba al lector en 2002 a reconocer el

⁶⁹¹ Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 244.

papel de esa agencia “y los cambios que había ayudado a lograr en 15 países: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.” El trabajo de la entidad era presentado como crucial en “colocar el Estado de derecho en la agenda política”, dado que (USAID) “ha sido el catalizador del movimiento de reforma de la justicia en la región”.⁶⁹² Tales afirmaciones, y otras similares, no pueden ser respaldadas en datos debido a que la cooperación ha tendido a hacer pocas evaluaciones de su trabajo.⁶⁹³ Así como el trabajo sobre los proyectos suele empezar por diagnósticos débiles e insuficientes, suele concluir sin evaluaciones serias. En la mayor parte de los casos no hay evaluación sino un informe de actividades realizadas, del tipo de “se aprobaron 10 leyes” o “se capacitó a 500 personas”,⁶⁹⁴ esto es, atendiendo a los productos y no a los efectos.⁶⁹⁵ Es más bien excepcional encontrar informes de evaluación que miren de cerca los resultados efectivamente producidos en el sistema de justicia a partir de un proyecto o un conjunto de proyectos. En una entidad como (USAID) la debilidad de las evaluaciones es constante, según se deduce de documentos oficiales.⁶⁹⁶ Pero el problema no sólo

⁶⁹² *Achievements in Building and Maintaining the Rule of Law. MSI's Studies in LAC, E&E, AFR and ANE*, Washington, Office of Democracy and Governance, Bureau for Democracy, Conflict, and Humanitarian Assistance, USAID, Occasional Paper Series, noviembre de 2002, pp. 1, 3.

⁶⁹³ Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2007, p. 23.

⁶⁹⁴ Christina Biebesheimer, “Justice Reform in Latin America and the Caribbean: the IDB Perspective”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *op. cit.*, p. 108.

⁶⁹⁵ Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 286.

⁶⁹⁶ United States General Accounting Office, *U.S. Assistance for Justice Administration*, Washington, GAO/B-252458, p. 17; “United States Agency for International Development”, *Audit of USAID/Guatemala’s Justice Program*, Audit Report núm. 1-504-011-P, 9 de septiembre de 2004, p. 5; United States Agency for International Development, *Audit of USAID/Mexico’s Rule of Law and Human Rights Program*, Audit Report núm. 1-523-11-001-P, 12 de enero de 2011, p. 2.

afecta a esta agencia. Dos funcionarios del (BID) reconocieron la misma dificultad: “Las conclusiones de los estudios de campo y las evaluaciones, hasta la fecha, tienden a ser demasiado generales como para ser de mucha utilidad”.⁶⁹⁷ El Banco Mundial no lo ha hecho mejor, según se ha observado.⁶⁹⁸ Ante este panorama, se ha interpretado que el desinterés de la cooperación internacional en las evaluaciones independientes y celosas proviene de un reflejo burocrático por el cual los resultados no deben interferir con la renovación de los proyectos, o la gestación de nuevos, que permitan que donaciones o préstamos sigan adelante.⁶⁹⁹

La desatención a las evaluaciones consistentes, de la misma manera que la mínima inversión hecha en diagnósticos en profundidad, contribuye a un aprendizaje superficial e incompleto por las agencias de cooperación internacional. No obstante, en el discurso de éstas las referencias a “lecciones aprendidas” son frecuentes.⁷⁰⁰ Como se ha notado en documentos oficiales del gobierno estadounidense, aunque algunas de esas “lecciones” estén bien formuladas, su aplicación por (USAID) ha sido escasa e inconsistente.⁷⁰¹ Se ha observado que las agencias externas continúan repitiendo los mismos errores en diferentes países,⁷⁰² lo que sugiere que en ellas el conocimiento es insuficiente o que la tarea de diseñar y ejecutar proyectos se mantiene a distancia del conocimiento que haya podido ser acumulado institucionalmente.

En una y otra posibilidad resalta que el conocimiento ocupa un lugar postergado en las prioridades de las entidades de cooperación internacional. La actuación de los actores internacionales en el campo confirma esa postergación: la profundización del conocimiento sobre las características sociales y culturales del país

⁶⁹⁷ Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁹⁸ Julio Faundez y Alan Angell, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁹⁹ Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 351.

⁷⁰⁰ En el caso del Banco Mundial, véase *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, Washington, The World Bank, 2004, pp. 12-14.

⁷⁰¹ United States General Accounting Office, *op. cit.*, p. 46

⁷⁰² Margaret Popkin, *op. cit.*, pp. 259 y 260.

en el que trabajan es reemplazada por el recurso a las consultorías de corto plazo, centradas en cuestiones específicas y resultados prácticos, que proveen de las dosis de conocimiento limitado que parecen ser suficientes para llevar a cabo un proyecto. Las complejidades del medio, que afectan al proyecto, no encuentran lugar en esa perspectiva y lo que se aprenda será encontrado en el camino de ejecución (*learning-by-doing*), cuando tal vez sea tarde para enmendar el rumbo adoptado.

Usualmente, las agencias externas ignoran los esfuerzos realizados previamente, incluso por personal de la propia entidad, debido a que ese conocimiento no es asimilado institucionalmente.⁷⁰³ En el caso de (USAID) se ha observado la carencia de aprendizaje y memoria institucionales.⁷⁰⁴ El Banco Mundial ha recibido la recomendación de “adoptar un enfoque más estructurado para el manejo del conocimiento”.⁷⁰⁵ Para el (BID) se ha requerido “una metodología que permita un aprendizaje rápido de éxitos y fracasos [que] ayude a prevenir problemas y corregirlos cuando surjan”.⁷⁰⁶ Pero los esfuerzos por asimilar el conocimiento son escasos, tal vez debido a que las agencias de cooperación operan mirando siempre hacia adelante, encaminadas al siguiente problema o proyecto.⁷⁰⁷

Otro de los problemas que caracteriza la actuación de las agencias es la competencia entre ellas. Competencia que se da incluso entre las entidades de un mismo gobierno: en el caso estadounidense existe en el terreno de la justicia una sorda rivalidad entre (USAID) y el Departamento de Justicia, que tiene origen en los años en que se inició de la cooperación de ese país en la mate-

⁷⁰³ Linn Hambergren, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁷⁰⁴ Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 351.

⁷⁰⁵ Julio Faundez, The World Bank Justice Reform Portfolio. A Preliminary Stocktaking, 31 de julio de 2005, ms., p. 10.

⁷⁰⁶ Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁰⁷ Thomas Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad. The Problem of Knowledge*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, núm. 34, 2003, pp. 12 y 13.

ria.⁷⁰⁸ Las agencias de Naciones Unidas también compiten entre ellas, tanto para obtener fondos como para lograr el consentimiento del país beneficiario. Y cuando un país recibe la atención internacional —como resultado de un proceso de paz o de una catástrofe natural— las agencias de cooperación libran una lucha para destacar sus logros que pasa por encima de la necesidad de sumar esfuerzos en la misma dirección.

Tratándose de las agencias de cooperación gubernamentales, el uso de la ayuda como una de las herramientas de la política exterior parece inevitable. Con los países nórdicos como notable excepción, la ayuda de gobierno es parte de una matriz de política exterior que es establecida a mucha distancia del país beneficiario, en ocasiones incluso sin escuchar a la respectiva embajada. En numerosas ocasiones conocidas en América Latina, los proyectos de cooperación han sido concedidos o denegados sobre la base de razones sólo políticas, sin consideración del mérito del proyecto. Además de la utilización política de los proyectos, las reglas que rigen los procesos administrativos —y que obligan a preferir como proveedoras a las empresas del país donante y como consultores a sus nacionales— implican que una porción significativa de los fondos “donados” vuelven a la economía del país donante.

En parte como producto de las limitaciones de las agencias internacionales de cooperación, una parte importante de sus proyectos han concluido con resultados insatisfactorios. Al comenzar el nuevo siglo, se hacía un balance en el que se hacía notar que, luego del tiempo y los recursos invertidos, “los sistemas de justicia de América Latina encaraban su crisis más grave”. Los programas de apoyo a organizaciones de la sociedad civil en pocas ocasiones alcanzaron repercusiones amplias.⁷⁰⁹ La falta de una visión integral y comprehensiva para definir la agenda de la

⁷⁰⁸ Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 275.

⁷⁰⁹ Thomas Carothers, *op. cit.*, p. 341.

cooperación y las insuficiencias en la metodología de trabajo⁷¹⁰ empleada resaltan en el recuento de su actuación. No obstante que las agencias mismas tienen dificultades para reconocer lo insatisfactorio de algunos resultados, la retirada silenciosa de las principales entidades de cooperación del terreno de la reforma de la justicia acaso conlleve un reconocimiento tácito de lo poco que se ha logrado. A comienzos de 2012, el (BID) no iniciaba más programas de justicia en la región, (USAID) sólo mantenía la continuidad de unos cuantos programas vinculados a la Reforma Procesal Penal y el Banco Mundial, que en 2004 prestó algo más de 270 millones de dólares estadounidenses para programas de Estado de derecho en la región, en 2010 había reducido el total a 22.9 millones, esto es, alrededor de 1% del total prestado a los países de América Latina y el Caribe.⁷¹¹

Los programas financiados por la cooperación internacional no han tenido —no podían tener— capacidad de producir, por sí mismos, cambios profundos en los sistemas de justicia de los países destinatarios de la ayuda. Si tales cambios fueran posibles, deberían contar con los actores nacionales como protagonistas principales. Como se ha visto en la tercera parte de este volumen, en los actores nacionales reside la explicación central acerca de por qué las reformas de la justicia no han llegado a mejor término. Y las carencias no han sido tanto de recursos financieros —como los provistos por la cooperación— sino de recursos humanos.

Si en esta sección se ha puesto énfasis en errores, círculos viciosos y causalidades negativas de la cooperación internacional, también es preciso reconocer las contribuciones hechas por este actor en los procesos de reforma intentados en la región. Los actores internacionales han iniciado o estimulado —dependiendo del país y el momento— el trabajo en esta área, en ocasiones de

⁷¹⁰ Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 774.

⁷¹¹ Luis Pásara, *International Support for Justice Reform: Is it Worthless?*, Washington, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Latin American Program Working Paper, 2012.

manera decisiva. Pero algunas preguntas que surgen del análisis resultan perturbadoras. Una de ellas concierne a si estos programas pudieron hacerlo mejor; la respuesta es indudablemente afirmativa.

