

## CAPÍTULO SEGUNDO

### CLAVES DEL SISTEMA

En esta segunda parte se intenta introducir al lector en el conocimiento de algunos elementos que están en la base del funcionamiento de la justicia que tenemos y que no resultan especialmente visibles, sobre todo a la mirada de quien no se halla familiarizado con el derecho. Pero incluso para los abogados, adiestrados en el manejo de leyes y códigos vigentes, tales elementos no son evidentes porque no les resulta sencillo distanciarse de ese universo cerrado del derecho en el que fueron iniciados a lo largo de su paso por la universidad. Como resultado, tienden a “naturalizar” el funcionamiento del sistema legal, como si las características adquiridas por él en nuestros países fueran inherentes al derecho, y usualmente carecen de la capacidad crítica para enjuiciar su funcionamiento.

Esas claves, que esta parte del libro busca identificar, tienen que ver, en primer lugar, con la tradición del derecho en América Latina, profundamente marcada por la herencia histórica ibérica, la Revolución francesa y las características del derecho romano-civil, familia jurídica a la cual pertenece el derecho latinoamericano. En segundo lugar tenemos lo que usualmente se llama cultura jurídica, que consiste en la forma en la que se piensa y se vive todo aquello relacionado con las normas del derecho, y que exploraremos, primero, entre los abogados, luego en las instituciones del sistema de justicia, y por último, en el trabajo realizado en las facultades de derecho que, con notables diferencias de nivel y calidad, reproducen esa cultura para que los nuevos abogados se mantengan fieles a esa tradición, casi inhabilitados no

sólo para romperla sino incluso para pensar su objeto de trabajo fuera de aquellos marcos. En seguida, exploraremos algunos contenidos de la cultura jurídica popular, que corresponde a los ciudadanos en general, nivel desde el cual afrontaremos una idea que no por ser simple se halla suficientemente incorporada a la hora de pensar en la justicia y su reforma: cualquier sistema de justicia corresponde en buena medida a las características de la sociedad a la que pertenece.

## I. HERENCIA Y TRADICIÓN

Los territorios que habrían de convertirse en países latinoamericanos estuvieron regidos durante aproximadamente tres siglos por normas que habían sido escritas y aprobadas en la Metrópoli española. Más aún, las normas con las que empezaron a vivir nuestras repúblicas fueron las mismas que habían regido durante la colonia y cuya vigencia fue prorrogada mediante leyes de las nuevas repúblicas, en muchos países hasta fines del siglo XIX o comienzos del XX. Incluso cuando algunas naciones promulgaron códigos propios —redactados “por una pequeña élite de juristas” con escaso contacto con la realidad para la cual legislaban—,<sup>149</sup> lo que hicieron fue limitarse a adoptar la legislación española de entonces, introduciéndole algunas variantes.

Aunque la influencia de otros sistemas jurídicos nacionales sobre los nuestros ha cobrado importancia, posteriormente, en las bases jurídicas de los países de la región están presentes elementos que provienen directamente de la tradición ibérica. Algo tan crucial como la manera de entender la ley parece venir básicamente de la experiencia colonial, regida por las llamadas Leyes de Indias. Un estudioso del orden español en América ha escrito que: a lo largo de toda la vida jurídica colonial [se observa] un positivo divorcio entre el derecho y el hecho. Una fue la doctrina

<sup>149</sup> Sergio López-Ayllón y Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 508.

declarada en la ley y otra la realidad de la vida social”.<sup>150</sup> Este autor explica tal divorcio por el hecho de que las Leyes de Indias, formuladas para regir sólo en América y no en la Península, fueron escritas por moralistas y teólogos, en lugar de serlo por juristas y hombres de Estado, y que de tal autoría se deriva un desconocimiento de “ineludibles imperativos económicos y sociales”, entre los cuales, debemos intuir, estaba la explotación de las poblaciones aborígenes en condiciones de semi-esclavitud, que pese a hallarse terminantemente prohibidas por la legislación, se desenvolvió sin dificultad en las colonias.

Retengamos, sin embargo, lo esencial: la brecha entre el derecho y la práctica, el hecho macizo de una ley escrita y formalmente vigente pero carente de eficacia en la realidad. Esa brecha fue constitutiva en la organización de la vida colonial. Salvador de Madariaga, en su biografía de Hernán Cortés, describe la forma en la que el conquistador encaró el asunto de normas y leyes en el gobierno de lo que hoy es México:

Los funcionarios reales le habían traído unas instrucciones dictándole reglas para el gobierno de la Nueva España. Cortés las recibió según la costumbre ya establecida entre los gobernadores de Ultramar y los conquistadores: las obedeció, pero en cuanto a su cumplimiento apeló primero al rey para deshacerse de la mayoría de ellas. Sus famosas Ordenanzas de 20 de marzo de 1524 son en un todo independientes, y casi siempre incompatibles, con las instrucciones recibidas de la metrópoli. Pero esta discrepancia no se debía a indisciplina por parte suya. Era honrada diferencia de opinión y convicción por su parte de que, de las dos opiniones, la suya era la que valía más. El 15 de octubre de 1524, firma una carta al Emperador en que discute punto por punto los temas sobre que hay diferencia... Casi toda la carta viene a constituir una refutación de las instrucciones reales...<sup>151</sup>

<sup>150</sup> J. M. Ots Capdequí, *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 13.

<sup>151</sup> Salvador de Madariaga, *Hernán Cortés*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1941, p. 558.

La actitud adoptada por Cortés —cuyas Ordenanzas buscaban organizar el país bajo un sistema feudal, según nos dice el propio Madariaga— pasaba por ignorar las normas dictadas en la Península para el gobierno de las nuevas colonias. Sin embargo, esa aparente transgresión era no sólo la costumbre sino que era norma vigente en el imperio español. En 1624 se publicó la edición definitiva de una suerte de manual dirigido a corregidores, *jueces y otros funcionarios públicos*, preparado por Jerónimo Castillo de Bobadilla, un letrado al servicio de su majestad, que en el capítulo “De la obediencia y cumplimiento de los mandatos reales” (en palabras adaptadas al castellano actual) precisa:

Y por leyes de estos Reinos está dispuesto que las provisiones y cédulas reales, que se dieren contra derecho, y en perjuicio de partes, no valgan, y sean obedecidas y no cumplidas... y la razón de esto es, porque tales provisiones y mandatos se presume que están fuera de la intención del Príncipe.<sup>152</sup>

El manual añade que luego de que el juez (o la autoridad que fuere en el caso concreto) alegara ante al rey el absurdo y la injusticia de la cédula en cuestión, si el rey persistiere en que fuera cumplida, el funcionario deberá hacerlo, “según lo dispone una Ley de Partidas”. Según se ha visto, Hernán Cortés recurrió a esta vía que facultaba al funcionario para proceder a una suerte de suspensión de la ejecución de la disposición real, condicionada al resultado de su impugnación razonada y sobre la artifiosa presunción de que tal norma no podía corresponder a la intención del monarca. No se sabe si en ese caso el rey se pronunció sobre la impugnación e insistió o no en que su mandato original fuera cumplido. Tampoco existen estudios que den cuenta de todas las impugnaciones que, a tenor de este procedimiento, se habrían producido y del resultado de las mismas.

<sup>152</sup> Jerónimo Castillo de Bovadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra...*, Barcelona, Sebaftian de Cormellas, 1624, t. I, libro II, capítulo X, p. 440.

Lo que sí sabemos es que esta práctica, de un lado, dejó a criterio de la autoridad más inmediata establecer cuándo una disposición real se había dado “contra derecho” o “en perjuicio de partes” —posibilidad esta última de obvia ambigüedad—, y de otro lado, introdujo aquella fórmula de “obedezco pero no cumple”, que vino a producir una separación radical entre el texto de una norma y su ejecución, que es integrante esencial de la tradición jurídica que nos fue legada. De esa separación, como veremos, se derivan una serie de consecuencias que, en conjunto, constituyen un obstáculo formidable para la construcción del Estado de derecho.<sup>153</sup>

Según han indicado los estudiosos del tema, la brecha entre el derecho escrito y su aplicación se extendió a las regulaciones generales de la administración española en América; aprovechando la distancia y la demora en las comunicaciones, los funcionarios entendieron que podían salirse con la suya, a menudo en connivencia con autoridades que hacían otro tanto al ignorar las restricciones legalmente impuestas. Entre esas disposiciones ignoradas estuvieron, desde luego, las que afectaron el conjunto de normas dictadas por la corona para proteger a los indios, que adquirieron el carácter de letra muerta.<sup>154</sup> Al analizar la falta de respeto a la ley en Argentina en nuestros tiempos, un autor llevó su rastreo hasta aquello que encontró como un rasgo prominente de la vida colonial: “La franqueza con que la ley impuesta por las autoridades de la metrópoli era violada por los funcionarios locales”.<sup>155</sup> Examinando el mismo asunto, un autor mexicano concluyó en que el asunto clave de la historia constitucional “ha sido la separación, si no es que el abismo, entre la norma y la realidad”.<sup>156</sup>

<sup>153</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>154</sup> C. H. Haring, *The Spanish Empire in America*, Nueva York, Oxford University Press, 1947, pp. 123 y 127.

<sup>155</sup> Carlos Nino, *op. cit.*, p. 54.

<sup>156</sup> Luis Rubio *et al.*, *A la puerta de la ley*, México, Cal y Arena, 1994, p. 17.

A la brecha entre la norma escrita y su vigencia efectiva hay que agregar una característica propia del derecho español en los tiempos coloniales: la fragmentación en varias jurisdicciones (real, eclesiástica, fueros locales, etcétera), que dio lugar a interpretaciones diversas, y en ocasiones, contradictorias, entre las cuales asomaban con frecuencia determinados privilegios. En ese cuadro, un papel fundamental correspondió a la alta discrecionalidad de la que dispusieron los jueces, que produjo tanto heterogeneidad normativa como incertidumbre en la aplicación.<sup>157</sup>

Sin embargo, la discrecionalidad en la aplicación de la ley no hizo parte de un estatuto de autonomía de los jueces. A diferencia de Inglaterra, los tribunales no alcanzaron en España el lugar de terceros neutrales, con autoridad formal y reconocimiento social para dirimir los conflictos; también en aquellos casos donde la corona era parte. Una judicatura independiente hubiera sido una amenaza para los intereses de largo plazo de la monarquía española, dado que ésta hubiese perdido parte de su poder de decisión si el tenedor de un derecho hubiera podido llevarlo a efecto sin depender de la voluntad y la actuación del rey. La forma de guardar lealtad a la corona en España y la de ejercer el poder desde ella hubieran resultado afectadas a largo plazo<sup>158</sup> por un sistema judicial que garantizara la aplicación de derechos y exonerara al recurrente de solicitar la merced del soberano.

Instalada en América esa forma de operar del derecho —teniendo como contenido las llamadas Leyes de Indias, sujetas al principio de “obedezco pero no cumple”—, la resultante de una legislación sujeta a una aplicación antojadiza consistió en que tanto el sistema jurídico como sus tribunales se establecieron, a

<sup>157</sup> Carlos Aguirre y Ricardo D. Salvatore, “Introduction. Writing the History of Law, Crime and Punishment in Latin America”, en Ricardo D. Salvatore *et al.* (eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2001, p. 3.

<sup>158</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. 41.

partir de la época colonial, como “algo extraño a la sociedad”,<sup>159</sup> incapaces, por consiguiente de generar adhesión a este componente clave de la estructura política. A lo largo del proceso independentista del siglo XIX se hace patente la ausencia de un sistema de convicciones popularmente compartidas, y en consecuencia, la carencia de consensos en torno a los fundamentos constitucionales—<sup>160</sup> factores que explican una escasez de compromisos firmes con los Estados fundados.<sup>161</sup> Se construyó así repúblicas dotadas de un orden sin legitimidad, esencialmente inestable debido a las desigualdades y las injusticias percibidas en él,<sup>162</sup> que los tribunales —provistos con leyes que no estaban destinadas a ser aplicadas— fueron incapaces de remediar.

La herencia dualista, iniciada bajo el argumento de que la norma colonial dictada en la Metrópoli era inaplicable, se autonomizó de esta justificación y pervivió como mecanismo que se plasmó en regímenes autoritarios dotados de normas liberales carentes de aplicación. En el periodo que siguió a las luchas por la independencia, los caudillos disputaban el control del territorio hasta que finalmente uno derrotaba a los otros y esta victoria, expresión de la ley del más fuerte, se revestía luego de un formato constitucional. Las súbitas alternancias en el poder, gestadas por esta vía, explican las numerosas Constituciones que nuestros países conocieron a lo largo del siglo XIX. Pero la adopción de

<sup>159</sup> Volkmar Gessner, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1986, p. 13.

<sup>160</sup> Sergio López-Ayllón, “Notes on Mexican Legal Culture”, *Social & Legal Studies*, vol. 4, núm. 4, 1995, p. 478; 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. 147.

<sup>161</sup> Douglas North *et al.*, “Order, Disorder, and Economic Change: Latin América v. North America”, en Bruce Bueno de Mesquita y Hilton Root (eds.), *Governing for Prosperity*, New Haven-Londres, Yale University Press, 2000, p. 47.

<sup>162</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.), *op. cit.*, p. 141.

un “régimen constitucional” no eliminaba la distancia entre esa formalidad republicana, que incluía un conjunto de derechos individuales y la organización del Estado en poderes separados, de un lado, y las prácticas políticas autoritarias, personalistas y de clientela,<sup>163</sup> del otro. Como se ha escrito para el caso de México en el siglo XIX, “había orden, el orden de los caciques y los señores, de los pueblos y los comandantes militares. Lo que no se consiguió en todo el siglo fue un Estado de derecho eficaz”, fracaso que no se originó en que las normas estuvieran “en contradicción con ninguna esencia nacional; simplemente no tenían apoyo. No era ése el orden que producía la sociedad”.<sup>164</sup>

Al terminar el siglo XIX, la dualidad entre norma y realidad ya había producido, además de una retórica ambigua no siempre exenta de cinismo, la prevalencia de la estabilidad de los derechos de aquellos que tenían el poder suficiente para hacerlos predominar, a costa de la falta de legitimidad del orden así establecido.<sup>165</sup> Los derechos del hombre, la igualdad ante la ley y las formas representativas de gobierno quedaron restringidos al ámbito de los textos, manteniéndose así una continuidad con el estilo del régimen colonial, que las declaraciones de independencia no alteraron.<sup>166</sup> El Poder Judicial, no obstante lo que dijeron los textos constitucionales, desde entonces quedó rebajado a un rol secundario, y en todo caso, subordinado a quienes ejercían el poder real, en términos políticos o económicos.<sup>167</sup>

<sup>163</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 36 y 37.

<sup>164</sup> Fernando Escalante Gonzalbo, *Ciudadanos imaginarios*, México, El Colegio de México, 1992, pp. 100, 288.

<sup>165</sup> Jeremy Adelman y Miguel Ángel Centeno, “Between Liberalism and Neoliberalism: Law’s Dilemma in Latin America”, *op. cit.*, p. 148.

<sup>166</sup> Joseph M. Gilbert, “Preface”, en Ricardo D. Salvatore *et al.* (eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2001, p. XIII.

<sup>167</sup> Margaret Popkin, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, *Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial*, Washington, USAID, 2002, pp. 112 y 113.

La herencia está viva. En el caso mexicano se ha señalado, en nuestros días, el contraste entre la estructura escrita, racionalista y de pretensión sistemática, de un lado, y de otro, la práctica informal, incorporada a la costumbre que está dotada de legitimidad social. La institución de la “mordida” corresponde, en esta interpretación, al sistema prebendario implantado en la colonia, que subsiste en la cultura actual del país.<sup>168</sup>

El caso brasileño siguió un camino parecido<sup>169</sup> debido a que el origen de la herencia fue ibérico y no sólo español. Portugal, igual que España, estuvo caracterizado por una profunda desigualdad jurídica, hasta representar la antítesis de un sistema legal universalista. Los administradores coloniales tampoco pusieron en vigencia efectiva las normas expedidas por la corona, con resultados equivalentes a los producidos en las colonias españolas, incluyendo la necesidad de solicitar favores a ser dispensados desde el poder, en lugar de reclamar derechos. Brasil, igual que los otros países latinoamericanos, ha recurrido, a lo largo de su historia republicana, a promulgar leyes sin consideración por la factibilidad de ponerlas en práctica. El llamado *jeito* —un mecanismo ampliamente utilizado que valiéndose de relaciones personales encuentra una salida alternativa a la prescrita por la ley, en vista de los obstáculos y dificultades que esta última presenta— tiene sus raíces en esa herencia ibérica; en particular, se atribuye al componente católico —su rigidez dogmática, formalismo y resistencia al cambio— haber estimulado las actividades tipo *jeito*.

Puede sostenerse, entonces, que los problemas que enfrentan el derecho y la justicia en la región tienen claramente un origen histórico identificable.<sup>170</sup> De tal origen se deriva una de las características del funcionamiento del derecho en las nuevas repúblicas: la facilidad para adoptar como propias instituciones

<sup>168</sup> Luis Rubio *et al.*, *A la puerta de la ley*, México, Cal y Arena, 1994, p. 150.

<sup>169</sup> Keith S. Rosenn, “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *Florida International Law Journal*, vol. I, núm. 1, 1984, pp. 1-43.

<sup>170</sup> Jeremy Adelman y Miguel Ángel Centeno, *op. cit.*, p. 158.

y normas legales originadas en otros países. La irresponsabilidad con la que se ha trasplantado a nuestros países legislación de diversos orígenes, sin atender al crucial asunto de su aplicabilidad en las condiciones y circunstancias locales,<sup>171</sup> tiene raíz en la conjunción de algunos de los elementos examinados. Primero, una tradición en la que las leyes venían de fuera. Segundo, la callada presunción de que, en rigor, la ley trasplantada no sería puesta en práctica; para qué preguntarse entonces sobre su aplicabilidad y qué sería necesario para ello. Tercero, el papel relativamente superficial de las normas escritas, incluidos los textos constitucionales, restringidas a operar como expresión formalizada de deseos aparentes que, a falta de mecanismos de ejecución, vinieron a ser letra muerta. Tales elementos, una vez arraigados en un país dado, han configurado una cultura jurídica y un modo de operación del derecho que contrastan con el caso de aquellos países donde el sistema jurídico y las instituciones judiciales son, en mayor medida, producto de un desarrollo endógeno.<sup>172</sup>

En el desarrollo de un encadenamiento histórico iniciado en la colonia, al independizarse los países de la región se eligió modelos importados, usualmente de Europa, para elaborar constituciones y leyes, que se sobrepusieron de mala manera sobre realidades y estructuras de corte autoritario. Se adoptó rápidamente, en el nivel constitucional, disposiciones liberales difícilmente compatibles con la realidad social y que por tal razón resultaban resistentes a ser puestas en ejecución,<sup>173</sup> incluso en las ocasiones en las que había voluntad política de hacerlo.

