

## CAPÍTULO TERCERO

### LOS INTENTOS DE REFORMA

Aunque es frecuente que todavía se hable de “reforma judicial”, dado que el problema comprende un ámbito que es mucho mayor al de los tribunales, lo más apropiado sería referirse a la reforma de la justicia, puesto que es el sistema, integrado por varias instituciones, aquello que requiere ser reformado o, más precisamente, transformado.

Como se ha visto en este libro, los intentos de llevar a cabo aquello que se denomina reforma de la justicia empezaron en América Latina a mediados de la década de los años ochenta. En rigor, había comenzado años atrás, en Cuba, cuando la revolución abarcó al aparato de justicia y se diseñó un sistema distinto al tradicional, cuya mayor originalidad apareció en lo que parecía ser una forma de justicia popular, en el nivel local, que pronto se reveló dependiente de los mecanismos de control político a cargo del partido único. El caso cubano, que nunca llegó a ser una referencia para quienes ejercían la crítica de la justicia latinoamericana, perdió interés muy rápidamente.

En los años setenta, el proceso de cambios que lideró en Perú el general Juan Velasco Alvarado —quien, desde los inicios de su gobierno, destinó duras críticas al aparato judicial— abordó el tema de la reforma de la justicia, limitándola en los hechos a un cambio de personas. En 1976, por primera vez en América Latina, una corte suprema designó una comisión encargada expresamente de la reforma. No obstante, en conjunto, el proceso no fue mucho más allá de encargar estudios y diagnósticos del funcionamiento del sistema, que también estuvieron entre los primeros

que se hicieron en la región. Al adoptar el proceso político un curso de retracción, el impacto logrado sobre la justicia —particularmente sobre la judicatura— quedó reducido a la creación de algunos fueros especializados —destinados a acompañar ciertas reformas introducidas por el gobierno en materia agraria y laboral, principalmente— y al nombramiento de jueces mediante un sistema de concursos públicos,<sup>377</sup> que también constituyó una novedad en términos de la experiencia latinoamericana.

En el nivel regional se empezó a hablar de reforma de la justicia cuando el gobierno de Estados Unidos puso el tema en la agenda hemisférica y se iniciaron los programas auspiciados por la cooperación internacional, a mediados de los años ochenta. Los proyectos respectivos se convirtieron en una ola —o en varias, si se toma en cuenta los diferentes énfasis temáticos que se fueron sucediendo— en los años siguientes. En los años noventa se inició la Reforma Procesal Penal, que en las dos décadas siguientes llegó, con contenidos similares, a 15 países de la región, conforme se verá en la última sección de esta parte.

Dado que tanto el orden legal como el aparato de justicia son constantemente afectados por determinados cambios, sobre todo legales, en esta introducción es pertinente preguntarse ante qué tipos de cambio puede hablarse propiamente de un proceso de reforma. Éste requiere no sólo de cierta envergadura sino estar basado en, sino un diagnóstico, cuando menos una crítica de determinados aspectos del sistema de justicia que se intenta reformar. Desde esta perspectiva, un mero cambio de un código o un incremento presupuestal que permite la expansión de la cobertura judicial no tienen la entidad suficiente para constituir una reforma del sistema de justicia. Estamos ante una reforma, propiamente, cuando el proyecto de cambio identifica en el sistema un problema estructural —o varios— y se intenta resolverlo mediante un conjunto de acciones determinadas que, ciertamente, pueden incluir cambios legales o incrementos presupuestales pero como componentes de un plan mayor.

<sup>377</sup> Luis Pásara, “Jueces, justicia y poder en el Perú”, *op. cit.*, pp. 59-70.

Si nos atenemos a esta definición es que puede decirse que el proceso de reforma de la justicia ha atravesado América Latina —o la mayor parte de sus países— en los últimos 25 años. Esa historia ha sido condensada en diversas versiones, muchas de ellas con un enfoque crítico respecto de lo realizado. William Prillaman<sup>378</sup> da por sentado que en todo el proceso se ha carecido de una teoría de la reforma y apunta que, en consecuencia, cada proceso se ha focalizado en unos cuantos temas, buscando consolidar primero ciertos cambios para avanzar luego hacia otros temas. Al tiempo de abordar los temas separadamente, sostiene, se procedía con la reforma de la justicia aislándola, como si fuera posible, del juego de fuerzas políticas. Pilar Domingo<sup>379</sup> ha complementado la observación acerca de la falta de teoría al notar que todo el proceso ha estado caracterizado por el aprendizaje mediante la práctica (*learning-by-doing*).

Binder y Obando<sup>380</sup> consideran que la reforma tuvo una primera etapa referida al cambio de la educación y formación del abogado —que, situado a partir de los años sesenta, en rigor sería más bien un antecedente puesto que no tenía como objetivo explícito la búsqueda de una transformación del sistema de justicia—, seguida de varias otras que incluyeron la atención de temas medioambientales, el comercio internacional, la seguridad jurídica, y más recientemente, la seguridad ciudadana; finalmente, se habría planteado el tema del acceso a la justicia. Linn Hammergren<sup>381</sup> ha subrayado la incorporación, en un momento del proceso, del concepto de “fortalecimiento”, que abarcó independencia judicial, modernización de leyes y procedimientos internos, profesionalización de jueces y demás funcionarios, incorporación de nuevas tecnologías y mejora de sistemas administrativos, y

<sup>378</sup> William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Praeger, 2000, pp. 4 y 5.

<sup>379</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 167.

<sup>380</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 47.

<sup>381</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 3.

educación de los abogados y el público en torno a cómo hacer un mejor uso del sistema de justicia.

Decker, Möhlen y Varela<sup>382</sup> han delimitado tres periodos de la reforma. El correspondiente a 1980 puso atención, según sostienen, a la conexión entre la justicia y la gobernanza democrática. En la década siguiente, con la intervención más activa de los donantes, se puso énfasis en la calidad del servicio público ofrecido por la justicia y la necesidad de su modernización, siendo así que Estados Unidos y Alemania dedicaron sus recursos a la reforma penal. Finalmente, la tercera etapa correspondería a la conexión entre el Estado de derecho y el desarrollo del mercado, formulada desde las teorías económicas neo-institucionalistas, en cuyo marco se produjo el ingreso de los bancos multilaterales a la financiación de la reforma. Sin embargo, ha sido Linn Hammergren<sup>383</sup> quien ha logrado la mejor reconstrucción de la historia de la reforma, no en un sentido cronológico sino mediante el examen de los diferentes contenidos que han aparecido en las reformas. Ocho áreas temáticas aparecen en su recuento, acompañadas de una constante: el aumento de presupuestos dedicados al sistema de justicia, tanto por los gobiernos nacionales como por los actores externos, en calidad de donación o de préstamo.

La primera área es la de reforma legal, que fue probablemente el componente inicial en muchos proyectos y que cada vez se utiliza menos pero tiende a reaparecer como una especie de *tic* que sufren los abogados. Otra área es la de infraestructura y sus componentes clásicos: computadoras y edificios; esta área fue preferida por los donantes que no querían participar en los aspectos más políticos de la reforma, particularmente el BID pero también USAID cuando concluía en que, en un país y momento dados, no había condiciones para intentar reformas de mayor

<sup>382</sup> Klaus Decker *et al.*, *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent Experiences from Selected OECD Countries relevant for Latin America*, Washington, The World Bank, 2011, pp. 26 y 27.

<sup>383</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, pp. 8-18.

profundidad. La tercera área es la Reforma Procesal Penal, que contó con su propia justificación ideológica y adquirió una intensa dinámica propia. La cuarta área corresponde a las redefiniciones institucionales: consejos y tribunales constitucionales, ambos vinculados al fortalecimiento de la independencia y la mejora de la capacidad del aparato de justicia para controlar la legalidad de los actos de gobierno. La quinta dimensión, componente o línea es el “fortalecimiento institucional”, que incluyó atención a la mejor selección de personal, organización del despacho y ampliación de servicios (centros de mediación, defensa pública, etcétera). La sexta dimensión corresponde al acceso a la justicia, que en Brasil tuvo expresión en los tribunales de pequeñas causas pero en otros países dio paso a traductores, mecanismos de información al público e intentos originales como los juzgados móviles. La séptima dimensión, que en buena medida ha funcionado paralelamente a la reforma y que en muchos casos no fue incorporada a los planes de reforma, está constituida por los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, desde los vinculados al viejo derecho (como arbitraje o mediación) hasta los que se han propuesto como revolucionarios: reconocimiento del derecho indígena o formas locales de administrar justicia. Finalmente, cuando todas las demás entradas mostraron sus insuficiencias, apareció la línea de la “sociedad civil”, como el elemento que, mediante vigilancia y denuncia, *advocacy* y propuesta, podía enmendar la ruta de la reforma de la justicia.

Si se quiere seguir en el tiempo la evolución de los temas abordados por el proceso de reforma, en el principio fue el cambio de leyes y el incremento de los recursos: mejores sueldos, edificios más adecuados y computadoras. Casi en seguida vinieron los esfuerzos de capacitación. Algún tiempo después siguió la preocupación por el sistema de nombramientos. Bajo la etiqueta de la modernización, surgió la preocupación por la separación de funciones jurisdiccionales de las administrativas, y con ella, el tema del despacho judicial y el de la reorganización de flujos. Siguió la lucha contra la corrupción y luego, la preocupación por

la incorporación de “otros derechos” mediante el llamado pluralismo jurídico.

Estos temas no se han dado en todos los países, ni en cada país han aparecido precisamente en ese orden. Generalmente, no han formado parte de planes maestro —excepto, parcialmente en Guatemala, caso que es uno de los que muestra mejor el intento de dar organicidad al conjunto de proyectos— sino que los diferentes temas han sido objeto de iniciativas a cargo de diferentes actores —con el protagonismo de la cooperación internacional, en ciertos casos— y en diversos momentos. Tales iniciativas, emprendidas a menudo sin haberse evaluado las realizadas previamente o las que aún se hallaban en curso, se han superpuesto unas sobre otras haciendo que en diversos países la reforma sea, en los hechos, múltiples reformas que han tratado de avanzar en diferentes direcciones, sin conexión entre ellas, y con logros parciales en unos casos y nulos en otros. Hablar, de *la* reforma, en cierta manera, es un abuso del lenguaje. “La reforma judicial es un proceso vivo y variopinto... representa muy bien las similitudes y anhelos comunes y las diferencias y tendencias nacionales... el fenómeno es esencialmente diverso, aunque muestre anhelos y plataformas históricas comunes”.<sup>384</sup> En realidad, estamos ante muchas reformas de la justicia, realizadas incluso en un mismo país.

En ese paisaje, diversas bases ideológicas han ido surgiendo sucesivamente con el propósito de justificar la reforma. Entre ellas destacan la gobernabilidad democrática, la creación de condiciones para la inversión privada y el crecimiento, y la atención a la seguridad ciudadana y el combate al delito. Estas justificaciones han acompañado, en determinados momentos, a algunos de los temas abordados por el proceso de reforma, tanto con ocasión de explicarlos a la opinión pública o ante quienes debían tomar las decisiones para adoptarlos, como en los procesos de capacitación dirigidos a motivar a los operadores del sistema para hacer suyos los cambios propuestos.

<sup>384</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

El impacto de los actores externos, que será abordado en la cuarta parte de este libro, no puede ser minusvalorado. Entre ellos hay que considerar la influencia en el proceso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>385</sup> que en determinada medida han obligado a los Estados miembros del sistema a atenerse a sus compromisos internacionales en relación con el respeto a los derechos de sus ciudadanos. Operando como un límite a los excesos gubernamentales en materia de derechos humanos, el sistema interamericano ha llevado a la apertura o reapertura de procesos judiciales y, al tomar decisiones de efecto obligatorio para los estados, ha contribuido de manera especial al cambio en la actuación de los poderes judiciales de diversos países de la región.

Antes de ingresar al cuerpo de esta parte, conviene hacerse una pregunta introductoria más, a partir de la historia de la reforma en la región: ¿cuándo se produce una reforma? Ha tenido resonancia la respuesta dada por la politóloga Jodi Finkel, a partir de algunos casos observados en la región: las reformas de la justicia se hacen políticamente viables cuando el partido gobernante prevé que no continuará en el poder luego de las siguientes elecciones y entonces calcula que una judicatura independiente lo preservará de la persecución política que quieran emprender los vencedores. La reforma sería una “póliza de seguro” que quien se halla todavía a cargo del gobierno tendrá interés en comprar y, cuanto más declinante sean sus posibilidades políticas, mayor será la reforma que esté dispuesto a acometer.<sup>386</sup> Aunque algunos casos concretos parezcan probar la tesis, otros no resultan explicados por ella. Incluso en el caso de un partido que se anticipa perdedor, llenar el sistema judicial de magistrados que le son cer-

<sup>385</sup> Druscilla Scribner, “Courts, Power, and Rights in Argentina and Chile”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 272.

<sup>386</sup> Jodi S. Finkel, *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2008, pp. 3-9.

canos resulta una vía mucho más sencilla y más utilizada para precaver una posible persecución que emprender un complejo, azaroso e impredecible proceso como la reforma de la justicia.

Es difícil dar una respuesta certera a la pregunta de cuándo se produce una reforma. No obstante, hay ciertos elementos que aparecen en la experiencia latinoamericana.<sup>387</sup> De un lado, se requiere no sólo un importante malestar social respecto de la justicia sino también algunos grupos organizados que desarrollen activamente cierta capacidad de crítica y de propuesta al respecto. De otro lado, se necesita una situación en la que el gobierno requiera incrementar su legitimidad y acepte aprobar medidas de reforma que estime que no le significarán mayor costo o que, en el caso de mediar una presión social alta, esté dispuesto a embarcarse en un proceso de más alcance.

El descontento e incluso el rechazo social, como se sabe, han sido una constante histórica del sistema de justicia, y en consecuencia, no marcan una diferencia importante. De lo que se trata, más bien, es que ese malestar se convierta en un problema para quienes deben tomar las decisiones políticas que pongan en marcha la reforma. A tal efecto, entre los grupos activos, a lo largo de estas décadas han estado presentes diversas entidades de la cooperación internacional —que a menudo facilitaron el proceso haciéndose cargo de una parte de los costos—, y en buena parte financiadas por ellas, cierto número de ONG que han adoptado el tema de la reforma como suyo. La importancia y el peso del conjunto de factores intervinientes determinarán la dimensión de la reforma, desde la limitada acción legislativa de cambiar ciertas leyes hasta la alteración de aspectos estructurales del sistema.

En esta parte del libro se examinará primero tanto logros y avances como fracasos y límites de las reformas intentadas; se abordará luego el análisis de los obstáculos hallados a lo largo de estos intentos realizados en la región; finalmente, se mirará en

<sup>387</sup> Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Boulder, Westview Press, 1998, p. 23; Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 166.



particular al caso de la Reforma Procesal Penal que, debido a su cobertura en la mayor parte de la región y a que corresponde en lo fundamental a un mismo modelo aplicado, puede sugerir elementos de aprendizaje valiosos.

## I. AVANCES Y LÍMITES

Una reforma de la justicia es lenta y su desarrollo es complicado y conflictivo en razón de que el proceso implica cambios institucionales complejos y plagados de enfrentamientos, por lo cual su rumbo y resultados son no sólo impredecibles<sup>388</sup> sino que están sujetos a controversia. Esos atributos, junto a la carencia usual de un diagnóstico que establezca con cierta fidelidad cuál era la situación previa<sup>389</sup> a la reforma, confluyen para generar una gran dificultad cuando se trata de establecer los avances efectivamente producidos mediante una reforma dada del sistema de justicia.

Las diferencias existentes entre un país y otro —atingentes, en cada caso nacional, tanto al punto de partida como a los contenidos incluidos en esa reforma en particular— hacen, además, que el estándar de medición diseñado para un caso no sirva para otro<sup>390</sup> y deba, entonces, trabajarse con criterios e instrumentos que sólo hasta cierto punto son útiles para efectuar análisis comparativos. Al buscar la evaluación del impacto de la reforma en los cambios surgen problemas tanto en el momento de diseñar los instrumen-

<sup>388</sup> Linn Hammergren, “Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más”, en Alfredo Fuentes Hernández (ed.), *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999, pp. 4, 16.

<sup>389</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. 361.

<sup>390</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 169; Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 364; Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 9.

tos adecuados como al tiempo de aplicarlos en la verificación.<sup>391</sup> En suma, estamos ante procesos complejos<sup>392</sup> cuya evaluación es una tarea ardua,<sup>393</sup> especialmente porque, como ocurre en México, en toda la región “no hay información que mida el impacto de las reformas”.<sup>394</sup>

De allí que a menudo se use el recurso de la opinión pública existente respecto de la reforma introducida o sus resultados. Es éste un mecanismo de fácil aplicación —basta realizar una encuesta de opinión entre el público en general, entre usuarios del sistema o entre supuestos conocedores del mismo— pero el atajo termina reemplazando el objeto de conocimiento pretendido —la calidad del funcionamiento de la reforma en el sistema de justicia— por las opiniones existentes sobre él o las impresiones que produce. A menudo, las reformas conllevan desajustes en el funcionamiento, que inicialmente, pueden sugerir que hay una desmejora en los rendimientos. A ese efecto perturbador de las percepciones hay que agregar que el público no siempre está enterado de las reformas en curso ni tiene acceso a la información suficiente para evaluar cabalmente su eficacia; peor aún, con cierta frecuencia, los medios de comunicación desinforman a la población respecto al tema, en su búsqueda de los escándalos como centro de atención. Ciertamente, la percepción social es clave en la marcha del proceso de reforma pero no puede constituirse en el elemento central para evaluarlo. Al final del proceso, si éste es exitoso, el ciudadano deberá notarlo pero, sobre todo mientras las reformas se desenvuelven, la opinión pública no es el referente más adecuado para evaluar la calidad de las mismas.

<sup>391</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 364.

<sup>392</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 235.

<sup>393</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. 5.

<sup>394</sup> José Antonio Caballero Juárez y Hugo A. Concha Cantú, “Los elementos de la reforma judicial: una propuesta multidisciplinaria para el estudio de los tribunales estatales mexicanos”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 1, enero-junio de 2003, p. 72.

¿Cómo medir seriamente entonces los avances producidos por una reforma del sistema de justicia? En abstracto, hay tres posibles enfoques conceptuales. El primero confronta los logros alcanzados con el ideal de reforma —o de sistema de justicia— que el observador tiene, y que no siempre hace explícito. El segundo enfoque compara los objetivos trazados por el proyecto de reforma con los resultados obtenidos. Aunque parece el más objetivo y simple, sólo es útil si los objetivos fueron claramente establecidos y si se dirigieron a aspectos clave del sistema; aún así, para este enfoque ciertas consecuencias importantes que no fueron anticipadas en el proyecto pasan desapercibidas. El tercer enfoque coteja la situación previa a la reforma con aquélla a la que se arribó al cabo de la reforma. Es probablemente el más pertinente, aunque regularmente enfrenta la ya señalada dificultad de no contarse con un buen retrato de las condiciones del sistema prevalentes antes de intentarse los cambios. En la práctica, los balances que se encuentran en la bibliografía disponible combinan elementos de estos tres enfoques.

Se ha planteado entender como avance:

la progresiva remoción y eliminación, por lo menos de algunos de los elementos estructurales de atraso provenientes de las raíces coloniales, o la modificación sustancial e irreversible (con la vaguedad que la palabra ‘irreversible’ tiene siempre que se habla de procesos sociales), de alguno de los patrones de funcionamiento del sistema judicial notoria y unánimemente criticados (morosidad, formalismo, corrupción, parcialidad, etcétera).<sup>395</sup>

Sin embargo, tal criterio sustantivo tiene que adquirir formas concretas y prácticas de ejecución, para evitar que desemboque en meras apreciaciones, sujetas al parecer de quien las formula. A este efecto, se ha propuesto la combinación de elementos cuantitativos y cualitativos.<sup>396</sup> Los primeros medirían datos como

<sup>395</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 71.

<sup>396</sup> William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Praeger, 2000, p. 6.

las nuevas leyes aprobadas, el incremento en el número de jueces y juzgados o la introducción de nuevos sistemas de manejo de casos, estos instrumentos del cambio resultan una referencia a tomar en cuenta pero lo que importa son los resultados en el funcionamiento del sistema. Esto último sería apreciado mediante el uso de instrumentos cualitativos dirigidos a evaluar en la producción del sistema asuntos específicos como si la calidad de las decisiones judiciales ha mejorado o si los jueces someten o no a control los actos de gobierno.

En definitiva, sólo el examen de las decisiones que el sistema produce<sup>397</sup> —y que constituyen su razón de ser— puede proporcionar la medida definitiva acerca de los resultados de una reforma: ¿corresponden las decisiones del sistema a una lógica cercana a la realidad de esos conflictos?, ¿contienen enfoques más adecuados para resolver los conflictos que son sometidos a los jueces?, ¿disponen remedios para los abusos del poder? Ciertamente, desde el análisis cuidadoso de las sentencias producidas, éstas y otras preguntas pertinentes podrán ser respondidas no con una afirmación o una negación sino con grados resultantes de la medición del cambio. En esa dirección, probablemente los objetivos específicos del programa de reforma pasan a un segundo plano, mientras la situación previa a la reforma, de un lado, y los atributos que se busca crear en el sistema, de otro, son elementos relevantes para el balance a ser trazado. Ciertamente, la capacidad de generar un producto distinto y mejor debe respaldarse en condiciones institucionalmente alcanzadas desde las cuales se esté en aptitud de detectar problemas y generar soluciones.<sup>398</sup>

Lejos de tales criterios, lo que prevalece en pretendidas evaluaciones son, más bien, impresiones y generalizaciones que no ofrecen elementos de base precisos para su formulación. Éste es claramente el caso de las entidades de cooperación internacional que operan en materia de justicia en la región, que tienden a

<sup>397</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, p. 170.

