

CONCLUSIONES. ENTONCES, ¿ES POSIBLE HACER ALGO?

A estas alturas del volumen, el lector se habrá hecho más de una vez la pregunta que encabeza estas conclusiones: ¿hay, entonces, algo que pueda hacerse con la justicia latinoamericana? Es no sólo razonable sino indispensable intentar una respuesta desde la perspectiva, ciertamente crítica y escéptica, con la que en este trabajo se ha abordado el análisis del tema. Para mantener la congruencia, sin embargo, los elementos de respuesta estarán presididos por el criterio delimitador de aquello que es factible. En consecuencia, no sólo se hará explícito aquello que no resulta posible alcanzar mediante una reforma de la justicia, en las condiciones que exhiben nuestros países, sino que se sostendrá que en algunos de ellos no es posible hacerla.

En esa dirección, lo primero que resulta necesario precisar es que el Estado de derecho no se alcanzará mediante una reforma de la justicia, pese a que ésta, si alcanzara sus objetivos, podría contribuir mucho al establecimiento de aquél. No obstante, el asunto va mucho más allá de reformar la administración de justicia.⁸⁰¹ Ciertamente, nuestros países deben tener un Estado de derecho, pero éste requiere algo más complejo y abarcador que un mejor sistema de justicia; es preciso tener una red de instituciones comprometidas con la eficacia del Estado de derecho⁸⁰² y, en la

⁸⁰¹ 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.

⁸⁰² Guillermo O’Donnell, “Reflections on Contemporary South American Democracies”, *Journal of Latin American Studies* 33, 2001, p. 607.

base social, contar con una extendida cultura ciudadana en la que el Estado de derecho sea, cuando menos, una aspiración seria. Pese a que en algún documento gubernamental se proclama que “los pueblos y los gobiernos” de la región “claramente han tomado la decisión fundamental de que el Estado de derecho prevalezca en sus sociedades”⁸⁰³ y a que declaraciones similares puedan aparecer en diversos discursos oficiales, la realidad de la región es otra. Como se ha visto en este volumen, estamos ante una realidad en la que, con demasiada frecuencia, los gobiernos tuercen la ley según sus conveniencias, al tiempo de que en los sectores populares, cuando no prevalece la ley del más fuerte o se recurre al linchamiento, se alzan voces que interpretan la justicia como el uso represor de la mano dura y la aplicación de penas crecientemente elevadas.

Una cuestión algo más difícil de encarar es la que se refiere al tipo de Estado en el que se plantea una reforma de la justicia. Se ha sostenido que “un prerequisito esencial de una reforma jurídica exitosa... es la existencia de un centro político efectivo y bien organizado, con el poder de poner la ley en ejecución”⁸⁰⁴. Ciertamente, cuando el Estado corresponde a esa definición, la reforma será posible; pero usualmente cuando se cuenta con un Estado así no se necesita transformar radicalmente la justicia. Según hemos visto en este libro, en América Latina es característica histórica del Estado su debilidad para imponer el cumplimiento de la ley de manera universal e igualitaria. Esta endeblez del Estado pervive actualmente en la mayoría de los países de la región. ¿Significa eso, como el autor citado parece sugerir, que mientras el Estado no sea distinto no es posible hacer una reforma de la

⁸⁰³ *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. 10.

⁸⁰⁴ Julio Faundez, “Introduction. 1. Legal technical assistance”, en Julio Faundez (ed.), *Good Government and Law. Legal and Institutional Reform in Developing Countries*, Hounds-mills-Nueva York, MacMillan Press, *op. cit.*, 1997, p. 24.

justicia? Lo que, más bien, parece claro es que las limitaciones que el Estado padece, en un país dado, restringirán los alcances de una reforma del sistema de justicia —como la de cualquier otro de los brazos institucionales del aparato estatal—, pero de ello no puede derivarse que cualquier reforma, por limitada que sea, resultará inviable.

En ese marco problemático de condicionantes y limitaciones se mueve este fenómeno curioso de la reforma de la justicia, que todos parecen considerar importante, pero “nadie realmente sabe cómo hacerla funcionar”.⁸⁰⁵ Como consecuencia, la reforma —que ha sido “por mucho, más difícil, larga e incierta de lo que inicialmente se previó”—⁸⁰⁶ ha seguido una trayectoria de éxitos modestos y frecuentes fracasos, de brechas importantes entre los términos de los proyectos diseñados y los resultados de su puesta en ejecución.⁸⁰⁷ Es una historia en la que se ha señalado que “la ideología y las preferencias subjetivas” continúan modelando lo intentado, lo posible y lo logrado.⁸⁰⁸ Probablemente sea así en cierta medida, y es casi seguro que no puede ser de otra forma. Subjetiva, en definitiva, es la comprensión de la justicia, objeto fundamental de este asunto. Y política es la naturaleza de la reforma debido a que altera relaciones de poder. De modo que, al abordar la reforma de la justicia, no hay criterios universales ni posiciones de neutralidad y quienes así se presentan, en realidad, ocultan sus propias opciones. Cuanto más transparente se sea respecto de los criterios políticos que guían las opciones de críticas y sugerencias, mejor.