En el caso latinoamericano, no se formuló la pregunta acerca de si el trasplante de instituciones legales podía ser bien aceptado o no por el país receptor. Copiar normas se presentó siempre,

<sup>171</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 116.

<sup>172</sup> John R. Schmidhauser, “Introduction: The Impact of Political Change upon Law, Courts and Judicial Elites”, *International Political Science Review*, núm. 3, vol. 3, 1992, p. 231.

<sup>173</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 66 y 67.

hasta estos tiempos, como signo avanzado de modernización o, simplemente, como un “adelanto”. Además de los políticos, juristas y abogados han encontrado natural buscar en leyes extranjeras una base sólida para legislar o proponer modificaciones legales.<sup>174</sup> No se percataron, primero, de lo ilusorio que era, y sigue siendo, esperar del funcionamiento de tales instituciones resultados similares a los que produjeron en el país de origen; y segundo, de que en razón de la inadaptación del trasplante sistemático, se agudizó la perniciosa dicotomía, históricamente fundada, entre la norma escrita y la realidad.

Los códigos existentes en América Latina usualmente son claros, lógicos y detallados pero, a menudo, guardan poca relación con la vida real.<sup>175</sup> Los tribunales de la región deben trabajar con un marco normativo que acaso no esté diseñado para ser aplicado universalmente en esa vida real<sup>176</sup> sino que se destina a una aplicación selectiva,<sup>177</sup> según circunstancias en las que el poder de las partes impone privilegios. A menudo, los programas de reforma —que serán examinados en la siguiente parte de este libro— no se hacen cargo de que, en rigor, el lazo entre las leyes y aquellas normas —no escritas— que efectivamente guían la conducta de jueces y abogados es muy débil.<sup>178</sup> Todo ello no constituye una realidad recientemente surgida. Es

<sup>174</sup> Mirjan Damaska, “The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, pp. 851 y 852.

<sup>175</sup> Víctor Alba, *The Latin Americans*, Nueva York, Praeger Publications, 1969, pp. 345 y 346.

<sup>176</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, University Park: The Pennsylvania State University Press, 2007, p. 209.

<sup>177</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 y 40.

<sup>178</sup> Erik G. Jensen, “The Rule of Law and Judicial Reform: The Political Economy of Diverse Institutional Patterns and Reformers’ Responses”, en Thomas C. Heller y Erik G. Jensen (eds.), *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford, University Press, p. 361.

el producto de actitudes y comportamientos perfilados a lo largo de siglos.<sup>179</sup>

En eso consiste nuestra tradición jurídica, entendida no como las raíces de un conjunto de disposiciones legales sino como una parte de la cultura, compuesta de actitudes históricamente condicionadas, y profundamente enraizadas, acerca de la naturaleza del derecho, su papel en la sociedad y el Estado, la organización del sistema jurídico y la manera en que el derecho debe ser generado, aplicado, estudiado y enseñado.<sup>180</sup>

A esa tradición corresponde un determinado perfil del juez. Un rasgo central de ese perfil es la dependencia del juzgador de una jerarquía que, en los orígenes de la tradición, estaba presidida por Dios y por aquél a quien —en las Partidas, un libro fundador del derecho ibérico— se consideraba su vicario en la tierra, el rey.<sup>181</sup> La ideología judicial atribuía la potestad de impartir justicia al monarca, quien la ejercía a través de sus delegados, los jueces.<sup>182</sup> De ahí que en una pieza de teatro clásico español se proclamara la supremacía del juzgador primigenio: “El mejor alcalde, el rey”.

La Revolución francesa introduce un cambio pero abre paso a una continuidad. El cambio consiste en que Dios y el rey son sustituidos por el parlamento. A partir de la Revolución, los jueces tendrán que atenerse a lo que diga la ley, que es producto de la voluntad popular expresada a través de la legislatura. La continuidad radica en que el juez se mantiene subordinado a una jerarquía —en cuyo escalón superior se halla el legislador que dispone aquello que deberá ser exactamente aplicado—, pese a

<sup>179</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 20 y 21.

<sup>180</sup> John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2a. ed., Stanford, Stanford University Press, 1985, pp. 1, 2, 145.

<sup>181</sup> Francisco Tomás y Valiente, “De la administración de justicia al Poder Judicial”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 14.

<sup>182</sup> Daniel E. Herrendorf, *El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 97.

que los tribunales son reconocidos nominalmente como un poder del Estado. Al elaborar la noción de la división de poderes, Montesquieu cuidó de que los jueces —identificados con el “antiguo régimen”— carecieran de atribuciones suficientes como para defender los intereses de la nobleza, con la que se habían identificado históricamente. A tal fin, consagró una redefinición de la función judicial: “El juez es la boca de la ley”, cuyo texto es dictado por el parlamento. A eso debería limitarse y quedar limitado el juez.

El siguiente paso se dio con la codificación, emprendida bajo el imperio napoleónico como un proceso de sistematización de las normas que aspiraba a abarcar cualquier situación humana. En los códigos debía estar comprendido todo, y por eso mismo, de un lado, el derecho no era otra cosa que los códigos, y de otro, la justicia quedó referida a su estricta aplicación.<sup>183</sup> El Código de Napoleón en 1804, que se consideró en la época —y en América Latina durante los dos siglos siguientes— como la más alta expresión posible del derecho, sometió la tarea del juez a una subordinación absoluta:<sup>184</sup> la que corresponde al mero aplicador de sus normas.

La codificación vino a apartar una pretensión revolucionaria referida al origen popular de la ley. Al ser la tarea codificadora un asunto altamente especializado, necesariamente reservado a los juristas; se perdió como referencia la voluntad popular. En ese paso se esfumó la posibilidad de cierto control social sobre el contenido del derecho, y como consecuencia, en el caso latinoamericano se profundizó la desconexión, existente desde la colonia, entre sociedad y derecho.<sup>185</sup> Los dos mundos se alejaron aún más al refinarse la producción del derecho como asunto restringido a los expertos.

<sup>183</sup> Bartolomé Clavero Salvador, “Códigos y jueces (las puertas y los porteros de la ley)”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 80.

<sup>184</sup> Carlos Eymar Alonso, “La justicia de la razón y las razones de los jueces”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 160.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 161.

Respecto del juez, dos características quedaron definidas en el modelo surgido de ese momento histórico: el juez es un simple aplicador de la ley escrita y las cortes carecen de poder para vigilar la legalidad del desempeño de ejecutivo y parlamento. Incorporados estos dos elementos a la tradición jurídica, en América Latina pervivieron durante más tiempo que en Europa, alejados de las perturbaciones que se hubieran derivado de un mayor contacto con otras tradiciones jurídicas.

El juez, en la tradición así definida, vio devaluada su tarea, en su calidad de aplicador mecánico de normas sobre cuyo contenido no tenía intervención, salvo en casos excepcionales, expresamente autorizados por la propia ley. Concibiendo su función como la de aplicadores de la norma —y no intérpretes que le asignan un sentido en el caso concreto—,<sup>186</sup> los jueces latinoamericanos han adherido, desde el principio de la vida de nuestras repúblicas, al texto de la ley. En Guatemala, se encuentra vigente desde 1989 una Ley del Organismo Judicial que dispone: “cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu” (artículo 10) y que, para lograr la mayor fidelidad al texto, ordena que a los efectos de la aplicación: “Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente” (artículo 11).

Atado de esa manera al texto de la ley, el juez nuestro hubo de entender que era un simple administrador de la legislación y que, pese a lo que declaraban los textos constitucionales, carecía de un verdadero poder. De esa condición proviene un rasgo que los jueces latinoamericanos arrastran hasta hoy: la falta de prestigio del cargo, que ocasiona una dificultad “para atraer al cargo de juez a abogados altamente calificados”, constatada en el caso

<sup>186</sup> Agustín Squella, “Independencia interna del Poder Judicial: ante quiénes, en qué y para qué tenemos jueces independientes”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile, Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, 2007, pp. 20 y 21.

ecuatoriano<sup>187</sup> y señalada en México como la razón para reclutar para la tarea a quienes en los estudios universitarios no superaron la medianía.<sup>188</sup> En suma, la definición de la tarea del juez y su subordinación en nuestra tradición explican que la judicatura se haya convertido, para muchos, en el refugio de aquellos que disponen de menos capacidades, tanto en términos profesionales como sociales, y están dispuestos a retribuir, en el ejercicio del cargo, el favor recibido al ser nombrados o promovidos.<sup>189</sup>

En la tradición del derecho romano-civil, la carencia de poder del juez se formaliza cuando en Francia, por ley de agosto de 1790, la administración pública quedó configurada como un poder no sujeto al control de la justicia.<sup>190</sup> Aquella ley recogió la interpretación según la cual la división de poderes significaba que los jueces no conocieran en revisión resoluciones adoptadas por los otros poderes del Estado.<sup>191</sup> Como hemos visto en la primera parte de este libro, la Corte Suprema chilena invocó precisamente esta interpretación para cruzarse de brazos ante los recursos que le fueran presentados en relación con las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura del general Pinochet. Podía haber cierto cinismo al refugiarse en ese argumento —dado que aquel principio no había sido aplicado por esa misma Corte durante el gobierno de Salvador Allende— pero el razonamiento correspondía genuinamente a la tradición jurídica

<sup>187</sup> Ecuador. *Legal and Judicial Sector Assessment*, Washington, The World Bank, 2002, p. 19.

<sup>188</sup> Michael C. Taylor, “Why No Rule of Law in Mexico? Explaining the Weakness of Mexico’s Judicial Branch”, *New Mexico Law Review*, vol. 27, núm. 1, 1997, p. 165.

<sup>189</sup> Ives Dezelay y Bryant Garth, “Law, Lawyers and Social Capital: ‘Rule of Law’ versus Relational Capitalism”, *Social & Legal Studies*, vol. 6 núm. 1, 1997, p. 126.

<sup>190</sup> Francisco Tomás y Valiente, “De la administración de justicia al poder judicial”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 20.

<sup>191</sup> Jesús Pece Morate, “Consolidación de una estructura judicial”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, cit., p. 188.

latinoamericana, heredera de la ibérica y complementada por el legado de la Revolución francesa.

El contraste resulta marcado si se compara esa definición de la función judicial con la correspondiente a la tradición anglo-sajona (*Common Law*). En ésta el juez es claramente identificado como alguien que toma decisiones y las justifica con un razonamiento explícito que, al ir mucho más allá de las meras referencias legales, contribuye activamente a la elaboración del derecho.<sup>192</sup> Ya en Inglaterra los tribunales establecieron una tradición de defensa del individuo contra los abusos del poder, que desempeñó un papel activo en la destrucción del feudalismo, una tradición en la que los tribunales tenían el poder de *mandamus*, para compelir a un funcionario a cumplir con sus deberes, y el de *warranto*, para cuestionar la legalidad de un acto de gobierno.<sup>193</sup> Pero fue el desarrollo de la judicatura en Estados Unidos lo que hizo el contraste todavía más marcado, dado que en ese país no se tuvo la experiencia de tribunales al servicio del “antiguo régimen” como ocurrió en Francia, y en consecuencia, la Revolución americana no los trató como enemigos.

En 1803 la Corte Suprema de los Estados Unidos —que, contando con una constitución escrita, tenía un punto de partida distinto al de Inglaterra— decidió ejercer el control de constitucionalidad (*judicial review*) sobre la actuación del congreso y del ejecutivo, de una forma desconocida en ese momento en Inglaterra.<sup>194</sup> Al decidir en el *caso Marbury v. Madison*, la Corte estableció que los tribunales federales tenían la obligación de controlar la constitucionalidad de los actos del congreso y declararlos nulos cuando contrariaran la Constitución, pese a que en el texto de

<sup>192</sup> John Bell, “The Judge as Bureaucrat”, en J. Eklaar y J. Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 36.

<sup>193</sup> John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2a. ed., Stanford, Stanford University Press, 1985, p. 16.

<sup>194</sup> Herbert Jacob, “Introduction”, en Herbert Jacob *et al.*, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1996, p. 4.

ésta no se estableció tal facultad. En la tradición anglosajona, la interpretación de la separación de poderes no llevó, pues, al aislamiento retraído del Poder Judicial, como ocurrió en la tradición ibérico-francesa, sino que condujo a situar como eje del funcionamiento constitucional el mecanismo de pesos y contrapesos (*check and balances*), equilibrio en el cual les fue reservada a los jueces —o, más bien, éstos pasaron a ocupar— una responsabilidad importante en el ejercicio del poder.<sup>195</sup>

John H. Merryman trazó un contraste entre los jueces de una y otra tradición<sup>196</sup> y sostuvo que, a pesar de que ambos llevan la misma denominación, unos y otros corresponden a realidades muy distintas. Atribuye tales diferencias, precisamente, al legado que corresponde a cada tradición. Tratándose de la tradición romano-civil, que es como se denomina usualmente a la familia de derecho a la cual pertenece el de América Latina, considera significativo que no haya grandes nombres que recordar entre jueces, pero sí los haya entre legisladores. El juez del sistema romano-civil, sostiene, no es un personaje ilustre o reconocido, ni siquiera una figura paternal, como sí ocurre en el sistema anglosajón. La imagen de nuestro juez es la de un funcionario público, importante pero repetitivo y burocrático en su tarea, sus razonamientos no son publicados ni, menos aún, estudiados y sometidos a escrutinio público porque no se espera que sean creativos u originales y, por cierto, sólo excepcionalmente lo son.

Mientras en el sistema anglosajón flexibilidad y certeza compiten, observa Merryman,<sup>197</sup> en el sistema romano-civil la flexibilidad ha sido sacrificada a favor de la certeza y la necesidad de flexibilidad es vista, más bien, como una dificultad que complica el trabajo del juez. Los jueces del sistema anglosajón solucionan problemas, mientras sus homónimos en el sistema romano-civil tienden a practicar un formalismo que no los resuelve. Esta

<sup>195</sup> John Henry Merryman, *op. cit.*, p. 15.

<sup>196</sup> *Ibidem*, pp. 36-38.

<sup>197</sup> *Ibidem*, pp. 49 y 50, 66 y 83.

tendencia ha ensanchado la brecha entre el modelo legal, de un lado, y lo que la gente y las instituciones hacen, de otro.

En medio de ese cuadro, la figura del juez se ha empequeñecido en nuestra tradición mientras que la del legislador ha crecido. Los redactores de nuestras piezas de legislación más importantes han sido gentes de trayectoria académica, mientras en el sistema anglosajón han sido jueces, abogados y políticos, que conocían cómo resolver problemas. El papel de los profesores universitarios como redactores legislativos corresponde al hecho de que en nuestro sistema se ha considerado que el derecho es una ciencia, al tiempo que entre los anglosajones el derecho es visto como un instrumento práctico para resolver conflictos.<sup>198</sup>

La nuestra es, pues, una tradición judicial de origen ibérico, con matriz colonial, e impregnada por la visión de derecho, ley y justicia de la Revolución francesa. El juez responde siempre ante el soberano; primero, el rey; luego, el parlamento. En parte a eso se debe que, hasta hace poco, se considerara adecuado en la región que los jueces fueran nombrados, o destituidos, por el congreso. También de esa manera se ha vinculado el origen del sistema jurídico a la autoridad, que a los efectos de legislar se auxilia con quienes han hecho del derecho una ciencia. Como veremos enseguida en esta parte del libro, el cultivo de esa ciencia está a cargo de las facultades de derecho.

La idea del control de constitucionalidad y de legalidad de los actos de gobierno por los jueces es una idea extraña a esta tradición, que ha sido incorporada recientemente al orden normativo de los países latinoamericanos. Hasta ese momento, los textos constitucionales eran la cúspide del orden legal, pero tenían sólo efectos simbólicos, sin mucha aplicación práctica. El cambio normativo ha encontrado, para ejercer la función de controlar el uso del poder, a personajes que, al encarnar aquella vieja tradición aún viva, acaso no resulten los más idóneos para desempeñarla.

<sup>198</sup> Herbert Jacob, *op. cit.*, p. 4.

## II. LA PESADA CARGA DE LA CULTURA JURÍDICA

Hasta aquí se ha examinado cómo una tradición, anclada en la historia, configura un modo de ver y usar el derecho. El repaso efectuado muestra de qué manera limitar el enfoque del sistema de justicia a él mismo conduce a una visión parcial, sesgada en tanto el sistema no puede ser separado del funcionamiento de otras instituciones,<sup>199</sup> y menos aún, de las características básicas del medio social del que se trata. Corresponde ahora examinar cómo la tradición en la que vive nuestro derecho se condensa en ideas y creencias, valores y discursos, actitudes y comportamientos de los sujetos que viven en el sistema de justicia. Lo que será objeto inmediato de nuestra atención será la cultura jurídica, que algunos autores descartan como un concepto poco útil,<sup>200</sup> pero que, sin duda, tiene capacidad para referirnos específicamente a un determinado modo de pensar, sentir y actuar en relación con el derecho, que es propio de un grupo social determinado. Claro está, nociones y representaciones no interesan aquí en abstracto, ni en sí mismas, sino en la medida en que tienen suficiente entidad como para orientar y respaldar conductas. De allí que no pueda pensarse en el cambio de las instituciones sin tomar en cuenta la cultura existente en ellas.<sup>201</sup>

Es preciso, pues, poner en relación derecho y sistema de justicia con los rasgos de la cultura jurídica en medio de la cual operan en razón de que el derecho —en especial, su funcionamiento— es un producto histórico y social. Como consecuencia, las reformas que respecto de él se intenten quedarán encuadradas en las for-

<sup>199</sup> Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *Sistemas Judiciales*, año 4, núm. 8, 2005, pp. 93, 103.