<sup>398</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 72.

ofrecer un cuadro en el que generalmente aparece un importante nivel de cambio producido en los sistemas de justicia. Por ejemplo, según el balance hecho en 2002 por la agencia de cooperación de Estados Unidos, USAID:

mucho ha cambiado. Jueces y fiscales están demostrando mayor independencia y más voluntad de enfrentar las ilicitudes de los poderosos. Los grupos carenciados han ganado mayor acceso a asistencia y soluciones legales. Dentro de los sistemas judiciales, el número de personal se ha incrementado. Tanto los jueces como el personal están mejor calificados y con mayor frecuencia son seleccionados mediante sistemas de mérito y reciben capacitación especializada. Los procedimientos son más rectos, transparentes y eficientes. Los presupuestos son mayores, la productividad es más alta y la carga acumulada es menor. La corrupción y la impunidad no más son consideradas aceptables o inevitables, la sociedad está cada vez más interesada en los esfuerzos de reforma de la justicia y la conciencia pública global se ha incrementado. USAID ha jugado un papel importante en concentrar la atención sobre estos temas, en apoyar reformas exitosas y en promover el respeto por el estado de derecho.<sup>399</sup>

En ese retrato —trazado, como se ve, para justificar el trabajo de la agencia estadounidense— parece difícil reconocer la realidad de la justicia en la mayor parte de —sino todos— los países de la región. De manera similar, sin citar casos concretos a los que se refiera, un balance apuradamente trazado en un informe del Banco Mundial de 1998 sostuvo:

los poderes judiciales se han hecho más efectivos en frenar los abusos de derechos humanos... Ciertos países han reducido el volumen de carga atrasada y los plazos para resolver al menos en cierto tipo de casos; se atiende a más usuarios; los jueces se

<sup>399</sup> *Achievements in Building and Maintaining the Rule of Law. MSI's Studies in LAC, E&E, AFR and ANE*, Washington, Office of Democracy and Governance, Bureau for Democracy, Conflict, and Humanitarian Assistance, USAID, Occasional Paper Series, noviembre de 2002, p. 3.

muestran más conocedores del derecho, menos arbitrarios en sus decisiones o menos flagrantes en sus abusos...; países donde las élites pasaban por encima de la ley con impunidad han empezado a juzgar a ciudadanos prominentes y funcionarios.<sup>400</sup>

Aunque algo menos pretencioso, el balance propuesto en 2011 por otro equipo del Banco Mundial tampoco parece corresponder a nuestras realidades efectivas:

las reformas trajeron cambios radicales en la estructura y operaciones del sector justicia en América Latina. Las más drásticas fueron legales e institucionales e incluyeron: (a) modernizar los consejos de justicia, las defensorías públicas y los ministerios públicos...; incrementar el compromiso de los tribunales en garantizar la aplicación de las leyes sustantivas y de procedimiento, particularmente en lo referido a asuntos penales; y (c) crear nuevas organizaciones tales como cortes o salas constitucionales, responsables de proteger derechos constitucionales y decidir acerca de la constitucionalidad o legalidad de las políticas del poder ejecutivo. Las reformas han mejorado la cantidad y calidad de los recursos disponibles para las instituciones del sector... Las reformas administrativas y de gestión fueron menos radicales pero aun así significativas... Las reformas generaron... un progreso sustancial en términos de: (a) encarar abusos de derechos humanos; (b) controlar influencias externas; (c) reducir retrasos en el manejo de casos...; y (d) facilitar acceso a ciudadanos vulnerables y actores del sector privado.<sup>401</sup>

Según estas descripciones, que sugieren imprecisamente una generalización de resultados altamente positivos en la región, el producto de las reformas de la justicia intentadas durante los últimos 25 años sería una transformación del sistema, que habría alcanzado algunos objetivos ambiciosos mediante cambios radi-

<sup>400</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 111.

<sup>401</sup> Klaus Decker *et al.*, *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent Experiences from Selected OECD Countries Relevant for Latin America*, *op. cit.*, pp. 27, 29, 31.

cales ya producidos en las instituciones que lo integran. Tales descripciones, que no pueden apoyarse en datos o casos concretos, corresponden a la necesidad de defender el trabajo realizado, y sobre todo, los desembolsos efectuados —como donaciones o préstamos, según sea el caso— por las entidades de cooperación internacional. No son, pues, análisis o evaluaciones, propiamente hablando, son justificaciones.

En el lado académico se encuentra un sector —minoritario pero muy activo, sobre todo en lengua inglesa— que, al enfocar su atención en un aspecto circunscrito del funcionamiento de los sistemas de justicia en la región, traza también un panorama sumamente positivo. Se trata de algunos de los politólogos, tanto estadounidenses como latinoamericanos, que han dedicado atención al fenómeno conocido como “la judicialización de la política”, por el que determinados asuntos públicos han ingresado recientemente a la esfera de competencia efectiva de la justicia constitucional. Algunos de estos autores advierten en los jueces menor permeabilidad a la presión política junto a una creciente capacidad para influir en políticas públicas, lo que constituiría la adopción de “un nuevo papel” por los juzgadores latinoamericanos, que de esta manera estarían llevando a cabo una ampliación del horizonte de derechos ciudadanos.<sup>402</sup> Tales afirmaciones se formulan sin precisar que se está abordando, primero, el caso de la justicia constitucional —que, pese a su enorme importancia, constituye un pequeño sector de la carga judicial— y segundo, que los ejemplos disponibles se limitan a unos cuantos países. Los casos de la justicia constitucional en Costa Rica y en Colombia, en efecto, corresponden a tales desarrollos; con menor énfasis y

<sup>402</sup> Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, “Introduction. Courts in Latin America”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, pp. 2, 21; Alexandra Hunneus, *op. cit.*, “Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in contemporary Latin America”, en Javier Couso (eds.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, pp. 3, 8, 10.

regularidad puede listarse a Brasil y Argentina. Pero, en cambio, casos como el de El Salvador o el de Guatemala —como la mayor parte de los países centroamericanos— no exhiben un control judicial efectivo sobre los actos de gobierno.<sup>403</sup> Algunos politólogos formulan, pues, una confusa generalización a partir de unos cuantos casos, en efecto existentes, para reconocer un alto perfil político a los tribunales de la región, que éstos en verdad no han ganado. De este modo, un análisis que tiene base en aquellos asuntos de naturaleza política que actualmente son llevados a la justicia conduce a afirmar la existencia de cambios en el sistema de justicia como un todo, omitiendo referirse a la subsistencia de viejos criterios, incluso en materia constitucional, que continúan siendo usados por los jueces ordinarios para tratar millones de asuntos sometidos a la justicia.

Dispersas, se encuentran afirmaciones con sesgo similar entre algunos analistas de las reformas. Así, tratándose de la justicia penal, se ha afirmado, sin especificaciones ni referencias empíricas, que “la fisiología del antiguo sistema judicial ya se ha modificado... ya se ha producido un principio de ruptura cultural”.<sup>404</sup> Por el contrario, quienes han puesto más cuidado en el examen de los cambios subrayan que, si bien las reformas han producido avances, éstos “han sido desiguales, tanto dentro de los países como entre ellos”.<sup>405</sup>

Si se mira a los datos más sobresalientes, aparece cierta similitud en las reformas adoptadas:

- a) Doce países de la región han creado consejos de la judicatura o la magistratura, para hacerse cargo de todo o

<sup>403</sup> Michael Dodson y Donald W. Jackson, “Horizontal Accountability and the Rule of Law in Central America”, en Scott Mainwaring y Christopher Welna (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 231.

<sup>404</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 103.

<sup>405</sup> Linn Hammergren, “Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más”, *op. cit.*, p. 13.



- parte del proceso de nombramiento de jueces, y en algunos casos, administrar el Poder Judicial.
- b) En seis países de la región, además de Puerto Rico, la Constitución establece un porcentaje mínimo del presupuesto nacional que se dedicará al sistema de justicia o al Poder Judicial: Argentina, Costa Rica, El Salvador, Panamá, Paraguay y Venezuela.
  - c) Como resultado de ésta y otras medidas, casi todos los países han aumentado —en algunos casos muy significativamente— el número de tribunales, han incrementado los sueldos de jueces, fiscales y defensores públicos, han creado escuelas judiciales para mejorar el nivel formativo del personal y han introducido —aunque de manera algo desordenada— la informática y otras tecnologías.
  - d) Quince países de la región han establecido la Reforma Procesal Penal que ha sustituido el sistema de enjuiciamiento tradicional, conforme se verá más adelante, según un modelo que tiene inspiración alemana pero, sobre todo, influencia estadounidense.
  - e) De modo complementario, el establecimiento de las defensorías del pueblo o procuradurías de derechos humanos<sup>406</sup> ha aumentado la información disponible a sectores populares, ha servido para recolectar información significativa, y en algunos casos ha sido útil para mediar en conflictos importantes o apoyar la organización de grupos capaces de demandar.

Debe notarse que las reformas han sido intensivas en el uso de recursos económicos destinados principalmente a edificios, informática e incremento de salarios.<sup>407</sup> En conjunto, puede decirse que: “Las reformas han producido considerables cambios en la organización, operación, recursos y visibilidad de las organizaciones sectoriales de la región”, que han llevado, a que en la ma-

<sup>406</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, p. 198.

<sup>407</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 349.

yor parte de nuestros países, “el sector judicial luce y opera de manera muy diferente a como lo hacía antes de que se iniciara este proceso”.<sup>408</sup> Esto incluye la aparición de algunas entidades —como los tribunales constitucionales en Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú y República Dominicana— y la reingeniería de otras, como los Ministerios Públicos y la defensa pública, la puesta en marcha de nuevos códigos, etcétera.

¿Qué cambió y qué no ha sido en verdad modificado por este vasto despliegue de reformas introducidas en el ámbito de la justicia latinoamericana durante el último cuarto de siglo? No es fácil dar una respuesta precisa debido a que no se cuenta con suficientes balances con base empírica confiable para evaluar los resultados de los múltiples cambios introducidos. Se ha mirado poco a los frutos que los medios e instrumentos de reforma han producido en los hechos. En consecuencia, muchas preguntas clave siguen pendientes. Por ejemplo, los politólogos atentos a la judicialización de la política se han preguntado hasta qué punto los tribunales latinoamericanos quieren y son capaces de proteger los derechos individuales o arbitrar disputas atinentes a la separación de poderes.<sup>409</sup> Las respuestas, casi invariablemente, consisten en generalizaciones algo forzadas o se apoyan en determinados casos que muestran una respuesta inclinada en un sentido o en el contrario. La realidad probablemente corresponde a una gama de situaciones, que nunca parecen definitivamente consolidadas, y en ellas los logros a menudo dependen, más que del desarrollo y la madurez institucional, de un líder o de un grupo de actores comprometidos con aquella reforma que, al dejar ellos sus responsabilidades, tiende a languidecer; lo que lleva a pensar

<sup>408</sup> Linn Hammergren, “Usos de la investigación empírica para el reenfoque de las reformas judiciales: lecciones desde cinco países”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, pp. 16 y 17; Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, cit., p. 6.

<sup>409</sup> Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, “Introduction. Courts in Latin America”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 5.

que las reformas que progresaron lo hicieron debido a circunstancias únicas y también efímeras.<sup>410</sup>

Lo que sí sabemos es que, cualquiera que haya sido la importancia de los logros, los ciudadanos latinoamericanos persisten en su insatisfacción respecto de la justicia que tienen<sup>411</sup> —e incluso la acrecientan— y, según reiteran las encuestas periódicamente, desconfían de su funcionamiento y de sus decisiones. Acaso un inventario de algunas de las áreas centrales de las reformas ayude a comprender esta marcada tendencia de la opinión pública. Se intentará hacerlo en seguida respecto de dos ámbitos principales: la independencia judicial y la eficiencia del sistema.

Como se ha visto en este libro, una de las carencias más flagrantes de los sistemas de justicia ha sido su falta de independencia, especialmente respecto del poder político. Una buena parte de los intentos de reforma han enfrentado este asunto. Algunos han puesto énfasis en un cambio del diseño institucional del sistema y concentraron esfuerzos en aprobar normas constitucionales y legales que declaran garantizar la independencia judicial. Otros, además, han modificado específicamente los mecanismos de nombramientos judiciales que, como se ha visto, estando a cargo de instancias políticas, constituían el eslabón clave para canalizar la interferencia del poder en materia judicial. En pocos casos, sin embargo, se ha atendido a las intromisiones que, desde el interior de la propia institución, atentan contra la independencia del magistrado. En otras palabras, las reformas han atendido más a la independencia externa que a la independencia interna de jueces y fiscales.

Ciertamente, es distinto el caso de los nombramientos de jueces de una corte suprema —respecto a los cuales hay una mayor gravitación de intereses de poder— y los de otras instancias. En lo que concierne al nombramiento de los jueces o tribunales ordinarios los sistemas existentes en la región incluyen cuatro for-

<sup>410</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, pp. 16, 29.

<sup>411</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 6.

mas: el nombramiento íntegramente a cargo de órganos del Poder Judicial, y en algunos casos, de la corte suprema, como ocurre en Panamá, Nicaragua, Honduras, República Dominicana, Venezuela, Uruguay y Brasil, el nombramiento a cargo del organismo judicial pero la selección previa bajo responsabilidad de un órgano externo, que elabora la lista de candidatos, como ocurre en El Salvador, Colombia y Bolivia, el nombramiento en una instancia política pero la selección previa bajo responsabilidad de un órgano distinto, como ocurre en Argentina y en Chile, y el nombramiento a cargo de un órgano distinto al Poder Judicial, que no es una instancia política, como ocurre en Perú y debería funcionar en Ecuador según la Constitución de 2008.

El mecanismo más utilizado, en los procesos de reforma, ha consistido en la creación, en una docena de países, de órganos especializados en materia de nombramientos, con el propósito declarado de atenuar, si no eliminar, la injerencia política en ellos. Si bien la introducción de estos consejos, de una parte, equivale al fin de los nombramientos simple y directamente políticos —por el Poder Ejecutivo o el Congreso—, y de otra, conlleva los concursos públicos para designar a quienes serán jueces, aspectos que habrían beneficiado el margen de independencia individual del juez en el ejercicio del cargo,<sup>412</sup> en varios casos la constitución de los consejos ha significado un reacomodo de las fuerzas que gravitaban en los nombramientos, que han tenido que trasladar su presencia al consejo. En Paraguay, Argentina, Costa Rica, Brasil, Bolivia y Colombia, la introducción del consejo mantuvo como actores prevalentes a quienes ya lo eran antes; en cambio, en los casos de Guatemala y Ecuador se optó por dar a los jueces mayor poder a través de la creación del consejo, mientras en Perú y El Salvador se dio presencia en la nueva institución a representantes de organizaciones de la sociedad civil.

<sup>412</sup> Linn Hammergren, *Do Judicial Councils further Judicial Reform? Lessons from Latin America*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Rule of Law Series, núm. 28, junio de 2002, pp. 19 y 20.

Algunos autores sostienen que, en ciertos países, las conexiones políticas de los candidatos pesan más que sus méritos y que esto sigue afectando el nivel de independencia judicial.<sup>413</sup> En un informe sobre el funcionamiento de los consejos, se cita los casos de Argentina y Paraguay como ilustrativos de la penetración partidaria en ellos,<sup>414</sup> y se ha argumentado que quienes controlaban las cortes ahora controlan los consejos a través de “sus representantes” en esos nuevos órganos. En otras palabras, “los consejos han sido tan permeables a las influencias políticas en el manejo de las carreras judiciales como antes lo eran los otros poderes del Estado”,<sup>415</sup> tesis que llevaría a pensar que no se han producido mejoras.<sup>416</sup>

Cuando se compara, en cada país, la situación previa y la actual, surgen matices importantes. Así, en Colombia, el sistema de cooptación —que tuvo origen en el plebiscito de 1957 y se mantuvo hasta la creación del Consejo Superior de la Judicatura en 1991— significó que los miembros de la Corte Suprema eligieran a sus nuevos integrantes y designaran a los magistrados de los tribunales, y éstos a los jueces. El mecanismo no estaba abierto a la intervención política directa pero “generó un perjudicial clientelismo al interior de la propia rama judicial”, al tiempo que “impedía la llegada a la rama judicial de aquellos que se distanciaban críticamente de las posturas de las altas cortes”.<sup>417</sup> En el caso de México, los consejos de la judicatura surgidos en diversos estados

<sup>413</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>414</sup> Sebastián Tedeschi *et al.*, “Informe comparativo”, *Consejos de la magistratura. Los consejos de la magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú, Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, edición especial, 2003, p. 288.

<sup>415</sup> Juan Enrique Vargas, “Alternativas para estructurar el gobierno judicial respetando la independencia de los jueces”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile, Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, 2007, p. 109.

<sup>416</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, pp. 18, 21; Mark Ungar, *op. cit.*, pp. 143, 173.

<sup>417</sup> Rodrigo Uprimny, “Administración de justicia, sistema político y democracia: algunas reflexiones sobre el caso colombiano”, en Jaime Giraldo Ángel,

de la Federación fueron integrados según criterios basados “más en amistades y filiaciones partidarias que en la capacidad de los designados”. En el nivel federal, la negociación política entre los partidos ha dado lugar a que muchos consejeros “sean individuos con claras vinculaciones partidistas o con una reducida capacidad para poder asumir las tareas que les son conferidas”.<sup>418</sup> En los casos de El Salvador, Bolivia y Argentina, la interferencia política en el nombramiento y desempeño judicial era importante antes de incorporar al consejo en el sistema de justicia; sin embargo, una vez que éste comenzó a funcionar la situación no se alteró radicalmente: en El Salvador, debido a que la Corte Suprema siguió funcionando como el canal de interferencia de la política; en Bolivia, en razón de que los partidos políticos se repartieron los cinco asientos del Consejo,<sup>419</sup> y en Argentina, porque los partidos políticos se reservaron 9 de 20 representantes en el Consejo hasta 2006, cuando pasaron a ser 7 de 13, una importante porción de los cuales responde al partido gobernante. No obstante, en el caso argentino, donde el nombramiento estuvo tradicionalmente a cargo de los legisladores —que “lograron no sólo la nominación de adictos a su línea política, o de personas propuestas o exigidas por corrientes partidarias, sino, muchas veces, de parientes directos (hijos, esposa, hermanos) o políticos (yernos, nueras)”—, un análisis cuidadoso del funcionamiento del consejo concluye: “Lo central del nuevo sistema es la limitación —no eliminación— de los acuerdos políticos desembosados, y el *pase de la discrecionalidad total de la política a una elección restringida*”.<sup>420</sup>

*et al.* (eds.), *Justicia y sistema político*, Santa Fe de Bogotá, IEPRI-FESCOL, 1997, p. 81.

<sup>418</sup> José Antonio Caballero Juárez, “La independencia de los poderes judiciales a diez años de reforma en México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 6, julio-diciembre de 2005, pp. 88 (nota 12), 91.

<sup>419</sup> Linn Hamnergren, *Do Judicial Councils Further Judicial Reform? Lessons from Latin America*, *cit.*

<sup>420</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, pp. 63 y 67.

No obstante las diferencias anotadas, en todos los países de la región el procedimiento de selección incluye actualmente una etapa de evaluación de los méritos de los postulantes a cargos judiciales. Pero las prácticas contrastan con aquellas normas que pretenden hacer del mérito la razón principal del nombramiento judicial. Respecto del caso chileno, se ha afirmado que “Sólo respetando fielmente la voluntad de los superiores jerárquicos (incluso la presunta) el inferior puede aspirar a una carrera judicial ascendente”.<sup>421</sup> Es que, en los hechos, ocurre el desconocimiento llano de las normas hasta interpretaciones destinadas a evadirlas; en El Salvador, por ejemplo, la Corte Suprema ha entendido que sólo se encuentra vinculada por la terna propuesta por el Consejo de la Judicatura cuando se trata de proveer nuevos cargos pero no cuando se nombra por traslado o ascenso.<sup>422</sup>

Los concursos públicos, allí donde existen, no siempre garantizan que se nombre a quien tiene más méritos para desempeñar la función. A menudo, en los reglamentos y las particularidades de la organización del concurso, tal objetivo se desvirtúa, o cuando menos, resulta menoscabado. Esto ocurre al determinarse cuáles son los méritos a los que se reconoce mayor peso en la evaluación del candidato, cuál el tipo de conocimiento que se evalúa —lo que está determinado por la forma y el tipo de pruebas que se aplica a los postulantes—, la apertura al uso de criterios subjetivos en la evaluación, la participación de la ciudadanía, y la obligatoriedad o no de respetar el orden de méritos del concurso, entre otros aspectos.<sup>423</sup>

En varios países los procesos de selección han incorporado un engranaje que combina la mediocridad de los candidatos con la mercantilización de los diplomas y grados otorgados por univer-

<sup>421</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. 129.

<sup>422</sup> *Boletín de Estudios Legales FUSADES*, núm. 39, marzo de 2004.

<sup>423</sup> Luis Pásara, *Idoneidad en los criterios de selección utilizados por el Consejo Nacional de la Magistratura*, Lima, Justicia Viva, 2003.

sidades de baja calidad. La búsqueda de objetividad en esos procesos, mediante el reconocimiento de un puntaje a los “papeles” presentados por los candidatos, alimenta involuntariamente una industria generadora de diplomados, maestrías y doctorados que, en verdad, no corresponden a méritos efectivos de quien detenta el título respectivo. Peor aún, candidatos que tienen méritos personales y profesionales, pero carecen de los “papeles” —expedidos incesantemente por centros universitarios carentes de calidad que se financian exitosamente por esta vía—, resultan postergados sobre la base de un mecanismo de puntuación aparentemente objetivo.

Además, resulta frecuente que en la etapa final de los procesos de selección se incorporen espacios de discrecionalidad que en la práctica permiten a las autoridades nominadoras apartarse del orden de mérito. Así ha venido ocurriendo en Perú y en Argentina.<sup>424</sup> Tanto en el caso guatemalteco como en el salvadoreño, las respectivas cortes supremas en varias ocasiones no se han considerado obligadas a atenerse a los resultados del proceso de selección previo.<sup>425</sup>

Un problema adicional en los concursos es que, en algunos países, no se encuentra suficientes candidatos con capacidad de aprobarlos. En Perú, esto aconsejó en 2002 rebajar el nivel de exigencia de los instrumentos de evaluación;<sup>426</sup> en Brasil, mantener la exigencia, ha llevado a que el número de postulantes aprobado no logre cubrir las plazas vacantes, tanto en el nivel federal como en el estadual, dando lugar a que en 2005 un tercio de

<sup>424</sup> Luis Pásara, *cit.*; Felipe Fucito, “El Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación y la designación de los jueces: modelo formal, desempeño real y propuestas de reforma”, Buenos Aires, 2002, pp. 94-98, 104 y 105.