Una pregunta algo más inquietante es si podrían hacerlo mejor en el futuro. Si para responderla hipotéticamente se pone entre paréntesis los datos existentes acerca de una retirada de la cooperación de este terreno, una respuesta afirmativa no resulta sencilla. Algunos de los más serios problemas existentes en la actuación de la cooperación internacional parecen ser inherentes a ella. Superarlos no es un asunto de voluntades individuales ni de “mejores prácticas”, en tanto pertenecen a la dinámica con la cual tiende a desarrollarse la tarea de dar ayuda a beneficiarios. Puede hacerse mejor de lo que se ha hecho y los errores más gruesos pueden ser evitados, pero hay factores en esa dinámica que tienden a su perversión. La pregunta final, entonces, es si se justifica el dinero gastado⁷¹² en materia de justicia a través de la cooperación internacional.

III. EL MITO ACERCA DEL PAPEL DE LA JUSTICIA EN EL CRECIMIENTO ECONÓMICO

Fue Max Weber quien propuso, como prerrequisitos de una economía moderna caracterizada por la impersonalidad en el funcionamiento de los mercados, un derecho racional y formalizado, una burocracia políticamente independiente y un sistema de justicia que ofreciera resultados predecibles. Sin embargo, el origen del mito respecto del papel decisivo de la justicia en el crecimiento económico, que ha crecido enormemente en los últimos 20 años, probablemente se halle en los trabajos de Douglas North;⁷¹³ este autor introdujo la idea de que la calidad de

⁷¹² Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 255.

⁷¹³ Douglas North, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Nueva York, Cambridge University Press, 1990.

las instituciones y su efectividad son fundamentales para crear el ambiente en el que opera la economía y, en consecuencia, para lograr el desarrollo. Pese a que North se refirió a las instituciones, sobre todo, como prácticas establecidas, su idea central se perdió en los autores que, apoyándose en él, decidieron centrar su atención en las instituciones formales, entre las cuales fueron incluidas prontamente las propias de la justicia.⁷¹⁴ Desde allí, valiéndose o no de North, se ha presentado crecientemente como obvia la conexión entre un sistema de mercado eficiente y una óptima administración de justicia.

Al principio, se trató de una construcción teórica y más bien intuitiva en el sentido de que resulta admisible por el sentido común. Basándose en que parecía plausible, la idea se elaboró y se extendió. Un sistema judicial efectivo, útil para la actividad del mercado, debería proveer: acceso asegurado, resultados predecibles en tiempos razonables y soluciones adecuadas. Es interesante notar que uno de los primeros trabajos sobre el tema admitía que la relación entre mercado y justicia no había sido demostrada sino que se basaba en una sospecha; no obstante lo cual los autores se apresuraron a cuantificar en cuando menos 15% el efecto negativo de un sistema de justicia débil sobre el crecimiento.⁷¹⁵ La cuantificación, para la que no se proveyó entonces ningún sustento, buscaba aumentar, de manera algo dramática, el impacto de la tesis.

La principal fuente de difusión del mito ha sido el Banco Mundial. En sus textos oficiales y en trabajos publicados independientemente por sus funcionarios, la idea ha sido repetida una y otra vez:

⁷¹⁴ Un recuento de la abundante bibliografía y las diversas tendencias sobre el tema de la relación entre justicia y desarrollo económico puede encontrarse en Volkmar Gessner, *Contractual Certainty in International Trade*, Oxford, Hart, 2009, pp. 6-11.

⁷¹⁵ Robert M. Sherwood *et al.*, “Judicial Systems and Economic Performance”, *The Quarterly Review of Economics and Finance*, vol. 34, 1994, Special Issue, pp. 102 y 103, 113.

...un mercado libre y robusto sólo puede prosperar en un sistema político donde las libertades individuales y los derechos de propiedad sean respetados y donde se pueda encontrar reparación para las violaciones de tales derechos en tribunales imparciales y justos... la judicatura puede jugar un papel clave en... asegurar el desarrollo económico mediante la definición, la aplicación y la interpretación de los derechos de propiedad.⁷¹⁶

Los mercados requieren una judicatura que pueda resolver, rápidamente y a bajo costo, los litigios sobre contratos y derechos de propiedad.⁷¹⁷

Mejorar la efectividad de los poderes judiciales es esencial para promover el desarrollo económico sostenible.⁷¹⁸

La conexión entre justicia y crecimiento económico resultó atractiva a otras entidades que trabajaban en el área, acaso porque parecía proveer de legitimidad a su tarea. Una directiva de (USAID) mostró públicamente que, a comienzos del nuevo siglo, esta agencia había adoptado la idea como criterio de prioridad: “Necesita darse mucho más atención a las reformas de la justicia que afectan el comercio, la inversión y la globalización”.⁷¹⁹ Como ocurre usualmente con planteamientos que no han sido probados pero han sido sistemáticamente difundidos, éste se hizo moneda de uso corriente entre aquéllos que ingresaron al tema.

En un momento dado, quienes contribuyeron a la difusión y el robustecimiento del mito empezaron a afirmar que había pruebas empíricas de la conexión entre el Estado de derecho —y, dentro de él, la calidad de la justicia— y el nivel de crecimiento económico. En particular, un trabajo de Robert J. Barro, acerca de los determinantes del crecimiento económico, atri-

⁷¹⁶ María Dakolias, “A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1995, pp. 168, 171.

⁷¹⁷ Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 111.

⁷¹⁸ *Legal and Judicial Reform: Strategic Directions*, Washington, The World Bank, 2002, p. 3.

⁷¹⁹ Margaret J. Sarles, *op. cit.*, p. 68.

buyó “sustancial poder explicativo” al Estado de derecho en el crecimiento de la economía⁷²⁰ sobre la base de datos provenientes de un centenar de países entre 1960 y 1990. Las pruebas empíricas portaban, sin embargo, una dificultad: los indicadores para medir la calidad del Estado de derecho recogían datos subjetivos, esto es, opiniones. Esta base endeble, sobre la que se estableció la correlación con el crecimiento, no fue un obstáculo para que se continuara repitiendo lo que, a esas alturas, se había convertido en un postulado ideológico del que se desprendía algunos corolarios graves: “Si el sistema jurídico no obliga al pago de los préstamos, éstos escasearán y, en consecuencia, no se producirán muchas inversiones productivas”.⁷²¹ Tal derivación estaba formulada desde una lógica racional y moderna del mercado —pensada como universal, esto es, sin atención a las peculiaridades que diferentes culturas introducen en el funcionamiento de sus economías— en la que, además de ir a los tribunales, no caben otras formas de lograr la devolución de un préstamo.

A partir de datos débilmente construidos, la idea quedó reforzada y en adelante resultó posible afirmar simplemente, sin referirse concretamente a ninguna fuente empírica, que “existe un cuerpo sustantivo de evidencia que correlaciona el Estado de derecho con el crecimiento económico, la inversión extranjera y la calidad de la gobernanza”.⁷²² El dato más citado, en respaldo del mito, usualmente ha provenido de respuestas dadas por empresarios a encuestas —en varios casos, encargadas por el Banco Mundial— que preguntaban acerca de la importancia del sistema de justicia para el desenvolvimiento de los negocios. Los

⁷²⁰ Robert J. Barro, *Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Empirical Study*, NBER Working Paper núm. 5698, 1996, p. 72.

⁷²¹ Robert Barro, “Democracy and the Rule of Law”, en Bruce Bueno de Mesquita y Hilton L. Root, *Governing for Prosperity*, New Haven-Londres, Yale University Press, 2000, pp. 209 y 210, 214.

⁷²² Carlos Santiso, “Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability”, en Siri Gloppen *et al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, London, Portland, Frank Cass Publishers, 2004, p. 161.

resultantes señalamientos en torno a las decisiones impredecibles de los poderes judiciales fueron entonces usados como soporte factual de la tesis.⁷²³

No obstante, diversos economistas habían advertido acerca de la carencia de evidencia empírica sólida que demostrara con claridad el costo económico de la debilidad de los sistemas de justicia; más aún, mientras la tesis ideológica se extendía, hubo quien señaló que no había pruebas “de una relación sistemática entre el desempeño económico de un país y sus instituciones políticas” en general.⁷²⁴ En el propio Banco Mundial hubo quien observó, en concreto, que se sabía poco acerca del impacto del sistema judicial en el desempeño económico.⁷²⁵ Pero la circulación del mito continuó expandiéndose hasta el punto de que “la mera posibilidad de que la sensibilidad respecto al sistema jurídico pudiera ser poca, o pudiera variar entre un inversor y otro, es tratada actualmente como contraintuitiva e incluso considerada como fuera de los límites”.⁷²⁶

El mito era demasiado útil como para renunciar a él en vista de su carencia de fundamentos. De un lado, era bien aceptado como sentido común por su aparente lógica. De otro, para una institución como el Banco Mundial era el fundamento más sólido para justificar su presencia y actuación en el ámbito de la reforma de la justicia. Si se hubiera prescindido de este trabajo, probablemente no se hubiese encontrado argumentos suficientes para derrotar a quienes sostenían que el terreno de los sistemas de jus-

⁷²³ Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op. cit.*, p. 39.

⁷²⁴ Beatrice Weder, “Legal Systems and Economic Performance: the Empirical Evidence”, en Malcolm Rowat *et al.* (eds.), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceedings of a World Bank Conference*, Washington, World Bank Technical Paper, núm. 280, 1995, pp. 21 y 22.

⁷²⁵ Richard E. Messick, “Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues”, *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1, 1999, p. 117.

⁷²⁶ Amanda Perry, “Effective Legal Systems and Foreign Direct Investment: In Search of the Evidence”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, núm. 4, octubre de 2000, p. 797.

ticia era “político” y, en consecuencia, habían opuesto importante resistencia interna⁷²⁷ a que el Banco trabajase en el tema. Para otras entidades igualmente comprometidas con el tema, aunque tuvieran otra justificación para trabajarla, la sustentación en el crecimiento económico venía a reforzar sus bases de actuación. Tratándose de aquellas agencias que promueven especialmente la reforma de la justicia en el área comercial, el mito ha sido de mucha utilidad para vencer ocasionales vacilaciones de las autoridades nacionales con el argumento de que establecer juzgados especializados en esta área, o dotarlos generosamente de recursos que otras áreas no tienen, es algo que se hace no en beneficio del sector empresarial sino del crecimiento, el desarrollo y el empleo en el país. Esto, a pesar de que, en verdad, ese tipo de medidas implica destinar recursos a un ramo de la justicia que sirve a los menos, en lugar de dedicarlos a mejorar el funcionamiento de las áreas del sistema que sirven a los más.⁷²⁸

Pese a la necesidad y a la vigencia del mito, compartido por muchos activistas de la reforma de la justicia, los análisis más serios, como el realizado por Milhaupt y Pistor a propósito de la crisis económica reciente, llegaron a conclusiones de signo contrario: “El crecimiento varía en el tiempo, a través de países y sistemas legales, en formas que no pueden ser fácilmente atribuidas a un conjunto particular de instituciones o atributos legales”. En ninguno de los casos examinados en ese estudio se pudo encontrar ligazón entre los problemas económicos empresariales y algún “defecto” específico de la ley que pudiera ser remediado simplemente mediante la adopción de “mejores” reglas de protección e instituciones de ejecución”. En consecuencia, los autores descartaron la utilidad de trasplantar instituciones legales de las economías más desarrolladas a las menos desarro-

⁷²⁷ Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 12.