<sup>200</sup> Alexandra Hunneus *et al.*, “Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America”, en Javier Couso *et al.* (eds.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, p. 7.

<sup>201</sup> William Davis, “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 197.

mas en que el derecho ha sido establecido, puesto en práctica y entendido históricamente, y condicionadas tanto por las relaciones entre Estado y sociedad como por la conciencia y las actitudes ciudadanas respecto a la ley y el orden.<sup>202</sup> En rigor, nada de eso tiene significados universales sino que está circunscrito a la experiencia histórica propia.

En esta sección, nuestro examen empezará por la cultura jurídica de los abogados, luego veremos el caso de jueces, fiscales y funcionarios de las instituciones del sistema, y finalmente, nos detendremos en el lugar de reproducción de esa cultura, las facultades de derecho.

Interesan en primer lugar los abogados, a quienes en verdad debe tomárseles como principales reproductores, multiplicadores y amplificadores, activos y duraderos,<sup>203</sup> de aquello que llamamos cultura jurídica. Como observó Merryman,<sup>204</sup> el derecho para los abogados de nuestro sistema jurídico no es un instrumento destinado a resolver problemas concretos sino un conjunto de reglas e instituciones. Sus nociones acerca del derecho proceden de las normas legales formalmente aprobadas y de la construcción conceptual que los juristas han hecho a partir de ellas —denominada *doctrina*— y que no se sujeta a ser validada en confrontación con la realidad. Todo aquello que no es jurídico —esto es, las realidades políticas, sociales y económicas— queda fuera de atención desde esta forma de cultura jurídica que privilegia una certeza que, según su discurso, se deriva de las leyes mismas.

Ese enfoque utiliza un silogismo como método para aplicar las normas: la ley es la premisa mayor, el hecho concreto es la

<sup>202</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. 63.

<sup>203</sup> Douglas Hay, “Afterword. Law and Society in Comparative Perspective”, en Ricardo D. Salvatore (eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2002, p. 418.

<sup>204</sup> John H. Merryman, *op. cit.*, pp. 69, 78, 82.

premisa menor, y la conclusión es el juicio jurídico aplicable. Esta herramienta de trabajo ha sido trasladada por los abogados a su mirada respecto a la relación entre ley y realidad, en general; en la ley entonces no tiene que cuidarse su adecuación a la realidad porque ésta es la que debe calzar en las normas. Dado que “para el jurista típico, sancionar una norma tiene el mágico efecto de cambiar el mundo”,<sup>205</sup> es frecuente que los abogados razonen como si fuera la sociedad la que debe adaptarse a los términos fijados por las leyes que expide el Estado.<sup>206</sup> Este enfoque, claro está, contribuye a ahondar la brecha entre derecho y sociedad que corresponde a nuestra tradición.

Esta cultura jurídica, que tiene base en la tradición ibérico-francesa pero se ha desarrollado de una manera particular en América Latina, ha pervivido pese a la creciente influencia del derecho anglosajón en esta región. Si bien es cada vez más frecuente trasplantar normas e instituciones provenientes, sobre todo, de Estados Unidos, esa manera tradicional de ver el derecho se mantiene, probablemente debido a que la cultura jurídica no es fácilmente exportable, como sí lo son las leyes, el lenguaje universal de las matemáticas o las conclusiones derivables de experimentos científicos reproducibles en cualquier parte del mundo.<sup>207</sup>

En las prácticas de los abogados, a lo largo de su ejercicio profesional, las nociones de cultura jurídica más abstractas se mantienen como un telón de fondo que esporádicamente es utilizado como justificación de su quehacer. Pero las prácticas mismas —orientadas más por hacer que el cliente gane que por procurar justicia—<sup>208</sup> parecen estar guiadas por imperativos concretos que, dentro de la cultura jurídica, tienen el carácter de instituciones informales, esto es, que no tienen validez meramente circunstancial sino que constituyen conjuntos de reglas no escritas que al-

<sup>205</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, p. 43.

<sup>206</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 650.

<sup>207</sup> John V. Orth, “Exporting the Rule of Law”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 24, 1998, p. 82.

<sup>208</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, p. 108.

canzan vigencia social plena. En lo que se sigue se intenta asomar al lector a la interacción de nociones abstractas e instituciones informales.

En lo que se refiere al ámbito de la justicia, el abogado litigante es más bien un tramitador de procesos; esto es, el profesional activa, y luego prosigue ritualmente, una serie de mecanismos y pasos que mantienen en movimiento la petición en la que ha traducido legalmente el interés de su cliente. Muy pocos de esos pasos contienen elementos de sustancia —como son las pruebas y los argumentos de fondo sobre el tema en discusión—; la mayoría se limitan a efectuar gestos procesales, que son necesarios para seguir el rito del proceso pero que no tocan directamente el asunto de fondo. En el examen de procesos judiciales se verifica, a partir de la actuación de la mayoría de los abogados litigantes, que se concede más importancia al trámite que a la solución del litigio.<sup>209</sup>

A tal efecto, el abogado litigante utiliza los defectos y vicios del sistema de aquellas maneras que le resulten beneficiosas. Pese a que los abogados suelen quejarse del funcionamiento del sistema de justicia, al tiempo de que no han convertido sus críticas en apoyo a los procesos de reforma,<sup>210</sup> sus prácticas revelan que están bien adaptados al estado de cosas existente, sirviéndose de sus males para obtener el logro que les importa. Uno de esos males es el retardo en la procuración de justicia que, pese a no haber sido materia de suficientes mediciones confiables,<sup>211</sup> es objeto de una de las críticas más generalizadas en torno al funcionamiento de la justicia. La duración de un juicio es, en cierta medida, asunto de los abogados y no sólo del aparato judicial que es quien usualmente aparece responsabilizado en razón de la actuación ineficiente de los jueces y el resto de su personal. En un estudio sobre cobro de deudas en cuatro países de la región —Argentina,

<sup>209</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 541 y 555.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>211</sup> Linn Hambergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2007, p. 76.

Brasil, México, Ecuador y Perú— se comprobó que con frecuencia los atrasos del proceso se debían a la parte demandante o a su abogado.<sup>212</sup> El retraso es un instrumento manipulado por los abogados de las partes según el provecho que puedan obtener de él; desde los primeros trámites, especialmente en los casos no penales, los abogados dejan correr plazos y recurren a apelaciones inconducentes, como una forma de alargar el proceso, en beneficio propio —porque justifican así un mayor honorario— o de su cliente, al que han prometido, especialmente cuando es el demandado, una solución que, si no es favorable, por lo menos tarde en llegar. Incluso el abogado del demandante a menudo, por descuido o por recargo en su propio trabajo, deja que los plazos transcurran sin ejercer acción alguna, conducta que ciertamente no dejará ver ante su cliente pero que aparece de manera cristalina cuando se examinan expedientes judiciales.

Para demorar el proceso, o para obtener cualquier otro resultado que considere ventajoso, el abogado latinoamericano se vale de lo que se conoce como formalismo. Esta manera de ver y operar el derecho perteneciente a la familia romano-civil adquiere raíces conceptuales en la región en el siglo XIX, llegadas desde Europa para acompañar a los primeros códigos nacionales y los comentarios que los explicaban.<sup>213</sup> El formalismo tiene dos aspectos, ambos aún presentes en importante medida entre los abogados latinoamericanos de hoy. El primero también es conocido como legalismo y restringe el contenido del derecho a lo dispuesto en las normas legales: no hay otra fuente del derecho que la ley y en ésta importa sólo la literalidad de la disposición, lo que lleva el rechazo de cualquier interpretación que incorpore principios, criterios o valores, incluso aquellos que están presentes en el texto constitucional. Aquello que no está textualmente en la ley

<sup>212</sup> Linn Hambergren, “Usos de la investigación empírica para el reenfoque de las reformas judiciales: lecciones desde cinco países”, *América Latina Hoy*, vol. 39, 2005, p. 35.

<sup>213</sup> Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, p. 119.

no tiene efectos jurídicos. Aunque no siempre esta posición se expone de manera abierta, la práctica de los abogados la revela, en razón de que, como se ha señalado para el caso ecuatoriano, “la mayoría de abogados y jueces centran su análisis en la semántica de textos legales en lugar de un análisis conceptual”.<sup>214</sup>

El segundo aspecto consiste en el culto a la formalidad, esto es, la exigencia rigurosa del cumplimiento de requisitos y trámites, aunque la falta de alguno de ellos no haya tenido ningún efecto de significación respecto del asunto que se discute. La falta de una firma, la omisión de un documento de identidad, una incongruencia menor en las fechas que se citan, o cualquier otro detalle que no afecta el fondo del litigio suele ser usado como materia de impugnación, que si fuera rechazada por el juez a cargo, será objeto de apelación y de cuanto recurso pueda interponerse.

La reiteración de este tipo de comportamiento hace que en los procesos que la justicia conoce, por lo general, la atención a los asuntos formales sea mayor que la que se concede a los términos de discusión del problema mismo. Ante las numerosas discusiones de tipo formal —que según el procedimiento requieren recabar primero el parecer de la otra parte, luego la decisión del juzgador, en seguida las notificaciones a las partes y a menudo conducen a una apelación ante la instancia superior donde el ir y venir del trámite se repite— que se encuentran en los expedientes judiciales nuestros, resulta difícil argüir que el formalismo —tanto en lo referido al culto al texto de la ley como a lo atingente a la veneración de las formalidades— no es un concepto útil para describir la cultura jurídica latinoamericana, como se ha sostenido.<sup>215</sup>

Puede argumentarse que el formalismo en el litigio corresponde, en ciertos casos, a una estrategia consciente para evitar el

<sup>214</sup> Ecuador. *Legal and Judicial Sector Assessment*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>215</sup> Alexandra Hunneus *et. al.*, “Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America”, en Javier Couso *et al.* (eds.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, p. 3.

cambio o,<sup>216</sup> cuando menos retrasarlo. En Ecuador, al contestar una demanda es usual que los abogados presenten una serie larga de excepciones o cuestiones previas que incluyen la tacha de testigos que la otra parte presente o “llegare a presentar”, impugnándolos sin saber siquiera quiénes son. Asimismo, el abogado “impugna y redarguye de falsas, improcedentes, ilegales y mal actuadas las pruebas presentadas y que presentare” la otra parte y contradice “desde ya todo lo que vaya a manifestar” el contrario.<sup>217</sup> Aparte de la inutilidad efectiva de esta retórica que sólo logra recargar inútilmente los términos del litigio, anteponer excepciones e interponer nulidades —dos de los instrumentos preferidos por los litigantes formalistas— responde a una búsqueda de mantener el *status quo*, de conservar a como dé lugar la situación, expectativa que corresponde a aquel que se beneficia de tal estado de cosas.

Al tiempo que el abogado litigante dedica esfuerzos en el aparato de justicia a los trámites del proceso, utilizando la demora como instrumento de combate y valiéndose del formalismo como arma, fuera de la arena institucional echa mano a lo que se ha dado en llamar “capacidad relacional”.<sup>218</sup> Este importante elemento de la cultura jurídica profesional consiste en el uso de diferentes redes sociales para alcanzar todo aquello que pueda poner al servicio de sus objetivos. Lazos de parentesco, de escuela, colegio y universidad, de militancia o simpatía partidaria, de clubes privados, etcétera son capitalizados oportunamente por el abogado litigante para establecer contactos que tengan capacidad para ejercer influencia sobre actores decisivos en el desenlace del caso a su cargo. Este tipo de recurso, de cuyo uso sistemático obtienen mayor provecho los abogados mejor situados en la

<sup>216</sup> Keith S. Rosenn, “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *Florida International Law Journal*, vol. I, núm. 1, 1984, p. 25.

<sup>217</sup> Luis Pásara, *La producción judicial en Ecuador*, México, UNAM, 2011, p. 94.

<sup>218</sup> Luis Pásara, “Los abogados de Lima en la administración de justicia. Una aproximación preliminar”, en Luis Pásara, *Tres claves de la justicia en el Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 362.

estratificación profesional, moviliza el capital social propio para avanzar posiciones en términos de poder.<sup>219</sup> Cuando se da a estos mecanismos cierta capacidad de operación estable, los abogados con conocida capacidad de influencia en las instituciones del sistema de justicia llegan a manejar lo que se conoce como “tribus judiciales”,<sup>220</sup> tramas organizadas cuidadosamente que abarcan desde clientes fijos hasta integrantes de las cortes supremas respectivas, pasando por jueces, funcionarios auxiliares y jefes policiales. En ese punto, la llamada capacidad relacional se convierte con facilidad en tráfico de influencias o corrupción. Como se sabe, éstos son componentes del ejercicio profesional y del sistema de justicia nuestros.

No obstante que, con frecuencia, los intereses gremiales tienden a presentarse como demandas de interés general,<sup>221</sup> la actuación correspondiente a las asociaciones profesionales de abogados no ha sido, respecto al tipo de ejercicio profesional existente, un correctivo. En México se ha señalado que los colegios de abogados han operado más como clubes sociales, y en los peores casos, como grupos de presión política; en todo caso, no han jugado un papel significativo en el fortalecimiento del Estado de derecho.<sup>222</sup> De manera más específica, se ha observado que la Orden de Abogados de Brasil ha combatido la adopción del efecto vinculante —una reforma atingente a un posible mejor funcionamiento de la justicia— en defensa del mercado de trabajo de sus miembros: la restricción del efecto de la decisión judicial al caso para el cual fue dictada conduce a la instauración de muchos nuevos procesos en los que otros reclaman el derecho que los tribunales ya han

<sup>219</sup> Ives Dezelay y Bryant Garth, “Law, Lawyers and Social Capital: «Rule of Law» versus Relational Capitalism”, *Social & Legal Studies*, vol. 6, núm. 1, 1997, p. 132; Yves Dezelay y Bryant G. Garth, “Introduction. Lawyers, Law, and Society”, en Ives Dezelay y Bryant G. Gart (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2011, p. 3.

<sup>220</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 347-348.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 564.

<sup>222</sup> Héctor Fix-Fierro, “The Role of Lawyers in the Mexican Justice System”, *op. cit.*, pp. 263 y 264.

establecido, multiplicándose así la carga judicial al tiempo que el conjunto de los juicios resultan retardados<sup>223</sup> pero, claro está, esta sinrazón provee de trabajo a los abogados de los nuevos casos. En términos generales, los colegios y las asociaciones de abogados no sólo han dejado de apoyar la reforma de la justicia sino que los abogados se constituyen con frecuencia en los principales opositores a los cambios del sistema.<sup>224</sup>

Pese al desempeño que de hecho tienen los abogados, a ellos corresponden importantes funciones en cualquier sistema de justicia, especialmente cuando la ley exige que su intervención sea imprescindible, a través de lo que se denomina defensa cautiva. De los abogados dependen tanto el desarrollo como el mantenimiento de un sistema de justicia.<sup>225</sup> Como se ha dicho muchas veces, el abogado es el portero del acceso a la justicia:<sup>226</sup> los abogados pueden influir decisivamente en que un caso vaya o no a juicio. Los abogados traducen a términos legales el reclamo de su cliente y de que hagan adecuadamente o no esta tarea, dependen tanto el cliente particular como el sistema de justicia en conjunto. Al actuar como intermediarios entre el ciudadano y la justicia, hacen que ésta gane o pierda confianza pública. Asimismo, los abogados pueden contribuir, de distintas maneras, a mejorar la legislación.<sup>227</sup> Finalmente, hay que tener presente que ninguna revolución social o política logra desplazar a todos los abogados

<sup>223</sup> Rogério B. Arantes, “Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brasil”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndsills, Basingstoke, Hampshire, Palgrave MacMillan, 2005, p. 252.

<sup>224</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 (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies-University of London, 2001, p. 43.

<sup>225</sup> J. H. Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems*, Washington, Washington Book Co., 1928, p. 1127.

<sup>226</sup> Paul Súmar Gilt, *El cuerpo de la toga. Datos y apuntes para el estudio de abogados y abogacía*, Lima, Asesores Empresariales, 1997, p. 18.

<sup>227</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, pp. 264 y 265.

en funciones, en parte porque la función resulta necesaria y en parte debido a que es difícil remplazarlos.<sup>228</sup> Son profesionales cuya función se perpetúa.

Pero la realidad parece corresponder a un terreno lejano de lo que se espera del cumplimiento de sus deberes. Estudios realizados en varios países latinoamericanos sugieren que el papel del abogado defensor en procesos penales es más bien marginal y de baja calidad. La relación con el cliente, a partir del lenguaje utilizado en ella por el profesional, no mejora la comprensión que el ciudadano tenga acerca del funcionamiento de la justicia, ni siquiera para entender su propio caso; en esas condiciones, el cliente se halla a merced del abogado, que en muy pocos casos resulta obligado a rendir cuentas ante tribunales o instancias de control, que funcionan muy pobemente.<sup>229</sup> Todo ello redunda en un incremento de la desconfianza social respecto de las instituciones y los actores jurídicos.<sup>230</sup> Este cuadro no es típico sólo de América Latina: en Estados Unidos se ha denunciado que, en las últimas décadas, el conjunto de los abogados no han reforzado el ideal de legalidad de la sociedad, ni lo han mantenido como una preocupación profesional importante.<sup>231</sup>

Todo lo dicho conduce a sostener que, si fuera posible transformar la justicia en América Latina, la práctica profesional de los abogados tendría que ser uno de los temas de atención.<sup>232</sup> No obstante, el papel de los abogados en la administración de justicia no ha sido suficientemente expuesto ni, menos aún, debatido.<sup>233</sup>

<sup>228</sup> Douglas Hay, “Afterword. Law and Society in Comparative Perspective”, *op. cit.*, p. 417.

<sup>229</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, pp. 264, 266, 268; Luis Pásara, “Los abogados de Lima en la administración de justicia. Una aproximación preliminar”, *op. cit.*, pp. 308-322; Luis Pásara, *La producción judicial en Ecuador*, *cit.*, pp. 93-95.