<sup>425</sup> *Estudio sobre avances y dificultades en la implementación de la ley de la carrera judicial*, Guatemala, Asies-Konrad Adenauer, 2004; *Informe para la audiencia sobre independencia judicial en Centroamérica de la CIDH*, San Salvador, Red Centroamericana de Jueces, Fiscales y Defensores por la democratización de la Justicia, FESPAD-CEPES, 2004.

<sup>426</sup> Alfredo Villavicencio Ríos y César Bazán Seminario, *La reestructuración silenciosa. La labor del Consejo Nacional de la Magistratura en la selección y nombramiento de magistrados (noviembre de 2000-marzo de 2004)*, Lima, Justicia Viva, p. 74.



las plazas no se hallaran cubiertas.<sup>427</sup> Los datos contenidos en la (tabla 8) muestran que, si se pone de lado el caso de Ecuador, en los otros cuatro países incluidos en la comparación, sólo uno de cada cinco postulantes aprobó los exámenes de conocimientos en los años para los que se pudo recabar información. Más que una pobre calidad de los estudios universitarios —elemento, sin duda, presente—, estos datos comprueban algo planteado antes en este volumen: la baja calidad en la formación de los abogados que aspiran a ser jueces.

TABLA 8. APROBACIÓN EN EXÁMENES DE CONOCIMIENTO  
EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE JUECES

<i>País</i>	<i>Convocatoria</i>	<i>Rindieron examen</i>	<i>Aprobaron examen</i>	<i>Porcentaje aprobado</i>
Ecuador	Convocatoria julio 2007	287	282	98.3%
	Convocatoria noviembre 2007	179	177	98.9%
	Convocatoria septiembre 2008 (1)	830	599	72.2%
Guatemala	Convocatoria 2007	114	25	22%
	Convocatoria 2008	191	53	28%
Colombia	Convocatoria 2004-2005 (2)	49,433	7,899	14.7%
	Convocatoria 1548-2002	13,884	2,948	21.2%
	Convocatoria 1550-2002	3,533	537	15.2%

<sup>427</sup> *Reporte sobre la Justicia en las Américas 2004-2005*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005, p. 104.

Colombia	Convocatoria 1997	28,818	9,075	31.5%
Brasil	Convocatoria Paraná 2004 (3)	209	25	12%
	Convocatoria Paraná 2005	424	94	22.2%
	Convocatoria Paraná 2006	221	27	12.2%
	Convocatoria Paraná 2007	221	85	38.5%
Brasil	Convocatoria Paraná 2008	235	31	13.20%
	Convocatoria Sao Paulo 2004 (4)	150	35	23.3%
	Convocatoria Sao Paulo 2005	174	43	24.7%
	Convocatoria Sao Paulo 2006	162	38	23.5%
Perú	Convocatoria 001-2000	8,104	1,051	12.9%
	Convocatoria 001-2001	136	14	10.3%
	Convocatoria 001-2002	59	12	20.3%
	Convocatoria 001-2003	7,445	720	9.7%
	Convocatoria 002-2003	76	5	6.6%
	Convocatoria 001-2004	6,659	1,741	26.1%

Perú	Convocatoria 001-2005	16	6	37.5%
	Convocatoria 002-2005	969	117	12%

*Fuentes:* Ecuador: <http://www.cnj.gov.ec/Index.htm> (1) Se refiere a una convocatoria interna a diferencia de las otras dos que son convocatorias abiertas. Guatemala: los datos del 2007 corresponden 23 de junio de 2008, *El Periódico*: <http://www.elperiodico.com.gt/es/20080623/pais/58634>; los datos de 2008 se encuentran en la Memoria de Labores 2007-2008 del Organismo Judicial. Colombia: Informe al Congreso del Consejo Superior de la Judicatura 2003-2004, 2004-2005 y 2006, (2) se refiere a datos promedio de las convocatorias que se realizaron en este periodo, pero los resultados entre ellas sólo varían en 7%. Brasil: <http://portal.tjpr.jus.br/web/concursos> y <http://www.trf1.gov.br/>. (3) Es la convocatoria para cargos judiciales estatales; en el caso de Sao Paulo la convocatoria corresponde a cargos federales. Perú: datos hasta el 2003 en Villavicencio y Bazán 2004; para los siguientes concursos la información en la página electrónica del Consejo Nacional de la Magistratura: [http://www.cnm.gob.pe/cnm/index.php?option=com\\_content&task=category&sectionid=4&id=13&Itemid=84](http://www.cnm.gob.pe/cnm/index.php?option=com_content&task=category&sectionid=4&id=13&Itemid=84).

De la práctica de las reformas introducidas en la región se concluye que, no obstante haberse logrado, en diferentes grados, mejoras en la transparencia y el procedimiento seguido en los nombramientos, subsisten tanto designaciones políticas a cargo del partido gobernante como acuerdos políticos sobre cuotas repartidas entre los partidos mayores para nombrar jueces. La reducción de la influencia política en los nombramientos judiciales todavía es un logro parcial. Específicamente, e igual que en el caso de otras reformas, los consejos —incapaces de resolver del todo asuntos como el de la evaluación de los méritos de los candidatos—<sup>428</sup> no han satisfecho las expectativas depositadas en ellos.<sup>429</sup> Sin embargo, resaltan en su operación la ruptura de la dependencia directamente política del sistema anterior y la in-

<sup>428</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 110.

<sup>429</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.

roducción del mecanismo de concursos públicos, que ha tendido a generalizarse, y pese a sus problemas no resueltos, lleva a una mayor probabilidad de que los méritos de los candidatos sean tomados en cuenta a los efectos de la designación.<sup>430</sup> Adicionalmente, en algunos países —como Argentina<sup>431</sup> y Perú— operan vías a través de las cuales los ciudadanos pueden presentar antecedentes de un candidato que deberán ser considerados en el momento de decidir respecto de su caso. Tratándose de las cortes supremas, varios países —entre los cuales Argentina, Guatemala y República Dominicana destacan— han establecido mecanismos especiales, con intervención de diversos actores y cierto grado de transparencia, destinados a garantizar un mínimo de calidad profesional y una trayectoria profesional limpia.

En aquellos países donde han ocurrido mejoras significativas en el proceso de nombramientos, éstas han sido resultado de la conjunción de actores políticos no mayoritarios y organizaciones de la sociedad civil con capacidad de mantener una vigilancia constante sobre los procesos de selección. No obstante altibajos y retrocesos, acaso el asunto de nombramientos judiciales sea uno de los que muestra mayores avances en una lectura de la reforma desarrollada en las últimas dos décadas y media.

Sin embargo, debe concordarse en que quienes son reclutados por los nuevos sistemas de selección, si bien no son escogidos directamente por quienes controlan otros poderes y son designados con el uso de concursos públicos, no se encuentran a la altura de los mejores abogados existentes en el medio, ni su calificación corresponde a niveles de excelencia profesional. Este rasgo se revela con ocasión del análisis de decisiones judiciales, que muestra en diversos países una notoria pobreza cualitati-

<sup>430</sup> Margaret Popkin, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, *op. cit.*, p. 117.

<sup>431</sup> *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el periodo 2003-2004*, Buenos Aires, Asociación para los Derechos Civiles, Siglo XXI editores, 2005, pp. 27 y 28; Daniel Brinks, “Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina, The beginning of a New Millennium?”, *Texas International Law Journal*, vol. 40, (2005) pp. 609 y 610.

va<sup>432</sup> que ha llevado a un autor a sostener, que al constatarla, sólo se puede pensar que los jueces son incompetentes o corruptos, o ambas cosas.<sup>433</sup> Complementariamente, se ha observado que determinadas decisiones —como no aplicar los convenios internacionales en materia de derechos humanos que han sido incorporados al orden jurídico interno— no es asunto atingente a la falta de independencia judicial o al atraso organizativo de los poderes judiciales.<sup>434</sup> Debería entenderse que, al lado de sentencias jurídicamente pobres, ese otro tipo de decisiones cuestionables guarda relación tanto con el perfil de quienes son atraídos por la función judicial como con la cultura prevalente en las organizaciones judiciales de la región. Ambos son asuntos en los que las reformas introducidas en materia de nombramientos judiciales parecen encontrar sus límites.

El mecanismo todavía utilizado para mantener la dependencia de quien está a cargo de la judicatura respecto de quienes pueden intervenir en su nombramiento es la condición de provisionalidad, esta fórmula se repite en diversos países, bajo distintos gobiernos, para hacer quien ejerce el cargo de juez no haya sido nombrado en él sino que lo desempeñe provisionalmente como encargado, mientras se lleva a cabo un concurso que en ocasiones tarda demasiado. Durante ese interinato, el juez encargado —que puede ser removido sin causa ni proceso— es vulnerable a presiones que vienen de, o pasan por, las autoridades que intervendrán de un modo u otro en su posible nombramiento de-

<sup>432</sup> Luis Pásara, *Las decisiones judiciales en Guatemala*, Ciudad de Guatemala, Minugua, 2000; del mismo autor *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, México, UNAM, 2006 y *La producción judicial en Ecuador*, México, UNAM, 2011.

<sup>433</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. 360.

<sup>434</sup> Roberto Gargarella, “In Search of a Democratic Justice-What Courts Should Not Do: Argentina, 1983-2002”, en Siri Gloppen *et al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Londres, Portland, Frank Cass Publishers, 2004, pp. 194 y 195.

finitivo. Pérez Perdomo<sup>435</sup> señala que la judicatura provisional es una figura que en Venezuela data desde 1969. En la región se ha dado casos de países, como Perú y Venezuela, en los que, según el momento político, los jueces titulares del cargo eran minoría, mientras la mayoría eran jueces provisionales. En diversas ocasiones, estos jueces han firmado resoluciones que se convirtieron en motivo de escándalo debido a favorecer a litigantes en términos que resultaron cuestionados públicamente.

En la carrera judicial residen algunos puntos críticos respecto de la posibilidad de afectar la independencia del juzgador. De una parte, el asunto de la evaluación de jueces, fiscales y personal de apoyo, a ser incorporada como parte del trabajo habitual, sigue institucionalmente ausente<sup>436</sup> o es discutida en términos abstractos desde la incapacidad de los actores para diseñar y poner en marcha mecanismos que la conviertan en una práctica. El desafío de medir y mejorar la productividad<sup>437</sup> ha sido planteado claramente en Colombia, pero ha resultado soslayado en casi todo el resto de la región. Allí donde, pese a la resistencia que a este efecto ofrecen los jueces, existen fórmulas de evaluación son frecuentemente arbitrarias y sus criterios y decisiones tienden a reforzar la cultura institucional heredada.<sup>438</sup>

De otra parte, los procesos disciplinarios están basados, en muchos casos, en motivos espurios, y en general, en el funcionamiento de la carrera subsisten favoritismos y amistades, relaciones clientelares y formas de discriminación.<sup>439</sup> La dificultad con los procesos disciplinarios reside, en parte, en la inadecuada regulación de las faltas que abre paso a una discrecionalidad que en

<sup>435</sup> Rogelio Pérez Perdomo, “Una evaluación de la reforma judicial en Venezuela”, *Judicial Reform in Latin América. An Assessment for Policymakers*, 2006, Center for Strategic and International Studies-Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

<sup>436</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, 2004, p. 178.

<sup>437</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 114.

<sup>438</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 131.

<sup>439</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, p. 143.

ocasiones desemboca en arbitrariedad. Muestras de una inadecuada regulación de las faltas disciplinarias pueden encontrarse en El Salvador, Argentina, México, Ecuador y Perú, países donde se considera falta de un juez el daño a la “imagen de la función judicial” o “al decoro o respetabilidad del cargo”, términos lo suficientemente imprecisos como para que la instancia competente les dé contenido en cada caso, vulnerándose así la independencia del juzgador. En el caso peruano, 92% de las sanciones de destitución impuestas entre 2003 y 2008 corresponden a “la comisión de un hecho grave que, sin ser delito o infracción constitucional, compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público”.<sup>440</sup> Los jueces de varios países de Centroamérica han manifestado acuerdo con la afirmación según la cual los procesos disciplinarios son un mecanismo político para remover o presionar a los jueces que no sigan las pautas dictadas por el gobierno o la Corte Suprema. En Costa Rica el acuerdo llegó a 25.4%, en Honduras 46.5%, en El Salvador 44.7%, en Nicaragua 42.2% y en Guatemala 30.4%.<sup>441</sup>

En la mayoría de los países de la región las cortes supremas y otras instancias superiores de los organismos judiciales han mantenido total o parcialmente poderes disciplinarios sobre los jueces, sea porque no existe un consejo, porque éste no tiene competencia disciplinaria —lo que sucede en la mitad de los países que cuentan con este tipo de entidad— o porque, de tenerla, ésta no le ha sido atribuida de manera exclusiva, como ocurre en Argentina, Brasil, El Salvador y Perú, y conduce tanto a la duplicidad funcional como a la competencia sorda o abierta entre el consejo y la corte suprema respectivos. Con frecuencia, los procesos disciplinarios se utilizan por las cortes supremas y sus órganos de supervisión como una forma de controlar la disidencia

<sup>440</sup> César Bazán Seminario, *¿Separando la paja del trigo? Destitución de jueces por el Consejo Nacional de la Magistratura entre el 2003 y el 2007*, Lima, Justicia Viva, 2008, p. 65.

<sup>441</sup> María Ramos Rollón *et al.*, *La justicia vista por los jueces: diagnóstico del funcionamiento de los sistemas judiciales centroamericanos*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores-AECI-Fundación Universidad de Salamanca, 2004.

de los jueces de niveles subalternos. De esta manera, en Chile las calificaciones, decisivas para el ascenso, y las sanciones, aplicadas ambas por la Corte Suprema, afectan la independencia de los jueces que intentan ascender o apenas mantenerse en el cargo.<sup>442</sup> Algo similar ocurre en México, donde la independencia interna del juzgador es afectada por “un régimen que privilegia las vías informales para la imposición de sanciones”.<sup>443</sup>

En el examen de los datos sobre procesos disciplinarios, llama la atención la gran cantidad de denuncias o quejas que terminan siendo rechazadas (ya sea por cuestiones de forma o de fondo) por los órganos competentes. En Guatemala, en 2001 el rechazo llegó a 81.3% de las denuncias presentadas; en Perú, entre 2003 y 2006 el rechazo de denuncias por el Consejo osciló entre 85% y 97.5%; en Argentina, el rechazo fue la respuesta del Consejo en 2007 para 97.6% de las denuncias presentadas; en México, entre 2003 y 2008, el rechazo alcanzó más de 80% en cuatro de los seis años; en cambio, Colombia registró el nivel más bajo de rechazos entre los países examinados, que cubrió a menos de la mitad de las denuncias presentadas.<sup>444</sup>

El sistema de nombramientos judiciales fue renovado en casi todos los países y se estableció en muchos de ellos la carrera judicial para dar independencia al juez. Después de haber examinado algo de lo ocurrido con esas reformas resulta pertinente replantear

<sup>442</sup> Andrés Bordalí, “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el derecho chileno”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile, Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, 2007, p. 59.

<sup>443</sup> José Antonio Caballero Juárez, “La independencia de los poderes judiciales a diez años de reforma en México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 6, julio-diciembre de 2005, p. 96.

<sup>444</sup> Argentina: Memoria del CMN de 2007; Perú, Consejo Nacional de la Magistratura, estadísticas de la Comisión de disciplina, Bazán 2008, 44; *La República*, 1 enero de 2006; México, Informes anuales de labores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; Colombia, Informes del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso; Guatemala, Urrutia Edmundo Segundo Informe sobre desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá, Guatemala, PNUD, 2002, p. 14.



la pregunta: ¿se ha incrementado la independencia de los jueces en la región mediante los procesos de reforma de la justicia? En definitiva, la independencia de los jueces se expresa en cómo resuelven los casos concretos; esto es, si lo hacen con independencia de influencias externas o internas que puedan existir pese a lo que digan las normas introducidas. La atención a este asunto ha sido escasa y los exámenes hechos son limitados y resultan insuficientes. Ríos Figueroa<sup>445</sup> ha comparado la independencia a lo largo del tiempo en cada uno de los 18 países de la región. Los cambios normativos abarcaron a 17 países, y salvo Costa Rica, coincidieron en el tiempo con el desarrollo de la reforma judicial. En 10 de los países los cambios producidos aumentaron los niveles de autonomía judicial pero sólo en cuatro países se incrementó la autonomía interna de los jueces, mientras que en otros seis disminuyó, al tiempo que la mayoría de los países presentaban valores especialmente bajos en este aspecto, incluso donde se considera que los jueces son independientes, como ocurre respecto de Uruguay o Costa Rica. Tanto en el nivel de las normas como en el de los hechos, la independencia de los jueces de tribunales inferiores a la Corte Suprema resultó menos beneficiada con los cambios que la correspondiente a los miembros de las cortes supremas.

En lo que se refiere a la independencia de facto de los magistrados supremos para sentenciar, puede tenerse en cuenta las resoluciones emitidas en los casos más relevantes, las emitidas contra el Estado o las pronunciadas en todos los casos. Las conclusiones que se saquen de las primeras pueden resultar sesgadas, pues lo común es que los jueces actúen condicionados por la coyuntura manifestando una independencia que resulta excepcional en relación a los demás casos que resuelven. El segundo grupo de resoluciones constituye un mejor indicador de independencia aunque, como se ha observado, no siempre toda resolución contra el Estado resulta un indicador cierto de inde-

<sup>445</sup> Julio Ríos Figueroa, "Judicial Independence: Definition, Measurement and its Effects on Corruption. An Analysis of Latin America", Universidad de New Cork, 2006.

pendencia. Las resoluciones cotidianas constituyen el verdadero terreno donde debe apreciarse la independencia de los jueces pero es difícil de evaluar debido a la insuficiencia de estudios que sistemáticamente analicen aquello que los jueces producen. Se cuenta, más bien, con casos destacados cuya resolución revela un grado importante de independencia: las resoluciones de la Corte Suprema que impidieron la candidatura de Ríos Montt en Guatemala, las resoluciones de la Corte Suprema chilena sobre el desafuero de Augusto Pinochet en torno a casos de violaciones de derechos humanos, o la condena de Alberto Fujimori por decisión de la Corte Suprema de Perú por corrupción y violación de derechos humanos. Con toda su importancia, estas decisiones no son representativas de aquello que nuestras cortes supremas hacen en el día a día.

En cuanto a los tribunales de rango inferior, como se ha apuntado, el lado débil de la independencia parece hallarse en la propia institución, aspecto en el cual las reformas no parecen haber logrado un avance. Presiones que vienen desde los escalones superiores del aparato judicial limitan la independencia, y en consecuencia la imparcialidad, del juzgador. En Chile, la Corte Suprema ha seguido gravitando sobre el criterio de los demás jueces, valiéndose de calificaciones y sanciones, como se ha visto. En Honduras, pese a que no hay sistema de evaluación, los jueces dicen hallarse presionados para seguir en sus decisiones los criterios de la Corte Suprema.<sup>446</sup> En México, tratándose del nivel de los estados, “en muchos poderes judiciales se sigue percibiendo una marcada subordinación de los jueces hacia sus superiores” y en la justicia federal “en materia de independencia interna, los avances son más limitados” que en otras áreas de la reforma. Esto hace que, en términos generales, en ese país “los jueces siguen presentándose como figuras muy endeblés en la arena social”.<sup>447</sup>

<sup>446</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. 140.

<sup>447</sup> José Antonio Caballero Juárez, *op. cit.*, pp. 92, 96, 99.

La segunda área en la que se mirarán avances y límites de la reforma corresponde a la eficiencia. Se prestará atención, primero, a lo ocurrido con el incremento de recursos disponibles a los sistemas de justicia, que fue —y todavía es— el reclamo constante de los operadores del sistema. Según todas las evidencias disponibles, el aumento presupuestal para la justicia ha sido muy grande en toda la región. En el caso de México, el presupuesto judicial federal se multiplicó por cuatro, en términos constantes, entre 1995 y 2002, haciendo que los salarios judiciales se conviertan en bastante más atractivos que los del promedio de servidores públicos.<sup>448</sup> En Chile, “entre los años 2000 y 2006 el presupuesto para justicia creció en términos reales en 110%”.<sup>449</sup> Algo similar ocurrió en los demás países. La pregunta, toscamente formulada, es: ¿De qué sirvió?

De una parte, los trabajos de Buscaglia<sup>450</sup> parecen demostrar que el aumento del presupuesto y del número de órganos u operadores judiciales sólo da un alivio temporal a la carga judicial, pues pasado el momento inicial —en el que la carga se reduce, disminuye la congestión y se acelera la resolución de los conflictos—, sobreviene un nuevo crecimiento de la demanda, estimulada por las mejores condiciones de la oferta, y con ello, una nueva etapa de congestión y demora en la resolución. De otra parte, no parece existir una correlación necesaria entre los recursos disponibles en el sistema de justicia y la eficiencia judicial, puesto que los países que mayores gastos han realizado, como Chile y Brasil, no son los más

<sup>448</sup> Héctor Fix-Fierro, “La reforma judicial en México: ¿de dónde viene? ¿hacia dónde va?”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 286, 313.

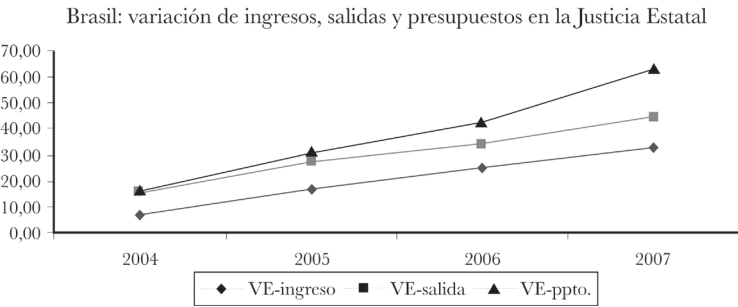
<sup>449</sup> Juan Enrique Vargas, “Alternativas para estructurar el gobierno judicial respetando la independencia de los jueces”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile, Expansiva, Instituto de Estudios Judiciales, 2007, p. 99.