⁷²⁸ Thomas Carothers, “The Many Agendas of Rule-of-Law Reform in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder, *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies, University of London, 2001, p. 13.

lladas con el propósito de adelantar el crecimiento económico de estas últimas.⁷²⁹

El trabajo citado vino a corroborar las comprobaciones que otros dos estudios habían hecho, tiempo atrás, en torno al comportamiento de la inversión extranjera directa, que en el mito había sido presentada como altamente sensible al Estado de derecho y a las condiciones del sistema de justicia. El primero de ellos abordó el tema en los países que habían pertenecido a la órbita soviética; el segundo lo planteó de manera más general.

John Hewko se preguntó abiertamente, respecto a la inversión extranjera directa, ¿importa el Estado de derecho?⁷³⁰ Su análisis se focalizó en el comportamiento de los inversores en Europa Oriental post-comunista y la conclusión fue muy clara: en la mayor parte de casos, la consideración del sistema jurídico era secundaria y, en todo caso, se hallaba específicamente referida a determinadas normas que interesaban o preocupaban a quien decidía la inversión. El trabajo explicó que la mayoría de los inversores extranjeros, al encontrar una oportunidad atractiva de hacer negocios, estaban dispuestos a aceptar el hecho de que, en términos generales, la legislación y el sistema jurídico de un país postcomunista eran inadecuados y esta comprobación era incorporada simplemente como dato al análisis costo-beneficio de su inversión. Esto significa que un sistema judicial débil y una legislación incierta no disuadían a aquel inversor extranjero que “sentía” que su inversión podría rendir utilidades importantes. Al tiempo que explicó que esos mismos inversores, cuando eran encuestados, podían quejarse del sistema legal y reclamar mejoras, el autor sostuvo que “la visión de que la atracción de inversión extranjera directa sólo ocurre cuando se modifica completamen-

⁷²⁹ Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *Law and Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 2008, p. 175.

⁷³⁰ John Hewko, *Foreign Direct Investment. Does the Rule of Law Matter?*, Washington Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law series, núm. 26, 2002.

te el marco legal e institucional para establecer firmemente el Estado de derecho, al menos en lo que se refiere a los países post-comunistas, no es cierta”.⁷³¹

Algunos años después, Amanda Perry retomó el tema en un trabajo más abarcador,⁷³² que se planteó “la necesidad de cuestionar la teoría dominante en relación con el papel de los sistemas legales como determinantes de la inversión extranjera directa”,⁷³³ dado el Estado del conocimiento sobre el tema. Así como Weder y Messick habían sostenido que no había evidencia empírica para sostener la conexión entre el Estado de derecho y el crecimiento, Perry argumentó que había poca evidencia empírica para sustentar la existencia de una relación entre el Estado del sistema jurídico y la inversión extranjera directa, a lo que añadió que había argumentos teóricos para explicar por qué tal relación habría de ser limitada. Tal como Hewko observó en el caso de los países de Europa Oriental, la autora sostuvo que las decisiones sobre inversión extranjera correspondían a un proceso complejo pero menos racional de lo que se creía, en el que la sensibilidad respecto a la efectividad del sistema jurídico variaba mucho entre un inversor y otro, incluido el caso de quienes no estaban en capacidad de valorar la necesidad de tomar en cuenta el papel de este factor en su inversión. Concluyó en que, si bien es un hecho que un sistema jurídico dado impone costos de transacción adicionales a los actores económicos, no había evidencia empírica acerca de que ese factor jugara un papel determinante en las decisiones adoptadas por los actores económicos internacionales.

Falta evidencia empírica para demostrar que el funcionamiento del aparato de justicia tiene un impacto significativo sobre el desarrollo económico.⁷³⁴ Debido a que no existen “datos duros” para demostrar esa conexión es que se utilizan las en-

⁷³¹ John Hewko, *op. cit.*, p. 6.

⁷³² Amanda Perry, *op. cit.*, pp. 779-799.

⁷³³ *Ibidem*, p. 780.

⁷³⁴ Linn Hambergren, *op. cit.*, p. 12.

cuestas a empresarios como base que aparece, a una mirada poco enterada, con credibilidad suficiente para sostener que sí existe. Esto significa que no se mide la calidad del Estado de derecho o la de la administración de justicia en el país —que resultan difíciles de medir objetivamente— sino que se recoge la opinión de informantes, aparentemente calificados, acerca del asunto. Sobre el terreno de intuiciones e impresiones —esto es, elementos de origen subjetivo—, diversos economistas y muchos de aquéllos que toman decisiones en materia económica se sienten atraídos por la idea simple de que hay una relación entre el funcionamiento de la ley y los mercados, que el derecho impulsa la actividad económica y que cuanto mayor sea la calidad de la regulación, mejores serán los resultados económicos. El derecho es presentado así como un recurso tecnológico, que incluso puede ser importado, para servir a tales fines.⁷³⁵ No hay en esto una visión científica sino una propuesta ideológica, que usualmente culmina en proposiciones de liberalización de las reglas de juego económicas con el fin de atraer mayor inversión.

En realidad, la preocupación efectiva del capital y la inversión privada gira principalmente en torno a las incertidumbres provenientes de la acción discrecional de las autoridades. Ciertamente, una de las posibles fuentes de arbitrariedad corresponde a las decisiones judiciales, pero éstas son apenas un factor en medio de un cuadro mucho más amplio⁷³⁶ en el que el peso mayor reside en la (in)seguridad que pueda dar el gobierno. La seguridad que puede transmitir a los inversores un régimen como el de China —y no, ciertamente, la situación reprochable de su sistema de justicia— es el factor que explica la enorme y prolongada aflu-

⁷³⁵ Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *Law and Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2008, p. 5.

⁷³⁶ Beatrice Weder, “Legal Systems and Economic Performance: the Empirical Evidence”, en Malcolm Rowat et al. (eds.), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceedings of a World Bank Conference*, Washington, World Bank Technical Paper, núm. 280, 1995, pp. 22-24.

cia de inversión extranjera al país, que ha sostenido un espectacular crecimiento económico durante tres décadas. Los casos de Singapur, Corea del Sur y Vietnam, en diferentes momentos, también son prueba de que el crecimiento económico no requiere de un sistema de justicia de primera clase. Salvando las proporciones, algo similar se comprueba en la historia latinoamericana reciente: allí donde se han producido ciclos con alta inversión extranjera —como en Argentina durante los años noventa o Perú a lo largo de las últimas dos décadas, por ejemplo— la llegada de capitales no ha prestado mucha atención a la baja calidad de los respectivos aparatos de justicia. La seguridad para los inversionistas proviene más de signos políticos que de signos jurídicos: “Los derechos que son protegidos en una economía de mercado resultan determinados, sobre todo, por las transacciones políticas y dependen de las relaciones de poder existentes en torno a la administración de la ley, en un país dado”.⁷³⁷

Eso no significa que los ordenamientos legales no hayan sido dispuestos “de forma que sean atractivos para el agente económico, resultando así que se configuran en función de la mejor satisfacción de los intereses que quieren atraer”. Lo que significa es que el desempeño de la justicia es un factor poco relevante para la inversión; que cuando las instituciones del sistema de justicia tienen un pobre desempeño, éste simplemente se cuenta como un costo más de la operación, de la misma manera que la corrupción se incorpora como otro costo y tampoco impide la llegada de la inversión extranjera. Más bien, puede sostenerse que el funcionamiento de la economía de mercado no desarrolla un interés importante en una reforma de la justicia en tanto “no necesita que los actos normativos de las autoridades del país al que acude estén sometidos al control de legalidad ni fiscalizados por tribunales independientes”. En cambio, como la historia demuestra en América Latina y en todo el mundo, “las dictaduras más incontroladas han podido ofrecer a los actores globales nichos de

⁷³⁷ Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *op. cit.*, p. 180.

actuación atractivos”.⁷³⁸ En Asia, en particular, se ha mostrado que el poder económico se estructura actualmente en una relación que comprende a la alta burocracia estatal, la maquinaria política y el liderazgo empresarial. En el funcionamiento de esa articulación, que es exitoso para inversiones y ganancias, no aparece una tendencia a que las relaciones de negocios estén cada vez más regladas según los imperativos del Estado de derecho,⁷³⁹ como presupone el mito sobre la justicia y la economía.

La postura del inversionista nacional y la del extranjero no son muy distintas: invierten donde creen que la probable ganancia compensa los riesgos en los que se incurre. Podría agregarse que lo más importante es la seguridad que, a ese respecto, ofrece la situación política, no la jurídica. Cada inversionista buscará el camino para asegurar su inversión y eso, más que pretender una reforma del sistema jurídico, consiste en ubicar las teclas estratégicas para obtener seguridades y, también, ventajas. En ocasiones, el pago de coimas resulta, de esta manera, más importante que la seguridad de un sistema jurídico en buena forma. Sin duda, la experiencia latinoamericana refuerza esta interpretación con múltiples ejemplos.

Si bien lo que buscan los inversionistas es certidumbre, ésta no siempre procede de un sistema jurídico formalizado. Por ejemplo, quien maneja bien sus negocios en la informalidad, mediante un conjunto de relaciones que le dan certeza, preferirá mantenerse en ella. Se ha documentado que, en los hechos, “tanto actores económicos privados como los propios estados escogen usar mecanismos informales debido a razones culturales, de eficiencia o una mezcla de ambas”⁷⁴⁰ y aquel que, operando dentro de un marco de formalidad, recurre a mecanismos informales para

⁷³⁸ Francisco J. Laporta, “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez, *Globalización y derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 222 y 223.

⁷³⁹ Ives Dezelay y Bryant Garth, “Law, Lawyers and Social Capital: «Rule of Law» versus Relational Capitalism”, *Social & Legal Studies*, vol. 6, núm. 1, 1997, p. 110.