<sup>230</sup> Robert M. Kossick, Jr. y Rubén Minutti Z., “Citizen Access and Professional Responsibility in the Mexican Justice System”, *op. cit.*, p. 299.

<sup>231</sup> Francis A. Allen, *The Habits of Legality. Criminal Justice and the Rule of Law*, Nueva York, Oxford Oxford University Press, 1996, p. 99.

<sup>232</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 539.

<sup>233</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 270.

Es pues, un asunto que, estando pendiente, constituye un requisito para el cambio de la justicia.

Los magistrados, en cambio, han sido sometidos a una exigente crítica pública. Corresponde ahora examinar en jueces y fiscales el componente de la cultura jurídica. Sin embargo, a fin de entender cómo opera la cultura jurídica de la que ellos son portadores, es necesario acercarse un poco más a su personaje y trazar, en términos gruesos, un perfil.

Ciertamente, los jueces y fiscales no son cortados por las mismas tijeras en todas partes. Los magistrados pertenecientes a nuestra tradición generalmente no han trabajado como abogados antes de entrar a la carrera —como sí ocurre con el juez de la tradición anglosajona— y tienden a vincularse profesional y socialmente con otros jueces,<sup>234</sup> con lo cual mantienen una visión restringida de la realidad —incluso de la realidad profesional. Una encuesta aplicada en Colombia reveló que dos de cada cinco jueces y magistrados (41.72%) no habían tenido nunca un empleo fuera de la rama judicial.<sup>235</sup> Este rasgo contrasta marcadamente con el caso de los magistrados en el sistema anglosajón, que normalmente acceden a un puesto judicial luego de un desempeño profesional prolongado en otras áreas, tanto públicas como privadas. Los nuestros tienden a ver la realidad y el derecho sólo desde el punto de vista del magistrado, que es el único que ellos han tenido oportunidad de conocer desde adentro.

Un observador de la política latinoamericana anotó en los años setenta que los candidatos a la judicatura usualmente eran seleccionados por razones distintas a sus méritos o destrezas.<sup>236</sup> En ese momento, probablemente eran razones políticas las decisivas. No es tan claro que lo sean ahora, cuando en la región han

<sup>234</sup> John Henry Merryman, *op. cit.*, p. 103.

<sup>235</sup> Juan Manuel Dímez Arias, “Perfil del juez de la jurisdicción ordinaria”, en Mauricio García Villegas (ed.), *Los abogados en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010, p.187.

<sup>236</sup> Arpad Von Lazar, *Latin American Politics. A Primer*, Boston, Allyn and Bacon, 1971, p. 41.

sido introducido concursos de méritos —que en diversos casos funcionan de manera relativamente transparente— y no se puede seguir sosteniendo, como tesis general, que los jueces deben su puesto a alguien. Sin embargo, en una encuesta aplicada a 303 jueces centroamericanos, a comienzos de la década de 2000, los entrevistados indicaron mayoritariamente que la amistad con miembros de la corte suprema, con legisladores o funcionarios del gobierno, el prestigio familiar o la pertenencia a un partido político gravitan en los procesos de selección. Asimismo, cuando se pidió que señalasen el principal obstáculo para que los jueces actúen de manera independiente, la inestabilidad en el cargo fue la opción señalada, entre jueces de tribunales inferiores de la rama penal, por 34.5% de los entrevistados en Nicaragua, 31.4% en Honduras y 30.4% en Guatemala. Finalmente, al indagar si los procesos disciplinarios funcionan como un mecanismo político para remover o sancionar a jueces que no están de acuerdo con el gobierno o con la corte suprema, se obtuvo 46.5% de respuestas afirmativas en Honduras, 44.7% en El Salvador, 42.2% en Nicaragua, 42.2%, 30.4% en Guatemala 30.4% e incluso 25.4% en Costa Rica.<sup>237</sup>

En cualquier caso, sigue siendo verdad que, a diferencia de lo que ocurre en la tradición anglo-sajona, los cargos judiciales no constituyen entre nosotros una ocupación apetecida por los mejores estudiantes de derecho ni están ocupados por los profesionales más brillantes. Al parecer, fue así casi siempre: en América Latina los jueces obtuvieron menos reconocimiento profesional que sus homólogos en otras partes del mundo. Quizá esto era menos evidente cuando los jueces eran reclutados de entre las clases altas; lo es menos ahora, que vienen de diversos sectores sociales,<sup>238</sup> y pese a que el estatus social de juez no se halla entre

<sup>237</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, pp. 64, 78 y 79.

<sup>238</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. 15.

los más altos, para muchos puede convertirse en un canal de ascenso importante.

Merryman propuso<sup>239</sup> una explicación para el personaje que examinamos, a partir de la tarea que realiza. Relegado, más por la cultura jurídica que por la ley, a un papel relativamente menor en los procesos a su cargo, su trabajo tiene mucho de rutinario; no es el lugar para abogados creativos o aquellos interesados en la formulación de políticas. El juez latinoamericano está convencido de que su papel consiste en aplicar las reglas creadas por otros. Como consecuencia, la carrera judicial es atractiva para quienes buscan seguridad, incluidos aquellos que carecen de ambición; esto es, para quienes temen no ser exitosos en el ejercicio de la profesión o llegar a destacar como profesores universitarios. Gentes de segunda fila, dice nuestro autor, que arriban a la clase media, proviniendo de orígenes humildes, mediante la carrera judicial.

Los rasgos incluidos en ese perfil pueden explicar algunos resultados que se tienen a la vista. El primero, la mediocridad profesional de los jueces, permite entender la pobre calidad de las sentencias que, como en el caso de Perú, “se limitan a la reproducción del texto de la ley o a repetir los fundamentos expuestos en la resolución apelada o recurrida”;<sup>240</sup> esto es lo que prevalece en muchos países de América Latina<sup>241</sup> y ha sido reconocido en el caso de México por un informe de la Suprema Corte: “Las sentencias son deficientes, respecto de su estructura, sintaxis y argumentación”.<sup>242</sup> El segundo rasgo, el bajo origen social y las expectativas de ascenso a través de la carrera judicial, acaso ex-

<sup>239</sup> John Henry Merryman, *op. cit.*, pp. 108 y 109.

<sup>240</sup> Manuel Sánchez Palacios (coord.), “Formación y capacitación de magistrados”, *Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú*, Lima, Ministerio de Justicia, 1994, pp. 48 y 49.

<sup>241</sup> Luis Pásara, *Las decisiones judiciales en Guatemala*, Ciudad de Guatemala Minugua, 2000; Luis Pásara, *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, UNAM, 2006; Luis Pásara, *La producción judicial en Ecuador*, cit.

<sup>242</sup> *Libro blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, pp. 403 y 404.

plique por qué los jueces latinoamericanos no se atreven a confrontar a los abogados,<sup>243</sup> cuando éstos cometan abusos o transgreden normas en el ejercicio profesional, y sancionarlos según las facultades que la ley les otorga para ello.

La pintura puede no ser exacta hoy ni abarcar todas las situaciones nacionales. Pero cubre a una buena porción de los jueces y fiscales latinoamericanos, y por eso nos habilita para, sobre esa base, perfilar la cultura jurídica que habita en el personaje. Una cultura jurídica asentada en una formación —incluyendo la educación en materia jurídica—<sup>244</sup> usualmente limitada, cuando no débil. Para el caso de México se ha indicado que, en comparación con la preparación alcanzada por los jueces en los países del *Common Law*, los jueces de ese país usualmente fueron estudiantes mediocres, provenientes de sectores sociales bajos pero con vocación de ascenso social.<sup>245</sup> En Colombia, país cuya judicatura se halla entre las más prestigiadas de la región, una investigación encontró que, entre 944 jueces y magistrados encuestados, sólo 39 habían publicado cuando menos un libro.<sup>246</sup>

La cultura jurídica del juez latinoamericano promedio no es muy distinta de la del abogado, cuyos rasgos ya han sido examinados. Sin embargo, algunos acentos y matices pueden ser añadidos desde la perspectiva del papel que le corresponde como juzgador. Si en la cultura del abogado se destaca cierta inhabilidad para percibir los conflictos como expresión de una temática social, y no sólo como contiendas en casos particulares, en el juez esa in-

<sup>243</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2007, p. 83.

<sup>244</sup> Ibrahim Shihata, “La experiencia del Banco Mundial”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, pp. 407-426.

<sup>245</sup> Michael C. Taylor, “Why No Rule of Law in Mexico? Explaining the Weakness of Mexico’s Judicial Branch”, *New Mexico Law Review*, vol. 27, núm. 1, invierno de 1997, p. 165.

<sup>246</sup> Juan Manuel Dímez Arias, “Perfil del juez de la jurisdicción ordinaria”, en Mauricio García Villegas (ed.), *Los abogados en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010, p. 199.

habilidad lo lleva a confundir el conflicto con el proceso judicial. Al reducir el conflicto entre las partes a su versión procedimental, que el expediente judicial condensa, el juez alcanza una percepción muy reducida de las raíces del conflicto real, equipara la sentencia con la que pone fin al proceso a la conclusión del conflicto y desatiende aquello que puede ocurrir —y lo que ocurre— luego de que él adopte su decisión.<sup>247</sup> Complementariamente, la cultura jurídica del juez lo hace sentirse liberado de responsabilidad respecto a las consecuencias de su decisión; es decir, alienta en él la irresponsabilidad respecto de los actos a su cargo sobre la creencia de que él sólo es un aplicador de la ley que otros hacen, para afirmar la cual, en esta cultura jurídica, se pone de lado sistemáticamente la capacidad discrecional que el juzgador efectivamente tiene.<sup>248</sup>

Si bien el juez y el fiscal son individualmente portadores —probablemente a partir de su educación universitaria— de esos elementos de cultura jurídica, hay otros que proceden directamente del ambiente institucional y que pesan en ellos de manera decisiva. Son elementos que integran la cultura organizacional,<sup>249</sup> un concepto en el que interesa detenerse antes de examinar su significación en las instituciones del sistema de justicia.

Existe una cultura en toda organización como respuesta a las necesidades de sus integrantes de alcanzar estabilidad, mantener congruencia y atribuir sentido a su actuación. Esta cultura combate la falta de certeza mediante la orientación de los actores para confeccionar rutinas que los habilitan a responder cotidianamente con medios previsibles a cualquier tipo de situación. Las instituciones son portadoras y transmisoras de una manera de ver

<sup>247</sup> Volkmar Gessner, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1986, p. 8.

<sup>248</sup> John Bell, “The Judge as Bureaucrat”, en J. Eklaar y J. Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 54; Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, cit., pp. 16 y 17.

<sup>249</sup> Catherine Weaver, *Hypocrisy Trap. The World Bank and the Poverty of Reform*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008, pp. 36 y 37.

el mundo, esto es, moldean las mentalidades de los actores que funcionan en ellas.<sup>250</sup> En consecuencia, la ideología institucional hace de la institución, en la que los jueces son socializados, una estructura cognitiva.<sup>251</sup>

Esa estructura de conocimiento se halla dotada de reglas formalizadas pero también de normas no escritas, de procedimientos estándar y de entendimientos compartidos, acerca de “cómo se hacen las cosas”, que cuentan con mecanismos de sanción para las conductas de incumplimiento. Lo más importante, sin embargo, reside en el proceso de interiorización de tales contenidos que los actores realizan; al hacer suyos los contenidos de la cultura de la organización, los actores están en capacidad de interpretar el medio, seleccionar y procesar la información, y tomar decisiones, manteniendo una visión relativamente consistente del mundo y del papel que corresponde a su institución en él. Las rutinas adoptadas, como resultado del proceso de internalización, integran una ideología, ciertos valores, una serie de normas y determinado lenguaje, que se traducen en las prácticas regulares de la organización. A cambio, reducen la incertidumbre y la siguiente ansiedad en sus integrantes. En la cultura organizacional se encuentra la fuente de resistencia más importante a cambios o reformas institucionales. En la medida en que las rutinas se enraízan, instalan y “normalizan”, como conductas habituales y esperables, sus reglas quedan fuera de debate o de cuestionamientos. Cuando una organización envejece, su cultura se esclerotiza, los miembros de la organización practican las rutinas con devoción y quienes busquen un cambio tendrán menor capacidad de acción para alterar el modo en que la organización realiza sus tareas.

<sup>250</sup> Lisa Hilbink, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.

<sup>251</sup> Rogers Smith, “Political Jurisprudence, the «New Institutionalism» and the Future of Public Law”, *American Political Science Review* 82:1, marzo de 1988, p. 91, citado por Lisa Hilbink, *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, p. 100.

Una encuesta aplicada a 570 jueces en Brasil, que incluyó a uno de cada cinco jueces en cinco estados del país y se aplicó en los años noventa, concluyó en que “los valores y normas del propio Poder Judicial constituyen el punto de referencia más fuerte de los jueces”,<sup>252</sup> lo que subraya que los jueces son educados principalmente por sus instituciones. ¿Cuáles son los rasgos de la cultura organizacional en los sistemas de justicia latinoamericanos que afectan el producto que generan?

El carácter burocrático, conservador, vertical y reacio al cambio, de la institución judicial, ha sido señalado por diversos autores.<sup>253</sup> La estructura refleja la cultura.<sup>254</sup> Sus personajes son burócratas de carrera, que tienden a mantener reclutamientos de carácter endogámico e integran una estructura altamente jerarquizada, en la que cada tribunal funciona de manera propia y los jueces ejercen un control determinante en sus ámbitos, con un estilo más bien feudal. A la par van el rechazo al seguimiento y la evaluación, en el sentido aceptado actualmente en otras organizaciones, fundamentalmente debido a que la organización existente es considerada como si fuera “el único modo de organización posible”.<sup>255</sup>

Las rutinas propias de esta organización son adquiridas a partir del momento en que se ingresa a ella y quien lo hace las ad-

<sup>252</sup> María Tereza Sadek, “La crisis del Poder Judicial vista por los jueces”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 404.

<sup>253</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 109; William Davis, “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, cit., Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 192; Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 80 y 81, 159.

<sup>254</sup> William Davis, “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *op. cit.*, pp. 192-195.

<sup>255</sup> María Inés Horvitz, “Independencia de los jueces y estructura judicial”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, 2007, p. 128.

quiere de buena gana porque sabe que de esa adopción depende su futuro en la institución. Como ocurre en toda otra organización, la ideología propia de las instituciones de la justicia produce determinada percepción de los problemas y una definición de lo que al sistema judicial corresponde hacer al darles tratamiento. En ese tratamiento resalta el manejo de los conflictos uno por uno, en tanto casos individuales, sin que se utilice, sino muy ocasionalmente, alguno de los canales previstos en la ley —los informes anuales de los presidentes de cortes y la iniciativa de ley, por ejemplo— para plantear la problemática social que el sistema de justicia conoce mediante su actuación y respecto de la cual podría realizar algún aporte<sup>256</sup> en términos propositivos.

La reducción al caso individual y la consiguiente inacción respecto de la problemática social corresponden, en los aparatos de justicia, a un problema mayor: la cultura jurídica institucional relega la realidad a un lugar muy secundario. No sólo la realidad social, de cuyos problemas el sistema se ocupa cotidianamente, es objeto de esa postergación. La propia realidad del aparato de justicia no parece generar mayor interés entre sus operadores, como demuestra el hecho de que de ordinario se carezca de diagnósticos que sistemáticamente den cuenta de cómo funciona y cuáles son sus problemas. Cuando se encarga algún informe que presenta algún aspecto de esa realidad interna —generalmente como resultado de alguna inducción externa—, luego no hay personal idóneo en el sistema que sepa qué puede hacerse con los resultados.<sup>257</sup>

Un aspecto específico de esa desatención de la realidad interna es el referido al manejo estadístico. Pese a los esfuerzos desarrollados en los últimos años, las cifras estadísticas no son confiables en diversos países de la región. Entre los diversos asuntos afectados se hallan las cifras referidas a los casos procesados por el sistema,

<sup>256</sup> Volkmar Gessner, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1986, pp. 3 y 4.

<sup>257</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 274.

que con frecuencia están infladas. En varios países, el personal de los juzgados —debido a la falta de tiempo o a razones premeditadas—, no descarga de los juzgados aquellos casos que han sido abandonados y que, según la ley, se deben declarar como tales y enviados al archivo.<sup>258</sup> Para comprender el fenómeno es preciso tener en cuenta, de una parte, que presentar una demanda es un acto que no siempre busca una decisión judicial. Presionar al deudor o cobrar a la aseguradora pueden ser objetivos que requieren pasar por una demanda judicial. Las razones para presentar una demanda, o una denuncia, son muy diversas y, probablemente, una parte significativa de ellas no persiguen, en rigor, llegar a un desenlace judicial a través de una sentencia. De otra parte, un demandante puede darse cuenta, una vez planteada su demanda, que seguir adelante le resulta demasiado caro o puede ser inútil. Además, las partes pueden llegar a un acuerdo y no comunicarlo al juzgado. Por consiguiente, cuando se identifica el número de causas ingresadas como aquél con el que debe lidiar el sistema, se falsea la realidad porque no se busca que el sistema haga frente a una buena parte de ellas y, de hecho, a través del abandono, el desistimiento o el archivo, el sistema no tendrá mucho que ver con muchas de ellas. Aunque cada cierto número de años se efectúen “inventarios” que depuren los casos que no están activos, en un momento dado, cuando se trata de averiguar los casos que tiene un juzgado, el número aparece hinchado por centenares o miles de casos que se hallan en abandono y respecto a los cuales el juez no tiene ninguna tarea, salvo la tarea omitida de declarar el abandono.