<sup>450</sup> Edgardo Buscaglia y María Dakolias, *Judicial Reform in Latin American Courts. The experience in Argentina and Ecuador*, Washington World Bank Technical Paper núm. 350, 1996; Edgardo Buscaglia y Thomas Ulen, “A Quantitative Assessment of the Efficiency of the Judicial Sector in Latin America”, *International Review of Law and Economics*, vol. 17, 1997, pp. 275-291.

eficientes.<sup>451</sup> En el caso ecuatoriano se ha demostrado que duplicar el presupuesto destinado a la justicia, en dólares estadounidenses constantes, no incrementó el número de sentencias que salieron de los jueces entre 2002 y 2008.<sup>452</sup> No hay pues, una relación demostrada entre el aumento de recursos y una mejora en la producción judicial. Puede interpretarse que el presupuesto tiene un impacto menor en la eficiencia cuando no va unido a cambios en la gestión de los casos judiciales y a la disminución de funciones administrativas a cargo de los jueces.

La gráfica 1 muestra, en tres países de la región, las diferentes tendencias establecidas respecto de la relación entre aumento del presupuesto (representado por la línea azul), ingreso de causas (línea verde) y producción judicial (línea roja). Sólo el caso de la justicia estadual brasileña exhibe un comportamiento paralelo de las tres variables. En Colombia el aumento de presupuesto se ve acompañado, en primera y segunda instancias, por una reducción de la demanda judicial y de la producción judicial, que parece seguirla. En el caso peruano, el aumento de presupuesto coincide con el aumento de producción y la reducción de la demanda.

GRÁFICA 1. PRESUPUESTO, CAUSAS INGRESADAS Y PRODUCCIÓN JUDICIAL EN BRASIL, COLOMBIA Y PERÚ

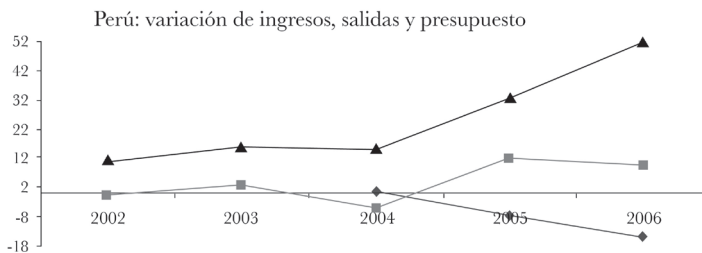
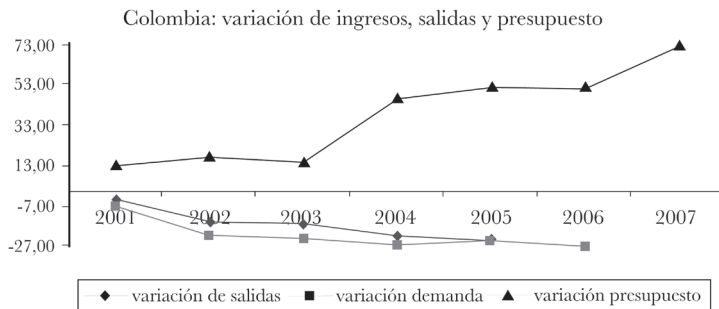


<sup>451</sup> Edgardo Buscaglia y Thomas Ulen, *op. cit.*, p. 282.

<sup>452</sup> Luis Pásara, *La producción judicial en Ecuador, cit.*, pp. 22-25.

## LOS INTENTOS DE REFORMA

167



*Fuentes:* Brasil, Conselho Nacional de Justiça, Colombia, Informes del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso; Perú, Informes de la Gerencia General del Poder Judicial y Wilson Hernández, *La carga procesal bajo la lupa: por materia y tipo de órgano jurisdiccional*, Lima, Justicia Viva, 2008.

En suma, habiéndose tomado en las reformas el aumento de presupuesto como la variable clave para incidir en la eficiencia, los resultados producidos por este incremento no parecen corresponder al supuesto de partida.

Tan evidente como la necesidad de aumentar los presupuestos, con fines de eficiencia, pareció ser informatizar el funcionamiento del sistema de justicia. De hecho, los proyectos de reforma han puesto una atención probablemente excesiva en la modernización tecnológica, sin notar que cuando se introduce computadoras en un sistema ineficiente lo que se obtiene es in-

eficiencia automatizada.<sup>453</sup> Pero referirse a la introducción del recurso informático puede servir, sobre todo, como una adecuada ilustración de la incapacidad de la justicia para absorber un recurso nuevo. Aparte de quienes han visto la llegada (tardía) de las computadoras a las instituciones judiciales simplemente como una reivindicación de estatus burocrático o un medio probatorio de su aparente modernización, el problema reside en la falta de comprensión del recurso.

En el principio, la computadora fue entendida como una máquina de escribir de un grado superior. Esto es, todo aquel funcionario que necesitaba teclear documentos debía tener una computadora para hacer lo mismo que siempre había hecho pero ahora con mayor facilidad. Entre las posibilidades abiertas por el recurso, ciertamente, aparecieron perversiones como el “copiar y pegar” al hacer sentencias, práctica que puede documentarse con decisiones judiciales en las que incluso los nombres de las personas no corresponden al caso bajo conocimiento. Pero, en lo fundamental, el problema residió en que, una vez llegada la computadora, se siguió haciendo lo mismo; esto es, informatizar el trabajo no significó —y no significa aún en muchas instituciones de justicia latinoamericanas— organizarlo y llevarlo a cabo de otra manera, a partir de un nuevo diseño, posibilitado por la introducción de la informática, sino hacerlo con esos nuevos aparatos que resultaron manifiestamente subutilizados en su capacidad y, por esa vía, convirtieron en derroche la inversión efectuada.

Una de las razones de la subutilización reside en la falta de entendimiento del recurso por los funcionarios de las instituciones judiciales. Esta carencia ha hecho que en la mayoría de los casos, los programas informáticos *software* utilizados hayan sido preparado por especialistas en informática que no sólo no tenían idea acerca de cómo funciona el aparato de justicia, sino que tampoco encontraron en los funcionarios de ese aparato inter-

<sup>453</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 113.

locutores capaces de explicar a un informático cuáles eran las necesidades del trabajo a cargo suyo. Así, el diseño del *software* se ha hecho a menudo sin el conocimiento ni la opinión de quienes tendrían que utilizarlo y que luego debieron ser “capacitados” para ello. En consecuencia, en diversas instituciones se constata que realizar el trabajo previsto para alimentar las computadoras se convierte en una función adicionada a las tradicionales, que nunca fueron redefinidas por la introducción del recurso informático. Una de las múltiples, y graves consecuencias de un diseño divorciado del trabajo efectivamente realizado por los operadores del sistema de justicia es la falta de estadísticas; esto es, en aquellos lugares donde efectivamente el trabajo es hecho principalmente con computadoras, es usual que los programas no generen estadísticas sino que los datos deban ser construidos como trabajo adicional; es decir, como siempre se hizo.

Un rango de problemas distinto se gestó a partir de los llamados proyectos piloto y otras formas parciales de introducir la informática que condujeron a que una parte del sistema quedara fuera de ella. Generalmente, la inversión en computadoras no se hizo de modo que el conjunto de la institución fuera incorporada al sistema informático adoptado sino que se hizo mediante “proyectos piloto” o dando prioridad a la capital y las ciudades más grandes. En esto intervinieron razones que iban desde las resistencias a aceptar generalizadamente un recurso cuyos alcances no se entendían, hasta la falta de abastecimiento eléctrico en los lugares más alejados, pasando por la disposición de recursos presupuestales insuficientes. Buena parte de las ventajas con las que cuenta una institución que resulta interconectada, al trabajar con un sistema informatizado, quedó así perdida.

Como resultado de proyectos sucesivos de informatización, siempre parciales, hay instituciones en las que puede reconocerse “edades” del recurso informático. Determinadas áreas, que recibieron antes las computadoras y adoptaron determinado *software*, no pueden comunicarse con las que recibieron el recurso después, con un *software* distinto al primero, cuyas deficiencias

ya habían sido detectadas pero no fueron corregidas sino que se superaron en la siguiente “edad” del sistema. Esto hace que, en ciertos casos, las computadoras se hallen en toda, o casi toda, la institución pero no funcionen de modo integrado.

En ese marco heterogéneo, ha aparecido el proyecto del expediente electrónico. De nuevo, cuando se planea o se empieza a dar este salto tecnológico, son pocos los miembros de la institución que entienden a cabalidad su sentido y pueden dialogar con los técnicos en informática que diseñan el nuevo recurso. Asimismo, el expediente electrónico empieza a ser introducido como “proyecto piloto” y a ser parte de la institución sin pretensión explícita —u horizonte temporal claro— de generalización. Es fácil predecir que, en un paisaje institucional en el cual prevalece entre los funcionarios la resistencia a los cambios, muy probablemente el expediente electrónico esté destinado a convivir durante décadas con los tradicionales expedientes de papel.

Para completar el cuadro referido a la informatización judicial sólo hace falta tener presente que las fuentes de financiación internacionales han acompañado —en ciertas etapas, con entusiasmo— muchos de los proyectos dirigidos a informatizar el sistema de justicia debido, principalmente, a que eran proyectos no conflictivos, dada su naturaleza no política. Presentada como una herramienta técnica, la informatización de la justicia generaba relativamente pocas resistencias y podía justificar inversiones importantes que daban al donante una buena ocasión para legitimar su ayuda al país, o al banco multinacional un argumento presentable para respaldar la decisión de efectuar el siguiente préstamo. Al elaborarse estas justificaciones y decidir respecto de inversiones bastante altas en informatización, no se encontró presente el tema clave: la incapacidad del sistema de justicia para absorber el nuevo recurso. Se desoyó así una advertencia formulada en la década de los años noventa: “Sin reformar procesos institucionales que son disfuncionales e incentivos organiza-



les perversos, los cambios tecnológicos pueden proporcionar sólo mejoras marginales en el rendimiento judicial”.<sup>454</sup>

Una de las reformas innovadoras en el terreno de la eficiencia han sido los juzgados de pequeñas causas, creados en Brasil en la década de los años ochenta y que, ampliada su competencia en 1995, pasaron a denominarse “juzgados especiales civiles y criminales”. Sus aspectos renovadores incluyen la oralidad, la informalidad, la economía procesal y la celeridad; en el ámbito penal aplican la reparación de los daños como medio de pena y la aplicación de penas no privativas de la libertad. Sólo los actos esenciales son registrados de modo resumido.<sup>455</sup> Sus sentencias son inapelables, con lo que se elimina la garantía de revisión en el proceso a cambio de darse una solución expeditiva.<sup>456</sup> Para que el juez pueda comprender mejor el contexto del conflicto, los juzgados especiales criminales trabajan con equipos multidisciplinarios y los juzgados civiles trabajan con jueces legos como auxiliares judiciales. Al tiempo de constituir una vía para hacer más eficiente el funcionamiento de la justicia, los juzgados de pequeñas causas se han convertido en un instrumento para mejorar el acceso, puesto que la simplicidad de su procedimiento atrae causas que antes no llegaban al terreno de la justicia.<sup>457</sup> En un sentido similar operan desde 2008 en Costa Rica los tribunales de flagrancia, que parecen caracterizados por su celeridad al resolver.

De acuerdo a un informe del Banco Mundial, estos juzgados “han estado acumulando una porción creciente de la carga de tra-

<sup>454</sup> Harry Blair y Gary Hansen, Arlington, U.S. Agency for International Development, Assessment Report núm. 7, 1994, p. 6.

<sup>455</sup> João Pedroso y Catarina Trincão, “Las experiencias de Italia, España, Brasil y Portugal”, *Variaciones sobre la justicia comunitaria, El otro derecho*, Bogotá, núm. 30, diciembre de 2003, p. 210.

<sup>456</sup> Fiona Macaulay, “Democratización y Poder Judicial: agendas de reforma en competencia”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, p. 153.

<sup>457</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, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2005, p. 249.

bajo, al tiempo que mantienen altos niveles de productividad”.<sup>458</sup> Según la investigación realizada por el Centro Brasileño de Estudios e Investigaciones Judiciales (CEBEPEJ), que abarcó los juzgados especiales civiles de 9 ciudades capitales de estados, entre diciembre de 2004 y febrero de 2006 los asuntos más conocidos por estos juzgados eran conflictos en torno a cuestiones de consumo (37.2%), seguidos de accidentes de tránsito (17.5%) y cobro de deudas (14.8%). En algo más de un tercio de los casos conocidos (34.5%) se llegó a acuerdo. Al tiempo que tres de cada cinco demandantes comparecieron sin abogado, la presencia de un letrado aparecía estadísticamente como un factor contrario a alcanzar un acuerdo. Los procesos duraban una media de 349 días,<sup>459</sup> lo que no es un logro notable en celeridad. Se destaca en los asuntos penales, que en 83.8% de los casos atendidos y consultados en una muestra, no se produjera reincidencia o algún otro tipo de agresión física o moral posterior, dentro de los tres meses posteriores a ser atendidos en el juzgado, y que la reincidencia ocurriera en menos de (13%) de los casos atendidos.<sup>460</sup>

Mucho más extendidos que los juzgados de pequeñas causas resultaron en la región los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC) que, tradicionalmente circunscritos al arbitraje, la mediación y la conciliación, dentro de algunos proyectos de reforma han sido propuestos en versiones ampliadas que tienen el propósito de lograr un mayor alcance social y descargar el volumen de casos que conoce la judicatura. En la promoción de los (MARC) es usual encontrar distintas justificaciones para su utilización: 1) porque reducen la carga de los tribunales, debido

<sup>458</sup> *Brazil. Making Justice Count. Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil*, Washington, The World Bank, Report núm. 32789-BR, 2004, p. IX.

<sup>459</sup> CEBEPEJ, “Juizados Especiais Cíveis. Estudo”, 2006, [http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/pesquisa\\_e\\_dados/diagnostico.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/pesquisa_e_dados/diagnostico.pdf), consultado el 11 de julio de 2012.

<sup>460</sup> Oriana Piske, “La experiencia histórica e innovadora de los juzgados especiales en el distrito federal de Brasil”, [http://www.enm.org.br/adm/biblioteca/biblioteca.asp?bib\\_publicar=0](http://www.enm.org.br/adm/biblioteca/biblioteca.asp?bib_publicar=0), consultado el 11 de julio de 2012.

a que son instancias más rápidas, o asumen una carga que no corresponde conocer a los tribunales; 2) debido a que permiten mejorar los niveles de acceso a la justicia de la población que antes no podía acceder a los tribunales; y 3) porque se les considera sustancialmente mejores, en cuanto proveen soluciones de una calidad que los tribunales no están en condiciones de ofrecer.<sup>461</sup>

En ocasiones, la última de esas justificaciones está alentada por el ánimo de prescindir del camino judicial de modo que los (MARC) atiendan más directamente a los términos del problema tal como son vividos por las partes. Acentuando este último objetivo, los mecanismos alternativos han sido considerados por algunos como el lugar ideal para que los pobres vean incrementado el acceso a la justicia,<sup>462</sup> pese a que otros han advertido que éste es un objetivo incierto.<sup>463</sup> Aunque no se cuenta con suficientes evaluaciones acerca de cómo operan estos mecanismos —en unas ocasiones ofrecidos por el Estado y en otras, por organizaciones sociales—, se han formulado ciertas críticas que giran en torno a dos puntos: el alto costo del arbitraje y la tendencia a que la parte más fuerte prevalezca en mediación y conciliación.

El límite del arbitraje ha sido planteado para el caso peruano, en términos que son válidos para cualquier otro país de la región:

el arbitraje tiene una especie de “público cautivo”, entre los que principalmente están quienes firman contratos con el Estado, quienes discuten montos patrimoniales bastante elevados o quienes por la importancia de su actuación en el mercado han hecho

<sup>461</sup> Juan Enrique Vargas, “Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector Justicia”, *Sistemas Judiciales*, año. 1, núm. 2, 2002, pp. 12-19.

<sup>462</sup> Rodrigo Meneses Reyes, “Descongestionamiento judicial y acceso a la justicia: alternativas pendientes para la reforma judicial en la región latinoamericana”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 10, julio-diciembre de 2007, pp. 143-160.

<sup>463</sup> Jorge Correa Sutil, “Judicial Reforms in Latin America: Good News for the Underprivileged?”, en Juan E. Méndez *et al.* (eds.), *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, *cit.*, p. 264.

del arbitraje una práctica común y una excepción, recurrir a los tribunales ordinarios. En consecuencia, su cobertura si bien ha ido creciendo es limitada.<sup>464</sup>

Ese carácter del arbitraje lo mantiene como un medio al alcance de empresas medianas y grandes, o personas con recursos; no obstante, es útil notar que en las últimas décadas su uso, alentado por algunos de los procesos de reforma, se ha expandido entre quienes pueden costearlo y prefieren evitar los azares de la vía judicial, y funciona como una alternativa más sólida y expeditiva que el acuerdo extrajudicial.

Mediación y conciliación se han extendido, impulsadas por los procesos de reforma o acompañándolos en desarrollo paralelo, según países. Argentina, Chile Guatemala y algunos estados mexicanos tienen un sistema de mediación anexo a los tribunales, en el cual existe un cuerpo de mediadores contratados por el Estado para prestar este servicio de forma gratuita, cuyo contacto con las partes es mediado, y hasta cierto punto supervisado, por los jueces. En cambio, en Colombia y Perú el contacto entre las partes y los conciliadores no es mediada por los tribunales. Argentina fue el país que reguló desde el inicio, en 1995, la mediación previa con carácter obligatorio en la capital federal; le siguieron Perú, Colombia y Chile que también adoptaron la obligatoriedad. En el caso peruano, el pobre resultado de la conciliación obligatoria la ha convertido en “una barrera de acceso a la justicia, en lugar de una alternativa”.<sup>465</sup>

En Colombia, el número de casos que fueron a conciliación entre 2001 y 2007 se triplicó inicialmente pero disminuyó luego. En el número de acuerdos se produjo una ligera tendencia a la baja, haciendo que en ocho años se lograra conciliar algo más de

<sup>464</sup> Javier de Belaunde López de Romaña, *La reforma del sistema de justicia. ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Lima, IPESM-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 152.

<sup>465</sup> *Ibidem*, p. 153.

un tercio (37.3%) de los 340,478 casos conocidos.<sup>466</sup> En el caso argentino, el decrecimiento de casos en los que se llegó a acuerdo fue más notable: pasó de 46% en 1996 a 28.21% en 2000.<sup>467</sup> En Perú, en el periodo (2001-2005), la mayoría de los casos conciliados correspondieron a problemas de familia (61.5% en Lima y 65.5% en provincias).<sup>468</sup> Pero en Colombia el peso relativo de las conciliaciones de familia sobre el total ha disminuido entre 2001 y 2006.<sup>469</sup> Aún así, puede estimarse que los temas de familia parecen especialmente propicios para conciliación y mediación.

La observación crítica respecto a estos mecanismos alternativos sostiene que mediación y conciliación —al tiempo de buscar una composición entre los intereses de las partes, que pasa por el acuerdo de éstas— son permeables al poder relativo de cada una, y de este modo, perjudican a la parte más débil o vulnerable. El ejemplo típico es que las mediaciones y conciliaciones en materia familiar resultan en perjuicio de la mujer —razón por la cual en algunos países está prohibido conciliar casos de violencia intrafamiliar—. El cargo consiste, pues, en que la fuerza o debilidad de las partes se trasluce más fácilmente en las resoluciones generadas en los medios alternativos,<sup>470</sup> sean éstos tradicionales —en los cuales la comunidad o los notables usan criterios conservadores— o modernos, en los que la búsqueda de una transacción en definitiva lleva a favorecer al más fuerte.<sup>471</sup> Es decir, estamos

<sup>466</sup> <http://www.conciliacion.gov.com.>, consultado el 11 de julio de 2012.

<sup>467</sup> <http://www.pmp.jus.gov.ar/archivos/registro/estadisticas/estad.registro.htm>, consultado el 11 de julio de 2012.

<sup>468</sup> Virginia Montoya, “Estudio del impacto sobre los servicios de conciliación que brinda el Ministerio de Justicia”. *Informe preparado para el Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia*, Banco Mundial, 2006, <http://pmsj.org.pe/nweb/html/index.php>, consultado el 11 de julio de 2012.

<sup>469</sup> <http://www.conciliacion.gov.co>, cit.

<sup>470</sup> Mark Ungar, *Elusive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, cit., p. 199.

<sup>471</sup> Pilar Domingo y Rachel Sieder, “Conclusions: Promoting the Rule of Law in Latin America”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, cit., pp. 160, 162;

ante el riesgo de desarrollar procedimientos que pueden constituirse en una justicia de segunda clase, en la que los derechos son sustituidos por la búsqueda de una armonía ilusoria.<sup>472</sup> En suma:

la imagen de los mecanismos privados como un remplazo de los tribunales crea en los ciudadanos la falsa idea de que a través de aquéllos pueden obtener no solamente soluciones efectivas, económicas y expeditas a sus asuntos, sino también equidad, justicia y otros valores que solamente un sistema judicial estable está en capacidad de ofrecer...: velar por la protección de los derechos individuales y corregir las desigualdades... los jueces se ven en la necesidad de sacrificar el interés privado de las partes para preservar estos valores que interesan al orden público... Debe reconocerse que no en todos los sistemas alternativos de manejo de conflicto, los principios del derecho están salvaguardados.<sup>473</sup>

A estas críticas se replica que en la vía judicial la igualdad de las partes y la salvaguarda de los derechos del más débil tampoco están garantizadas y tanto la rigidez como la formalidad de los procesos hacen a éstos poco aptos para buscar las mejores soluciones. Debe tomarse en cuenta que allí donde las instituciones del Estado exhiben debilidades importantes, también éstas caracterizan a las organizaciones de la sociedad civil,<sup>474</sup> razón por la cual los mecanismos alternativos confiados a ellas no deberían ser concebidos como sustitutorios de la justicia provista por el Estado; aunque pueden resultar de utilidad en cierta porción de casos —en los que no hay un interés público de por medio—, cierta-

Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 495; Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *Sistemas Judiciales*, año 4, 2005, núm. 8, p. 99.

<sup>472</sup> Héctor Fix-Fierro, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, 2006, p. 127.