⁷⁴⁰ Amanda Perry, *op. cit.*, p. 789.

resolver disputas, puede encontrar disruptiva y poco beneficiosa aquella reforma que imponga el uso de mecanismos formales.⁷⁴¹ En definitiva, una mirada más amplia, a las sociedades en el curso de la historia, encuentra que tanto en el marco de las formas jurídicas como en ausencia de éstas es posible que la economía se desenvuelva⁷⁴² y prospere.

El único aspecto en el que una reforma de la justicia puede contribuir a dar certeza —no sólo al inversionista, claro está— es que logre que las decisiones judiciales sean relativamente predecibles. Sin embargo, este objetivo —que ciertamente es deseable— no es el único ni el principal de una reforma de la justicia. En ningún caso puede serlo en la etapa de cambio y transición que induce una reforma; durante esa etapa, que no es breve, incluso cuando la reforma se mueve con viento favorable, la generación de formas nuevas de interpretar la ley habrá de producir resultados al principio sorprendentes y, durante cierto periodo, contradictorios. Quienes encontraban certeza en las reglas de juego previas a la reforma, aunque consideraran indeseables algunos de sus resultados, la perderán ante una reforma relativamente exitosa. Los jugadores que participan en ese juego —principalmente los abogados pero también los empresarios, en cierta medida— conocen el funcionamiento de las viejas reglas y saben cuál es el grado de certidumbre que les otorga. Ellos son los primeros en percibir que, además de los posibles beneficios de una reforma, ésta conlleva determinados costos,⁷⁴³ en particular para determinados actores. En el caso de los abogados es éste el factor que probablemente explique mejor sus resistencias a la reforma del sistema.

Reformar la justicia es un asunto complejo, en el que muchos factores intervienen. En parte, el análisis de su relación con el crecimiento económico ha sido perjudicado por un estrechamiento

⁷⁴¹ Richard E. Messick, “Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues”, *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1, 1999, p. 118.

⁷⁴² Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *op. cit.*, p. 39.

⁷⁴³ Amanda Perry, *op. cit.*, p. 799.

de foco, a cargo de algunos economistas, que han concentrado su interés en el asunto de proteger la propiedad y garantizar el cumplimiento de los contratos,⁷⁴⁴ óptica que los ha conducido a sobreestimar o exagerar el papel que el sistema jurídico puede jugar en ello.⁷⁴⁵ Aun si se adopta esta perspectiva restringida, la propiedad y los contratos no adquieren solidez con la sola mejora del funcionamiento del sistema jurídico; detrás de la forma en la que operan propiedad y contratos hay contextos políticos y culturales⁷⁴⁶ que gravitan en ellos más que los factores legales.

Metodológicamente también se ha angostado demasiado el análisis de la relación entre la condición de la justicia y el funcionamiento de la economía. Al reducir su abordaje a la comprobación de correlaciones ¿son los países con mejor justicia los que más crecen? se ha dejado de examinar los procesos de cambio seguidos históricamente⁷⁴⁷ y se ha prescindido de la cuestión clave de la causalidad: ¿qué factor origina el otro? Es una cuestión, ciertamente, difícil de resolver: en el supuesto de que hubiere una relación entre ambos asuntos, ¿es la reforma de la justicia lo que abre paso al crecimiento económico o es éste el que, en un momento dado, conduce a un cambio en la justicia? No hay evidencias de que, reformado un sistema de justicia dado, haya sobrevenido un aumento en la tasa de crecimiento. Este vacío deja sin sustento el mito sobre el cual han actuado diversos agentes reformistas.

Carothers observó que “la comunidad internacional de la cooperación (todavía) no ha experimentado un gran desencanto” respecto de los supuestos con los que opera la ayuda⁷⁴⁸ en este terreno.

⁷⁴⁴ Para encontrar un ejemplo del uso abierto de esta perspectiva, véase Kenneth W. Dam, *The Law-Growth Nexus. The Rule of Law and Economic Development*, Washington, Brookings Institution Press, 2006, p. 14.

⁷⁴⁵ Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁴⁶ S. Haggard, A. MacIntyre y L. Tiede, “The Rule of Law and Economic Development”, *Annual Review of Political Science*, 11, 2008, p. 221.

⁷⁴⁷ Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *op. cit.*, p. 38.

⁷⁴⁸ Thomas Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad. The Problem of Knowledge*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, núm. 34, 2003, p. 5.

no. Acaso se esté llegando a ese punto y el mito de la vinculación entre una justicia eficiente y el crecimiento de la economía merece un lugar en el listado de cuestiones a ser revisadas seriamente.

IV. EL DESAFÍO DE LA PLURALIDAD JURÍDICA

En una sociedad dada existe pluralidad jurídica cuando coexisten en ella dos o más órdenes jurídicos. Esta situación no debe ser confundida con la existencia de determinadas prácticas —que en ocasiones devienen en las llamadas instituciones informales— que se hallan asentadas en un orden jurídico dado pese a que contrarían sus normas formales; en todo grupo humano existen tales prácticas que difieren de las previsiones de las normas formalmente existentes. Pero sólo cuando esas prácticas conforman un orden jurídico distinto al que el Estado ha establecido —esto es, cuando existe claramente una fuente de obligaciones que es distinta a la ley estatal—, es razonable hablar de pluralidad jurídica. En este caso, se está ante varios órdenes jurídicos, cada uno de los cuales tiene un origen cultural propio, hecho que da lugar usualmente a determinados conflictos.⁷⁴⁹ Tal es claramente el caso de varios países de la región que tienen población indígena en la cual existe, o prevalece, lo que usualmente se ha llamado “usos y costumbres” locales, que constituyen el llamado derecho consuetudinario y que son normas y prácticas alternativas a las contenidas en la ley estatal. No son meras costumbres sociales sino que son derecho en tanto contienen derechos y obligaciones exigibles ante la autoridad local.

Un aspecto que conviene notar de inicio es que esas formas alternativas de derecho han pervivido y se mantienen hasta ahora como resultado del fracaso en la construcción del Estado nación como generador de unidad y de igualdad y en cuanto garante del Estado de derecho y, en consecuencia, de la vigencia

⁷⁴⁹ M. B. Hooker, *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975, p. 1.

universal de la ley. En primer lugar, la incapacidad del aparato estatal para cubrir el territorio con instituciones y autoridades ha creado bolsones que han debido generar o restablecer su propia normatividad. En segundo lugar, el fracaso del Estado en su actuación también se debe a que allí donde llegó casi siempre operó de manera inaccesible o inefficiente, cargado de prejuicios racistas al encarar problemas locales, y en consecuencia, resultó discriminatorio respecto de la población indígena.⁷⁵⁰ Ambas formas de fracaso, ciertamente, han reforzado aquello que, tratándose de la justicia, se traduce como un conjunto de normas locales distintas a las legales, cuya aplicación está a cargo de autoridades propias.

Otro aspecto que hace falta examinar es cuál es el tipo de relación existente entre esos órdenes jurídicos coexistentes en el territorio. En casos muy circunscritos a dos órdenes existen paralelamente, ignorándose mutuamente; ocurre así con los llamados pueblos “no contactados”, que viven en determinadas áreas de algunos países de la región y que en el conjunto de ella son grupos más bien excepcionales. Lo usual es que, existiendo más de un orden jurídico en una zona o región dada, el orden no estatal esté subordinado al estatal en determinada forma y medida, más que porque así lo establezca expresamente la ley o la Constitución nacional, debido a que así son las cosas en la práctica. Pero la subordinación a la ley estatal se efectiviza sólo en aquellos casos donde la autoridad estatal interviene y opera como instancia decisoria, al tiempo que muchísimos otros casos son vistos y resueltos por autoridades no estatales que aplican normas distintas a las leyes del Estado.

La subordinación de un orden jurídico al otro puede ser armoniosa o conflictiva; en ambos casos, de la interrelación entre el orden estatal y el no estatal, en condiciones asimétricas, surgen adaptaciones mutuas que no pueden ignorarse. Esto significa que ninguno de los sistemas permanece puro. En el caso del

⁷⁵⁰ Donna Lee Van Cott, “Dispensing Justice at the Margins of Formality. The Informal Rule of Law in Latin America”, en Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore The Johns Hopkins University Press, 2006, p. 252.

derecho consuetudinario en Guatemala, los trabajos de Rachel Sieder han prevenido contra la imagen de “un” cuerpo orgánico de derecho, de origen ancestral, que pueda contraponerse al de origen estatal; por el contrario, estamos ante “una serie de normas y prácticas que varían en el interior y entre distintas comunidades del mismo origen etnolingüístico” y que son utilizadas “en vez o en adición al derecho estatal”; el derecho llamado consuetudinario no es pues, “un sistema autónomo con normas y procedimientos propios, separado y distinto al sistema legal estatal” y, dada la influencia estatal sobre tales prácticas, “muchas de las normas y prácticas consuetudinarias actuales no provienen directamente de la práctica repetida por generaciones o de forma «tradicional»”.⁷⁵¹ Complementariamente, se ha observado que, en ese país, autoridades tradicionales y cargos de la estructura republicana se fusionan cuando se elige como alcalde a un líder comunal quien, desde ese puesto, administra justicia.⁷⁵²

“Normas y procedimientos del derecho indígena varían tanto entre culturas, incluso dentro de regiones de países concretos, que las generalizaciones sobre él resultan difíciles”, sostiene una autora,⁷⁵³ los derechos indígenas contemporáneos se caracterizan por ser flexibles y dinámicos, y muchas de sus prácticas son de origen reciente debido a que se adaptan a circunstancias cambiantes, rasgo en el cual reside precisamente —más que en la conservación de prácticas tradicionales— una clave de la supervivencia de este tipo de derecho. En algunas comunidades quechuas ecuatorianas, las normas internas son sometidas a revisión

⁷⁵¹ Rachel Sieder, *Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala*, Guatemala, FLACSO, 1996, pp. 28, 44 y 45, 81.

⁷⁵² Steven E. Hendrix y Víctor Ferrigno F., “Dispute Settlement and Customary Indigenous Legal Practice in a Multicultural Guatemala: Empirical Data on Conflict Resolution and Strategies to Advance Access to Justice in Rural Areas”, *Sistemas Judiciales*, año 3, 2003, núm. 6, p. 113.