Hay algunas prácticas que agravan el falseamiento. Perú ha adoptado el uso de que, cuando un caso es objeto de apelación y pasa a ser conocido por la instancia superior correspondiente, y también cuando regresa de la apelación a la instancia que está a cargo de él, es contabilizado por el sistema estadístico como un

<sup>258</sup> Linn Hambergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, cit., pp. 73 y 74.

ingreso; de modo que el mismo caso aparece contado —como si se tratara de casos distintos— varias veces; tantas como cambios de instancia haya tenido el proceso. El resultado es que el número de casos que el sistema conoce se multiplica, sin que pueda saberse, en realidad, cuántos casos realmente tiene a cargo el sistema. Con un resultado similar, en Ecuador se ingresa al sistema asuntos de mero trámite, respecto a los cuales el juez no tiene que tomar una decisión sino apenas suscribir una resolución equivalente a la administrativa. Así, diligencias preparatorias, permisos de viaje firmados por ambos padres, consignaciones voluntarias y otros asuntos respecto a los cuales no hay en realidad un litigio, aparecen registrados como ingresos de causas.<sup>259</sup>

La impostura estadística que infla el número de causas ingresadas o en trámite no parece ser resultado de un error sino fruto de una política encaminada a obtener un doble beneficio: disimular los bajos niveles de productividad del sistema y reclamar la asignación de mayores recursos. A tales efectos, como carecer de un sistema estadístico ha dejado de ser aceptable, se infla artificialmente los ingresos, de modo de evitar que se conozca la cifra de casos que efectivamente están a cargo de un juzgado —o del sistema en conjunto—, a la espera de la acción y decisión de su personal. Se persigue de este modo que el número de casos aparezca lo mayor posible. El dato falseado será la excusa para, en su momento, explicar la dilación, y desde luego, solicitar más recursos. El pedido de más recursos, que los presidentes de cortes supremas repiten en ciertas ceremonias solemnes, en parte se basa en este tipo de falseamiento estadístico que impide conocer cuál es el volumen real de una carga de trabajo que, siendo en muchos casos grande, se exagera en todos premeditadamente.

La postergación o el ocultamiento de la realidad se dan la mano con el legalismo y el formalismo presentes en las instituciones judiciales latinoamericanas. Los jueces nuestros piensan “que las leyes y los reglamentos son la base y única fuente para

<sup>259</sup> Luis Pásara, *La producción judicial en Ecuador*, cit., 2011, p. 30.

resolver”,<sup>260</sup> premisa desde la cual cualquier responsabilidad respecto de las decisiones que los jueces produzcan será remitida por éstos al legislador.<sup>261</sup> Tal como es practicado, este legalismo tiene la peculiaridad de preferir la norma de procedimiento sobre cualquier otra consideración, tanto legal, constitucional o de valores. Esa versión del legalismo conduce al formalismo. Durante décadas, en algunas cortes supremas latinoamericanas, los jueces ordenaban a algún miembro del personal auxiliar que, al ingresar un expediente a la corte, lo primero que debían buscar en él era alguna causal de nulidad, que pudiera dar motivo a cancelar buena parte de lo hecho en el caso y reenviarlo al punto en el cual se produjo el error que invalidaba de esta forma el proceso. Esto significaba, en términos prácticos, que tales cortes supremas anulaban lo avanzado y evitaban pronunciarse sobre el problema que les había sido sometido: se optaba por dejar de administrar justicia amparándose en el respeto a alguna formalidad. Éste es un ejemplo notorio acerca de cómo en el aparato de justicia se han venido practicando legalismo y formalismo de una manera que intenta, en algunos casos, dejar la vida real fuera de su versión judicial,<sup>262</sup> prefiriéndose la “verdad del expediente” a la de los hechos.

La paradoja de ese formalismo apegado al texto de la ley, especialmente la de carácter procesal, consiste en que, debido a diversas razones, los aparatos de justicia nuestros producen diariamente ilegalidades —por ejemplo, al incumplir de manera rutinaria los términos fijados por la ley para realizar determinados actos o fases del proceso— sin que los jueces y funcionarios consideren este comportamiento como algo impropio.<sup>263</sup> Esta práctica aceptada, junto a la vigencia del formalismo, corresponde al

<sup>260</sup> Felipe Fucito, *¿Podrá cambiar la justicia en la Argentina?*, cit., p. 150.

<sup>261</sup> Manuel Sánchez Palacios, *op. cit.*, p. 49.

<sup>262</sup> Juan E. Méndez, “Institutional Reform, Including Access to Justice: Introduction”, *op. cit.*, p. 222.

<sup>263</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 621, 622 y 634.

universo de ficciones en el que vive la administración de justicia latinoamericana. Sólo un ejemplo ilustrativo: según el procedimiento civil vigente en la mayor parte de la región, cuando el demandante dice no conocer la dirección actual de un demandado, se hace conocer la demanda mediante la publicación en un diario local de un aviso judicial que sólo algunos abogados leen. Miles de personas, en cada uno de nuestros países, son condenadas anualmente a pagar cierta suma sin saberlo, o son divorciadas mediante sentencias de las que tienen la primera noticia cuando se les notifica la decisión judicial, o son condenadas al desalojo del inmueble que han venido ocupando, sin que tuvieran oportunidad de defenderse. La notificación a través de un aviso judicial es una ficción que, convertida en maña del ejercicio profesional, produce injusticias de manera sistemática. Los jueces, educados por la organización en cierta insensibilidad frente a este tipo de resultados, parecen no saberlo y no han planteado remedio al asunto. “Lo dispone la ley” es para ellos una razón suficiente para justificar el funcionamiento de esta irregularidad de fondo.

En un ámbito mayor, los aparatos de justicia latinoamericanos no han dudado en hacer una excepción al principio de legalidad para reconocer —siempre y en todo país, con la sola excepción de la Corte de constitucionalidad guatemalteca en 1993, cuando confrontó el golpe de Estado del presidente Jorge Serrano— a los gobiernos de facto erigidos a partir de un golpe militar o civil, que representan en la vida pública la mayor expresión de ruptura del orden jurídico.<sup>264</sup> Esto demuestra que los jueces nuestros ignoran la realidad o se apartan de la ley, según conveniencias circunstanciales. Acaso lo hagan en razón de un conservadurismo —que los hace inclinarse en la dirección indicada por este factor— que refleja los intereses establecidos de determinados grupos.<sup>265</sup>

<sup>264</sup> Carlos Nino, *op. cit.*, p. 61.

<sup>265</sup> Herbert Jacob, “Introduction”, en Herbert Jacob *et al.* *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, *cit.*, p. 8.

La prescindencia de la realidad se reviste de cierta impermeabilidad. En los años setenta, un observador de la política latinoamericana anotó que, en la medida en que la región cambiaba y surgían nuevos problemas legales, el viejo sistema de justicia se volvía menos relevante debido a que carecía de una capacidad de innovación.<sup>266</sup> Es la cultura jurídica, que da contenido a la tradición institucional, la que inhibe la capacidad para adaptarse a circunstancias nuevas o cambiantes e incluso impide reconocer la necesidad de hacerlo.<sup>267</sup> En los años noventa, en la encuesta a jueces brasileños ya citada, la mayoría de los jueces entrevistados sostuvo que los problemas enfrentados por el Poder Judicial se originan más por falta de recursos materiales o por cuestiones relacionadas con la legislación, que por deficiencias internas de la institución, mientras sólo 15.8% del total estuvieron totalmente de acuerdo en que existía una crisis del Poder Judicial.<sup>268</sup>

¿Cómo enfrentan los jueces, en general, la fuerte reprobación y los insistentes reclamos que vienen desde la sociedad? Ante una demanda social crecientemente crítica sobre la justicia, la propuesta en la institución judicial consiste en mejorar su rendimiento mediante la resolución de más casos.<sup>269</sup> Es decir, más de lo mismo. A los jueces, esta visión estrecha acerca de qué es lo que se demanda de ellos, los lleva a plantear la necesidad de mayores presupuestos, incremento de personal y más instalaciones.<sup>270</sup> Sin una lectura compleja acerca de la demanda social existente, los jueces latinoamericanos piensan que el problema principal de la

<sup>266</sup> Arpad Von Lazar, *Latin American Politics. A Primer*, Boston, Allyn and Bacon, 1971, p. 43.

<sup>267</sup> Linn A. Hamnergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Boulder Westview Press, 1998, p. 16.

<sup>268</sup> María Tereza Sadek, “La crisis del Poder Judicial vista por los jueces”, *op. cit.*, p. 393.

<sup>269</sup> María Dakolias, *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*, Washington, World Bank Technical Paper, núm. 430, 1999, p. 52.

<sup>270</sup> Linn Hamnergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 69.

justicia consiste en la congestión, que podría ser resuelto si se les asignara más recursos. Los límites de comprensión impuestos por la cultura jurídica institucional les impiden entender que el reclamo no consiste en pedir más sentencias sino una justicia distinta.

Esa cultura interna no sólo determina los límites del cambio sino que moldea el curso adoptado por los intentos de reforma del sistema de justicia. La importancia de la cultura organizacional ha sido detectada con ocasión de los procesos de reforma judicial, en los que se ha observado, primero, que son los valores y la cultura de los individuos integrantes del sistema los factores que constituyen la diferencia,<sup>271</sup> y segundo, que los límites de las reformas puestas en marcha resultan determinados por la capacidad y los intereses de las culturas jurídicas internas.<sup>272</sup> Por eso mismo, se ha propuesto tanto que las estrategias de reforma reconozcan la necesidad de producir cambios culturales en los actores<sup>273</sup> como que la capacitación de jueces se diseñe con el propósito explícito de cambiar sus actitudes,<sup>274</sup> un aspecto integrante de la cultura institucional. La duda subsistente consiste en saber si esto último es factible.

En relación con la viabilidad de las reformas, la experiencia acumulada sugiere que, de una parte, aquellas reformas que no afectan la sustancia de la cultura jurídica institucional y, en consecuencia, no generan resistencias mayores —como actividades de capacitación, mejoras en la comunicación, uso de computa-

<sup>271</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. 33.

<sup>272</sup> Erik G. Jensen, “The Rule of Law and Judicial Reform: The Political Economy of Diverse Institutional Patterns and Reformers’ Responses”, en Thomas C. Heller y Erik G. Jensen (eds.), *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford, Stanford University Press, 2003, p. 353.

<sup>273</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. 29.

<sup>274</sup> Margaret Popkin, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, *op. cit.*, p. 133.

doras y otros cambios administrativos— pueden ser llevadas a término sin mayores obstáculos.<sup>275</sup> De hecho, la encuesta hecha en Brasil en los años noventa detectó que prácticamente todos los jueces apoyaban la informatización de los servicios judiciales y la reducción de las formalidades procesales.<sup>276</sup> De otra parte, en la medida en que los cambios que se intente introducir contradigan elementos importantes de esa cultura, la reforma enfrentará serias dificultades que pueden desembocar en la hipocresía institucional cuando los objetivos de la reforma y los cambios propuestos son adoptados formalmente, en señal de aceptación de las expectativas que presionan desde fuera, pero no se produce un serio esfuerzo interno para que los cambios se conviertan en realidad. Esto es lo que ha ocurrido en los aparatos de justicia latinoamericanos en relación con cierto número de proyectos de reforma que han fracasado.<sup>277</sup> De allí que sea posible sostener que el principal objetivo de un proceso de reforma de la justicia sea el cambio de la cultura jurídica institucional.<sup>278</sup> Mientras las reformas se focalicen en problemas que son tan reales como importantes —tales como la mora, la delegación de funciones, la calidad deficiente en las sentencias e incluso la corrupción o la baja calidad profesional del personal— pero no alcancen el terreno de la cultura que está en la base de ellos, probablemente estén condenadas a seguir experimentando reveses.

El lugar donde se transmite, de generación en generación, la manera de ver al derecho es el propio de la enseñanza: las facultades de derecho. En la mayoría de éstas prevalece, en América

<sup>275</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 (eds.), *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. 278.

<sup>276</sup> María Tereza Sadek, “La crisis del Poder Judicial vista por los jueces”, *op. cit.*, p. 395.

<sup>277</sup> Catherine Weaver, *Hypocrisy Trap. The World Bank and the Poverty of Reform*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008, pp. 7, 141.

<sup>278</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 785.

Latina, la transmisión de contenidos centrados en los textos legales y en lo que se ha escrito en torno a ellos con prescindencia del funcionamiento efectivo del orden normativo, es decir, la doctrina. Desde este enfoque, el incumplimiento de las leyes —incluso cuando es generalizado o permanente— no es considerado como un elemento que ponga en cuestión la existencia misma de la ley,<sup>279</sup> o cuando menos, su valor dentro del conjunto normativo. En términos más generales, la prescindencia del estudio del funcionamiento de las normas escritas en leyes y códigos conduce a una visión circunscrita del derecho, que algunos erróneamente llaman teórica. No hay teoría en ello; más bien estamos ante la ausencia de la realidad.

El cuerpo conceptual propio de este acercamiento al derecho es la doctrina. Que es una construcción de nociones, definiciones y estructuras de ideas generadas en torno al contenido de las leyes, que se mantiene cuidadosamente aislada de toda posible fuente de contaminación cultural y se usa como una suerte de mapa orientador, en el complejo territorio de la legislación,<sup>280</sup> para centrar el foco de atención de la interpretación en aquellas normas a las que se otorga el valor de ejes articuladores del sistema. Con el aporte acumulado de los autores “doctrinarios” se constituye el *corpus* pretendidamente científico del derecho, que es objeto de enseñanza en las facultades de derecho. Bajo la influencia del pensamiento positivista, la doctrina se presenta usualmente como ideológicamente neutral, sobre la base de su restricción al estudio de fenómenos exclusivamente legales.<sup>281</sup> Al renunciar a referirse al funcionamiento del derecho y a valores o teorías concernientes a la justicia, su tarea se concentra en el estudio de conceptos correspondientes al orden legal. Esas nociones no son vistas como simples instrumentos convencionales

<sup>279</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 320.

<sup>280</sup> Diego Eduardo López Molina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, p. 290.

<sup>281</sup> John H. Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, *cit.*, p. 65.

para analizar la ley; son consideradas como verdades<sup>282</sup> que la enseñanza debe transmitir.

Las definiciones de conceptos, diferencias y distinciones formuladas a partir de los textos legales, que integran la doctrina, usualmente no son sometidas entre nosotros a la prueba de ser contrastadas con la realidad,<sup>283</sup> excepto en aquellos pocos centros de enseñanza del derecho en los que se ha adoptado el método de enseñanza estadounidense. Lo que la enseñanza latinoamericana predominante hace, incluso en facultades prestigiosas, es enseñar al alumno el contenido de las normas escritas y su ubicación en un cuadro de referencia conceptual. En los casilleros legales que el futuro abogado aprende a distinguir, en algún momento colocará los hechos que conozca en el ejercicio profesional, a fin de producir un resultado favorable a su cliente. O, cuando menos, eso es aquello a lo que esta enseñanza parece dirigirse.

El autor de este libro estudió derecho en una época en la que los profesores hacían gala de ceñirse a la enseñanza de la ley. En algunas ocasiones la pregunta de un alumno, referida al derecho en la práctica, era tajantemente desechada por el maestro: “Lo que se enseña en la facultad es la ley. En la práctica ustedes aprenderán cómo funciona”. Ley y realidad se mantenían así separadas, como se aprendió a hacer en los tiempos coloniales. En términos concretos, este divorcio aconsejaba, a todo aquél que quería llegar a ser un buen abogado, realizar “la práctica” en un estudio o bufete de abogados, donde llegaría a conocer cómo operaba el sistema.

En la década de los años ochenta, los observadores extranjeros se sorprendían por la existencia de esta forma de tratar el derecho en nuestras universidades. En Brasil, un investigador estadounidense notó que el estudio del derecho no había dedicado esfuerzos a examinar cómo funcionan las reglas en la práctica.<sup>284</sup>

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>284</sup> Keith S. Rosenn, “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *Florida International Law Journal*, vol. I, núm. 1, 1984, p. 23.

En México, un estudiante alemán subrayó la ausencia de trabajos acerca del efecto de las regulaciones jurídicas.<sup>285</sup> Los profesores de derecho latinoamericanos consideraban normal que una cosa fuera el derecho (en realidad, la ley) y otra, distinta, su práctica. Esta última no era parte de su visión del derecho, circunscrita, como estaba —y para muchos, sigue estando— a los textos legales.

Los profesores que tenían como ocupación principal la práctica profesional —que en esa época eran la mayoría, si no todos— padecían lo que un autor consideró una suerte de esquizofrenia profesional:<sup>286</sup> como abogados practicantes, miraban al derecho de modo pragmático, en búsqueda de resultados favorables a los intereses de su cliente, sirviéndose de los instrumentos legales —y, en ocasiones diversas, de los no legales— que le fueran útiles. Como profesores, enseñaban y escribían acerca de ese mismo instrumento llamado derecho en un estilo abstracto, manteniendo las reglas de pretensión científica que habían visto desarrollar a otros enseñantes. En el profesor —como en el alumno en cuanto ingresara a una práctica profesional— se corporizó la brecha entre derecho y realidad, como divorcio<sup>287</sup> entre lo que se hace con el derecho y lo que se dice —y acaso también se piensa— acerca de él. La cultura jurídica mantiene así y reproduce, entre los docentes, la vieja separación entre orden jurídico y sociedad, gestada en la colonia.

Mientras en la práctica se utiliza el derecho para aquello que sirve, esto es, resolver problemas o ganar en los conflictos, la enseñanza ha presentado una visión del derecho como un conjunto abstracto, sistemático y armónico de reglas e instituciones.<sup>288</sup> Esta visión correspondía a la consideración del derecho como

<sup>285</sup> Volkmar Gessner, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1986, p. 3.

<sup>286</sup> John H. Merryman, *op. cit.*, p. 108.

<sup>287</sup> Keith S. Rosenn, “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *op. cit.*, p. 24.

<sup>288</sup> John H. Merryman, *op. cit.*, 1985, p. 69.

una ciencia y a la definición de la tarea del especialista en ella como el análisis y la elaboración de los principios que provienen de un estudio cuidadoso de la legislación; vista tal ciencia como una estructura, conformada por componentes puramente legales, dotada de un conjunto de verdades fundamentales que se hallan relacionadas entre sí por una lógica deductiva rigurosa.<sup>289</sup>

A la omisión, ya anotada, del funcionamiento de tales normas, hay que agregar una segunda exclusión la correspondiente al contexto. El derecho ha sido enseñado en América Latina como un orden conceptual dotado de estabilidad, esto es, no sujeto a las contingencias históricas que el mundo y la región han conocido. Mediante la relegación de la historia del derecho a un lugar insignificante, las grandes instituciones del derecho han sido presentadas como inalterables, pertenecientes a un universo de conceptos exento de los azares de la vida real. A este efecto, se descartó también un caudal de información “no jurídica”, esto es, todos los datos —provenientes de la estadística, y más ampliamente, de las ciencias sociales— que dieran cuenta de las conexiones entre las normas y la sociedad que las generaba o, mediante el incumplimiento relativo o total, en los hechos las modificaba o derogaba.

