

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA JUSTICIA RECIBIDA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fuente: World Justice Project Rule of Law Index.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. UNA HISTORIA DE SUBORDINACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. DISTANTE, ININTELIGIBLE, DIFÍCILMENTE ACCESIBLE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fuente: World Justice Project Rule of Law Index.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

País	Personal del juzgado			Policía			Jueces o magistrados		
	Total de encuestados	Nó	Sí	Total de encuestados	Nó	Sí	Total de encuestados	Nó	Sí
Brasil	24	23 (95.83%)	1 (4.17%)	24	23 (95.83%)	1 (3.70%)	23	23 (100.00%)	0 (0.00%)
Chile	27	27 (100.00%)	0 (0.00%)	27	27 (100.00%)	0 (0.00%)	27	27 (100.00%)	0 (0.00%)
Guatemala	27	22 (81.48%)	5 (18.52%)	27	22 (81.48%)	5 (21.74%)	27	23 (85.19%)	4 (14.81%)
Jamaica	23	20 (86.96%)	3 (13.04%)	23	19 (82.61%)	4 (18.18%)	23	21 (91.30%)	2 (8.70%)
Venezuela	21	16 (76.19%)	5 (23.81%)	22	17 (77.27%)	5 (4.07%)	22	19 (86.36%)	3 (13.64%)
Total	122	108 (88.09%)	14 (11.91%)	123	108 (87.44%)	15 (9.54%)	122	113 (92.57%)	9 (7.43%)

Fuente: World Justice Project Rule of Law Index.

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

#### IV. UN EJERCICIO (CASI) INÚTIL

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

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

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

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

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

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