<sup>473</sup> Manuel A. Gómez y Rogelio Pérez Perdomo, “Justicias alternativas en Venezuela”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 7, enero-junio de 2006, pp. 1861 y 1887.

<sup>474</sup> Julio Faundez, *The World Bank Justice Reform Portfolio. A Preliminary Stocktaking*, 31 julio de 2005, pp. 28 y 29.

mente, no están destinados a resolver los problemas que tiene el sistema de justicia;<sup>475</sup> apenas ofrecen caminos complementarios.

Las diversas vías de reforma intentadas en el terreno de la eficiencia, que se han abierto sin contar con información de base confiable<sup>476</sup> y han sido constreñidas al objetivo de incrementar la velocidad de trámites y procesos,<sup>477</sup> no han producido resultados generalizados ni duraderos. Generalmente han sido diseñadas bajo el supuesto —siempre alegado por jueces y fiscales— de que existe sobrecarga en el sistema y que lo que hace falta son recursos. Las mejoras consiguientes han tenido poco de innovación, salvo en el caso de los proyectos “piloto” que luego no se han extendido al conjunto de la institución. Como resultado, ni el retraso ni el volumen de casos acumulado han sido reducidos de manera significativa en los países de la región y las actitudes y prácticas que están en la raíz de ellos se mantienen:<sup>478</sup> “Los cambios no han reducido los problemas tradicionales del desempeño judicial, y en algunos casos han agregado otros nuevos... el litigio abusivo, que se utiliza para evadir la justicia, no parece haber declinado. En muchos países, la politización de la judicatura y la profunda corrupción no han cedido en lo más mínimo”.<sup>479</sup> Sólo en el caso de Colombia, el desempeño de la rama judicial colombiana aparece reconocido en la última década como eficiente en la región, pues ha logrado que los niveles de productividad de sus órganos alcancen o incluso superen el nivel anual de ingresos,

<sup>475</sup> William Ratliff y Edgardo Buscaglia, “Judicial Reform: The Neglected Priority in Latin America”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 550, marzo de 1997, pp. 59-71.

<sup>476</sup> María Dakolias, *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*, Washington, World Bank Technical Paper núm. 430, 1999, p. 2.

<sup>477</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 81.

<sup>478</sup> *Ibidem*, pp. 69, 71, 85.

<sup>479</sup> Linn Hamnergren, “Usos de la investigación empírica para el reenfoque de las reformas judiciales: lecciones desde cinco países”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, p. 18.

logrando reducir, en algunos casos de manera importante, los expedientes acumulados.

Se ha pasado revista a dos áreas, y sus varias líneas, que han sido objeto de reforma, con un propósito ilustrativo tanto de los cambios producidos como de los límites encontrados. Pero es preciso poner en relieve algunos otros toques de los procesos de reforma. Algunos proceden de las opciones tomadas por los procesos reformistas. Antes ha habido ocasión de referirse al gran énfasis puesto en aspectos de infraestructura —como edificios o sistemas informáticos— que pueden resultar importantes como elementos de apoyo pero no tienen incidencia directa sobre una transformación del sistema. También se ha mencionado la atención excesiva dada a la capacitación, utilizada como si este recurso tuviera la capacidad de transformar a los operadores del sistema. “A los donantes les gustan los programas de capacitación porque son fáciles de organizar, casi infinitamente flexibles en tamaño y en requerimiento de recursos, y son altamente visibles”,<sup>480</sup> pero el impacto —para medir el cual ni siquiera se ha puesto interés en los procesos de reforma— es usualmente muy limitado, dado que en general los problemas de los operadores provienen de sistemas de reclutamiento inadecuados, que no pueden ser remediados mediante actividades de capacitación. La autonomía, que fue la respuesta de diseño institucional con la que se intentó superar el sometimiento tradicional de la justicia a los otros poderes del Estado, ha dado lugar a ciertos comportamientos autistas o a la generación de determinados privilegios —como la exoneración de impuestos a los jueces argentinos, impuesta por la Corte Suprema— que exhiben la resistencia de las diversas instituciones a la incorporación en un funcionamiento organizado como sistema, una actitud que no sólo consume recursos sino que, con frecuencia, hace ineficaz la actuación del conjunto. En ciertos casos, la

<sup>480</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. 359.



defensa de la autonomía se ha convertido en un obstáculo más que detiene, o dificulta, llevar adelante las propias reformas.<sup>481</sup>

Otro sector de los límites de las reformas aparece respecto de los temas no enfrentados, o apenas tocados, por ellas. Un aspecto clave reside en la falta de ejecución de las decisiones judiciales: “Ganar un caso en nada beneficia a un acreedor si no cuenta con los mecanismos para hacer efectiva la sentencia”, advierte un trabajo que detectó este problema como uno de los más importantes en la región.<sup>482</sup> Pese a que no se cuenta con estadísticas nacionales confiables acerca de este asunto, el número de sentencias que se dictan —después de un largo y costoso proceso— pero luego no se hacen efectivas parece ser importante.

La necesidad de hacer comprensible al usuario los servicios del sistema de justicia permanece desatendida.<sup>483</sup> El objetivo de realizar campañas de educación ciudadana<sup>484</sup> para difundir derechos y deberes, así como proveer información acerca de cómo funciona el sistema de justicia, allí donde ha sido planteado, se ha disuelto en unas cuantas actividades “piloto” que verdaderamente no han tenido impacto en el conjunto de la sociedad. En términos más generales, a los problemas de acceso no se les ha asignado prioridad efectiva<sup>485</sup> y en toda la región el desafío del acceso “es el menos atendido por los procesos de reforma judicial”,<sup>486</sup> como ocurre en México y en Brasil, donde “el área de menos progreso ha sido la relativa a la universalización del

<sup>481</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 109.

<sup>482</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 34.

<sup>483</sup> Juan E. Méndez, “Institutional Reform, Including Access to Justice: Introduction”, en Juan E. Méndez (eds.), *op. cit.*, p. 225.

<sup>484</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 34.

<sup>485</sup> *Acceso a la justicia y equidad. Estudio de siete países de América Latina*, San José, Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 419.

<sup>486</sup> José Antonio Caballero Juárez y Hugo A. Concha Cantú, “Los elementos de la reforma judicial: una propuesta multidisciplinaria para el estudio de los tribunales estatales, mexicanos”, *op. cit.*, p. 76.

acceso a la justicia y el trato equitativo ante la ley”. Sólo en Guatemala hay “una marcada mejoría en el acceso”, mediante un aumento de la cobertura de los tribunales, los intérpretes bilingües, la creación de la defensoría pública y la utilización de MARC en las comunidades locales.<sup>487</sup> Lo usual ha sido, en cambio, que las necesidades de acceso a la justicia han recibido respuestas parciales y limitadas —mejorándose en algo la cobertura territorial de las instituciones, reforzándose la defensa pública y contratándose algunos intérpretes en zonas donde predomina una lengua distinta a la que usa el sistema—, luego de las cuales el cuadro de dificultades que enfrenta el poblador promedio para llegar a la justicia ha permanecido casi inalterado. Los proyectos referidos a acceso que han sido llevados a cabo no tienen capacidad para resolver el masivo problema social para el cual dicen proponerse; se dirigen a pequeños grupos, y debido a sus propios términos, no son replicables, ni menos, generalizables.

Si se mira por países el cuadro resultante de las reformas introducidas, se encuentra que Argentina mantiene altos niveles de impunidad, pese a las reformas en materia penal, no se constatan mejoras provenientes de una importante inversión en informatización del sistema, y la percepción de que las instituciones están politizadas se mantiene.<sup>488</sup> En Bolivia, por encima de las reformas prevalece la politización mediante la cual los partidos tratan de asegurarse la lealtad de las cortes.<sup>489</sup> En Brasil ha surgido entre los “jueces alternativos” un cuestionamiento del legalismo que manifiesta una preocupación por los menos

<sup>487</sup> Rachel Sieder, “Renegociando ‘la ley y el orden’. Reforma judicial y respuesta ciudadana en la Guatemala de posguerra”, *América Latina Hoy*, 35, 2003, p. 69.

<sup>488</sup> Linn Hamnergren, *op. cit.*, 2007, p. 279.

<sup>489</sup> Pilar Domingo, “Weak Courts, Rights and Legal Mobilisation in Bolivia”, en Roberto Gargarella *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington, Hampshire-Ashgate, 2006, p. 240.

privilegiados,<sup>490</sup> mientras el Ministerio Público reformado ha asumido la función de “guardián de las libertades civiles, protector de la res publica y vigilante acucioso de las autoridades”;<sup>491</sup> no obstante, aparecen balances distintos en relación al significado político de los cambios, pues si bien de un lado se resalta el grado de influencia que las cortes federales tienen en decisiones políticas de los otros poderes,<sup>492</sup> de otro lado se sostiene que los jueces “tienen la autonomía y credibilidad para decidir imparcialmente las disputas en las que no se afectan intereses centrales del régimen... el control presidencial sobre la selección judicial asegura jueces favorables al presidente y su agenda”.<sup>493</sup>

En Chile se admite, por un abanderado del proceso de cambios, que “los resultados de estas reformas han sido dispares”.<sup>494</sup> En Colombia se discrepa en torno a la reforma más destacada en ese país, la justicia constitucional; mientras, de una parte, se reconoce en la Corte Constitucional una acción vigorosa “no sólo en sus intentos de controlar abusos del poder en los poderes de estados de emergencia sino su intención de proteger los derechos individuales y de los grupos desfavorecidos”,<sup>495</sup> de otra se concluye en que

<sup>490</sup> Eliane Bottelho Junqueira, “Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 174.

<sup>491</sup> Fiona Macaulay, “Democratización y Poder Judicial: agendas de reforma en competencia”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, p. 159.

<sup>492</sup> Matthew M. Taylor, *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*, Stanford, Stanford University Press, 2008, p. 163.

<sup>493</sup> Daniel M. Brinks, “«Faithful Servants of the Regime». The Brazilian Constitutional Court’s Role under the 1988 Constitution”, en Gretchen Halmke y Julio Ríos Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 147.

<sup>494</sup> Juan Enrique Vargas, “Alternativas para estructurar el gobierno judicial respetando la independencia de los jueces”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización*, Santiago de Chile, Expansiva-Instituto de Estudios Judiciales, 2007, p. 99.

<sup>495</sup> Rodrigo Uprimny, “The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia”, en Siri Gloppen *et al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Londres, Portland-Frank Cass Publishers, 2004, p. 60.

“sus fallos, aunque ampulosos en retórica de cambio, han producido poco impacto neto sobre las redes sociales y políticas de desigualdad y disciplina social”;<sup>496</sup> no obstante, parece fuera de discusión que el papel de la Corte contrasta con la “incapacidad del sistema de justicia ordinario para responder a las demandas que surgen de los conflictos sociales”,<sup>497</sup> insuficiencia que anuncia “una colonización de los espacios judiciales por los intereses comerciales y financieros”.<sup>498</sup>

En Guatemala se comprueba que, pese al ambicioso plan de reformas emprendido en la década de los años noventa, “la calidad de la justicia en general” no mejoró, “las deficiencias institucionales persisten y la impunidad se mantiene. La cultura jurídica guatemalteca sigue marcada por la ineficiencia, la burocracia, un personal poco capacitado, las violaciones rutinarias del debido proceso y una falta de compromiso hacia el Estado de derecho”.<sup>499</sup> Finalmente en este repaso, en México si bien se admite que la justicia “ha experimentado importantes reformas”, se señala que “su intervención como institución protectora de los derechos de las personas no ha sido privilegiado”, dado que “las transformaciones jurídicas y políticas del país... han estado orientadas hacia la consecución de una mayor estabilidad de las instituciones y no de las personas”.<sup>500</sup>

El balance regional de los cambios propuesto por Linn Hammergren no es alentador, desde que advierte: “Cambio es una cosa; mejora es otra”, al presentar su arqueo de la situación:

<sup>496</sup> Diego Eduardo López Molina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, p. 333.

<sup>497</sup> Rodrigo Uprimny, *op. cit.*, p. 66.

<sup>498</sup> Rodrigo Uprimny *et al.*, “Entre el protagonismo y la rutina. Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003, p. 297.

<sup>499</sup> Rachel Sieder, *op. cit.*, p. 71.

<sup>500</sup> Rodrigo Gutiérrez Rivas, “Jueces y derechos sociales en México: apenas un eco para los más pobres”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, vol. 6, julio-diciembre de 2005, p. 51.

pese a las cantidades de fondos nacionales y de donantes que han sido invertidos, el crecimiento dramático en la dimensión y la presencia nacional de las organizaciones judiciales y la proliferación de edificios nuevos, equipo, entidades organizativas, procedimientos y programas de capacitación y de información, las quejas básicas sobre retraso, corrupción, impunidad, irrelevancia y acceso limitado no han desaparecido... Lo más que puede imaginarse es que las cosas hubieran sido mucho peores sin las reformas. Sin embargo, no hay bases empíricas para sostener siquiera esa evaluación minimalista.<sup>501</sup>

En varias de las áreas que han sido examinadas aparece el núcleo de los límites encontrados por las reformas: al tiempo que se han producido cambios en las normas, o en los diseños institucionales, dado que la cultura de las instituciones y de sus operadores permanece inalterada en lo fundamental, las reformas no tocan verdaderamente las prácticas del sistema y, cuando parecen hacerlo, los comportamientos aparecen modificados en la superficie pero no en las actitudes fundamentales a las cuales obedecen. Por último, y como resultado, el producto que genera el sistema —las decisiones de los casos que le son sometidos— no ha cambiado ni en cantidad ni en calidad, salvo en ciertas áreas y en pocos países. En ese cuadro, “las autoridades se insensibilizan y terminan alejándose del reclamo social, buscan mecanismos para ganar tiempo y tratan de generar una imagen exagerada de los pocos cambios logrados y de minimización u ocultamiento de los problemas de fondo”.<sup>502</sup>

Se ha vuelto repetitiva la constatación de la distancia que existe entre los resultados producidos por 25 años de reforma y tanto las expectativas depositadas en ella<sup>503</sup> como la inversión efectuada para hacerla posible. En efecto, se constata una “des-

<sup>501</sup> Linn Hamnergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *op. cit.*, pp. 306 y 307.

<sup>502</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 63.

<sup>503</sup> William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Praeger, 2000, p. 28.

proporcionada relación entre costos y resultados o entre nivel de actividad y profundidad del cambio”,<sup>504</sup> o en otras palabras, “un desequilibrio muy considerable entre esfuerzos y resultados”, que resulta especialmente notorio si se toma en cuenta factores como “la presión ejercida por la comunidad internacional sobre las élites nacionales y el mayor escrutinio de la sociedad civil, en especial de los medios de comunicación”.<sup>505</sup>

¿Cómo puede explicarse esos desequilibrios o desproporciones? Se ha argumentado que un exceso en la “venta” de las reformas al público, en el que se habría incurrido al trazar objetivos difíciles o imposibles, ha hecho acumular más expectativas de las que era razonable albergar; el exceso habría generado, en definitiva, cierto escepticismo<sup>506</sup> que ahora es un obstáculo para seguir adelante. Si los objetivos eran, y son, alcanzables o no es algo que constituye un objeto de discusión central en este libro. Pero, desde luego, no haber satisfecho expectativas, con la indudable importancia que tiene, es sólo un síntoma pero no una clave de los límites encontrados por las reformas. De mayor gravitación es la dificultad para introducir los cambios propuestos debido a que “la lógica del sistema y de sus operadores tiende a reducir y fagocitar muchos de los cambios ensayados, logrando que el sistema como tal no altere, al menos profundamente, su actuación”.<sup>507</sup> Algo permanece en el núcleo duro del sistema de justicia que impide que los cambios trasciendan la apariencia y la forma, penetren las instituciones y se hagan duraderos. El examen de los obstáculos encontrados por los procesos de reforma puede mostrar las fibras de ese núcleo duro.

<sup>504</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 74.

<sup>505</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. 50 y 51.

<sup>506</sup> Klaus Decker, *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent Experiences from selected OECD Countries relevant for Latin America*, Washington, The World Bank, 2011, p. 32.

<sup>507</sup> Germán C. Garavano, “El gobierno judicial en Argentina”, *Sistemas judiciales*, año 5, núm. 10, 2006, p. 41.

## II. LOS OBSTÁCULOS

Las reformas de la justicia latinoamericanas han encontrado una diversidad de obstáculos que no han sido suficientemente analizados en razón de la escasa inversión destinada a examinar por qué las reformas funcionan o no.<sup>508</sup> Algunos de los inconvenientes provienen de las reformas mismas, sus diseños, opciones u omisiones. Otros tienen que ver con las resistencias que han debido enfrentar y —algo que viene a resultar complementario— la falta de apoyo a ellas. Tanto oposición como ausencia de respaldo han sido identificadas dentro del sistema de justicia y fuera de él, en la esfera política y en el conjunto social, como obstáculos importantes para la consecución de las reformas.

Se puede concordar en que, en abstracto, las reformas dependen de cuatro elementos: un buen diagnóstico acerca de cuáles son los problemas que deben ser resueltos, la selección de soluciones apropiadas, la aptitud para ponerlas en ejecución y la capacidad para vencer la oposición al cambio.<sup>509</sup> Al examinar los casos concretos, en pocos se puede contar la presencia de estos cuatro factores. Generalmente, las reformas han tenido un punto de partida reactivo, desde el que se intentó eliminar algunas debilidades o llenar ciertas carencias detectadas —a menudo, intuitivamente— en el funcionamiento del sistema, teniendo poca claridad acerca de la utilidad efectiva de los mecanismos de sustitución,<sup>510</sup> y menos todavía, una conciencia respecto del hecho de que “cualquier cambio que se introduzca en el sistema es afectado por complejas estructuras organizaciones e interorganizacionales”.<sup>511</sup> Esto último ha pesado, especialmente, en relación con los trasplantes de

<sup>508</sup> Mark Ungar, *Elusive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>509</sup> Linn Hammergren, *Do Judicial Councils further Judicial Reform? Lessons from Latin America*, *cit.*, p. 35.

<sup>510</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, *cit.*, p. 28.

<sup>511</sup> Héctor Fix-Fierro, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, *op. cit.*, p. 254.

normas o de instituciones enteras, traídas de otro orden jurídico o incluso de otro sistema legal, sin tomar en cuenta si alcanzarían consonancia con el resto de instituciones existentes, esto es, hasta qué punto la cultura de recepción estaría preparada para convivir con las instituciones trasplantadas. Los abogados han contribuido sustancialmente a fomentar la ilusión de que copiar una norma extranjera puede generar los mismos resultados en otro medio, sin tomar en cuenta la capacidad determinante que el entorno tiene para definir la función de cualquier importación normativa u organizativa.<sup>512</sup>

Acaso la principal debilidad inherente a las reformas —principal debido a que origina otros problemas— haya consistido en estar basadas en un conocimiento insuficiente, tanto de la realidad del sistema judicial como del contexto institucional y social en el que se intentaba realizar los cambios, y por supuesto, acerca de otras experiencias de reforma llevadas a cabo en otros países e incluso en él propio. En los procesos de reforma no ha habido un lugar claro para el conocimiento, su desarrollo, acumulación y difusión. Diversos factores explican esta situación.

Entre los actores nacionales, aún ahora, prevalece la idea de que ya-se-sabe de qué se trata, pese a que no hay datos para respaldar conjeturas y opiniones muy extendidas. Como se ha señalado antes, los sistemas judiciales carecen de información estadística confiable y determinados aspectos clave, aunque sean elementales, se desconocen; por ejemplo, en pocos países se sabe, sobre base cierta, cuánto dura un juicio de determinado tipo. En los trabajos que han intentado mayor profundidad analítica, este asunto aparece reiteradamente:

la principal dificultad que identificamos durante la preparación de este estudio fue la falta de información útil y estudios empíricos sobre cómo realmente funcionan los sistemas legales en la región...

<sup>512</sup> Mirjan Damaska, “The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, pp. 839-852.



no hay trabajos que examinen cómo las cortes en distintos países y distintas áreas del derecho cumplen sus funciones. El rol de los abogados y otros profesionales involucrados en la operación de los sistemas legales tampoco ha sido el objeto de estudios serios... Tampoco existen evaluaciones de proyectos en el área de justicia.<sup>513</sup>

En el caso brasileño, una publicación del Banco Mundial lamenta la “falta de mejor información y mejor análisis de la oferta y la demanda” del servicio de justicia, carencia que dificulta “la identificación de remedios viables y una mejor comprensión de sus costos y beneficios”.<sup>514</sup> El *Libro blanco de la Reforma Judicial*, publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido en México: “Carecemos de la información básica para elaborar un diagnóstico riguroso, basado en “datos duros”, sobre el Estado que guarda el sistema de impartición de justicia en el país” y ha precisado que “de contar con esa información, la elaboración de una agenda para la reforma judicial tendría mejores cimientos que los de un mero análisis de opiniones y percepciones, por documentadas y certeras que puedan resultar”.<sup>515</sup> La ausencia de información corresponde, de una parte, a la falta de interés institucional en un diagnóstico preciso que conduzca a la introducción de cambios, y de otra, al ocultamiento malicioso de información que puede perjudicar a algunos integrantes de la institución. De allí que en México se ha notado que “los criterios orientados a mantener bajo reserva los asuntos que parecen más delicados siguen prevaleciendo”.<sup>516</sup>

A falta de información sólida, casi siempre han sobrado propuestas, que tienen como base, precisamente, opiniones y conje-

<sup>513</sup> Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *Sistemas Judiciales*, año 4, núm. 8, 2005, p. 91.

<sup>514</sup> *Brazil. Making Justice Count. Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil*, cit., p. XVI.

<sup>515</sup> *Libro blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 387.

<sup>516</sup> José Antonio Caballero Juárez, “La independencia de los poderes judiciales a diez años de reforma en México”, *op. cit.*, p. 97.

turas. En los últimos 25 años, las propuestas han estado sujetas a ondas que, en buena medida, provienen de fuera, lo que significa usualmente que tales propuestas se acompañan de espacios creados para financiar las correspondientes propuestas. Reformas legales, adquisición de medios informáticos, capacitación, establecimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, promoción del derecho indígena —por citar algunos ejemplos— han llegado a los países en oleadas que, al tiempo que estaban dotadas de una argumentación más bien ideologizada y con poca información sobre la realidad local, se habían constituido en puntos de agenda de algunas entidades financieras de proyectos. Por último, tanto en los sistemas de justicia y en los medios académicos como entre los agentes de la cooperación internacional, pocos parecen haber estado verdaderamente interesados en evaluar lo hecho a través del proceso de reforma.