La ignorancia derivada de la prescindencia de otras disciplinas facilitó la creencia —a menudo bien intencionada— en que el derecho tiene respuestas simples y predeterminadas para cualquier problema que requiera solución.<sup>290</sup> Por esta vía, la del universo normativo dotado de una existencia propia, según los desarrollos realizados por los cultores de la ciencia jurídica, resultó inadvertido un elemento central en la realidad del derecho, el conflicto. Aunque en la práctica, aquello que los abogados enfrentan en su ejercicio profesional son conflictos —o las formas de prevenirlos—, ni en la preparación de las normas ni en su aplicación a los casos concretos se hace lugar suficiente al análisis

<sup>289</sup> Keith S. Rosenn, *op. cit.*, p. 23.

<sup>290</sup> Linn A. Hambergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, *cit.*, p. 273.

del conflicto que subyace.<sup>291</sup> Esto tiene explicación en el hecho de que en la base conceptual este factor fue relegado. De haberlo aceptado como disparador de la puesta en marcha del sistema jurídico —tanto en la gestación de la norma como en su aplicación— se hubiese abierto una compuerta por la cual la realidad hubiera ingresado inevitablemente, transformando la cultura jurídica heredada.

A diferencia de lo que plantearon algunas teorías jurídicas crecidas en el sistema anglosajón, en nuestra tradición jurídica el conflicto social no tuvo lugar. Se admitió la existencia de conflictos particulares entre dos personas, con nombre y apellido, en torno a determinado asunto, y se sostuvo que debía ser sometido a determinado tratamiento prescrito en las normas. Pero se descontextualizó el conflicto individual: se le privó de una caracterización atingente a las fuerzas y tensiones sociales vigentes, se extrajo su desarrollo del campo en el cual se había gestado. Por lo tanto, se renunció al uso de instrumentos que permitieran considerar los problemas sociales —a los cuales está referida la ley— en toda su complejidad,<sup>292</sup> opción que hubiera habilitado a nuestros juristas para efectuar un análisis crítico de la utilidad del instrumento normativo.

De esta manera, los juristas podían tratar un conflicto como problema localizado sin hacerse cargo de que tanto las normas aplicables como la solución que se diera para resolverlo correspondían a las particularidades y el momento propios de una sociedad determinada. El profesor de derecho tradicionalmente permaneció ajeno, en su tarea, a los conflictos tipo que su sociedad atravesaba —salvo que personalmente optara por la actividad política y abandonara entonces el terreno circunscrito del jurista— y trató cada uno de ellos como lo hace un médico particular con una enfermedad, no como el epidemiólogo que tiene

<sup>291</sup> Volkmar Gessner, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1986, p. 3.

<sup>292</sup> *Idem*.

que enfrentar una plaga. Al hacerlo así, abstrayendo el conflicto de su medio, el jurista renunció a la comprensión de una parte, probablemente importante, de los factores que determinan la situación conflictiva.<sup>293</sup>

De esa renuncia se derivan, entre otros efectos, un par de consecuencias de cierta importancia en el ámbito de la justicia. La primera es la construcción de un muro divisorio entre derecho y política, que recubre de apoliticismo la función judicial y la aísla de la vida pública, de un modo que los jueces chilenos llevaron al extremo, en busca de afirmar internamente conformidad y conservadurismo.<sup>294</sup> La segunda consiste en una manera de formular las decisiones judiciales que no tiene en cuenta los resultados sociales, económicos o políticos que ocasionan. “La ley es la ley”, se limitan a repetir hasta hoy los juristas nuestros, cuando se produce un resultado manifiestamente injusto o socialmente indeseable. Es una manera de reforzar la noción de un orden legal que tiene en sí mismo la razón de su validez y que está, de modo intencional y expreso, separado de la realidad social y de todo aquello que da cuenta de ella.<sup>295</sup>

Podría considerarse que hay en esta visión una falta de contenido crítico. No lo piensan así los juristas que —con una frecuencia no excesiva, es verdad— critican las leyes vigentes desde la doctrina. Es decir, fundamentalmente preocupados por la consistencia del orden normativo, observan incongruencias, anotan deficiencias y vacíos de los textos legales, a menudo echando mano a la comparación con legislación de otros países. Pero sólo en ocasiones excepcionales ellos acometen al cuestionamiento de las normas desde fuera de ese mundo propio, construido para

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>294</sup> Lisa Hilbink, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship, Lessons from Chile*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.

<sup>295</sup> 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*, Notre Dame, La Jolla, University of Notre Dame Press, Center for U.S. Mexican Studies, University of California, San Diego, 2007, p. 260.

respaldar y robustecer la existencia de las leyes. Así, la ley puede ser mejorada pero no será puesta en cuestión. De eso se trata.

En general, la abundante bibliografía jurídica que se ha producido en países como Argentina y México no ha sido capaz de adoptar una perspectiva crítica del derecho, la política jurídica y la función judicial. Las críticas que se han formulado se hallan asentadas dentro del orden normativo, en busca de su mayor coherencia, de modo que el conjunto de leyes no exhiba contradicciones y las resoluciones judiciales conserven una sola manera de interpretar la ley.

Esta “perspectiva interior” que caracteriza el discurso jurídico en América Latina ha llevado a la profesión legal tradicional no sólo a carecer de criterio frente a, por ejemplo, el uso de nuevas tecnologías —debilidad que ha perjudicado severamente la utilidad de introducir sistemas informáticos en la justicia— sino que, algo mucho más relevante, ha llevado a sus miembros a rehusarse ante el cambio en sí.<sup>296</sup> Allí reside la razón de la resistencia que los intentos de reforma han encontrado muy especialmente entre los abogados, como se verá en la tercera parte de este volumen.

En este cuadro, caracterizado por la transmisión de una visión limitada del derecho, debe incorporarse el dato de la mediocridad en la enseñanza de la profesión, que predomina en América Latina. “Profesores que no quieren discusiones... textos que deben ser obedecidos y nunca analizados críticamente” han sido señalados en Argentina;<sup>297</sup> “baja calidad de los cursos, con profesores sin titulación, alumnado excesivo y escasa infraestructura” han sido denunciados en Brasil.<sup>298</sup> Expansión desordenada, debilidad docente y falta de controles de calidad fueron indicados en-

<sup>296</sup> Linn A. Hambergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, cit., p. 273.

<sup>297</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, p. 56.

<sup>298</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*, México, UNAM, 2003, p. 172.

Perú.<sup>299</sup> En Venezuela, en las facultades de derecho “no se espera de los alumnos que aprendan a construir y resolver problemas, buscar y analizar información, negociar, argumentar o desarrollar alguna otra habilidad”; prevalece, pues, en ellas, “el desolador panorama de una enseñanza desactualizada y arcaica, aún en las escuelas de derecho que gozan de un prestigio positivo”.<sup>300</sup> En México se ha observado que la educación jurídica es excesivamente tradicional, se halla anacrónicamente estancada en un pensamiento jurídico envejecido y padece de pobreza teórica,<sup>301</sup> está a cargo de profesores que no se dedican al trabajo en la universidad y utilizan métodos de enseñanza en los que los problemas reales están ausentes.<sup>302</sup> El panorama así trazado es válido para toda América Latina, con excepción de aquellas facultades de derecho, minoritarias y que cobran tarifas elevadas, que proporcionan un alto nivel de formación, están usualmente vinculadas a universidades del exterior —donde sus egresados pueden estudiar el posgrado— y forman a los abogados que se integrarán en las firmas profesionales más prestigiosas.

La mayoría de autores que han examinado el tema desde la perspectiva del funcionamiento de la justicia, creen advertir que la actual carencia de calidad de la enseñanza del derecho corresponde a un deterioro,<sup>303</sup> que se halla ligado a la masificación en las universidades públicas y el surgimiento desbocado de nu-

<sup>299</sup> Luis Pásara, “La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia”, en Luis Pásara, *Tres claves de la justicia en el Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, pp. 209-286.

<sup>300</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. 698.

<sup>301</sup> Luis Rubio *et al.*, *A la puerta de la ley*, México, Cal y Arena, 1994, p. 106; 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. 566.

<sup>302</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 260.

<sup>303</sup> William Ratliff y Edgardo Buscaglia, “Judicial Reform: The Neglected Priority in Latin America”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 550, núm. 1, marzo de 1997, p. 67.

merosas universidades privadas. Ni unas ni otras están sujetas a controles efectivos de calidad<sup>304</sup> y muchas ofrecen el título de abogado —a través de estudios que, centrados en la ley, no requieren una alta inversión pedagógica—, entregando baja calidad a un precio accesible.<sup>305</sup> Cada vez más abogados, con menor educación profesional, ingresan al mercado profesional.<sup>306</sup>

La interpretación proporcionada por un autor,<sup>307</sup> para explicar la enorme desatención a la formación dada en las facultades de derecho tiene base en la importancia que en el ejercicio profesional adquieran las relaciones sociales. Siendo éstas decisivas, el adiestramiento en capacidades jurídicas resulta situado en un papel secundario para evaluar al joven egresado, a quien le bastan conocimientos básicos; si busca éxito en el ejercicio de la profesión, habrá de contar con sus relaciones familiares y adquiridas como un factor clave. Que las tenga sería el elemento decisivo para evaluarlo a su ingreso en la vida profesional; la universidad de la que provenga importará más, en ciertos casos, por la “capacidad relacional” ganada en ella que por la calidad de los estudios realizados.

En cualquier caso, si se tiene esa “capacidad relacional”, la competencia profesional que le haga falta al abogado para desempeñarse bien la puede aprender mediante la práctica, que en muchos casos se le requiere iniciar cuando acaba de ingresar en la facultad, convenciéndolo de que es en ella, y no en la universidad,

<sup>304</sup> Linn A. Hambergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, cit., p. 266; Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, *op. cit.*, p. 43; 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. 317; 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.), *op. cit.*, p. 567.

<sup>305</sup> Luis Pásara, *op. cit.*, pp. 207-286.

<sup>306</sup> Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, *op. cit.*, p. 43.

<sup>307</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 260.

donde habrá de adquirir los conocimientos y las habilidades que necesita. La práctica profesional, pensada en principio como un complemento de los estudios, con frecuencia los sustituye como foco de atención del estudiante, y como el inicio en esa práctica es temprano, ocurre que el futuro profesional empieza a enfrentar diversos temas jurídicos en este trabajo antes de conocerlos en las aulas. Desde la facultad estas prácticas no se supervisan, sino en apariencia o formalidad, de modo que no se integran con los estudios en una sola experiencia formativa. Las prácticas que se realizan en estudios o bufetes profesionales de primer nivel pueden llegar a absorber la mayor dedicación de aquél a quien se supone estudiando el derecho en la universidad, factor que, al restar la participación enterada del estudiante en clase, contribuye a la declinación de las facultades de derecho como lugar de formación.

En la educación profesional del abogado latinoamericano se pone énfasis en el limitado papel que toca al juez en su tarea,<sup>308</sup> dando, para ello, la menor atención posible a aquellas normas de procedimiento que lo facultan a adoptar un rol activo en el proceso. Pero, más allá de este asunto específico, es la escasa capacidad profesional —con la cual anualmente egresan de las facultades de derecho decenas de miles de abogados latinoamericanos— un serio obstáculo para la administración de justicia<sup>309</sup> que inevitablemente tendrá a una porción de ellos como operadores, en calidad de jueces, fiscales, funcionarios auxiliares o abogados litigantes. Esa formación deficiente, que corresponde a la debilidad de la comunidad académica en el ámbito del derecho, ha contribuido, y contribuye, al atraso de los sistemas judiciales.<sup>310</sup>

En Brasil, como luego en varios países de la región, la introducción de exámenes de aptitud profesional para seleccionar

<sup>308</sup> Linn A. Hambergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, cit., p. 266.

<sup>309</sup> Margaret Popkin, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, *op. cit.*, p. 135.

<sup>310</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 733.

al personal del sistema se encontró con tasas de aprobación sumamente bajas,<sup>311</sup> que pusieron de manifiesto la deficiente formación profesional. En El Salvador, después de la firma de los acuerdos de paz que incluyeron compromisos para transformar la justicia, se constató que, a pesar de que tales pactos no se referían a la formación de los abogados, el cambio de la justicia requería una mejora radical de la enseñanza.<sup>312</sup> En varios procesos de reforma de la justicia, las escuelas judiciales recién creadas han destinado esfuerzos encaminados a subsanar las deficiencias de la formación universitaria detectadas en los operadores del sistema. Lo que no solamente tiene poco sentido sino también poca utilidad debido a que las carencias básicas difícilmente pueden ser remediadas<sup>313</sup> por una formación tardía y que se requiere destinar a otros objetivos.

En toda la región, las facultades de derecho han estado ausentes del tema de la justicia y su transformación. Como se ha recordado para el caso de Costa Rica, las reformas no han sido preparadas, ni siquiera estimuladas, en el ámbito universitario.<sup>314</sup> Más aún, en nuestras universidades no se ha abordado, ni como materia de enseñanza ni como tema de investigación, el funcionamiento del sistema de justicia.<sup>315</sup> Puede decirse entonces que, tanto por acción como por omisión, las facultades de derecho han contribuido al mantenimiento del Estado existen-

<sup>311</sup> Keith S. Rosenn, “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>312</sup> Margaret Popkin, *Peace Without Justice. Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2000, p. 216.

<sup>313</sup> Luis Salas, “From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America”, *op. cit.*, p. 45.

<sup>314</sup> Francisco Dall’Anese Ruiz, “Retos del Ministerio Público en un sistema democrático”, *Ministerio Público, políticas de persecución penal y sistema de justicia*, Santo Domingo, República Dominicana, Procuraduría General de la República, 2008, p. 49.

<sup>315</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*, *cit.*, p. 25.

te en los sistemas de justicia, preparando mediocremente a sus operadores, proveyéndolos de una visión del derecho en el que su (in)efectividad es un tema inexistente y renunciando a ejercer una función crítica sobre su desempeño.<sup>316</sup>

Entre quienes trabajan en los procesos de reforma se considera que la mejora de la educación profesional es un componente clave, destacándose que “el cambio fundamental debe comenzar en las facultades de derecho”, y comprende el establecimiento de estándares altos para la admisión, la revisión de los planes de estudio y el cambio de métodos de enseñanza.<sup>317</sup> No obstante, debe tomarse en cuenta que los esfuerzos desarrollados en varios países, a lo largo de las últimas décadas, para reformar la enseñanza del derecho han fracasado o se han pasmado en alguna etapa sin haber alcanzado plenamente sus objetivos.

Merryman señaló,<sup>318</sup> en la década de los años ochenta, que los intentos de introducir, en el derecho romano-civil, maneras diferentes de ver el derecho no habían ido lejos. Antes que haber sido refutadas, las escuelas de pensamiento jurídico alternativo no habían logrado penetrar en la conciencia profesional, con lo cual la función judicial tendió a permanecer ideológicamente encerrada en los límites que le fueron fijados por la tradición. En el cuarto de siglo transcurrido desde entonces el panorama ha variado sólo en alguna medida. Los cuestionamientos formulados al desempeño de jueces y justicia probablemente han remecido la estrecha noción que les asignó la tradición, sin alcanzar a desenraizar las elaboraciones doctrinarias acerca del derecho que la produjeron. El surgimiento de algunas corrientes de pensamiento jurídico ha sustituido partes del pensamiento heredado. Pero, en definitiva, no se ha producido una visión alternativa con la consistencia suficiente como para relevar el viejo concepto y sus modelos, que acaso se hallen impugnados y

<sup>316</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 678.

<sup>317</sup> María Dakolias, *op. cit.*, pp. 54 y 55.

<sup>318</sup> John H. Merryman, *op. cit.*, p. 84.

arrinconados, desprovistos de defensores numerosos y brillantes, pero aún se encuentran en pie. La cultura jurídica tradicional ha sufrido embates que la han resquebrajado pero no ha sido transformada ni reemplazada.

### III. SOCIEDAD Y JUSTICIA

Cuando en Estados Unidos se dispuso el uso obligatorio del cinturón de seguridad en los vehículos, a la entrada de las autopistas aparecía un aviso luminoso que alternativamente recordaba, primero, el uso del cinturón, y luego la razón de su obligatoriedad: *It's the law*. “Es la ley” o “lo manda la ley” es un mensaje dirigido a la cultura del estadounidense promedio para el cual que el mandato tenga base legal es razón suficiente para obedecerlo. En América Latina, una prevención semejante hubiese ocasionado comentarios risueños o mordaces, además del débil impacto que se hubiera logrado de esa manera respecto al uso del cinturón.

El examen realizado en este capítulo se ha referido hasta aquí a la cultura jurídica de los operadores del derecho, y por consiguiente, del sistema de justicia: abogados, jueces y fiscales. Es preciso ingresar al examen de la cultura jurídica del ciudadano que es usuario del sistema de justicia pero que, antes de eso, es el destinatario de las normas que en una sociedad determinada le otorgan derechos y le imponen deberes. No contamos, para este abordaje, con muchos estudios que sistemáticamente, y con base en trabajos empíricos, nos habiliten para describir con rigor la cultura jurídica popular prevaleciente en la región. Sin embargo, desde el ámbito del ensayo hasta el de la encuesta, algo se ha avanzado en el tema; cuando menos para tener una aproximación inicial a la relación entre el ciudadano promedio y las normas.