⁷⁵³ Donna Lee Van Cott, “Dispensing Justice at the Margins of Formality. The Informal Rule of Law in Latin America”, en Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore The Johns Hopkins University Press, 2006, pp. 251, 253.

anualmente. En el caso de México, se ha subrayado que la pluralidad de prácticas normativas, denominada genéricamente como derecho indígena, han sido y son objeto de recreación continua en relación con las condiciones específicas de cada zona y con el sistema jurídico nacional: “Ambas esferas se interrelacionan continuamente en razón de las estrategias de los agentes sociales que recurren a ambas arenas de justicia”.⁷⁵⁴

Adaptación a las circunstancias, procesos flexibles de negociación y conciliación, medidas de restitución o compensación —en vez de penas o castigos, que más bien son escasos—, son algunas de las características en las que coincide el análisis de los estudiosos del derecho consuetudinario. Reconocer públicamente la falta o el daño causado adquiere en él mucha importancia y, en vez de buscarse un tipo de solución para cada tipo de problema, el método aplicado permite diseñar soluciones pertinentes al caso específico, contando con la aceptación de las partes y el asentimiento de la comunidad.⁷⁵⁵ Adicionalmente, debe notarse cierta complementariedad —habitada por conflictos— con la justicia estatal. En ciertos casos, las autoridades indígenas trazan una línea demarcatoria de su propia competencia, más allá de la cual los casos son remitidos a la justicia del Estado; en otros, utilizan la posibilidad de enviar un caso a los tribunales como elemento de presión sobre las partes en la negociación de una solución; en este caso, si en efecto no se llegara a una solución concordada, la autoridad indígena habría actuado como una suerte de instancia previa a las

⁷⁵⁴ Rosalva Aída Hernández y Héctor Ortiz Elizondo, “Different but Equal: Access to Justice for Mexico’s Indigenous Peoples”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk, *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, Notre Dame, La Jolla University of Notre Dame Press, Center for U.S. Mexican Studies, University of California, San Diego, 2007, pp. 371 y 372.

⁷⁵⁵ Rachel Sieder, *op. cit.*, p. 89, 94, 96; Carlos Aguirre *et al.*, “Introduction. Writing the History of Law, Crime and Punishment in Latin America”, en Ricardo D. Salvatore *et al.*, *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham & London-Duke University Press, 2001, p. 12; Julio Faundez, “Community Justice Institutions and Judicialization: Lessons from Rural Peru”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndsills, Palgrave Macmillan, 2005, p. 205.

previstas por la justicia del Estado.⁷⁵⁶ Esto subraya que el derecho indígena no pertenece a un mundo separado sino que hace parte de un orden asimétrico, sujeto a una compleja utilización; como señala un autor boliviano,⁷⁵⁷ los indígenas emplean un “repertorio plural”, para lo cual cuentan con cierta capacidad para moverse entre lógicas y racionalidades distintas, como son las correspondientes a órdenes jurídicos diferentes.

Pero los órdenes normativos que resultan alternativos al estatal —o, en ocasiones, compiten con él— no están restringidos a la gama de derechos indígenas o consuetudinarios existentes en países como Bolivia, Ecuador, Guatemala y Perú. Entre las formas no estatales de derecho hay en la región una serie de pactos sociales que Peter Waldmann ejemplifica con los acuerdos adoptados con ocasión de una toma de tierras colectiva; son formas normativas que, escritas o no, han sido concebidas para, y adoptadas por, grupos relativamente pequeños que corresponden a barrios urbanos o aldeas rurales que han sentido la distancia del Estado y su abandono como ciudadanos. En estas formas de derecho creadas en tales medios “cuentan más las relaciones personales que los principios generales” y el cumplimiento de reglas procesales tiene una importancia secundaria —en contraste con lo que ocurre en el derecho del Estado— debido a que la previsibilidad de la justicia no es un valor preponderante en el medio en el cual rigen estas normas: “Todo se orienta... a obtener una solución material del conflicto lo más satisfactoria posible; una solución que limite, repare o compense lo mejor posible el daño sufrido para restaurar así el equilibrio social del grupo”.⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ Donna Lee Van Cott, “Dispensing Justice at the Margins of Formality. The Informal Rule of Law in Latin America”, en Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2006, pp. 254 y 255.

⁷⁵⁷ Ramiro Molina Rivero, “El pluralismo jurídico en Bolivia”, en *Hacia el nuevo sistema de justicia en Bolivia. Pensando la transición constitucional*, La Paz, Fundación Construir, 2012, p. 99.

⁷⁵⁸ Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 102 y 103, 105.

En ese tipo de normatividad aparece otro tipo de fuente de legitimación del derecho alternativo al estatal. En el derecho indígena, la fuente de legitimidad invocada está vinculada a la tradición o la costumbre, por lo menos en el discurso de justificación, si bien sus contenidos no corresponden a la mera repetición de prácticas antiguas sino que están sujetos a procesos de recreación que pasan por un intercambio con prácticas estatales. El derecho consuetudinario, como noción, no implica un conflicto con el pensamiento jurídico occidental, que más bien la ha asimilado. En cambio, en el segundo tipo de orden jurídico alternativo —al que pertenecen las rondas campesinas en Perú y las juntas vecinales en Bolivia— la legitimidad se funda en el reclamo de que el grupo social pueda darse sus propias normas, principio que sí resulta conflictivo con el orden estatal, especialmente cuando resulta emparentado políticamente con la secesión o, cuando menos, con formas desafiantes de autonomía.

En Bolivia, los migrantes que habitan en barrios marginales de Cochabamba y La Paz han establecido sistemas de justicia al margen del Estado que combinan elementos de sus comunidades de origen con reglas de estilo occidental, escritas, que norman los procedimientos. El presidente de la junta local o el secretario encargado busca negociar los conflictos y arribar a una solución consensuada en torno a problemas típicos como los referidos a límites y propiedad de los terrenos. Como las rondas campesinas en Perú, las juntas en Bolivia se formaron a partir de la falta de atención del Estado. La selección de las autoridades no se basa, como en las comunidades de origen, en la edad y el conocimiento de la cultura tradicional sino, más bien, en el patrimonio del candidato, su estatus social y su manejo del castellano, elementos que incrementan su eficacia en un medio urbano.⁷⁵⁹

⁷⁵⁹ Donna Lee Van Cott, “Dispensing Justice at the Margins of Formality. The Informal Rule of Law in Latin America”, en Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore The Johns Hopkins University Press, 2006, pp. 259-262.

Al examinarse ambas vertientes de derechos alternativos al estatal se ha puesto un énfasis probablemente excesivo en algunos de sus rasgos —como el objetivo de restaurar la armonía social y de propender a la solidaridad— que, al ser cotejados con males y vicios que caracterizan a la justicia del Estado, conducen con relativa facilidad a la idealización de los derechos alternativos. El hecho de que esos otros órdenes expresen valores compartidos por el grupo no evita que en ellos tengan vigencia prejuicios étnicos y de sexo o medien tratos no igualitarios debido a que en los correspondientes grupos sociales “también existen fenómenos de explotación, de dominación, etcétera”.⁷⁶⁰ En ciertos grupos, la marcada estratificación del poder hace posible la arbitrariedad.⁷⁶¹ La existencia de agudos conflictos, en otros, se traduce en decisiones que tienden a perjudicar al sector de menos poder. Los rasgos que de todo ello se derivan para la justicia administrada localmente pueden ser aceptados por el grupo —y en consecuencia debe reconocérseles legitimidad social— pero eso, ciertamente, no los hace necesariamente mejores que la justicia del Estado.

Ante ciertos casos resulta posible preguntarse si la justicia comunitaria no es una forma de legitimar diversas formas de uso de la violencia,⁷⁶² al vestirse de una manera presentable el retroceso a la justicia privada, esto es, a la venganza, como explican García Villegas y Uprimny en Colombia:

la justicia comunitaria requiere ante todo de una comunidad integrada; de lo contrario tiende a convertirse en un conjunto de prácticas de justicia privada motivadas por la venganza y la violencia entre pobladores [que] puede ser contraproducente y su-

⁷⁶⁰ Christoph Eberhard, “Algunas implicaciones de los enfoques alternativos”, *Variaciones sobre la justicia comunitaria, El otro derecho*, núm. 30, diciembre de 2003, p. 25.

⁷⁶¹ Rachel Sieder, *op. cit.*, p. 119; Julio Faundez, “Community Justice Institutions and Judicialization: Lessons from Rural Peru”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndsills, Palgrave Macmillan, 2005, p. 201.

⁷⁶² Mark Ungar, *op. cit.*, p. 213.

mamente peligrosa cuando se refiere a conflictos de carácter penal... El riesgo de la tiranía aparece siempre que la autoridad comunitaria se confunde con la autoridad estatal y de manera específica con la autoridad judicial penal. Dicho en otros términos, la justicia comunitaria opera adecuadamente cuando está inserta en una sociedad organizada por un sistema constitucional de protección de derechos. La absolutización de la justicia comunitaria des-socializa y crea —a través de la violencia— una tendencia hacia la justicia privada de todos contra todos.⁷⁶³

Los resultados producidos por los órdenes alternativos son conocidos de manera bastante incompleta y, debido a ello, resulta muy difícil concluir en que por esa vía sustitutiva del Estado en materia de justicia puede mejorarse la calidad de la ciudadanía.⁷⁶⁴ Tal conclusión pasa por alto, primero, que formalizar y consolidar espacios sustitutos para administrar justicia conlleva, cuando menos implícitamente, la renuncia a construir un Estado que se encargue de ella; y, segundo, que no puede asegurarse, con el nivel de información existente, que tales espacios alternativos —teñidos por los problemas que la sociedad manifiesta en el Estado que ha generado— han de mejorar la calidad de la justicia. En otras palabras, no hay garantía de que esos grupos sociales, al administrar justicia, sean mejores en esa tarea que el Estado del cual son parte.

En medio de este escenario, la justicia de paz existente en Perú representa un producto original; pese a que formalmente existe también en Colombia, Ecuador y Venezuela, en estos tres casos se encuentra a mucha distancia del rol que se ha creado his-

⁷⁶³ Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, “El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia”, en Álvaro Camacho Guizado y Francisco Leal Buitrago (comps.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Santa Fe de Bogotá, PESCOL-IEPRI-CEREC, 1999, pp. 62 y 63.