La falta de intervención sistemática del conocimiento en los procesos de reforma ha conducido a una diversidad de errores, problemas y vicios. Entre ellos destaca, en primer lugar, la definición de la agenda de reformas. Cuando no se tomó un enfoque simplista —del tipo de “compremos computadoras y hagamos capacitación para todos los operadores”— se derivó en el listado de una serie de metas, imprecisas y en ocasiones discordantes, sin objetivos clara y consistentemente articulados que pudieran guiar la ejecución.<sup>517</sup> En otros casos, se adoptó como agenda una infinidad de propuestas “probablemente muy superiores a lo que los sistemas judiciales podrían absorber”, lo que conllevó el riesgo de “tomar medidas parciales, contradictorias entre sí, inconducentes”, que en definitiva revelaron a las reformas como “ineficaces para alcanzar los objetivos” que se habían propuesto.<sup>518</sup>

<sup>517</sup> Julio Faundez, “Introduction. 1. Legal technical assistance”, en Julio Faundez (ed.), *Good Government and Law. Legal and Institutional Reform in Developing Countries*, Houndmills, Nueva York, Macmillan Press, 1997, pp. 82 y 83.

<sup>518</sup> Jorge Correa Sutil, “Modernización, democratización y sistemas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, pp. 173, 175.

La definición de la agenda implica resolver un dilema cuyas implicancias no han sido suficientemente sopesadas por quienes debían adoptarla. De un lado, un enfoque encaminado a cambiarlo todo se arriesgaba a lograr poco y con una profundidad escasa; de otro lado, concentrarse en unos pocos puntos llevaba a pasar por alto algunos asuntos clave. Al tiempo que la estrategia que opta por cambios incrementales falla debido a razones sistémicas —entre las cuales la principal es que lo viejo tiende a contagiar a lo nuevo—,<sup>519</sup> una reforma sistémica es extremadamente difícil de ser puesta en práctica.<sup>520</sup> En medio de esas dificultades reales, se terminó ignorando casi siempre la necesidad de una definición central: cuáles deben ser el papel y la responsabilidad propios del sistema de justicia<sup>521</sup> y qué asuntos deben ser trasladados a otras instancias. En ocasiones, esta definición se efectuó mediante renunciaciones silenciosas, formuladas en instancias inferiores y no por quienes estaban a cargo del proceso de reforma.

En relación con la falta de conocimiento, además de su incidencia en la definición de la agenda, destacan otros dos aspectos. De un lado, la repetición de esfuerzos en determinada dirección, que ignoran los resultados de esfuerzos similares, realizados incluso en el mismo país; la reforma es, pues, “un proceso que aprende poco de sí mismo y tiende a repetir sus propias ineficacias”.<sup>522</sup> De otro lado puede mencionarse “la idea de que la reforma misma puede ser reducida a una fórmula técnica o a un modelo que, una vez definido, puede seguirse de manera automática y casi inconsciente”.<sup>523</sup> Este supuesto erróneo conduce a descuidar la

<sup>519</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. 11.

<sup>520</sup> Julio Faundez, *op. cit.*, pp. 87, 96.

<sup>521</sup> Jorge Correa Sutil, *op. cit.*, p. 180.

<sup>522</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 709.

<sup>523</sup> Linn Hammergren, “Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más”, en Alfredo Fuentes Hernández (ed.), *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999, p. 21.

ejecución, prescindir o abandonar la supervisión y no considerar la necesidad de ajustes aplicables al diseño inicial, una vez surgidos los problemas propios de la fase de realización.

Derivada en parte de la falta de conocimiento sobre el tema, apareció en muchos procesos de reforma la ausencia de una estrategia que debería establecer prioridades a partir del diagnóstico, en consideración de los recursos disponibles y los obstáculos a enfrentar, así como determinar tiempos para alcanzar objetivos específicos y una secuencia en la que el logro de los primeros objetivos hiciera posible alcanzar los siguientes. Por el contrario, ha habido “falta de discusión sobre las prioridades internas y su conexión con las prioridades externas de cada país, o la ausencia de un debate sobre los métodos más adecuados para el cambio, o sobre los niveles de conflictividad interna del sistema judicial que es necesario asumir para llevar adelante verdaderas transformaciones”.<sup>524</sup> Como consecuencia, muchas reformas han resultado aisladas de su contexto institucional<sup>525</sup> y se han reducido entonces a apuestas relativamente simples, referidas a cambios legales, modificaciones en las estructuras organizacionales y mejoras en la infraestructura tecnológica, en la esperanza de que desde ese conjunto de cambios se derivaría una reorientación de comportamientos que llevaría a modificar el desempeño del aparato de justicia.<sup>526</sup>

La falta de información de base, la insuficiente atención al contexto y la incapacidad para extraer lecciones de la experiencia propia y de la de otros casos nacionales desembocaron en esa carencia de estrategia que es evidente en muchas de las reformas intentadas en la región, en las que se ha señalado un “déficit de ideas”.<sup>527</sup> De todo ello se han derivado problemas que hacen du-

<sup>524</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

<sup>525</sup> Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 345.

<sup>526</sup> Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 113.

<sup>527</sup> John Bailey y Wayne A. Cornelius, “Reforming the Administration of Justice in Mexico Strategies and Requisites”, en Wayne Cornelius y David A. Shirk, (eds.), *Reforming the Administration of Justice in Mexico*, *cit.*, p. 490.

dar de la utilidad de un buen número de esfuerzos y de la durabilidad de otros.<sup>528</sup> El impacto sistémico ha sido limitado o no ha ocurrido.

A los problemas de conocimiento, de definición de la agenda y de estrategia, hay que agregar los derivados de los agentes de la reforma. Para Hammergren, quienes están a cargo de las reformas “son parte del problema... sencillamente, carecen de la motivación, la habilidad o el poder para poner en práctica las reformas”.<sup>529</sup> Según Carothers, los reformadores en el campo de las instituciones del Estado son con frecuencia jóvenes tecnócratas cuya referencia son modelos extranjeros, sus limitaciones corresponden a la débil conexión con los ciudadanos —factor que los deja sin una base popular a la cual movilizar en apoyo de las reformas— y a la tendencia de promover cambios en leyes y procedimientos que pueden ser intelectualmente sofisticados pero no tienen capacidad de producir cambios efectivos.<sup>530</sup> Los reformadores se han distanciado del “sentimiento público nacional” debido a algunas posiciones de reforma —como la protección de los derechos de quien es procesado penalmente— y han encontrado aparente respaldo en quienes a menudo están más interesados en obtener beneficios que en llevar a cabo la reforma;<sup>531</sup> apoyo que, desde luego, solamente dura mientras la reforma parezca tener alguna viabilidad. A las limitaciones de los reformadores, hay que agregar la falta de liderazgo sectorial<sup>532</sup> de las reformas, que sólo en ocasiones han alcanzado el rango de políticas de Estado, manteniéndose más bien como iniciativas esporádicas en una u otra

<sup>528</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, pp. 53, 213.

<sup>529</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>530</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 175.

<sup>531</sup> Linn A. Hammergren, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Boulder, Westview Press, 1998, pp. 30, 306.

<sup>532</sup> Linn A. Hammergren, *op. cit.*, p. 252.

institución, por lo general sujetas a un liderazgo individual más o menos efímero y a la disponibilidad de una financiación.

Teniendo como punto de partida una composición de la realidad más imaginada que comprobada y no habiéndose formulado un balance luego de haber atacado, imaginaria o realmente, los problemas para los cuales se desarrollaron los proyectos, los protagonistas de muchas de las reformas no han tenido elemento suficientes para realizar un proceso de aprendizaje. A la falta de aprendizaje ha contribuido el relativo desinterés académico por el tema. En ese vacío destaca algo que ha sido mencionado al inicio de esta parte del volumen: la carencia de una teoría del cambio en el sistema de justicia,<sup>533</sup> que permitiera saber cómo estimular el cambio más allá de la copia de normas o instituciones.<sup>534</sup> El conocimiento alcanzado por quienes han participado de los procesos de reforma sólo en pocos casos —entre los que destaca el de la reforma procesal penal chilena— ha sido sistematizado y compartido. Solamente en los últimos años se ha visto crecer algunas instituciones que han dedicado recursos específicamente a aprender. Pero aún en estos casos, el compromiso directo con acciones de reforma promovidas por los propios investigadores ha limitado la potencialidad crítica; siguen siendo pocos aquéllos que indagan, examinan y llegan a conclusiones sin hallarse atados a ningún interés particular.

Examinadas las carencias y limitaciones de las que han sido portadoras las propias reformas, es preciso referirse a las resistencias encontradas a lo largo de su desenvolvimiento. En la bibliografía disponible parece haber consenso en torno a que las propias instituciones del sistema de justicia ofrecen una oposición, a menudo intransigente, a los intentos de reforma. Esta oposición generalmente no se manifiesta en el rechazo a la idea

<sup>533</sup> William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, Praeger, 2000, pp. 4 y 5.

<sup>534</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. 3.

como tal, sino que consiste en una resistencia pasiva presente en la falta de cooperación con las reformas<sup>535</sup> o en acciones en contra de aquéllos que ponen en marcha innovaciones. Esto último se ha visto en el caso de jueces superiores que desaprueban o sancionan a los jueces que, identificándose con las reformas, se atreven a no seguir determinada línea jurisprudencial; el control jerárquico —especialmente de las cortes supremas—, que repercute en las decisiones sobre ascensos y promociones, opera como un límite a los cambios intentados en el sistema respecto de los criterios para resolver.<sup>536</sup>

Varios factores concurren a explicar las resistencias que vienen desde adentro del sistema. Primero, en una organización burocrática “se rechaza el cambio cuando los puestos están amenazados o la estabilidad de la organización es atacada”.<sup>537</sup> Segundo, tratándose de una organización estatal la resistencia a la reforma tiende a ser la regla.<sup>538</sup> Tercero, las propias ineficiencias que una reforma de la justicia busca combatir constituyen oportunidades para que jueces, abogados y personal de apoyo obtengan beneficios.<sup>539</sup> Son razones suficientes para llegar a esta paradoja, presente en todas partes, por la cual quienes estarían en una buena posición para señalar problemas efectivos y necesidades reales de los tribunales son quienes tienen los menores incentivos para introducir cambios en ellos,<sup>540</sup> dado que perciben la reforma como una amenaza a sus intereses.<sup>541</sup>

<sup>535</sup> Juan E. Méndez, “Institutional Reform, Including Access to Justice: Introduction”, en Juan E. Méndez *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 223.

<sup>536</sup> Margaret Popkin, *op. cit.*, pp. 116, 123.

<sup>537</sup> John Bell, “The Judge as Bureaucrat”, en J. Eklaar y J. Bell, *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 39.

<sup>538</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 336.

<sup>539</sup> Richard E. Messick, “Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues”, *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1, 1999, p. 123.

<sup>540</sup> Malcolm M. Feeley, *Court Reform on Trial. Why Simple Solutions Fail*, Nueva York, Basic Books, 1983, p. 196.

<sup>541</sup> Pilar Domingo, *op. cit.*, 1999, p. 166.

Tratándose de la experiencia latinoamericana:

en todos los casos en los que se han propuesto reformas judiciales exhaustivas, los obstáculos para el mejoramiento de la judicatura normalmente residen en la existencia de sólidos intereses creados, los cuales en el pasado (y ciertamente en el presente) se han beneficiado precisamente de esa ausencia del estado de derecho... Los principales obstáculos para una reforma legal efectiva en América Latina son producto de los intereses creados que existen dentro del aparato de justicia en sí mismo... Las reformas también pueden implicar una pérdida de los poderes discrecionales, un aumento de los mecanismos de control o incluso una mayor responsabilidad en cualquier nivel del aparato de justicia... El grado en el que esa resistencia interna puede “sabotear” los esfuerzos de la reforma judicial puede ser considerable.<sup>542</sup>

Debe reconocerse, pues, que en lo que lleva de recorrido la reforma en la región no se ha podido esperar apoyos importantes provenientes del interior del sistema,<sup>543</sup> y en muy buena medida, ese hecho está vinculado a otro: con una reforma del sistema de justicia hay ganadores y perdedores, situados tanto dentro como fuera de él. En lo que se refiere al Estado, “todos los grupos que de uno u otro modo están envueltos en el aparato estatal tienen un interés vital en que la situación actual cambie lo menos posible... lo único que se puede esperar es que, abierta o solapadamente, se opongan a todo intento de introducir más transparencia y control en la administración y la justicia”.<sup>544</sup> Miembros de la Corte Suprema y sus equipos de confianza, jueces y personal auxiliar, autoridades del ministerio de justicia y

<sup>542</sup> Edgardo Buscaglia, “Los principales obstáculos de la reforma judicial en América Latina”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, pp. 35, 46.

<sup>543</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 81.

<sup>544</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, p. 88.



de otras entidades con influencia sobre la justicia tal como funciona tienen mucho que perder si una reforma profunda del sistema es exitosa. Dentro de esas pérdidas se cuenta el recorte de la corrupción que, cuando es endémica y ha penetrado el sistema, tiene numerosos beneficiarios y se convierte en un obstáculo formidable para la reforma.<sup>545</sup>

En el caso brasileño se ha observado que, al tiempo de que los potenciales ganadores son más difusos y resultan difíciles de movilizar, los potenciales perdedores del proceso se encuentran concentrados: “Quienes resisten más activamente la reforma se hallan en la profesión legal misma y en la jerarquía judicial en particular”.<sup>546</sup> Un informe del Banco Mundial ha sido más explícito en los señalamientos:

intereses creados en el sistema existente disuaden el reconocimiento abierto de los problemas estructurales fundamentales... Una tendencia a minimizar el rol del litigio abusivo en la generación de demora y congestión. Una carencia total de preocupación por otros elementos no judiciales —vigilancia insuficiente del gobierno sobre su propia litigación y sus abogados, problemas relacionados con la ejecución de sentencias... Mientras los jueces creen que ellos tienen demasiado trabajo y muchos abogados cuestionan las largas demoras resultantes, ambos grupos se benefician de la alta demanda que reciben las cortes porque les garantiza empleo y, en el caso de los jueces, presupuestos generosos y oportunidades amplias para la promoción. El gobierno, los servicios públicos y los bancos contribuyen a, y se benefician de, las mismas demoras que critican.<sup>547</sup>

<sup>545</sup> Harry Blair y Gary Hansen, “Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs”, Arlington U.S. Agency for International Development, Assessment Report núm. 7, 1994, p. 7.

<sup>546</sup> Carlos Santiso, “Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability”, en Siri Gloppen *et al.* (eds.), *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Londres, Portland, Frank Cass Publishers, 2004, p. 176.

<sup>547</sup> *Brazil. Making Justice Count. Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil*, cit., p. XV.

En el caso de El Salvador se ha notado que, luego de los acuerdos de paz firmados en 1992, la justicia ha probado ser más resistente a las reformas que los militares. En ese país las reformas de la justicia encontraron resistencias tanto políticas como de las instituciones del sistema. En éstas, en particular, la negativa a aceptar asistencia técnica extranjera parecía reflejar, en verdad, una oposición a cambiar el estatus quo.<sup>548</sup> De manera equivalente, en Argentina se ha situado “el verdadero problema” de cualquier reforma de la justicia en “la cultura administrativa judicial”, donde reside “una verdadera resistencia activa al cambio”.<sup>549</sup> En Perú, las instituciones que integran el sistema de justicia “no hacen transparente cuál es la agenda que supuestamente están llevando en el proceso de reforma”,<sup>550</sup> lo que es otra manera de evitarlo o posponerlo.

Este repaso lleva a concluir que la reforma encuentra espacio para desarrollarse sólo si “ofrece incentivos suficientes para superar las motivaciones existentes”,<sup>551</sup> aspecto al cual los reformadores han prestado poca atención, confiando en que los operadores harán suya aquella propuesta que en sí misma aparece como más acorde con la misión declarada del sistema de justicia, sin considerar sus propios intereses. En los hechos, esos intereses de los operadores de la justicia pesan más que el beneficio hipotético y simbólico derivable, para quienes viven del sistema, de un mejor funcionamiento del mismo.<sup>552</sup> Precisamente, aquello que es percibido por la mayoría de la sociedad como fallas del sistema integra el modo de vida de los funcionarios que son parte de él

<sup>548</sup> Margaret Popkin, *Peace Without Justice. Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*, University Park The Pennsylvania State University Press, 2000, pp. 5, 201, 253.

<sup>549</sup> Felipe Fucito, *op. cit.*, 2002, p. 150.

<sup>550</sup> Javier de Belaunde López de Romaña, *La reforma del sistema de justicia. ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Lima, IPESM-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 196.

<sup>551</sup> Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 256.

<sup>552</sup> Thomas Carothers, *op. cit.*, p. 175.

y de los abogados que ejercen en él.<sup>553</sup> En consecuencia, los posibles perdedores, conscientes de la posibilidad de ser afectados, ofrecerán una resistencia activa o pasiva. De allí que usualmente las acciones contrarias a la reforma provengan tanto de fuera del sistema de justicia como de dentro,<sup>554</sup> constatación que lleva a la difícil pregunta acerca de “cómo se puede sostener una reforma judicial en el mediano y largo plazo sin un compromiso fuerte de los sectores internos” con ella.<sup>555</sup>

Entre quienes proponen y apoyan la reforma no puede contarse a los abogados como gremio, que más bien constituyen una importante fuente de oposición a la misma.<sup>556</sup> Pese a erigirse con facilidad en críticos vocales del sistema de justicia, muchos de los abogados influyentes se benefician de las relaciones que mantienen con los jueces y del conocimiento interno que les permiten aprovechar los males del sistema en favor de sus clientes; el resto de los abogados se resiste a los cambios simplemente porque los obligan a aprender nuevas normas y procedimientos<sup>557</sup> mediante los cuales se intenta renovar aquellas aguas en las que ellos se mueven con facilidad. De allí que en algunos casos los abogados hayan bloqueado cambios que afectan sus intereses, en particular la eliminación de la obligatoriedad de su intervención en ciertos-

<sup>553</sup> Linn A. Hammergren, *op. cit.*, p. 279.

<sup>554</sup> William Davis, “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *op. cit.*, p. 202.

<sup>555</sup> Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

<sup>556</sup> Adrian Zuckerman, *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Nueva York, Oxford University Press, 1999. Citado por 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; Klaus Decker, *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent Experiences from selected OECD Countries relevant for Latin America*, Washington, The World Bank, 2011, p. 24.

<sup>557</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, pp. 175 y 176.

procesos y la limitación de la presentación de apelaciones,<sup>558</sup> que aunque no sean mayormente útiles para el cliente proveen al abogado de una justificación adicional para sus honorarios. En Brasil, los abogados lograron que la Constitución federal de 1998 les adjudicara el monopolio de la representación en juicio,<sup>559</sup> medida que agrava el problema del acceso al sistema. En Ecuador, según apunta un informe del Banco Mundial, los colegios de abogados “han actuado más como sindicatos que defienden las necesidades inmediatas de sus miembros”, en lugar de trabajar en cómo mejorar el sistema de justicia y la profesión de abogado. “En años recientes, los colegios de abogados se han opuesto generalmente a los cambios referidos a una gran diversidad de asuntos”.<sup>560</sup>

Además de afectar el coto de jueces y abogados que tratan de defender sus intereses inmediatos, la reforma de la justicia es lo que un observador de la región, hace tres décadas —cuando el tema no estaba aún en la agenda pública— llamó “una cuestión políticamente sensible” y predijo sencillamente que sería “difícil de llevar a cabo”.<sup>561</sup> Los hechos le han dado la razón. En muchos casos se ha señalado que “falta voluntad política” para adelantar una reforma y el caso de Venezuela puede ser particularmente ilustrativo. Ocurrido el intento de golpe en febrero de 1992, el presidente Carlos Andrés Pérez designó una comisión encargada de proponer reformas que pudieran ayudar a evitar un episodio similar. Entre las recomendaciones, cinco se refirieron a la judicatura e incluían mecanismos disciplinarios más severos y nue-

<sup>558</sup> Klaus Decker *et al.* *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent experiences from selected OECD Countries Relevant for Latin America*, Washington, The World Bank, 2011, p. 35.

<sup>559</sup> Eliane Bottelho Junqueira, “Brasil: obstáculos en el camino hacia una justicia total”, en Héctor Fix-Fierro (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, cit., p. 129.

<sup>560</sup> Ecuador. *Legal and Judicial Sector Assessment*, Washington, The World Bank, 2002, p. 45.

<sup>561</sup> Arpad Von Lazar, *Latin American Politics. A Primer*, Boston, Allyn and Bacon, 1971, p. 43.

vos nombramientos para la Corte Suprema. El gobierno no hizo nada para llevar las reformas a efecto.<sup>562</sup>

Tratándose de Centroamérica, se ha indicado que las prioridades políticas internas han contribuido al fracaso de la reforma<sup>563</sup> pero incluso cuando un partido se apropia de la reforma también la condena al fracaso<sup>564</sup> debido a que la oposición se alinearán en contra. En el caso brasileño se ha señalado que, pese al debate público sobre la reforma de la justicia, no se ha podido construir un consenso suficiente sobre las reformas requeridas, formular un proyecto con credibilidad y constituir una coalición reformista coherente.<sup>565</sup> Esto ha hecho que, pese a haberse generado internamente el intento, “reformular el Poder Judicial ha sido un proceso de marchas y contramarchas desde 1995, frecuentemente obstruido por eventos externos y cercado por propuestas con prioridades profundamente distintas”,<sup>566</sup> lo que en el nivel del congreso ha llevado, a lo largo de diez años, a una situación de vetos cruzados.<sup>567</sup>

En términos más generales, se ha observado que los políticos pueden hablar de la necesidad de una reforma de la justicia pero, dado que es un proceso de largo plazo que les rendiría poco en lo inmediato, carecen de incentivos suficientes para dedicar tiem-

<sup>562</sup> Mark Ungar, *Elusive Reform. Democracy and the Rule of Law in Latin America*, cit., p. 58.