Para tener en claro a qué nos referimos al abordar el tema de la cultura jurídica popular, puede utilizarse la definición que un autor clásico, Larry Diamond, propuso para definir la cul-

tura política, apoyándose en Almond y Verba.<sup>319</sup> Adaptando tal definición, es posible sostener que la cultura jurídica popular está constituida por las creencias, actitudes, valores, ideales, sentimientos y evaluaciones acerca del sistema jurídico, y del papel de uno mismo en él, que predominan entre los habitantes de un país o una circunscripción determinados. Probablemente resulta pertinente subrayar que, tal como ocurre con la cultura política, es característica de la cultura jurídica su persistencia, que le permite sobrevivir a los cambios de leyes e incluso a los intentos deliberados de transformar las bases del orden legal.<sup>320</sup>

Entre fines de los años sesenta y comienzos de los setenta dos analistas ajenos a la región se refirieron tangencialmente al significado de la ley para quienes habitaban en ella. El autor vasco Víctor Alba sostuvo que la gente en general tenía poco respeto por la ley y prefería arreglar sus disputas apelando al arbitraje de una persona respetada, en unos casos, o tomando la ley en sus propias manos, en otras.<sup>321</sup> Complementariamente, el profesor estadounidense Arpad Von Lazar escribió que la mayor parte de los latinoamericanos preferían evitar el litigio civil recurriendo a sobornos o coimas y a influencias personales, como consecuencia de la proclividad cultural a servirse de modos personalizados de resolución de disputas.<sup>322</sup>

En tiempos recientes parece haber consenso entre quienes se han ocupado del tema, sean latinoamericanos o no, en torno a que nuestras sociedades están acostumbradas a no cumplir las normas o a prescindir de ellas<sup>323</sup> o, lo que es lo mismo, que las normas se

<sup>319</sup> Larry Diamond, *op. cit.*, p. 163.

<sup>320</sup> Douglas Hay, “Afterword. Law and Society in Comparative Perspective”, en Ricardo D. Salvatore *et al.* (eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2002, p. 417.

<sup>321</sup> Víctor Alba, *The Latin Americans*, Nueva York, Praeger Publications, 1969, p. 347.

<sup>322</sup> Arpad Von Lazar, *Latin American Politics. A Primer*, Boston, Allyn and Bacon, 1971, p. 40.

<sup>323</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 124.

perciben como inválidas o como ineficaces; esto es, que lo legal se entiende como ilegítimo y lo ilegal, en cambio, como razonable y necesario.<sup>324</sup> Se trata de una actitud social que no reconoce obligatoriedad respecto a las leyes,<sup>325</sup> y como contracara, considera que obedecer voluntariamente la ley es cosa sólo de tontos, puesto que estar sometido a la ley no consiste en ser portador de derechos que se puede hacer cumplir sino una señal certeza de debilidad social.<sup>326</sup> Latinoamérica está caracterizada, pues, por una ausencia generalizada de internalización de derechos y obligaciones, que se corresponde con niveles altos de desconfianza e insatisfacción con el sistema de justicia.<sup>327</sup> En el caso argentino se ha subrayado que la tendencia a la inobservancia de las normas caracteriza en especial a los centros de poder pero que corresponde recurrentemente a toda la sociedad, lo que genera una disfuncionalidad en ella;<sup>328</sup> específicamente, se ha señalado:

el sometimiento al derecho no fue más que un discurso para ciertas ocasiones, pero en el cual no hemos creído, como integrantes de una sociedad... en Argentina el derecho oficial se cumple si conviene o si no existe más remedio... Falta una conciencia de la justicia que tenga caracteres fuertes de imparcialidad, que se entienda como aplicable a todos, custodiada por todos, exigida por todos. Éste es un requisito básico para que un sistema de control social funcione.<sup>329</sup>

<sup>324</sup> Rodolfo Vázquez, “Crisis de la globalización y mitos modernos”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (eds.), *Globalización y derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 194.

<sup>325</sup> Mark Ungar, *Elusive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, Boulder, London Lynne Rienner Publishers, 2002, p. 5.

<sup>326</sup> Guillermo O’Donnell, “Why the Rule of Law Matters”, *Journal of Democracy*, vol. 15, núm. 4, octubre de 2004, p. 40.

<sup>327</sup> Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), “Conclusions: Promoting the Rule of Law 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. 151.

<sup>328</sup> Carlos Nino, *op. cit.*, pp. 24, 31.

<sup>329</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, pp. 11, 14, 25.

Diversas encuestas corroboran la reseña presentada acerca de la bibliografía disponible, aunque las respuestas a algunas de ellas no están exentas de contradicciones. Pero es quizá en México donde la cultura jurídica popular ha sido más extensamente explorada mediante sucesivas encuestas nacionales de actitudes, percepciones y valores. Es ésta “una cultura contraria al respeto y sincera observancia de la ley”, en la que prevalece “una idea común de que el más hábil es aquel que mejor burla la ley”.<sup>330</sup> Casi una cuarta parte de entrevistados (23.2%) señala que *se puede desobedecer las leyes si parecen injustas* y un porcentaje algo mayor (26.5%) señala su acuerdo con *violar la ley no es tan malo, lo malo es que te sorprendan*. En conjunto, 30.5% de los encuestados dijo estar de acuerdo con la práctica de torturas en un detenido que probablemente cometió un delito pero se niega a admitirlo y 40.6% consideró que es peor dejar libre a un culpable que encarcelar a un inocente. Casi la mitad de entrevistados (48.1%) consideraron aceptable la justicia por mano propia.

Del mismo modo, las encuestas encargadas por el World Justice Project para confeccionar el Rule of Law Index, que fueron aplicadas en 2011 en cuatro países hispanoamericanos y uno caribeño, revelan en conjunto un nivel bajo de respeto por la ley.

TABLA 4

		<i>Es justificado desobedecer la ley</i>	
País	<i>Muy de acuerdo</i>	<i>Algo de acuerdo</i>	<i>Algo en desacuerdo</i>
Brasil	845	367 (43.43%)	478 (56.57%)
Chile	849	261 (30.74%)	588 (69.26%)
Guatemala	992	404 (40.73%)	588 (59.57%)
Jamaica	963	400 (41.54%)	563 (58.46%)
Venezuela	987	293 (29.69%)	694 (70.31%)
Total	4636	1725 (37.22%)	2911 (62.78%)

Fuente: World Justice Project Rule of Law Index.

<sup>330</sup> Hugo Concha Cantú *et al.*, *op. cit.*, p. 21.

Esta tabla recoge el resultado de las reacciones obtenidas respecto a la afirmación: *Es justificado desobedecer la ley*, habiéndose reunido las respuestas en sólo dos categorías (se agrupó en una sola categoría, de un lado, las respuestas “muy de acuerdo” y “de acuerdo”, y de otro, las correspondientes a “en desacuerdo” y “muy en desacuerdo”). Más de un tercio (37.22%) de quienes fueron entrevistados y respondieron se mostraron de acuerdo con la afirmación. Si se pone atención a las respuestas correspondientes a los países incluidos, el nivel de acuerdo es bastante alto en Brasil (43.43%) y en Jamaica (41.54%), alcanzando su nivel más bajo en Chile (30.74%) donde, por consiguiente, siete de cada diez entrevistados manifestaron desacuerdo con la afirmación propuesta. Una encuesta encargada por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) de México, y aplicada entre 2010 y 2011 en otros cuatro países latinoamericanos, indagó por el nivel de acuerdo con la desobediencia de la ley bajo una condición específica: que la ley pareciera injusta al entrevistado. Las respuestas aparecen en la (tabla 5).

TABLA 5. LA GENTE TIENE DERECHO A DESOBEDECER LAS LEYES  
SI LE PARECEN INJUSTAS (%)

País	Muy de acuerdo	Algo de acuerdo	Algo en desacuerdo	Muy en desacuerdo	NS/NC
Colombia	38	27 (65)	13	17 (30)	5
Ecuador	27	24 (51)	18	27 (45)	3
México	23	29 (52)	21	23 (44)	4
Perú	16	26 (42)	25	25 (50)	8

Fuente: Encuesta CIDE Las Américas y el Mundo. Opinión pública y política exterior en Brasil, Colombia, Ecuador, México y Perú (2010-2011).

Sumadas las respuestas correspondientes al acuerdo y al desacuerdo producen los porcentajes que en la tabla 5 aparecen entre paréntesis. El acuerdo con la desobediencia de la ley en este supuesto roza los dos tercios en Colombia (65%) y llega a algo más de la mitad de los entrevistados en México (52%) y en Ecuador (51%). El desacuerdo con la afirmación alcanza su mayor porcentaje en Perú, donde la mitad de los entrevistados (50%) discrepa de ella.

Finalmente, la tabla 6 recoge las respuestas a otra pregunta formulada en la encuesta del World Justice Project, que indaga de otra manera sobre el mismo tema, al preguntar por el nivel de acuerdo con la afirmación: *siempre hago lo que considero que está bien, sin que me importe lo que diga la ley*.

TABLA 6

		<i>Siempre hago lo que quiero que está bien, sin que me importe lo que diga la ley</i>	
País	<i>Muy de acuerdo</i>	<i>De acuerdo</i>	<i>En desacuerdo</i>
Brasil	847	706 (83.35%)	141 (16.65%)
Chile	848	742 (87.50%)	106 (12.50%)
Guatemala	985	702 (71.27%)	283 (28.73%)
Jamaica	980	886 (90.41%)	94 (9.59%)
Venezuela	985	763 (77.46%)	222 (22.54%)
Total	4645	3799 (82.00%)	846 (18.00%)

Fuente: World Justice Project Rule of Law Index.

Las respuestas recogidas en la tabla 6 (agrupadas del mismo modo que en la tabla 4 muestran que algo más de cuatro de cada cinco entrevistados (82%) están de acuerdo con la propuesta, que corresponde a una desconsideración absoluta de la ley. El mayor nivel de desacuerdo, curiosamente, apareció en Guatemala (28.73%),

un país que no es reconocido por la vigencia del Estado de derecho en él.

En las diversas encuestas disponibles es posible encontrar tanto diferencias entre ellas como incongruencias en una misma encuesta, que acaso apunten a la inconsistente formación de la cultura jurídica popular en la región. Pero la tendencia común a la mayoría de sondeos, si no a todos, es el bajo respeto de la ley y de las instituciones del sistema de justicia. Si el funcionamiento de éstas no genera igualdad ante la ley, es preciso reconocer que ese desempeño ocurre en un paisaje social en el cual no existe el sometimiento general a la ley. Los conflictos resultan así particularizados<sup>331</sup> y sometidos a la fuerza relativa que puedan ejercer las partes para darles solución, dentro o fuera del sistema de justicia. Dentro de esta corriente, el funcionamiento de la ley y la justicia se hace especialmente dañoso cuando en los hechos se demuestra que el gobierno no está sometido a los límites de la ley, como se ha observado desde el caso brasileño<sup>332</sup> pero podría decirse asimismo de cualquier otro país de la región.

Para explicar el fenómeno se encuentran diversas hipótesis. Según un primer grupo de autores, el carácter arbitrario de los sistemas jurídicos de la región ha contribuido a moldear un tipo de cultura que exhibe una continuidad con el sistema de justicia colonial en cuanto atribuye a la ley cierta elasticidad.<sup>333</sup> En referencia al caso argentino, se ha subrayado precisamente que la sociedad fue educada durante la colonia en el desprecio a la ley, de modo tal que la idea se convirtió en sentimiento.<sup>334</sup> Además de la falta

<sup>331</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, p. 30.

<sup>332</sup> Keith S. Rossen, “Judicial Reform in Brazil”, *NAFTA: Law and Business Review of the Americas*, vol. IV, núm. 2, 1998, p. 37.

<sup>333</sup> Carlos Aguirre y Ricardo D. Salvatore, “Introduction. Writing the History of Law, Crime and Punishment in Latin America”, en *et al.* (eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2001, p. 16.

<sup>334</sup> Juan Agustín García, *La ciudad indiana*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986, p. 139.

de información sobre la existencia y el contenido de las normas, en el caso argentino se ha hecho notar la falta de promoción de la lealtad hacia las normas.<sup>335</sup> Según un segundo grupo de autores el origen del fenómeno se sitúa específicamente en los regímenes autoritarios, en cuya experiencia los ciudadanos latinoamericanos se han habituado a la búsqueda de soluciones extralegales para los agravios y han llegado al convencimiento de que cualquier reforma que se intente, usando medios legales, fracasará.<sup>336</sup>

Por una vía u otra, como se ha observado en el caso brasileño para los sectores populares, se está ante una ausencia o una insuficiencia severa de ciudadanía política y cultural que lleva al sujeto a no concebirse ni construirse como sujeto de derechos y que, desde luego, es acompañada por “una creencia muy frágil en la ley”.<sup>337</sup> Las normas sociales y las conductas habituales llevan a alguna gente a no pensar en la ley cuando encaran una disputa,<sup>338</sup> lo que alude a una distancia entre el contenido de las normas y el de las reglas socialmente practicadas —una lejanía cultural del derecho<sup>339</sup>— como base explicativa de la cultura jurídica en la región. Como resultado, en Argentina se constata “la tendencia a no tomar en cuenta las leyes como guía de la acción” como “un rasgo tan profundamente enraizado en la cultura legal”,<sup>340</sup> y en México

<sup>335</sup> Carlos Nino, *op. cit.*, 1992, p. 255.

<sup>336</sup> Philip Oxhorn, “Social Inequality, Civil Society, and the Limits of Citizenship in Latin America”, en Susan E. Eckstein (ed.), *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America*, Berkeley, University of California Press, 2003, p. 49.

<sup>337</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.*, pp. 183 y 184.

<sup>338</sup> Herbert Jacob, “Introduction”, en Herbert Jacob *et al.*, *op. cit.*, 1996, p. 5.

<sup>339</sup> Carmen Luisa Roche (coord.), *Los excluidos de la justicia en Venezuela*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 23.

<sup>340</sup> María Inés Bergoglio, “Argentina: los efectos de la institucionalización democrática”, en Héctor Fix-Fierro (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, *cit.*, p. 38.

se señala una “insuficiente internalización del significado y las consecuencias del Estado de derecho en la práctica social”.<sup>341</sup>

En este marco, si la confianza es baja y las expectativas ciudadanas adoptan el cinismo, las instituciones se convertirán en meras formalidades, carentes de respeto y de efectividad, en tanto la mayoría opta por la desobediencia a partir de la expectativa de que los otros también lo harán. De esa manera caracteriza Diamond lo que llama “un problema central en América Latina”, donde las leyes están huecas y los tribunales son débiles; la desobediencia y la desconfianza aparecen profundamente enraizadas en las expectativas sociales, concluye.<sup>342</sup>

Quizá el significado de este paisaje aparezca más nítidamente si se efectúa el contraste con el correspondiente a otros países. Es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos y de Alemania, donde la mayoría tiende a pensar en una buena parte de sus relaciones en los términos definidos en la ley, lo que hace al ciudadano más consciente acerca de la ley y sus derechos y deberes.<sup>343</sup> En el caso estadounidense, recuerda Guillermo O'Donnell,<sup>344</sup> Tocqueville encontró que las decisiones de las cortes eran obedecidas en razón de que la mayoría consideraba natural esa obediencia en tanto que veían a esas cortes como garantes de sus derechos reconocidos en la Constitución. Confianza en los tribunales y deber de obedecerlos van de la mano en determinados países, mientras son factores casi inexistentes en los nuestros.

Puede tomarse el caso de Brasil<sup>345</sup> para marcar el contrapunto. Como en el resto de América Latina, en Brasil las leyes y demás normas son aprobadas bajo el supuesto de que una parte sustan-

<sup>341</sup> Sergio López-Ayllón y Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 505.

<sup>342</sup> Larry Diamond, *op. cit.*, p. 208.

<sup>343</sup> Herbert Jacob, “Conclusion”, en Herbert Jacob *et al.*, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, *cit.*, p. 398.

<sup>344</sup> O'Donnell, Guillermo, “The Judiciary and the Rule of Law”, *Journal of Democracy*, vol.11, núm. 1, 2000, p. 29.

<sup>345</sup> Keith S. Rosenn, “Brazil's Legal Culture: The Jeito Revisited”, *op. cit.*, pp. 1-43.

cial de ellas no serán obedecidas. Lo que distingue el caso brasileño es la importancia de la institución informal del *jeito* —que permite evadir la ley mediante el uso de relaciones personales—, componente esencial de la cultura jurídica popular del país, hasta el punto de que, para muchos efectos, el *jeito* es la norma y la regla legal formal es la excepción. En un ambiente social con un bajo nivel de lealtad y obligación hacia el conjunto social, y un fuerte sentido de lealtad y obligación con familiares y amigos, el *jeito* es el vehículo mediante el cual las relaciones se particularizan y personalizan. Tal vehículo es motorizado por la existencia de un marcado legalismo y de constantes cambios legales, para manejarse con los cuales el *jeito* proporciona, a un tiempo, flexibilidad mediante la adaptación a las necesidades de quien recurre a él y estabilidad proveniente de la previsibilidad del resultado a ser obtenido. Pero no todos se benefician por igual; la desigualdad jurídica de hecho se superpone a las desigualdades socio-económicas y las reglas aplicadas a las clases alta y media se diferencian de las aplicadas a las clases bajas; por ejemplo, Brasil ha establecido legalmente el derecho de las personas educadas a ser destenidas en prisiones diferentes a las que se destinan al resto de la población. El funcionamiento de estos mecanismos permite que la sociedad opere manteniendo sus patrones de comportamiento tradicionales, sin mayor atención a lo que diga la ley, gracias a que la cultura jurídica popular no se apropia del sistema legal formal.

En ese cuadro resalta lo que parece ser un eje de la cultura jurídica latinoamericana, no obstante constituir una clara paradoja. De un lado, el ciudadano tiene la experiencia —que incluye lo aprendido a través de la transmisión oral— de que la ley se aplica selectivamente y la justicia favorece a quienes tienen más recursos. De otro, al lado de la desobediencia epidémica de la ley, subsiste una recurrencia a lo legal y sus formas que no parece congruente con su propia experiencia. ¿Qué hay en la apelación a la ley por una sociedad que en sus comportamientos manifiesta poco respeto por ella? Puede ensayarse dos respuestas tentativas. La primera es que el ejercicio del poder requiere legitimarse a

través de un sistema legal —o de algún simulacro de tal—,<sup>346</sup> conforme demuestra la experiencia histórica incluso de gobiernos autoritarios —como el régimen nazi que vistió de leyes casi todas sus arbitrariedades— y dictatoriales, que usualmente se preocupan por escribir nuevas constituciones con el mismo objetivo. La segunda es que, pese a todo, en la relación existente entre derecho y poder, éste —precisamente en su búsqueda de legitimación social— abre ciertos márgenes en el sistema jurídico para hacer lugar a la esperanza de quien cree tener un derecho, de modo que pueda intentar ejercerlo. Por limitados que puedan ser esos márgenes en un momento y lugar dados, existen. En ellos probablemente tratan de ingresar los millones de ciudadanos latinoamericanos que recurren cada año al sistema de justicia para remediar un agravio, aferrándose a esa esperanza de que, cuando menos en su caso, se haga justicia.