⁷⁶⁴ Donna Lee Van Cott, “Dispensing Justice at the Margins of Formality. The Informal Rule of Law in Latin America”, en Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore The Johns Hopkins University Press, 2006, p. 272.

tóricamente para ella en el caso peruano.⁷⁶⁵ Legalmente diseñada como el escalón inferior de la justicia del Estado, su funcionamiento ha logrado cierta independencia de ésta, rasgo que probablemente constituye la razón de su mayor legitimidad. Ofrece un acceso amplio y sencillo, dado que el juez de paz pertenece a la misma comunidad donde ejerce el cargo, hecho que permite el control social sobre su actuación. La mitad de los problemas que resuelve la justicia de paz corresponden a la conflictividad familiar (47%) y otras dos porciones guardan relación con asuntos económicos (27.6%) y diferencias vecinales (21%).⁷⁶⁶ Las partes que comparecen ante ella son personas vinculadas entre sí por relaciones estables, que buscan una solución razonable como corresponde a quienes deberán seguir manteniendo esos vínculos. En ocasiones, tal solución no está prevista por la ley, en tanto es contraria a ley o no está contenida en ella. La mayor vigencia de la justicia de paz se da en las zonas andinas del país y funciona como un complemento de la justicia estatal, aunque el tipo de soluciones que da en ocasiones transgrede la ley. Si bien se presenta como esencialmente conciliadora, en los hechos no es posible verificarlo debido a que con frecuencia la solución es inducida o forzada por el juez. En el esfuerzo por llegar a una solución no siempre resulta garantizado que el juez de paz ejerza un rol vigilante y protector respecto del mínimo de derechos irrenunciable que la ley establece a favor de la parte más débil de la relación.

Aparte de la integración de la justicia de paz al orden jurídico estatal, que es un asunto antiguo en Perú, en los últimos años se ha producido, en diversos grados, el reconocimiento de formas alternativas de derecho en varios países de la región. En Bolivia, la constitución de 2009 otorga reconocimiento y autonomía a la justicia indígena de un modo que sugiere la asignación de un estatuto

⁷⁶⁵ *La justicia de paz en los Andes. Estudio regional*, Lima Instituto de Defensa Legal, 2005.

⁷⁶⁶ Abraham Siles, *La Justicia de Paz y su labor esencialmente conciliadora. Un análisis de actas de conciliación*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 1999, p. 121.

paralelo al del derecho estatal.⁷⁶⁷ En Brasil, una reforma a la constitución de 1988, introducida en 1999, establece el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia. En Chile se reconoció en 1993 por ley (19.253) que la costumbre tendrá valor jurídico entre indígenas del mismo grupo étnico, en la medida en que no contradiga los derechos constitucionales. En Colombia, la constitución de 1991 autoriza el ejercicio de la función judicial por las autoridades de pueblos indígenas, en tanto no contradigan la constitución y las leyes. En Ecuador, la Constitución de 2008 reconoce a la justicia indígena. En Guatemala el gobierno firmó, entre los acuerdos de paz que pusieron fin al conflicto armado interno, el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, que integró y desarrolló el Convenio 169 de la OIT, pero luego sus contenidos no llegaron a ser aprobados como reforma constitucional. En México, una reforma constitucional reconoció en 2001 el derecho de los pueblos indígenas a la aplicación de sus propios sistemas normativos en los conflictos internos, con respeto a los principios de la constitución, en especial a las garantías individuales y a la dignidad e integridad de la mujer. En Nicaragua, desde la Constitución de 1987 se halla reconocido el derecho de las comunidades de la Costa Atlántica a administrar sus asuntos internos de acuerdo a sus tradiciones. En Paraguay, la constitución de 1992 reconoce el derecho a aplicar internamente, y de manera voluntaria, las normas consuetudinarias en tanto no violen derechos fundamentales establecidos en la Constitución. En Perú, la Constitución de 1993 reconoció el derecho de las comunidades, con apoyo en las rondas campesinas, de ejercer funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial, usando el derecho consuetudinario y siempre que no se viole derechos fundamentales de la persona. En Venezuela, la Constitución de 1999 dispone que las autoridades de los pueblos

⁷⁶⁷ Alexandra Hunneus *et al.*, “Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America”, en Javier Couso *et al.* (eds.), *Cultures of legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, p. 11.

indígenas pueden aplicar sus tradiciones ancestrales a sus propios miembros, con tal de que no sean contrarias a la Constitución y el orden público.

Con variantes, que son importantes en sus consecuencias, la tendencia en la región ha sido la de reconocer los derechos que tienen su fuente en la tradición, no así los otros órdenes jurídicos, como el correspondiente a las rondas campesinas que sí aparece en la Constitución peruana. En el caso ecuatoriano y en el boliviano las Constituciones recientemente promulgadas reconocen derechos colectivos a las poblaciones indígenas, en el marco de una definición del país como “plurinacional” que reconoce, y otorga consecuencias en diversos terrenos, a la “diversidad cultural”. Estos textos expresan una corriente de pensamiento, que viene del mundo desarrollado, que ha hecho equivalentes diversidad cultural y pluralidad jurídica, de modo que a la diversidad cultural corresponderían distintas formas de derecho y de administración de justicia, postulación que la historia no sostiene.

Debe notarse la ambivalencia en la utilización posible de la diversidad cultural. Por ejemplo; en la Sudáfrica del *apartheid* una de las justificaciones del régimen sostenía que las separaciones impuestas no correspondían al color sino a las diferencias culturales y que, precisamente, la segregación tenía como objetivo principal la preservación de las culturas tradicionales —que en lenguaje contemporáneo serían denominados pueblos originarios—. Al pensar en términos latinoamericanos el reconocimiento de consecuencias jurídicas a la diferencia cultural es preciso preguntarse cómo evitar que tal reconocimiento se convierta en una vuelta a “la república de indios” colonial que, al reconocer y segregar una justicia distinta para el mundo indígena, asentó la dominación hispánica.

Guillermo O'Donnell consideró que el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus sistemas jurídicos en América Latina, pese a ser implementado pobemente y a regañadientes, debía ser visto “como una devolución constructiva de derechos usurpados du-

rante largo tiempo”.⁷⁶⁸ Puede que así sea, pero las consecuencias de ese reconocimiento son portadoras de una alta complejidad. Los países donde se ha optado por el pleno reconocimiento del derecho indígena —Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia—, han previsto la dación de leyes destinadas a compatibilizar o coordinar las competencias del derecho estatal y las de los otros derechos. Según anota Donna Lee Van Cott,⁷⁶⁹ es preciso resolver en esas leyes tres asuntos clave: 1) ¿la jurisdicción indígena debe ser obligatoria o de sometimiento voluntario?; 2) ¿los conflictos en los que son parte no-indios o indios de diversas culturas deben ser sometidos a la justicia indígena o corresponden a la justicia estatal?, y, finalmente, 3) ¿la jurisdicción indígena se circunscribe a límites territoriales de la comunidad o equivale a un fuero personal que el indígena lleva consigo a cualquier lugar del país al que se desplace? Sólo Bolivia ha promulgado, en diciembre de 2010, la Ley de Deslinde Jurisdiccional que, sin absolver las tres cuestiones, establece que la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina tiene igual jerarquía que las demás, declara que “el linchamiento es una violación a los derechos humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional” y prohíbe la pena de muerte. Se confirma la vigencia de la jurisdicción indígena en los ámbitos personal y territorial, listándose una serie de asuntos que quedan excluidos de ella.

El examen efectuado muestra, de una parte, que determinar en un régimen jurídico pluralista qué sistema debe encargarse de un caso determinado es una tarea difícil. A complicarla concurre el hecho de que, a menudo, la inclinación hacia el sistema estatal o el indígena es leída en clave política o racial. De otra parte, en todas las fórmulas de reconocimiento se incluye como límite los derechos constitucionales o los derechos fundamentales re-

⁷⁶⁸ Guillermo O'Donnell, “Afterword”, en Rachel Sieider *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndsills, Palgrave Macmillan, 2005, p. 295.

⁷⁶⁹ Donna Lee Van Cott, *op. cit.*, p. 269.

conocidos por el texto constitucional que, desde luego, incluyen el derecho al debido proceso. Sabemos, por diversos estudios de caso, que en determinados órdenes alternativos el derecho a la defensa y los derechos de las mujeres, por ejemplo, se hallan muy restringidos. ¿Qué significa esto en términos del reconocimiento efectivo de esos órdenes alternativos que, como sistema, tienen esos rasgos? ¿Bastará con establecer un límite legal para extirpar las diversas formas de discriminación existentes en el ámbito indígena?

Un problema adicional surge del hecho de que reclamar el reconocimiento del derecho a una forma propia de administrar justicia está frecuentemente ligado, mediante una conexión ambigua, con determinadas exigencias de autonomía. Esto es lo que ocurre claramente en Bolivia y en Ecuador y torna la discusión en un asunto abiertamente político que, de resolverse en favor de atar la justicia propia con la autonomía, conlleva varias dificultades adicionales. Una dificultad se anuncia en el hecho de que el reclamo de autonomía para aplicar la justicia propia no siempre es situado por sus voceros en el horizonte del Estado de derecho y la vigencia de los derechos humanos,⁷⁷⁰ cuya universalidad más bien se busca poner en cuestión. El aumento de los linchamientos en Bolivia pretende ser justificado por quienes participan en ellos mediante la invocación de la justicia comunitaria, pese a que la ley dice lo contrario. Otra dificultad reside en la probabilidad de que el reconocimiento de estos otros derechos debilite aún más aquel Estado cuyo fracaso se halla en el origen de la cuestión. Esto es debido a que el reconocimiento tiende “a hacer de la justicia un asunto grupal que, por estas vías, resulta progresivamente alejado de criterios y mecanismos compartidos por la comunidad nacional”.⁷⁷¹

⁷⁷⁰ Rachel Sieder, “Legal Globalization and Human Rights”, en Pedro Pitarch *et al.* (eds.), *Human Rights in the Maya Region: Global Politics, Cultural Contention and Moral Engagements*, Durham, Duke, 2008, p. 79.

⁷⁷¹ *La justicia de paz en los Andes. Estudio regional*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2005, p. 231.

En suma, como se ha observado, el llamado pluralismo jurídico corre el riesgo de:

caer en uno de los dos extremos siguientes: un romántico pluralismo que no significa más que un simple disfraz de la opresión y dominación jurídica del derecho formal sobre otros considerados benévolamente ‘consuetudinarios’; o la disolución del Estado en manos de un pluralismo ingenuo y la constitución de una serie de estados dentro del Estado, cada uno con su propio Derecho.⁷⁷²

Respecto del segundo de tales riesgos, conviene tener presente una de las funciones que corresponden a un orden jurídico. Como recuerda O'Donnell, el Estado —donde quiera que exista— “intenta ser un foco de identidad colectiva para los habitantes de su territorio” y, en parte, históricamente ha buscado materializar ese propósito mediante la implantación de normas comunes para esos habitantes en ese territorio. Esto es, que “la construcción del Estado” se valió “de una creciente homogenización de la legalidad estatal sobre el territorio correspondiente”,⁷⁷³ encaminada a dar iguales derechos a todos. Las normas que, en cierta medida, otorgan determinadas particularidades a una comunidad con respecto a las demás contribuyen de ese modo a la generación de una identidad colectiva. En palabras de Sieder, “los órdenes legales en todo el mundo son vehículos para la creación, afirmación y cuestionamiento de la identidad nacional”.⁷⁷⁴ Las normas, efectivamente aplicadas, contribuyen pues, a la generación y consolidación de la

⁷⁷² Valérie Robin Azevedo, “Linchamientos y legislación penal sobre la diferencia cultural. Reflexiones a partir de un juicio por homicidio contra unos comunitarios del Cuzco”, en Valérie Robin Azevedo y Carmen Salazar-Soler (eds.), *El regreso de lo indígena. Retos, problemas y perspectivas*, Lima, Instituto Francés de Estudios Andinos-Centro de Estudios Regionales Bartolomé de las Casas, 2009, p. 94.