<sup>563</sup> Michael Dodson y Donald W. Jackson, “Horizontal Accountability and the Rule of Law in Central America”, en Scott Mainwaring y Christopher Welna, (eds.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 240.

<sup>564</sup> Margaret Popkin, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, cit., p. 259.

<sup>565</sup> Carlos Santiso, *op. cit.*, p. 174.

<sup>566</sup> Fiona Macaulay, “Democratización y Poder Judicial: agendas de reforma en competencia”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, pp. 157 y 158.

<sup>567</sup> Rogério B. Arantes, “Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brasil”, en Rachel Sieder (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2005, p. 251.

po y esfuerzo al asunto;<sup>568</sup> su desinterés pasará a ser oposición si entrevén que con una reforma perderán poder, al eliminarse o, cuando menos, disminuirse el control que ejercen sobre el sistema de justicia.<sup>569</sup> Si a la baja prioridad otorgada al tema se suma la falta de continuidad en las políticas, que se redefinen con cada cambio de gobierno, el clima político latinoamericano no parece favorecer una reforma de la justicia como un proceso de largo plazo. Cuando las reformas no logran lidiar exitosamente con la política son ineficaces; usualmente, luego de que se combinan los compromisos vacilantes de los actores con los impedimentos políticos, las reformas se reducen a cambios fragmentarios.<sup>570</sup> Hay que concluir en que sin un remedio para este “déficit político” una reforma difícilmente será exitosa<sup>571</sup> y debe notarse que son las propias instituciones de la democracia —que hoy prevalece en la región— las que obstruyen el cambio necesario.<sup>572</sup>

Por lo general, la reforma no interesa a los sectores dirigentes. ¿Por qué habría de interesarles, salvo que contemplen con temor el surgimiento de una peligrosa crisis de legitimidad y se echen a buscar algunas salidas ante ella? Su actitud ante la reforma de la justicia, más que de oposición, es de falta de interés, dado que los sectores dirigentes no resultan afectados por el funcionamiento

<sup>568</sup> Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *Sistemas Judiciales*, año 4, núm. 8, 2005, p. 94; Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 174.

<sup>569</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*, cit., pp. 33, 44; Pilar Domingo, “Judicial Independence and Judicial Reform in Latin America”, en Andreas Schedler (eds.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder-Londres, Lynne Rienner, 1999, p. 166.

<sup>570</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, pp. 5, 229.

<sup>571</sup> John Bailey y Wayne A. Cornelius, “Reforming the Administration of Justice in Mexico: Strategies and Requisites”, 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. 490.

<sup>572</sup> Mark Ungar, *op. cit.*, p. 2.

del sistema en tanto encuentran otras vías para resolver sus conflictos y sancionar a sus enemigos.<sup>573</sup> Sólo en casos específicos, en los cuales la justicia no atiende eficientemente un agravio sufrido por las clases altas —por lo regular, de naturaleza penal— surge una preocupación por el tema que usualmente no resulta duradera. La excepción a esto último está dada por el caso de la familia Edwards, propietaria del grupo empresarial de *El Mercurio* en Chile, que a partir del asesinato de uno de sus miembros tomó partido por un cambio sustancial de la justicia y ha sostenido esa posición a través de sus medios, el patrocinio a la fundación Paz Ciudadana y otros aportes a la reforma del sistema. No obstante el interés que los sectores empresariales han mostrado en varios países por reformar la justicia comercial,<sup>574</sup> cuyo funcionamiento atañe directamente a sus actividades, la regla general consiste en que los sectores dirigentes más bien se valen de sus redes de patronazgo y clientelismo para obtener aquello que, en las condiciones de una sociedad plenamente democrática, debiera ser reclamado ante el sistema de justicia.

El panorama debe ser completado con una mirada a los otros sectores sociales, mayoritarios, que tampoco parecen haber visto en la posibilidad de una reforma de la justicia un asunto de importancia prioritaria.<sup>575</sup> Aparte de episódicas manifestaciones —que reclaman, más bien, “mano dura”—<sup>576</sup> los esfuerzos por cambiar el sistema de justicia no se han instalado en la ilusión popular ni han movilizado grupos sociales de apoyo, como se vio tempranamente en el caso de El Salvador.<sup>577</sup> Este último punto del reco-

<sup>573</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. 278.

<sup>574</sup> Guillermo O'Donnell, “Polyarchies and the (Un)Rule of Law”, en Juan E. Méndez (eds.), *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, cit., p. 320.

<sup>575</sup> Linn A. Hamnergren, *op. cit.*, p. 303.

<sup>576</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 174.

<sup>577</sup> Margaret Popkin, *Peace Without Justice. Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*, cit., pp. 223, 225, 244.

rrido aquí efectuado conduce a una conclusión fundamental: la reforma del sistema de justicia no tiene una base social o política de apoyo, carece de un sector organizado que esté genuinamente interesado en que se lleve adelante y esté dispuesto a demandarla activamente, recurriendo a los mecanismos que en una democracia se utilizan para lograr cambios o reformas que afectan al funcionamiento del Estado, y que cuando logran cierta importancia atraen la atención de la dirigencia política. En la ideología de la reforma, formulada y difundida por los bancos multilaterales, este hecho —central respecto de la viabilidad de las reformas— es negado, afirmándose en cambio que “hay un apoyo amplio entre gobiernos, partidos políticos, la comunidad jurídica, el sector privado y las (ONG) en favor de las reformas”.<sup>578</sup> Lo que sí hay es un respaldo discursivo de algunos de estos sectores y cierta vigilancia ejercida por las (ONG) que han adoptado como parte de su agenda el tema de la justicia. Pero el balance indica que:

no existen grupos sociales que tengan intereses suficientemente concentrados y homogéneos para motivar todo el conjunto de medidas que abarca la reforma que estamos considerando. Por el contrario,... la resistencia de varios perdedores, que sí están relativamente concentrados y no tienen altos costos de actuación como grupo de interés, es muy fuerte... la reforma judicial tiene más de movimiento ‘ilustrado’ que de movimiento social... la insatisfacción social con la situación presente... está dispersa.<sup>579</sup>

Esa “ausencia de «clientes» que propongan o apoyen los cambios frente a los otros sectores de la sociedad hace más difícil lograr las metas de las reformas”<sup>580</sup> o las convierte en inalcanza-

<sup>578</sup> María Dakolias, “A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1995, p. 230.

<sup>579</sup> Santos Pastor, “Qué es la reforma judicial y qué cabe esperar de ella”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 89.

<sup>580</sup> William Davis, “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *op. cit.*, p. 202.



bles, dado el conjunto de resistencias que una transformación del sistema de justicia enfrenta. En otras palabras, “no se distingue ninguna capa o grupo con contornos claros que, como la burguesía europea del siglo XIX, tenga tanto el poder como el interés en imponer reformas del Estado de derecho”.<sup>581</sup> En esta ausencia reside un obstáculo formidable contra la reforma de la justicia.

En suma, como se ha observado en el caso peruano, “el decaimiento en el impulso de la reforma o la falta de voluntad para implementar [la...] son una responsabilidad compartida entre fuerzas políticas, instituciones del sistema de justicia y sociedad civil”.<sup>582</sup> Pero si se ponen juntos los diversos obstáculos, apretadamente condensados en estas páginas, se constatará la contradicción de que, para ser viable, la reforma requiere precisamente de aquellas condiciones cuya ausencia la hacen necesaria. La reforma encuentra un aparato de justicia refractario al cambio, una estructura de poder político que busca beneficiarse del sistema de justicia, una dirigencia social que no tiene interés efectivo en que las instituciones de la justicia funcionen de otra manera, y una ciudadanía que siente malestar por la justicia pero concibe el cambio como endurecimiento de castigos y no como la reinvencción de una justicia democrática. ¿Cómo hacer viable, entonces, la reforma?

Se ha sostenido antes en este libro que el cambio cultural es un objetivo central de la reforma de la justicia, porque cualquier cambio de cierta envergadura se estrella con la cultura existente. La paradoja es que el cambio cultural es también un requisito para ejecutar la reforma exitosamente. El cambio de la cultura jurídica existente en diferentes estratos sociales —dentro y fuera del aparato de justicia— tiene que acompañar todos los demás cambios.<sup>583</sup> Sin un cambio de la cultura organizacional de las ins-

<sup>581</sup> Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, p. 88.

<sup>582</sup> Javier de Belaunde López de Romaña, *La reforma del sistema de justicia. ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, cit., p. 197.

<sup>583</sup> María Dakolias, *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*. Washington, World Bank Technical Paper núm. 430, 1999, p. 23.

tituciones del sistema de justicia, incluyendo los incentivos perversos para mantener prácticas nocivas, cualquier cambio en la justicia tendrá un efecto marginal.<sup>584</sup>

Al mismo tiempo, la cultura jurídica es muy difícil de cambiar con el propósito de que el sistema adopte objetivos distintos a aquéllos con los que funciona,<sup>585</sup> que no son sólo producto de una antigua herencia social e institucional sino que, además, corresponden a intereses específicos que se hallan tanto dentro del aparato institucional como fuera de él. El examen de lo ocurrido con la reforma procesal penal puede mostrar mejor la manera en que logros, límites y obstáculos se desenvuelven en un caso concreto de reforma, bastante extendida en la región, que ha intentado cambios de cierta envergadura.

### III. EL CASO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

La justicia penal ha venido funcionando en la región con resultados marcadamente deficitarios, en los que concurren ineficacia, arbitrariedad y corrupción. El caso de México se encuentra bien documentado. Según datos de 2001, de cada 100 delitos cometidos se denunciaron 25, de los cuales la investigación concluyó en 4.55 casos pero se puso a los responsables a disposición de los jueces sólo en 1.6 casos del total; la mayoría (1.06) fueron condenados. De modo que la eficacia del sistema era de 1% de condenas sobre los delitos cometidos. Los encargados de investigar el delito y acusar por él a los responsables, trabajaban “en un entorno de insuficiencia, ineficiencia y discreción” que llevaban a dejar “sin atención expedientes por criterios ya sea de la gravedad de los delitos, dificultades técnicas y legales del caso, existencia o no de detenido, consideraciones políticas o por la ley del menor esfuer-

<sup>584</sup> Harry Blair y Gary Hansen, *op. cit.*, p. 48.

<sup>585</sup> William Davis, “La sociedad civil frente a las reformas judiciales”, en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), *op. cit.*, p. 202; Catherine Weaver, *Hypocrisy Trap. The World Bank and the Poverty of Reform*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2008, p. 36.

zo”. De esta manera, pese a lo que dijera la ley, la persecución efectiva quedaba a cargo de la víctima, que debía sufragar “los costos de aportar pruebas, ubicar y presentar testigos”, produciéndose así “una ‘privatización’ del derecho penal, pues ante la pasividad de la autoridad, el avance de los expedientes depende en gran medida del rencor, el interés personal o la paciencia de la víctima”.<sup>586</sup> En el Ministerio Público se ha desarrollado una política disuasiva contra quien intenta denunciar un delito, con el doble propósito de disminuir la carga de trabajo y acrecentar, en términos relativos, el impacto de los resultados alcanzados en las estadísticas. Los casos que no traen identificado a un sospechoso son archivados sin más trámite; aproximadamente la mitad de las acusaciones producidas por los fiscales corresponden a casos en los que se dice que el sujeto fue aprehendido en el acto de cometer el delito, es decir, en los que no fue necesaria una investigación. Las numerosas reformas introducidas en los ministerios públicos mexicanos no han podido contrarrestar la falta de investigación.<sup>587</sup> En una encuesta a condenados cuatro de cada cinco entrevistados dijeron que nunca tuvieron ocasión de hablar con el juez, dos de cada tres consideraban que el abogado de oficio no hizo nada para defenderlos en el Ministerio Público y algo más de la mitad 53% tuvieron la misma impresión cuando fueron al juzgado; 23% aceptaron responsabilidad como consecuencia de haber sido torturados y 12% debido a haber sido amenazados.<sup>588</sup> La tortura, utilizada para lograr confesiones, cuenta con impunidad: “Para quienes torturan, el riesgo de ser procesados y sentenciados es sólo una alternativa teórica

<sup>586</sup> Guillermo Zepeda Lecuona, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, Centro de Investigación para el Desarrollo-Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 20, 212-214, 222, 309, 313.

<sup>587</sup> Catalina Pérez Correa, “Front Desk Justice: Inside and Outside Criminal Procedure in Mexico City”, *Mexican Law Review*, vol. I, núm. 1, julio-diciembre de 2008, pp. 11, 17, 21, 30.

<sup>588</sup> Marcelo Bergman (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta a población en reclusión en tres entidades de la República mexicana: Distrito Federal, Morelos y Estado de México*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2003, pp. 46-48.

...las reglas y prácticas que rigen el procedimiento penal son una invitación al abuso... Generalmente los jueces omiten controlar los abusos contra los inculpados”.<sup>589</sup> En el *Libro blanco de la Reforma Judicial*, publicado por la Suprema Corte de Justicia en 2006, se reconoció que la justicia penal “atravesaba por una crisis profunda y que requiere de una revisión integral orientada por una aplicación efectiva de los principios de presunción de inocencia, contradicción, concentración, inmediación, y un equilibrio procesal adecuado entre defensa, acusación y víctimas”.<sup>590</sup>

El caso colombiano no es mejor. Respecto a mediados de la década de los años noventa, se registró que “casi 9 de cada 10 casos que llegan a la Fiscalía no superan entonces la investigación previa... la probabilidad de que alguien sea sancionado por la comisión de un delito... se sitúa entre el 0,5% y el 1%”.<sup>591</sup> Un informe oficial estadounidense caracterizaba en 1999 a la justicia colombiana como “débil y en gran medida ineficaz”; el dato ilustrativo era que 74% de los homicidios quedaban sin resolver.<sup>592</sup> Unos años después pervivía como “un fracaso común” la posibilidad de llevar a los delincuentes ante la justicia y se documentaba que la probabilidad de que un homicida fuera juzgado había caído estadísticamente de 11% en los años setenta a 4% en los años noventa.<sup>593</sup>

<sup>589</sup> *Injusticia legalizada. Procedimiento penal mexicano y derechos humanos*, México Comité de Abogados para los Derechos Humanos-Comité de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, 2001, pp. 14, 17.

<sup>590</sup> *Libro blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 389.

<sup>591</sup> Rodrigo Uprimny, “Administración de justicia, sistema político y democracia: algunas reflexiones sobre el caso colombiano”, en Jaime Giraldo Ángel *et al.* (eds.), *Justicia y sistema político*, Santa Fe de Bogotá, IEPRI-FESCOL, 1997, p. 112.

<sup>592</sup> United States General Accounting Office, *Foreign Assistance. U.S. Rule of Law Assistance to Five Latin American Countries*, Washington, GAO/NSIAD-99-195, pp. 20, 23.

<sup>593</sup> Marc W. Chernick, “Colombia. Does Injustice Cause Violence?”, en Susan E. Eckstein y Timothy P. Wickham-Crowley (eds.), *What Justice? Whose Justice? Fighting for Fairness in Latin America*, Berkeley, University of California Press, 2003, p. 201.

El caso mexicano y el colombiano no eran excepcionales en la región. Para transformar esa situación se planteó la reforma procesal penal. En 2012 sólo cuatro países de América Latina no habían adoptado el nuevo modelo de enjuiciamiento penal que, desde comienzos de la década de 1990, empezó a ser instalado en la región. Es más fácil decir que Brasil, Cuba, Panamá y Uruguay no se habían incorporado a esta ola reformista —en la que México es el participante más reciente— que enumerar los otros 15 que son parte de ella, convirtiéndola en la reforma más extendida dentro de aquéllas puestas en marcha en los últimos 25 años con el propósito de cambiar la justicia.

La reforma procesal penal tiene lugar en un escenario regional en el cual la inseguridad ciudadana es un problema crecientemente importante. De un lado, objetivamente, los índices delictivos han subido; de ello no sólo dan fe el mayor número de denuncias sino, sobre todo, las encuestas de victimización que indagaban por el número de delitos del que un grupo familiar ha sido víctima en los últimos 12 meses, los haya denunciado o no. De otro lado, la percepción de inseguridad ha crecido aún más, según indican los sondeos de opinión. A esto probablemente contribuyen, además del fenómeno real en sí, la forma en la que los medios de comunicación se ocupan de él —“explotándolo” al máximo en busca de audiencia—, y los términos de la lucha política, que en muchos países se ceba en el tema y lo utiliza como un tópico que, dado que toca fibras sensibles del ciudadano y convoca la alarma social, puede ser rendidor para gobierno u oposición, según sea el caso. Los promotores de la reforma procesal penal también recurrieron al tópico de la inseguridad ciudadana, dentro del proceso de *marketing* de la reforma. La propuesta de un nuevo modelo de enjuiciamiento prometió una lucha más eficaz en contra del delito, como una de las consecuencias derivables del cambio de sistema.

Esencialmente, la reforma es reconocida como el paso de un sistema llamado inquisitivo a otro denominado acusatorio y, entre sus principales características, destaca el protagonismo

asumido por el fiscal. Este actor —que tenía encargado un rol muy secundario, casi prescindible, en el modelo tradicional— ha recibido, en el proceso reformado, facultades sumamente importantes: a) tiene a su cargo la investigación del hecho delictivo; b) usualmente, sólo él puede llevar un hecho delictivo ante el juez —salvo en aquellos casos donde el interés de la víctima cobra preponderancia—, dando lugar así a la apertura de un proceso; y c) detenta facultades suficientes para apartar de la persecución aquellos casos que —por una u otra razón legalmente prevista, pero que el fiscal aplica discrecionalmente— no ofrecen suficientes elementos para ser sometidos a juicio.

El modelo de la reforma implica un cambio de estructura en la organización del proceso penal pero importa notar que el papel de los actores principales —juez, fiscal y abogado defensor— resulta redefinido, de modo que ser “juez” en uno y otro modelo corresponde a papeles y responsabilidades diferentes. El otro cambio importante consiste en que en el modelo anterior la idea central era que los funcionarios del Estado estaban encargados por la ley de investigar un delito y castigarlo. En el nuevo modelo, a semejanza del procedimiento civil, hay dos partes —fiscal y defensor— que se enfrentan, compiten y, en consecuencia, pueden llegar a un acuerdo que, hasta cierto punto, el juez —que en este escenario se asemeja a un árbitro— debe aprobar.<sup>594</sup> El juez tiene ahora una responsabilidad limitada respecto del fondo del asunto, esto es, investigar la verdad y sancionar al culpable, si lo hay, de acuerdo a ley; en el nuevo proceso la función persecutoria aparece en el campo del fiscal.

De allí que pueda discutirse si el “nuevo” modelo no implica una vuelta atrás. Esto es, sino se asemeja en algo al derecho penal primitivo, en el que la parte afectada acusaba y el acusado se defendía ante una autoridad que decidía si el afectado tenía razón suficiente y pronunciaba entonces una condena. El interés de

<sup>594</sup> Máximo Langer, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, 2004, vol. 45, pp. 10, 17, 32.

perseguir el delito estaba en el agraviado, no en la autoridad, que se limitaba a escuchar y dictar el castigo, si fuera el caso. En una etapa posterior se consideró que no era de responsabilidad particular perseguir la sanción de aquél que había delinquido —salvo en determinados delitos, como los del honor, que afectan principalmente al denunciante— porque es la sociedad toda la que resulta perjudicada por un crimen. Se atribuyó entonces al Estado la responsabilidad de perseguir y sancionar los delitos bajo el llamado sistema inquisitivo, que representó para la justicia un paso que la alejó de la venganza privada original.<sup>595</sup> El modelo “reformado” vuelve a entregar al afectado una responsabilidad principal, que es asumida por el fiscal pero que en mucho está sujeta a la voluntad y las decisiones de la víctima.

Con ocasión de la discusión en torno a la adopción de la reforma, el modelo acusatorio ha sido idealizado y, en contraposición, el modelo inquisitivo ha sido señalado como la fuente responsable de todos los males padecidos por la justicia penal en la región.<sup>596</sup> En el centro de la imagen idealizada del nuevo modelo se encuentra su identificación con el juicio oral, que es presentado como una forma de procesamiento altamente deseable —en contraste con el juicio escrito— que, sin embargo, en la práctica, el modelo acusatorio aplica a una porción mínima de casos, que en Estados Unidos corresponde a una de cada 10 condenas dictadas.

Justamente, no usar el juicio oral —que es largo y costoso— es lo que permite una ventaja comprobada del nuevo sistema: producir un resultado del proceso bastante más rápidamente que el modelo anterior. La prontitud en dar respuesta a los casos se produce de dos modos distintos. El primero consiste en que la mayoría de los casos denunciados son archivados por decisión del fiscal, sin que el caso haya llegado a ser conocido por un juez. En efecto, en los países donde se utiliza el sistema reformado no

<sup>595</sup> John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, cit., p. 127.

<sup>596</sup> Linn Hammergren, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*, cit., p. 40.

menos de las dos terceras partes de los casos denunciados ante el Ministerio Público son desechados por éste, debido a la falta de mérito del caso o a las dificultades que se prevé encontrar en un posible proceso de investigación.<sup>597</sup> El segundo modo comprende la mayoría de los casos que sí son presentados al juez para que el responsable sea procesado pero que evitan el juicio oral mediante el uso de una “salida alternativa”; en este modo juega un papel fundamental la posibilidad de que el procesado acepte responsabilidad y entonces, mediante una negociación entre acusación y defensa (*plea bargaining*), se concuerda en una fórmula —reparación del daño, conciliación o imposición de una pena que en los hechos es bastante menor de la que hipotéticamente hubiera correspondido de haberse realizado un juicio oral— que es presentada por ambas partes al juez para su aprobación.

El nuevo modelo ha sido trasplantado a la región, aunque su origen preciso se discute. Algunos de los reformadores sostienen que la inspiración fue tomada de Alemania, que en 1975 convirtió su proceso penal en acusatorio.<sup>598</sup> Pero la estructura de este tipo de proceso se originó en el derecho anglosajón, siendo Estados Unidos el país donde se ha desarrollado; varios autores concuerdan en señalar que la influencia del proceso penal estadounidense ha sido, en la región, crecientemente importante para este efecto.<sup>599</sup> En cualquier caso, estamos ante una institución que no formaba parte del derecho prevaleciente en la región y ha sido incorporada por las reformas de la justicia latinoamericana efectuadas en las últimas décadas. En el análisis del asunto se ha destacado que, para los actores de la reforma, la importación del modelo —al cual se le

<sup>597</sup> Luis Pásara, “El impacto de la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana”, *Derecho PUCP*, núm. 65, 2010, pp. 55-67.