Por si el desarrollo seguido hasta aquí hubiere dado lugar a la impresión de que un mejor derecho reside en el pueblo mismo, en contraste con el que emana del poder, es indispensable plantear al respecto cierta cautela. El punto bien puede ilustrarse con aquello que ocurre con la presunción de inocencia, una garantía del proceso judicial según la cual a quien es encausado se le considera inocente mientras no se pruebe su responsabilidad y sea condenado. En condiciones de un funcionamiento razonable del sistema legal, la sociedad tendría que compartir esa presunción, dado que sería esperable que la justicia y sólo ella determine que alguien es culpable. No es el caso en América Latina, donde apenas la policía detiene a un sospechoso de un delito, la impresión que se extiende —movilizada usualmente por los medios de comunicación— es que se trata del culpable. Puede arguirse que la desconfianza en el sistema de justicia hace que no se espere hasta su decisión, pero también podría argumentarse que el funcionamiento de la policía no es más confiable que el de los tribunales. Se ha notado que en

<sup>346</sup> Jean y John Comaroff, “Law and Disorder in the Postcolony”, *Social Anthropology*, vol. 15 (2), 2007, p. 146.

Guatemala las expectativas populares de la justicia demandan encarcelar y sancionar inmediatamente a los sospechosos y de allí que las garantías del debido proceso no cuenten con respaldo social.<sup>347</sup> Lo mismo ocurre en muchos otros países de la región.

Puede sostenerse que la presunción de inocencia y demás garantías del debido proceso se hallan situadas a contracorriente de la cultura jurídica popular. Las dificultades en el funcionamiento de la prisión preventiva así lo demuestran. Según las normas internacionales de derechos humanos, que han sido incorporadas al orden interno por casi todos los países de la región, la orden de prisión en contra de quien es procesado, pero no ha sido condenado en definitiva, es procedente sólo cuando hay peligro de fuga o de que, estando en libertad, afecte las pruebas del proceso que se le ha abierto. La razón de esta norma reside en la presunción de inocencia: si no se le presume culpable mientras no sea sentenciado, no hay razón para que se le encarcele, haciéndole pagar una pena por adelantado. El criterio extendido en la región es más bien contrario a esta norma y, en cualquier caso que adquiere cierta notoriedad, aparece una y otra vez la exigencia social de que se encarcele a quien, según las primeras evidencias, parecería ser responsable de un acto delictivo.

Los derechos humanos no parecen haber alcanzado un nivel importante de apoyo social, por lo menos en lo que toca al derecho penal. La cultura jurídica popular parece corresponder, más bien, a una etapa anterior en la evolución del derecho, cuando la venganza era la respuesta más usual frente al delincuente y las garantías del proceso judicial eran muy limitadas. Por esa razón, la demanda social —que en el caso de Bolivia llega a manifestar “hostilidad a los derechos civiles”<sup>348</sup>— se halla a favor de medidas

<sup>347</sup> Rachel Sieder, “Renegociando «la ley y el orden»: reforma judicial y respuesta ciudadana en la Guatemala de posguerra”, *América Latina Hoy*, Salamanca, núm. 35, diciembre de 2003, pp. 81, 83.

<sup>348</sup> Mark Ungar, *Policing Democracy. Overcoming Obstacles to Citizen Security in Latin America*, Washington, Baltimore Woodrow Wilson Center Press, The Johns Hopkins University Press, 2011, p. 219.

que se llaman usualmente “drásticas” pero en verdad son autoritarias<sup>349</sup> y reclama penas cada vez más altas para los delitos; este pedido encuentra oídos muy dispuestos en los políticos que lo convierten en objeto de proyectos dirigidos a endurecer las leyes penales, no obstante haberse demostrado la ineficacia de esta ruta para controlar el fenómeno delictivo.

La fibra autoritaria de la cultura jurídica popular latinoamericana se expresa de manera especial en los linchamientos, que se han extendido en la región durante las dos últimas décadas. La justicia por mano propia tiende a multiplicarse, según puede colegir de los resultados de una encuesta aplicada en 2011 en cinco países de la región, que aparecen en la (tabla 7). Cuando menos —es el caso de Chile—, tres cuartas partes de los encuestados dijeron haber presenciado actos de justicia por mano propia, y en los casos de Brasil, Guatemala y Venezuela, las respuestas afirmativas correspondieron a más de cuatro de cada cinco entrevistados.

TABLA 7. EN LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS,  
¿EN SU BARRIO, USTED HA VISTO GOLPEAR A UN DELINCUENTE  
POR LA GENTE?

País	Total de encuestados	Sí	No
Brasil	847	736 (86.89%)	111 (13.11%)
Chile	850	678 (79.76%)	172 (20.24%)
Guatemala	993	854 (86.00%)	139 (14.00%)
Jamaica	960	715 (74.48%)	245 (25.52%)
Venezuela	996	830 (83.33%)	166 (16.67%)
Total	4646	3813 (82.07%)	833 (17.93%)

Fuente: World Justice Project Rule of Law Index.

<sup>349</sup> Rachel Sieder, “Legal Globalization and Human Rights”, en Pedro Pitarch, Shannon *et al.* (eds.), *Human Rights in the Maya Region: Global Politics, Cultural Contention and Moral Engagements*, Durham, Duke, 2008, p. 85.

Pese a que se ha interpretado el fenómeno de los linchamientos como un “reclamo del Estado de derecho”,<sup>350</sup> los términos en los que se producen en Bolivia, Guatemala, México y Perú, principalmente, sugieren el uso intencional de una vía que evita a la justicia existente —en ocasiones, extrayendo de la cárcel o el puesto policial a quien ha sido detenido— para aplicar un castigo terrible sin que medie proceso alguno ni haya certeza sobre la responsabilidad del sujeto.

Como sugiere el conjunto de datos examinados, el derecho efectivamente vigente no es sólo un conjunto de instituciones legalmente establecidas sino que también reside en la mentalidad de los ciudadanos de una sociedad dada, especialmente en lo referido a cómo entienden la ley y la justicia y cómo las usan.<sup>351</sup> En definitiva, la sociedad en conjunto desempeña un rol clave y complementario al del Estado en la construcción y el funcionamiento del Estado de derecho porque las tradiciones y normas sociales son las que guían más íntimamente la conducta del individuo, y así, proveen o no la base fundamental al cumplimiento de las normas jurídicas.<sup>352</sup> Dicho de otro modo, si las normas legales escritas no son complementadas con normas sociales —que están respaldadas con sanciones sociales—<sup>353</sup> carecen de vigencia efectiva.

La justicia requiere ciudadanos comprometidos con el Estado de derecho, pese a las ventajas que ocasionalmente pueda dar a alguien la violación de las normas; cuando los actores reconocen el interés de largo plazo en contar con un aparato de justicia

<sup>350</sup> Daniel Goldstein, «In our own Hands»: Lynching, Justice, and the Law in Bolivia», *American Ethnologist*, vol. 30, 1, 2003, p. 23.

<sup>351</sup> Thomas Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad. The Problem of Knowledge*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, núm. 34, 2003, p. 8.

<sup>352</sup> David A. Shirk y Alejandra Ríoz Cázares, “Introduction: Reforming the Administration of Justice in Mexico”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk (eds.), *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. 5.

<sup>353</sup> Carlos Nino, *op. cit.*, p. 185.

fuerte e independiente es que éste puede tener la autoridad y los recursos para ejercer su función.<sup>354</sup> La efectividad del sistema de justicia depende, pues, de normas que lo respalden no sólo en el Estado sino en la sociedad. Por esa razón, lo que la justicia es o puede llegar a ser, en un tiempo y lugar dados, se mueve entre los márgenes de aquello por lo que sus ciudadanos se movilizan y exigen. Así, por ejemplo, no se puede esperar de los jueces un desempeño democrático si su sociedad no se los demanda.<sup>355</sup> Pero, además de la conciencia ciudadana, en el ser de la justicia existen márgenes que provienen de la estructura social; por ejemplo, el ideal de la igualdad ante la ley resulta puesto en cuestión por la existencia de una distribución desigual del poder y la influencia,<sup>356</sup> dado que las asimetrías del poder existentes en un medio social —trátese de un país o de una comunidad indígena— siempre conducen a una distorsión en los términos en los que las reglas se aplican y los derechos son reconocidos.<sup>357</sup>

Se ha afirmado que aquello que el derecho es, en una sociedad determinada, depende del capital social incorporado en el derecho,<sup>358</sup> entendido aquél como la capacidad de los individuos para asociarse en torno a ciertos objetivos y organizarse de manera estable para participar en la vida social o política. Al mirar a la realidad latinoamericana es preciso hacerse cargo de determinadas características del capital social de estas sociedades que repercuten de manera particular en el accionar

<sup>354</sup> Larry Diamond, *Developing Democracy. Toward Consolidation*, cit., p. 112.

<sup>355</sup> Marvin E. Frankel, “Concerning the Role the Judiciary May Serve”, en Irwin P. Stotzk (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993, p. 28.

<sup>356</sup> Peter Fry, “Color and the Rule of Law in Brazil”, en Juan E. Méndez et al. (eds.), *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, cit., p. 187.

<sup>357</sup> Pilar Domingo, “The Judicialization of Politics: The Changing Political Rule of the Judiciary in Mexico”, en Rachel Sieder et al. (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave-Macmillan, 2005, p. 42.

<sup>358</sup> Yves Dezelay y Bryant G. Garth, “Introduction Lawyers, Law, and Society”, en Ives Dezelay y Bryant G. Gart (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2011, p. 3.

del derecho y la justicia. Peter Waldmann ha notado<sup>359</sup> que la prevalencia de los vínculos personales, que dan lugar a redes y grupos integrantes de verdaderas estructuras sociales, producen dos efectos significativos: de un lado, borran o tornan confusa la separación entre la esfera privada y la pública, que caracteriza a las democracias modernas; de otro lado, afectan profundamente la posibilidad de que los ciudadanos comprendan y acepten el concepto del derecho como un cuerpo abstracto de reglas generales que son aplicables por igual a todo individuo. A esa observación se ha sumado la referida a los países que vienen de vivir en régímenes autoritarios prolongados, experiencia que los deja mal preparados para la construcción de un orden constitucional efectivo y concurre a facilitar la corrupción y la interferencia política en el aparato del Estado, incluido el sistema de justicia.<sup>360</sup> A estas observaciones sigue una perturbadora secuela: si la operación del derecho y de la justicia dependen en buena medida de un sistema democrático efectivo, ¿puede el ideal democrático del Estado de derecho asentarse en un contexto social y cultural como el latinoamericano?<sup>361</sup>

En el caso de Colombia se ha admitido claramente que los “rasgos de la justicia colombiana —protagonismo de los jueces, precariedad funcional, y una cierta combinación de autoritarismo y defensa judicial de los derechos fundamentales— no son casuales, sino que se articulan a algunas características del Estado y la sociedad colombianas”.<sup>362</sup> En el caso mexicano, al tiempo

<sup>359</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 76 y 77.

<sup>360</sup> Mark Ungar, *Elusive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, Boulder-Londres, Lynne Rienner Publishers, 2002, p. 1.

<sup>361</sup> Hugo Fröhling, “Judicial Reform and Democratization in Latin America”, en Felipe Agüero y Jeffrey Stark, *Fault Lines of Democracy in Post-Transition in Latin America*, Coral Gables-North-South Center Press, University of Miami, 1998, pp. 237 y 238.

<sup>362</sup> Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, “El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia”, en Alvaro Camacho Guizado y Francisco

que se ha pretendido que “la ausencia de un Estado de derecho en México no se debe a que el mexicano sea inherentemente irrespetuoso de las leyes, a una mentalidad “premoderna” o a la cultura política en la cual ha sido criado”, ha debido admitirse el legado de la “tradición ibérica autoritaria, prebendaria, burocrática y oportunista” que está en la base de una cultura política que es producto “de instituciones políticas y jurídicas específicas que han persistido a lo largo de nuestra historia”.<sup>363</sup> Uno tras otro, los análisis de las experiencias nacionales confirman el vínculo entre sociedad y justicia: “El aparato judicial condensa y refleja en gran medida la debilidad de las instituciones en Venezuela”,<sup>364</sup> que es lo mismo que se concluye en Argentina: “el derecho y sus operadores no son ni más ni menos que el país, y si quisieran separarse de él, rápidamente la realidad los bajaría a sus límites naturales”.<sup>365</sup> El español Andrés de la Oliva ha resumido la tesis: la justicia de un país tiende a padecer los mismos males de la sociedad correspondiente”. En definitiva, no se puede pedir a la justicia que resuelva aquellos problemas que la sociedad no ha sido capaz de solucionar: “No es razonable pretender que la administración de justicia, en una sociedad, rectifique todas, la mayoría o las principales consecuencias torcidas del desnortamiento [sic] social.<sup>366</sup>

Es imprescindible reconocer que “el derecho tiende a reflejar a la sociedad como un todo —su historia, sus valores, su cul-

Leal Buitrago (comps.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Santa Fe de Bogotá, PESCOL-IEPRI-CEREC, 1999, p. 44.

<sup>363</sup> Luis Rubio *et al.*, *A la puerta de la ley*, cit., p. 137.

<sup>364</sup> Venezuela. *Administración de justicia y crisis institucional*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 115.

<sup>365</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, 2002, p. 37.

<sup>366</sup> Andrés de la Oliva Santos, “El «factor humano» en la justicia (hablando claro sobre el tópico ‘justicia y sociedad’)\”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 10, julio-diciembre de 2007, p. 34.

tura y su política”,<sup>367</sup> así como el nivel de desarrollo de su economía. En consecuencia, las condiciones del funcionamiento de la justicia expresan lo que, en un momento dado, una sociedad es en conjunto. Específicamente, la independencia de los jueces se halla en correlación con el desarrollo socioeconómico de un país<sup>368</sup> o, dicho en otras palabras, la falta o la insuficiencia de independencia judicial —y del control de constitucionalidad, por los jueces, de los actos de gobierno— va bastante más allá de las disposiciones constitucionales o legales al respecto, para reflejar una enraizada carencia de observancia de las normas y de obediencia a la ley, y unos hábitos de impunidad y falta de respeto al derecho, establecidos desde antiguo.<sup>369</sup>

Dadas las dimensiones del cambio implícito en una transformación de la justicia, la reforma es un asunto de naturaleza política y, más aún, la política moldea la naturaleza de la reforma.<sup>370</sup> Este importante corolario no es siempre reconocido por intentos de reforma que, como veremos en la parte siguiente del volumen, pierden de vista el contexto que resulta determinante en la efectividad de las reformas.<sup>371</sup> El rediseño de las instituciones estatales está objetivamente limitado por procesos de largo plazo de formación del Estado y por los modos en que el derecho se ha configurado, ejercido y entendido por los diferentes grupos sociales.<sup>372</sup> En el extremo, las reformas de la justicia no

<sup>367</sup> Kenneth W. Dam, *The Law-Growth Nexus. The Rule of Law and Economic Development*, Washington, Brookings Institution Press, 2006, p. 231.

<sup>368</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. 481.

<sup>369</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. 18.

<sup>370</sup> William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Praeger, 2000, p. 8.

<sup>371</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, p. 6.

<sup>372</sup> Rachel Sieder, “Legal Globalization and Human Rights”, *op. cit.*, p. 85.

pueden planearse o ejecutarse sin tomar en cuenta “la crisis de la sociedad, sus raíces y sus efectos”<sup>373</sup> sin embargo, no resulta claro cuáles son los límites que ese contexto impone concretamente, en un país y un momento dados, al desarrollo del Estado de derecho, y dentro de él, al robustecimiento del sistema de justicia.

En lo que sí puede concluirse es que una reforma efectiva del sistema de justicia requiere cambios de fondo en la cultura política, el sistema de valores y las expectativas de la sociedad y de su dirigencia política.<sup>374</sup> Se ha afirmado, de manera algo esquemática, que se tendrá la clase de judicatura —ni mejor, ni peor— que la gente que ejerce el poder del Estado demande.<sup>375</sup> Debe entenderse que esa demanda está condicionada por lo que haga, o deje de hacer, la sociedad en la que ese estado adquiere sus rasgos, recluta sus dirigentes y constituye su agenda.

En suma, no es la reforma de la justicia —especialmente si es entendida como una serie de modificaciones legales y algunos cambios de infraestructura— la que traerá, por sí misma, los cambios culturales sino que una reforma requiere, para desarrollarse, de una nueva cultura jurídica que la sociedad geste y haga suya, lo que ciertamente corresponde al esfuerzo de algunas generaciones: “La mayoría de los países en transición y en desarrollo requerirán varias décadas para desarrollar la cultura jurídica y los cimientos requeridos para hacer efectiva la reforma de la justicia y el Estado de derecho”, entre los que se cuenta una “cultura general de respeto y apoyo al Estado de derecho y de aplicación justa e imparcial de la legislación”.<sup>376</sup> Sin tales cambios profundos, que si no deben preceder por lo

<sup>373</sup> Andrés de la Oliva Santos, *op. cit.*, p. 34.

<sup>374</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 11.

<sup>375</sup> Marvin E. Frankel, “Concerning the Role the Judiciary May Serve”, *op. cit.*, p. 24.

<sup>376</sup> John Hewko, *Foreign Direct Investment. Does the Rule of Law Matter?*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 2002, Rule of Law Series, núm. 26, pp. 4, 20.

menos tienen que acompañar el proceso de reforma del sistema de justicia, los resultados de cualquier intento fracasarán o se verán circunscritos a aspectos menores del sistema, que es precisamente lo que ha ocurrido con muchos de los proyectos desarrollados en este campo durante el último cuarto de siglo, como se verá en la siguiente parte de este libro.