⁷⁷³ Guillermo O'Donnell, “Acerca del Estado en América Latina contemporánea: diez tesis para discusión”, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004, pp. 151, 163.

⁷⁷⁴ Rachel Sieder, *Transición democrática y derecho consuetudinario en Guatemala*, Guatemala, Flacso, 1996.

identidad. Cuando el Estado desarrolla a cabalidad esa función, la identidad nacional se afirma; cuando cada comunidad la toma a su cargo, la identidad nacional se debilita y, en cambio, aparecen —o se robustecen— otras identidades.

No habiendo sido exitosos los estados latinoamericanos en el intento de homogenizar la vigencia de la legalidad estatal en todo el territorio, el reconocimiento de varios derechos puede equivaler a una silenciosa renuncia al proyecto de identidad común. En términos políticos, esa ruta conduce a una dirección distinta a la promesa democrática, una de cuyas “grandes fuerzas”, como recuerda Dahrendorf, “consiste en hacer que gente diferente —desde el punto de vista étnico, religioso o político— pueda convivir y compartir valores comunes”. Crear sistemas de justicia como comportamientos estanco con derechos y deberes distintos equivale a negar, en nombre de la diversidad, que la construcción de un sistema democrático —donde los ciudadanos tengan efectivamente los mismos derechos— es posible. Al reemplazar “ciudadanía” por “pueblo”, se privilegia la homogeneidad de este último en su mundo “local”. Advierte Dahrendorf: “Las comunidades locales construidas sobre la homogeneidad tienden invariablemente a ser intolerantes en su interior y agresivas en el exterior”.⁷⁷⁵ La razón es que no son intrínsecamente democráticas.

Si tales señalamientos y preocupaciones tienen validez, el reconocimiento de la justicia local debería contar, de una parte, con comunidades relativamente integradas, en las cuales la posibilidad de un uso prejuicioso de la facultad de resolver conflictos sea remota y, de otra parte, tendría que darse en el marco de políticas efectivas de gobierno que tengan capacidad de contención respecto de las fuerzas centrífugas que se alimentan del reconocimiento de la justicia local. En cualquier caso, los conflictos que vive una sociedad determinada no tienen origen sólo en el nivel local sino que se explican en el marco de características más

⁷⁷⁵ Ralf Dahrendorf, *Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito*, Barcelona, Crítica, 2001, p. 32.

amplias que sólo pueden ser contrarrestadas mediante políticas de un Estado potente y legítimo que protejan a todos los ciudadanos.⁷⁷⁶ Éste, claro está, es un Estado que no es el existente en la región.

La opción del reconocimiento del derecho a administrar la justicia puede conducir —en el marco de un Estado débil— a resultados altamente indeseables. En ese catálogo pueden incluirse desde transgresiones de los derechos humanos, abusos y arbitrariedades que hagan parte de una justicia de segunda clase, hasta la producción de bolsones con distintas justicias que alimente fuerzas centrífugas que debiliten aún más al Estado. Estos males no son inevitables si el reconocimiento se efectúa por un Estado con capacidad de supervisar efectivamente el funcionamiento de esos niveles de justicia local, a fin de corregir y enmendar, cuando sea necesario, los posibles efectos perniciosos.

V. LOS JUECES EN LA ARENA POLÍTICA

Como se ha visto antes en este trabajo, pertenece a la tradición de los jueces latinoamericanos evitar que su actuación ingrese al campo de la política. Esa tradición parece estar en cuestión con el surgimiento de una nueva corriente, en la que participan diversos actores, que se conoce como *la judicialización de la política*. En la medida en que el fenómeno ha ido extendiéndose —en la región como en el resto del mundo— se ha visto que son jueces quienes resuelven conflictos entre actores políticos o toman decisiones sobre temas que durante muchos años se entendieron como parte de la competencia de los otros brazos del Estado, el Congreso o el Poder Ejecutivo.

En el caso de México, a partir de las reformas de los años noventa, la Suprema Corte ha intervenido como árbitro en diversos conflictos protagonizados por partidos políticos o por sus

⁷⁷⁶ Mark Ungar, *op. cit.*, p. 225; Rachel Sieder, “Legal Globalization and Human Rights”, *op. cit.*, p. 85.

representaciones parlamentarias y ha resuelto varias disputas entre el gobierno federal y un estado, entre dos estados o entre una de esas instancias y un municipio. En la sala constitucional de la Corte Suprema costarricense —popularmente conocida como la sala cuarta—, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, la Corte Constitucional colombiana y la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, crecientemente se han resuelto casos correspondientes a derechos constitucionales invocados por ciudadanos que, en una circunstancia dada, se consideraron agraviados por el Estado —e incluso por particulares en determinados países—. Entre las novedades que esta tendencia ha traído consigo está la aplicación directa del derecho constitucional por los jueces, prescindiéndose de la vieja exigencia de requerirse una ley que “desarrollara” tal derecho, argucia que hacía ineficiente el texto constitucional respectivo.

El primer rasgo de este fenómeno reciente de expansión del poder de la justicia es que los tribunales adoptan decisiones sobre materias que hasta hace poco correspondían a ejecutivo o legislativo.⁷⁷⁷ El segundo rasgo del fenómeno es que se presenta en el contexto de régimenes democráticos,⁷⁷⁸ como ocurre en América Latina. Un estudio que efectuó una revisión de la literatura disponible en inglés sobre la judicialización de la política en la región,⁷⁷⁹ e incluyó el examen de 90 trabajos, indica que los países en los que las altas cortes han jugado un papel más activo son Brasil, Colombia, Costa Rica, y de manera creciente, México. Sin embargo, la fuente debe ser tomada con cautela debido a dos razones. De una parte, los autores indican que el grueso de los 90 textos analizados

⁷⁷⁷ C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, “The Global Expansion of Judicial Power: the Judicialization of Politics”, en C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York-Londres, New York University Press, 1995, p. 2; Torbjörn Vallinder, “When the Courts Go Marching In”, en C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *op. cit.*, 1995, p. 13.

⁷⁷⁸ C. Neal Tate, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁷⁹ Diana Kapiszewski y Matthew Taylor, “Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America”, *Perspectives on Politics*, vol. 6, núm. 4, 2008, pp. 741-767.

se concentra en cinco países. De otra, los trabajos examinados corresponden a diferentes momentos, tienen diferentes enfoques y poca capacidad acumulativa; estos factores hacen difícil construir un cuadro exhaustivo de conjunto. Así es como la etapa más innovadora, pero efímera, del Tribunal Constitucional peruano no resulta registrada y la Corte Suprema argentina actual tampoco aparece en el inventario. Estas limitaciones, surgidas a la hora de identificar a los protagonistas de este cambio, provienen del hecho de que los desempeños de las cortes supremas y los tribunales constitucionales en América Latina no trazan trayectorias institucionales continuas y sostenidas sino que están marcadamente sujetos a personas y momentos.

No obstante esas imprecisiones —que no son sólo de conocimiento sino que tienen origen en la realidad misma—, está fuera de duda que el fenómeno de la participación judicial en decisiones de carácter político se vive en América Latina, cuando menos, desde la década de los años noventa, con la importancia creciente del control de constitucionalidad sobre actos de gobierno (*judicial review*)⁷⁸⁰ y el desarrollo jurisprudencial del tipo de decisiones señaladas. Éstas pueden ser agrupadas en dos grandes categorías: la impugnación de un acto de gobierno —aprobación de una ley o cualquier decisión de otro nivel— sobre la base de una violación constitucional y el reclamo de un derecho constitucional que debe obtener vigencia en un caso concreto. En la primera categoría está en juego el control del ejercicio del poder por los jueces; entre los casos más destacados se hallan: la decisión de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que en 1993 logró detener el autogolpe de Estado dirigido por Jorge Serrano Elías; el fallo del 6 de marzo de 2001, de la justicia federal Argentina, que declaró nulas e insubsanables las leyes de “punto final” y “obediencia debida” mediante las cuales se había intentado dejar en la impunidad graves crímenes cometidos durante la dictadura

⁷⁸⁰ Rachel Sieder *et al.*, “Introduction”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Hounds mills, Palgrave Macmillan, 2005, pp. 1, 7.

militar; y la negativa de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-141-2010) a aprobar en 2010 una segunda reforma constitucional sobre la reelección presidencial. En la segunda categoría se trata de hacer eficaz un derecho constitucionalmente existente pero que no alcanza vigencia efectiva debido a la acción u omisión de una entidad del Estado; a título de ejemplos se puede mencionar el reconocimiento del derecho a recibir instrucción religiosa distinta a la católica que en 1993 efectuó la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-027/93) y la decisión del Tribunal Supremo brasileño que en mayo de 2011 equiparó en derechos y deberes el matrimonio homosexual y el matrimonio heterosexual.

A pesar de que este tipo de intervención judicial en asuntos de naturaleza política corresponde, más bien, a la tradición del derecho anglosajón, ha sido en países del sistema denominado romano-civil donde se ha producido el desarrollo reciente de esta tendencia. Frecuentemente se interpreta el surgimiento de la tendencia como una respuesta a una crisis política⁷⁸¹ consistente en que los derechos establecidos en los textos legales, incluyendo la Constitución —que en América Latina, en contraste con el sistema anglosajón, se caracterizan por la amplitud en el reconocimiento de derechos—, no resultan efectivizados por el Ejecutivo y el Congreso, instancias del régimen político que dejan de resolver determinadas demandas y ciertos conflictos. Esto hace que se considere que en la debilidad de la democracia encuentra impulso la judicialización de la política, la que representa hacer política por otros medios.⁷⁸²

Uno de los puntos importantes de esta intersección entre justicia y política se halla en las decisiones judiciales sobre programas y servicios sociales,⁷⁸³ demandados por grupos organizados

⁷⁸¹ C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, “Judicialization and the Future of Politics and Policy”, en C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *op. cit.*, p. 519.