<sup>598</sup> John Henry Merryman, *op. cit.*, p. 129.

<sup>599</sup> Máximo Langer, “Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, núm. 5, octubre de 2007, p. 656; Klaus Decker, *Improving the Performance of Justice Institutions. Recent Experiences from selected OECD Countries Relevant for Latin America*, Washington, The World Bank, 2011, p. 23.



han añadido ciertos elementos distintos al original— ha sido una fuente de legitimación: les permite obtener una mejor posición en los campos legal y político<sup>600</sup> como portadores de un modelo de reforma que, según se supone, es más atractivo o aceptable debido, precisamente, a su origen extranjero.

En relación con el trasplante, un estudio hecho en cuatro países —Alemania, Francia, Italia y Argentina— en torno a la forma en que ha sido adoptado en ellos un aspecto específico del nuevo proceso, la negociación de la admisión de culpabilidad (*plea bargaining*) —importada del derecho estadounidense—, sostiene que el principal resultado es cierta fragmentación o diversificación, ocasionada por las diferentes “traducciones” que se han hecho del procedimiento trasplantado y la potencia de los órdenes jurídicos que lo recibieron. La conclusión que el autor del trabajo deriva es que las influencias del derecho estadounidense pueden producir efectos diferentes en cada país, según la forma en que se hizo la “traducción” jurídica, cuánto poder actuó para ejecutar las reformas y cuánta resistencia enfrentaron éstas.<sup>601</sup>

¿Cómo se explica la extensa adopción de esta ambiciosa reforma en un escenario en el que, como se ha visto antes en este libro, realizar cambios en la justicia resulta ser un camino plagado de obstáculos? Que la reforma procesal penal tenga objetivos, contenidos y justificaciones similares en los 15 países que la han adoptado<sup>602</sup> nos da una pista para responder la pregunta. Se trata de un modelo que en esencia ha sido objeto de un proyecto análogo en los varios países, en general a cargo del mismo grupo de

<sup>600</sup> Daniel Palacios Muñoz, “Criminal procedure Reform in Chile. New Agents and the Restructuring of a Field”, en Ives Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Abingdon, Routledge, 2011, p. 123.

<sup>601</sup> Máximo Langer, “From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, 2004, vol. 45, pp. 62 y 63.

<sup>602</sup> Cristián Riego Ramírez, “Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina. Segundo informe comparativo”, *Sistemas Judiciales*, año 3, núm. 5, 2003, p. 36.

reformadores, y que ha contado con el apoyo financiero de las mismas agencias de cooperación internacional. A diferencia de otras reformas, la atingente al procedimiento penal ha sido impulsada por un verdadero movimiento, que ha alcanzado un impacto regional.

En ese movimiento han confluído actores de la región y actores de los países desarrollados, en una relación en la que aquéllos fueron convencidos por éstos de la conveniencia de las reformas. Producido el acuerdo, los actores externos crearon presión sobre los gobiernos y les proveyeron los recursos para llevar adelante la reforma. No obstante, debe subrayarse que en los casos de Argentina, Chile y Costa Rica, los actores externos jugaron un papel secundario. En los demás casos nacionales, el equipo de reformadores del movimiento —encabezado por los argentinos Julio Maier y Alberto Binder— tuvo un desempeño preponderante, dedicado como estaba a promover y organizar la reforma,<sup>603</sup> gracias al apoyo sustancial de la cooperación internacional<sup>604</sup> representada por (USAID) y (GTZ) de Alemania, principalmente, a las que se unieron luego la fundación Adenauer, (AECI) de España, el Banco Interamericano de Desarrollo, y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).<sup>605</sup> En su momento, por iniciativa del gobierno estadounidense y con financiación de (USAID), se creó el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)<sup>606</sup> que ha focalizado buena parte de su trabajo en el apoyo a la reforma procesal penal.

El señalado interés estadounidense en esta reforma ha sido interpretado de varias formas. De un lado, como preocupación por la vigencia efectiva de los derechos humanos en el proceso penal;<sup>607</sup> de otro, como un interés dividido según la agencia de

<sup>603</sup> Daniel Palacios Muñoz, *op. cit.*, p. 117.

<sup>604</sup> Máximo Langer, *op. cit.*, pp. 626, 663 y 664.

<sup>605</sup> *Ibidem*, p. 653.

<sup>606</sup> Daniel Palacios Muñoz, *op. cit.*, p. 124.

<sup>607</sup> Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 163.

la que se trate, y que en el caso del Departamento de Justicia corresponde al combate del delito en la región<sup>608</sup> debido a sus repercusiones en el territorio estadounidense, aspecto estrechamente ligado a la política de Washington de combate a las drogas.

¿Qué razones convencieron a los actores políticos para adoptar este modelo de reforma? Además de contar con el respaldo o la presión internacionales el modelo prometió una combinación muy atractiva, aunque no siempre fácil de llevar a la práctica, entre la garantía de derechos al procesado y la persecución efectiva del delito.<sup>609</sup> Presentada como una reforma técnica, si bien muy respetuosa de los derechos humanos de procesados y víctimas, la reforma fue aprobada sin oposición significativa en la mayoría de los casos. Los políticos creyeron ver en ella la misma conexión que usualmente cree advertir el ciudadano promedio entre inseguridad y persecución penal, esto es, el delito se combate con un sistema de justicia eficaz. Si la reforma prometía eficacia —respaldándose en la imagen dada por sus raíces de importación desde el mundo desarrollado—, y al mismo tiempo adoptaba un carácter “garantista” de los derechos de todos, adoptarla fue visto como una forma de responder a la demanda ciudadana en torno a la inseguridad contando con el beneplácito de los grupos activos en la defensa de derechos humanos, que también cuentan con patrocinio internacional. Este camino no es nuevo: la norma penal —en este caso, procesal— siempre ha sido una manera de responder expeditivamente a las exigencias populares de justicia<sup>610</sup> y si es acompañada por una oferta de mayor eficiencia en su aplicación, es difícil que un político en busca de apoyo popular encuentre razones para no dar su aprobación.

<sup>608</sup> Máximo Langer, *op. cit.*, pp. 658 y 659.

<sup>609</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 10.

<sup>610</sup> Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, “El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia”, en Álvaro Camacho Guizado y Francisco Leal Buitrago (comps.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Santa Fe de Bogotá, PESCOL-IEPRI-CEREC, 1999, p. 53.

Si se mira a aquello que la reforma ha logrado, el intenso trabajo de seguimiento y evaluación realizado por (CEJA) —institución que ha promovido y apoyado las reformas procesal penales—, muestra resultados positivos en algunos países, especialmente en lo que se refiere al tiempo necesario para tomar decisiones sobre los casos. Al lado de ese logro, se ha documentado un sinnúmero de dificultades y trabas. En un panorama de “muchísima similitud en cuanto a las deficiencias que los procesos exhiben en los diversos países”, en 2002 se destacaba un asunto conocido: “La baja producción de información acerca del funcionamiento real de los sistemas judiciales”, lo que repercutía en “una baja capacidad de identificación de los problemas, en una muy escasa capacidad de evaluar los resultados”, la incompetencia para “desarrollar sistemas de administración eficientes”, y por encima de todo, “grandes carencias” para “generar respuestas a los numerosos problemas que la puesta en práctica de un sistema judicial más complejo supone”, concluyéndose en que “la capacidad de identificar y resolver problemas nuevos o no previstos, ha resultado deficitaria”.<sup>611</sup>

En un informe posterior del (CEJA), correspondiente a 2007, se reiteró que:

los procesos de reforma en materia penal siguen presentando problemas debido a que el respaldo político al nuevo sistema, los recursos disponibles y la capacidad de innovación de las comunidades involucradas tienden a ser limitados en relación con los esfuerzos que programas de cambios tan amplios demandan... hay áreas importantes en las que no hubo recursos o innovaciones suficientes para modificar las viejas prácticas de los sistemas inquisitivos... existe una cierta discrepancia entre los objetivos más concretos que la reforma se plantea y las capacidades de transformación con que realmente cuentan los países... cuesta mucho generar decisiones institucionales estratégicas en pro de innova-

<sup>611</sup> Cristián Riego, “Informe comparativo proyecto «Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina»”, *Sistemas Judiciales*, año 2, núm. 3, 2002, pp. 13, 52, 36.

ciones aunque estas hayan mostrado su utilidad... [Existen] problemas comunes a los países y que tienden a ser persistentes, o respecto de los cuales no se ven caminos de solución, o a lo menos, trabajos sistemáticos destinados a su abordaje.<sup>612</sup>

En particular, el informe que se cita constata la escasez de logros con relación a la institución protagonista de la reforma, los ministerios públicos:

han tendido a comportarse de acuerdo a los criterios del sistema antiguo, llegando incluso a transformarse en algunos casos en el principal agente de reproducción de las prácticas del sistema inquisitivo... a los fiscales les es más conveniente mantener un perfil bajo en el tema, no asumiendo un protagonismo que pudiera significarle críticas importantes y para el cual no logran identificar instrumentos eficaces.<sup>613</sup>

Una debilidad del Ministerio Público, que parece difícil de superar, atañe a su capacidad de investigación, manifiestamente insuficiente. En esa tarea, en la mayoría de países se ha enfrentado la resistencia —a veces abierta, en ocasiones soterrada— proveniente de la policía que ve en la reforma un cercenamiento de las facultades de investigación que, con los antiguos jueces instructores, ejercieron sin límites que, según su propio criterio, estorbaran su trabajo. Al ser asumida la responsabilidad por los fiscales, la policía se siente no sólo limitada sino desplazada de su tarea y ha respondido, en diversos países, con el boicot a la tarea de investigación, según registran diversos informes sobre la marcha de la reforma. En definitiva, la relación entre Ministerio Público y policía permanece como un problema no resuelto en la ejecución de la reforma.

<sup>612</sup> Cristián Riego R., “Nuevas tendencias de las reformas procesales penales en América Latina”, en *Reformas procesales penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa*, Santiago de Chile, CEJA, 2007, pp. 15, 16, 21, 25.

<sup>613</sup> *Ibidem*, pp. 26 y 27.

Los análisis de casos nacionales muestran debilidades específicas que en algunos países parecen bastante graves. En Chile se constató, por un lado, “una tendencia de parte de muchos fiscales del Ministerio Público a llevar a juicio oral solamente aquellos casos en que consideran que no existe mayor riesgo de perder”,<sup>614</sup> y por otro, un uso de la discrecionalidad por los fiscales que daba lugar a resultados muy distintos en la persecución de unos y otros delitos, beneficiándose con un trato condescendiente a aquéllos que se dedican profesionalmente al delito de poca monta y que, con esta forma de regularidad indeseable, contribuyen sostenidamente a la inseguridad social.<sup>615</sup>

En Bolivia se ha detectado la inacción del Ministerio Público: “Si la víctima o querellante no impulsa el proceso, este tiene muy pocas probabilidades de concluir”; de otra parte, “el sistema de salidas alternativas aparece vinculado con respuestas de impunidad”;<sup>616</sup> asimismo, pese a la importante inversión hecha en capacitación, la velocidad de resolución de casos tiende a decrecer mientras el número de presos sin condena ha aumentado.<sup>617</sup> En Colombia se ha señalado que pervive una “débil capacidad del sistema judicial para identificar a los sindicados de los delitos que llegan al conocimiento de las autoridades”,<sup>618</sup> lo que conduce a una “trivialización de la justicia, que en el caso de la justicia pe-

<sup>614</sup> Lidia Casas Becerra y Alejandra Mera González-Ballesteros, *Violencia de género y reforma procesal penal chilena. Delitos sexuales y lesiones*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, CEJA, 2004, p. 57.

<sup>615</sup> Luis Pásara, “El papel del Ministerio Público en la reforma procesal penal chilena”, *Reforma Judicial*, núm. 13, enero-junio de 2009, pp. 193-238.

<sup>616</sup> Ileana Arduino, “La Reforma procesal penal en Bolivia”, *Reformas procesales penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa*, Santiago de Chile, CEJA, 2007, p. 75.

<sup>617</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, pp. 215 y 216.

<sup>618</sup> Elvira María Restrepo *et al.*, *¿Impunidad o castigo? Análisis e implicaciones de la investigación penal en secuestro, terrorismo y peculado*, Bogotá, Documentos CEDE, 2004, p. 4.

nal significa la dedicación prioritaria del aparato judicial a casos de fácil solución”<sup>619</sup> y no a los delitos más graves, al tiempo que “el sistema tiene dificultades para terminar los casos que recibe, producto de lo cual está generando una carga de asuntos pendientes”; paralelamente, “los centros de conciliación... no tienen obligación específica de realizar seguimiento al cumplimiento de acuerdos conciliatorios”.<sup>620</sup>

En Nicaragua también se constató que “el número de [casos] resueltos de años previos es notablemente inferior a la resolución de casos que ingresan en el mismo periodo... la intervención de los fiscales en el marco de la audiencia es rutinaria, formalista y sin planteamientos estratégicos claros... una de las evidencias más concretas de las dificultades de la investigación es la alta cantidad de casos en que el Ministerio Público solicita la clausura anticipada del proceso por motivos que involucran directamente debilidad en el manejo de la prueba y preparación del caso”.<sup>621</sup> En Perú, se detectó la escasa profundidad y la poca utilidad de la investigación realizada por el Ministerio Público, la falta de elaboración de las acusaciones y la ausencia de razonamiento de la pena solicitada por el fiscal, al lado de decisiones que probablemente generaban impunidad.<sup>622</sup>

En Paraguay, la ineficacia de la actuación del Ministerio Público se incrementó en el caso de delitos económicos y de corrupción: en 80 causas respecto de las cuales se presentó acusación fiscal entre 2001 y 2005, 77% de los acusados no pudieron ser juzgados debido a la extinción del proceso en razón del venci-

<sup>619</sup> Rodrigo Uprimny *et al.*, “Entre el protagonismo y la rutina. Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia”, en Héctor Fix-Fierro *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 291.

<sup>620</sup> “La reforma procesal penal en Colombia”, *Reformas procesales penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa*, Santiago de Chile CEJA, 2007, pp. 114, 129.

<sup>621</sup> Ileana Arduino, *op. cit.*, pp. 161, 168, 171.

<sup>622</sup> Luis Pásara, *Calidad de la producción en la reforma procesal penal. Una exploración empírica en Huaura*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2010.

miento del plazo máximo de duración del proceso penal.<sup>623</sup> En Guatemala, entre 2003 y 2007, el presupuesto del Ministerio Público aumentó en 59.6% (en dólares estadounidenses); no obstante, en el año 2006 la institución resolvió un número de casos equivalente a 7% de los ingresados y al año siguiente esa tasa descendió a 4%.<sup>624</sup> En varios países, la disparidad entre la defensoría penal pública y el Ministerio Público fiscal es muy grande, haciendo que la prometida “igualdad de armas” entre acusación y defensa se sume a las promesas incumplidas.

La Reforma Procesal penal no ha reducido la impunidad ni ha aumentado la confianza ciudadana en el sistema.<sup>625</sup> Introducida y justificada, como se ha anotado, en el marco de una creciente ola delictiva, la reforma ha provisto respuestas a la criminalidad que se mueven en dirección contraria a las exigencias de “mano dura” gestadas en la cultura jurídica prevalente en la región. De un lado, se ha redefinido la institución de la prisión preventiva, que la reforma restringe sobre todo a los casos de peligro de fuga o peligro procesal, con lo que las cifras de detenidos preventivamente tienden a caer. De otro lado, se tiene la introducción de la admisión de culpabilidad (*plea bargaining*) que a cambio reduce los términos de la acusación y la cuantía de la pena, lo que a menudo conlleva que no se imponga reclusión efectiva. En un contexto en el que el ciudadano sabe que el número de efectivamente condenados es mínimo en relación con las denuncias —aunque no sea de público conocimiento que en diversos países equivalen a uno

<sup>623</sup> Observatorio Judicial, *Investigación académica sobre el cumplimiento de los plazos procesales en las causas penales*, Asunción, Universidad de la Integración de las Américas-USAID, 2006.

<sup>624</sup> *El Observador Judicial*, núm. 72, año 10, marzo-abril de 2008, El Ministerio Público. Estado de Situación.

<sup>625</sup> Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *IDB Experience in Justice Reform. Lessons Learned and Elements for Policy Formulation*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2001, p. 9; Sebastián Linares Lejarraga y Borja Díaz Rivillas, “Fortalecimiento de la independencia judicial en Centroamérica: un balance tras veinte años de reformas”, *América Latina Hoy*, vol. 39, abril de 2005, p. 50.



o dos por ciento de los delitos denunciados—, ir a prisión preventiva es socialmente visto como un adelanto de la improbable condena por llegar y la condena a prisión efectiva es percibida como la única sanción real. En ambos casos, la reforma entrega resultados contrarios a aquello que la gente, acaso de manera prejuiciada, espera del sistema penal. Las instituciones del sistema reformado no han explicado la perspectiva de los cambios a la población ni se han hecho cargo de las demandas ciudadanas en torno a la seguridad pública.<sup>626</sup> En la mayoría de países la Reforma Procesal Penal se ha aislado de la ciudadanía.

Descartada la reforma como instrumento de combate a la delincuencia —que nunca debió ser uno de sus objetivos—, limitados sus efectos a que en algunos países se ha logrado producir decisiones más rápidamente, la discusión más reciente gira en torno a qué capacidad tiene el modelo reformado para producir soluciones de calidad, siendo así que algunas de las respuestas que da el sistema —que equivalen a dejar sin respuesta el agravio cometido— evidentemente carecen de calidad. Las diversas críticas formuladas a la reforma han llevado a acciones de contrarreforma en Chile y en Ecuador, además de diversas propuestas similares en otros países. En los debates post reforma suscitados en cada país, ha surgido el asunto de los altos costos, entendidos éstos no sólo como los mayores presupuestos dedicados a la justicia penal sino como el conjunto de necesidades derivadas del cambio de sistema: establecimiento de nuevas reglas internas y procedimientos, adopción de nuevos roles por los protagonistas, adecuación de cada organización a los nuevos procedimientos y la baja en rendimientos que estos reacomodos producen.

En 1995, cuando los primeros países intentaban la reforma, Binder anticipó tres dificultades: “No contamos con datos suficientes sobre los sistemas que hay que cambiar... las instituciones judiciales —en sentido lato— no tienen costumbre de planificar. [... Más bien, prevalece] una concepción mágica sobre el

<sup>626</sup> Cristián Riego R., *op. cit.*, p. 30.

funcionamiento de la ley, de modo que no existe una preocupación por desarrollar las medidas necesarias para que la ley entre en vigencia”.<sup>627</sup> La experiencia italiana sugería la existencia de una dificultad cultural para abordar la reforma trasplantada, en el caso de abogados y magistrados educados en un sistema basado en fundamentos distintos.<sup>628</sup> Se ha reconocido la dificultad de introducir un nuevo tipo de proceso en ambientes institucionales no reformados, esto es, una apuesta a la reforma sin un cambio institucional amplio,<sup>629</sup> y en muchos casos, sin que exista “una política pública en materia de reforma judicial” entendida como “una definición de objetivos estratégicos y el manejo de instrumentos destinados a conseguirlos”.<sup>630</sup> La ejecución de la reforma ha hecho percibir diversos obstáculos pero acaso el más importante sea la debilidad del Estado en muchos de los países de la región, cuya constatación ha llevado a un importante promotor de la reforma a preguntarse “hasta qué punto el modelo de reforma judicial puede desvincularse del tipo de Estado en que ésta se inserta y si es que los estados latinoamericanos de menor fortaleza institucional debieran tener como objetivo la instalación de sistemas judiciales complejos como los que se han promovido en materia penal, o si no existen otras posibilidades más adecuadas”.<sup>631</sup>

La Reforma Procesal Penal probablemente ha depositado una esperanza desmesurada en que el cambio de modelo de enjuiciamiento debería producir alteraciones significativas en actitudes, hábitos y comportamientos. Lo que equivale a decir que se puso

<sup>627</sup> Alberto Binder, “Reflexiones sobre el proceso de transformación de la justicia penal”, en Joan B. Safford *et al.*, *La implementación de la reforma procesal penal*, Santiago de Chile, CDJ-CPU-N.S.S.C., 1996, p. 53.

<sup>628</sup> Marco Fabri, “El proceso criminal en Italia después de la reforma de 1989”, en Joan B. Safford *et al.*, *La implementación de la reforma procesal penal*, Santiago de Chile, *cit.*, p. 100.

<sup>629</sup> Linn Hammergren, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

<sup>630</sup> Cristián Riego R., *op. cit.*, p. 29.

<sup>631</sup> *Ibidem*, p. 49.

demasiadas expectativas en las posibilidades de inducir cambios en las conductas a partir de un cambio legal.<sup>632</sup> El movimiento de reforma, por otra parte, no se apoyó en una base social comprometida con la reforma;<sup>633</sup> Chile alcanzó cierta excepcionalidad en el sentido de que se logró que los medios de comunicación promovieran la formación de una tendencia de opinión favorable a la reforma. En ningún otro país ocurrió algo equivalente.

Pese a la serie de dificultades que enfrenta la Reforma Procesal Penal en los diversos países que han intentado ponerla en ejecución —entre ellas, el enorme déficit de capacidad investigativa de los aparatos institucionales—, es todavía prematuro formular un balance de sus resultados. Pero resulta pertinente preguntarse si, en el supuesto de que esta reforma resultase una promesa incumplida debido a su ambición acaso excesiva, no resultaría ensanchada la brecha entre derecho y realidad<sup>634</sup> que padece históricamente América Latina.

<sup>632</sup> Linn Hamnergren, *op. cit.*, p. 38; Máximo Langer, “Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, octubre de 2007, núm. 5, p. 657.

<sup>633</sup> Máximo Langer, “Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, núm. 5, octubre de 2007, pp. 620, 652.

<sup>634</sup> Mark Ungar, *Policing Democracy. Overcoming Obstacles to Citizen Security in Latin America*, *cit.*, p. 30.