⁷⁸² Rachel Sieder *op. cit.*, pp. 2, 6, 11, 16.

⁷⁸³ Herbert Jacob, “Introduction”, en Herbert Jacob *et al.*, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1996, p. 9.

de potenciales beneficiarios de tales programas y derechos, que han sido históricamente discriminados: mujeres, indígenas, ancianos, homosexuales, discapacitados. El otro punto importante de encuentro de los jueces con la política proviene de la actuación de los partidos de oposición al gobierno, que usan la judicialización de la política para paralizar u obstruir la ejecución de ciertas medidas adoptadas sin un consenso suficiente.⁷⁸⁴

El uso de la vía judicial para discutir temas tradicionalmente pertenecientes a la esfera de la lucha política requiere, además de usuarios dispuestos a articular sus demandas ante los tribunales, de jueces de ciertas características que los alejan del perfil del juez tradicional. Se ha sugerido que son actitudes o valores personales aquello que los llevan a participar activamente en la formulación de políticas de Estado desde la función judicial. Esa participación puede ser de signo negativo, en el sentido de detener o paralizar una medida gubernamental —como ha hecho la Corte Constitucional colombiana respecto de la declaración del Estado de emergencia o de sitio— o puede ser de signo afirmativo en el sentido de establecer una política que las otras ramas del Estado no elaboraron, como las referidas a políticas sociales; “es la opción que los jueces toman de ser más o menos activos en imponer soluciones de políticas propias lo que determina cuán lejos irá la judicialización”.⁷⁸⁵

Si bien la tendencia a judicializar la política corresponde a un vacío dejado por otros actores o, más en general, a la debilidad e inefficiencia del funcionamiento del sistema democrático, la participación protagónica de los jueces en este nuevo terreno ha sido objeto de marcadas reservas, de parte de la mayoría de autores que analizan el fenómeno. La primera advertencia corresponde a la observación de que una mayor presencia pública o política de los jueces no asegura que éstos no estén actuando al servicio de intereses privados o de grupos políticos; en otras palabras, el mayor

⁷⁸⁴ C. Neal Tate, “Why the Expansion of Judicial Power?”, en C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *op. cit.*, 1995, p. 31.

⁷⁸⁵ C. Neal Tate, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

protagonismo judicial no tiene un signo necesariamente positivo desde el punto de vista de la ampliación de los derechos sociales o de la igualdad ante la ley.⁷⁸⁶ El protagonismo judicial también puede ser portador de un signo claramente conservador e incluso reaccionario, como se verifica en la experiencia judicial de un país como Estados Unidos.

En segundo lugar, aparece una cautela proveniente de que, a través de la judicialización de la política, pasan a tener decisión en asuntos de política general —que en ocasiones desautorizan lo actuado por actores que, como los parlamentarios, cuentan con un mandato de raíz electoral— jueces que, salvo casos relativamente circunscritos, no han sido elegidos y, en consecuencia, no tienen un mandato democrático de base popular. Algunos autores se han preguntado cuál es, entonces, el equilibrio de poder y responsabilidades adecuado entre quienes son elegidos y quienes, como los jueces, son nombrados.⁷⁸⁷ Determinados autores han considerado que la judicialización de la política conlleva incluso el riesgo de debilitar las instituciones democráticas.⁷⁸⁸ Otros autores no llevan su análisis hasta ese punto pero muestran dudas respecto de que, ante la repetida frustración provocada por elecciones de las que no resulta el bienestar, la solución se halle en confiar al terreno judicial aquello que no se ha logrado en los canales políticos.⁷⁸⁹

Las observaciones se multiplican en relación con el reconocimiento de derechos económicos y sociales mediante decisiones de los tribunales que “tienen el efecto de reconfigurar el espectro social y político”.⁷⁹⁰ Guillermo O’Donnell consideró “en la mayoría de casos cuestionable” que se pudiese accionar ante las

⁷⁸⁶ Pilar Domingo, *op. cit.*, 2005, p. 25.

⁷⁸⁷ Rachel Sieder, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁸⁸ C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *op. cit.*, p. 527.

⁷⁸⁹ Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 343.

⁷⁹⁰ Sigfrido Steidel Figueroa, “El futuro de los poderes judiciales en Iberoamérica”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 12, julio-diciembre de 2008, p. 165.

cortes respecto de derechos sociales y económicos que no han sido establecidos por los otros poderes del Estado. “Los tribunales pueden ignorar irresponsablemente las limitaciones fiscales” o provocar la creación de coaliciones de poder antagónicas, argumentó.⁷⁹¹ En la misma dirección, se ha razonado que, dada la naturaleza del trabajo judicial, que se concentra en los méritos del caso para decidir que se ejecute un derecho económico o social sin atender a la racionalidad económica de la norma, existe el riesgo de que una decisión judicial tenga consecuencias no buscadas en la economía como conjunto.⁷⁹² Esta posibilidad resulta agravada por el hecho de que los jueces no cuentan con mayores conocimientos en materia económica y es reconocido que usualmente tienden a ignorar las consecuencias financieras de sus decisiones.⁷⁹³ Asimismo, se observa que los jueces no cuentan con los mecanismos para asegurar que se cumplan las decisiones de trascendencia adoptadas en este terreno. En suma, se sostiene, los jueces no han sido educados, ni están preparados, y los tribunales no están organizados, para asumir las funciones más amplias de las que se hacen cargo a través de este tipo de actuación que expande la esfera de la justicia⁷⁹⁴ a la formulación de políticas de Estado.

A los efectos de la discusión es preciso tener presente que son dos áreas principales las que integran la judicialización de la

⁷⁹¹ Guillermo O'Donnell, *op. cit.*, p. 297.

⁷⁹² Javier Couso, “The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity”, en Roberto Gargarella *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington, Hampshire Ashgate, 2006, p. 73.

⁷⁹³ Rodrigo Uprimny Yepes, “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en Roberto Gargarella *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington, Hampshire, Ashgate, 2006, p. 138.

⁷⁹⁴ Carlo Guarneri y Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 189; Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 169.

política. Como se ha indicado, una es la concerniente al control de constitucionalidad y legalidad de los actos de gobierno que, si bien no ha sido parte de la tradición judicial de la región, parece indispensable a los efectos del funcionamiento del régimen democrático y, dentro de él, particularmente el mecanismo de pesos y contrapesos. La otra área se refiere a la eficacia de derechos constitucionales en casos concretos, camino por el que los jueces arriban en ocasiones al establecimiento de políticas de Estado, a partir de mandatos constitucionales respecto de los cuales el Legislativo y Ejecutivo no han actuado. Si las críticas a la actuación judicial en la primera área tienen como base principal la carencia de mandato popular en la función judicial, las objeciones respecto de la segunda se originan en la calificación insuficiente o inadecuada de los jueces para establecer políticas. En este terreno, decisiones judiciales que amplíen derechos económicos o sociales pueden ser muy positivas para el grupo o sector beneficiario pero, al mismo tiempo, tener efectos negativos sobre el conjunto del Estado y su manejo por aquéllos que han sido elegidos para hacerlo.⁷⁹⁵ Como ha advertido Dahrendorf, “cuando los tribunales acaban estando demasiado implicados en materias sociales, con toda seguridad se corre el riesgo de determinar situaciones muy confusas y peligrosas”.⁷⁹⁶

Se considera que, pese a los cuestionamientos académicos y las discusiones políticas sobre el tema, lo probable es que en el futuro previsible la expansión del Poder Judicial continúe en busca de efectividad en la democracia, debido a que las condiciones —del funcionamiento de los sistemas políticos— favorecen ese crecimiento.⁷⁹⁷ Tiene valor para toda América Latina la observación hecha para Colombia, a partir de la “profunda debilidad de los mecanismos de representación política” que lleva a los jueces,

⁷⁹⁵ Rachel Sieder, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁹⁶ Ralf Dahrendorf, *Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito*, Barcelona, Crítica, 2001, p. 75.

⁷⁹⁷ C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *op. cit.*, pp. 515, 526, 528.

más que a entrar al terreno de los otros poderes, a “llenar el vacío dejado por otros”, actuación que es considerada legítima por amplios sectores sociales.⁷⁹⁸

Para establecer más claramente la legitimidad de la actuación de los jueces en la arena política, se requiere una evaluación más precisa respecto de lo que se ha hecho hasta ahora. La discusión no puede mantenerse en un nivel abstracto, atendiendo sólo a los “principios jurídicos” o restringiéndola a matices de diseño institucional. En este terreno, como en otros, la actuación de los jueces será legítima o no, en muy buena medida, según los resultados sociales que procure.

No obstante, y de proseguir la expansión de la judicialización de la política, del examen del tema y de cara a la cuestión de transformar la justicia de la región, surge una pregunta relevante: ¿la presencia lograda en estos nuevos terrenos por determinados tribunales constitucionales o ciertas cortes supremas ha cambiado el perfil de la justicia latinoamericana? Hasta cierto punto la respuesta tiene que ser afirmativa en razón de que hay decisiones, tanto de control judicial sobre actos de gobierno como de reconocimiento de derechos constitucionales, que en el pasado ni siquiera se podía imaginar como generables por el aparato de justicia. Sin embargo, pese a la importancia de este cambio, no debe perderse de vista el peso relativamente menor de estas decisiones en el conjunto de aquello que hacen los sistemas de justicia. El significado del cambio no parece haber “contagiado” a la estructura institucional de esos sistemas, que en buena medida mantienen los males y vicios tradicionales. Este hecho lleva a pensar en la posibilidad de que aquello que en el nuevo fenómeno pueda considerarse valioso quede constreñido a determinadas instancias, que indefinidamente funcionen de

⁷⁹⁸ Rodrigo Uprimny, “The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia”, en Siri Gloppen *et al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, London-Portland, Frank Cass Publishers, 2004, p. 62.

manera paralela en coexistencia con el viejo aparato,⁷⁹⁹ resistente a la transformación. Dicho en otras palabras, la apertura de este nuevo terreno de actuación denominado judicialización de la política ha venido a sumarse al ámbito de lo judicial sin modificar la ineeficacia general del sistema, los márgenes de impunidad que mantiene y la abdicación de las responsabilidades que en ello corresponden al Estado.⁸⁰⁰

⁷⁹⁹ Pilar Domingo, “The Judicialization of Politics: The Changing Political Rule of the Judiciary in Mexico”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, *cit.*, p. 40.

⁸⁰⁰ Guillermo O’Donnell, *op. cit.*, pp. 294 y 295.