Las conclusiones que en seguida se proponen delimitarán, primero, la esfera de lo que parece posible en materia de reforma. En seguida, abordarán lo concerniente a modelos, requisitos y estrategia, para desembocar en algunas cuestiones prácticas que

⁸⁰⁵ Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁰⁶ Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 112.

⁸⁰⁷ Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 366.

⁸⁰⁸ Linn Hambergren, *op. cit.*, p. 2.

interesan a los reformadores. Postularán, luego, un núcleo básico de objetivos o propósitos que, junto al compromiso de los actores que resulta necesario, puede resultar orientador como horizonte de la reforma. Se referirán, finalmente, a la pregunta de qué esperar de la reforma.

I. LA DELIMITACIÓN DE LO POSIBLE

Delimitar qué es posible hacer o establecer los límites de aquello que es factible mediante un proceso de reforma es algo que sólo puede ser determinado sobre la base de un buen conocimiento de la realidad. Comprender los términos del funcionamiento de un sistema de justicia no es asunto sencillo. Lamentablemente, este tema es visto casi despectivamente por quienes tienen más experiencia, en calidad de operadores del sistema, y piensan que la simple práctica, cotidiana y prolongada, equivale a conocimiento. Pero entender las realidades de la operación de los tribunales, qué es lo que pasa en ellos, por qué es así y no de otra manera, requiere mucho más que haber pasado allí determinados años. Es preciso efectuar análisis de varios tipos —tanto cuantitativos como cualitativos— debido a que el sentido común no basta y, según se comprueba, a menudo está equivocado.⁸⁰⁹

Nuestra comprensión de los sistemas judiciales resulta limitada por diversos factores, entre los cuales destaca la insuficiencia de estudios y análisis sobre ellos, y los supuestos de los programas de reforma han demostrado a menudo ser insuficientes, inadecuados e incluso contraproducentes.⁸¹⁰ La falta de información empí-⁸¹⁰

⁸⁰⁹ Deborah Hensler, “The contribution of judicial reform to the rule of law”, *Trabajo presentado en la Conferencia del Banco Mundial sobre New Approaches for Meeting the Demand for Justice*, 10 de mayo de 2001, 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. 362.

⁸¹⁰ William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Westport, praeger, 2000, p. 3.

rica sobre el funcionamiento de los aparatos de justicia constituye un vacío crucial y, en otro nivel, la desatención respecto del conocimiento de la cultura jurídica ha incidido de manera decisiva a la hora de adoptar reformas que estén verdaderamente adecuadas al medio.⁸¹¹

El cuarto de siglo que lleva la experiencia de la reforma de la justicia en la región brinda una masa de información —susceptible de ser convertida en conocimiento— acerca de nuestro objeto. Por ejemplo, el hecho de que ciertos rasgos del sistema —como la carga acumulada y los retrasos— pervivan, pese al incremento del número de tribunales y jueces, a la construcción de edificios y a la introducción de las computadoras y los sistemas de administración de casos, ha llevado a poner en tela de juicio el tipo de inversiones requeridas para producir resultados. Como resultado, y pese a que la demanda de reforma aún existe, el simple incremento presupuestal cuenta con un respaldo menguante y se ha puesto en duda varios otros de aquellos remedios prescritos por el “sentido común” a partir del cual se emprendió muchas reformas.⁸¹² Es positivo que haya ocurrido este desarrollo porque reconocer que aquello que creíamos saber no tiene base suficiente es una manera de avanzar en tanto constituye un paso importante hacia un mejor conocimiento.

El fracaso también echa luz sobre el vasto terreno de lo que no es posible e indirectamente nos encamina hacia aquello que sí es posible, en una doble dimensión: la primera corresponde a lo que está en el área de responsabilidad del sistema de justicia y no fuera de ella; la segunda guarda relación con lo que es factible de realizar con los recursos—humanos, sobre todo, pero también institucionales— con los que se cuenta.

Puede resultar útil pasar revista, aunque sea brevemente, a aquello que, no siendo posible, ha sido objeto del discurso de la reforma de la justicia y de algunas de sus acciones. Aunque sea

⁸¹¹ María Dakolias, *Court Performance around the World: A Comparative Perspective.*, Washington, World Bank Technical Paper, núm. 430, 1999, p. 23.

⁸¹² Linn Hambergren, *op. cit.*, p. 281.

casi obvio, es útil tener presente que no es posible que los sistemas de justicia procuren a América Latina la justicia social que no se ha podido alcanzar a través del sistema político o, incluso, las insurrecciones alzadas contra él. Los grandes cambios sociales son asuntos de naturaleza básicamente política y son resultado de luchas correspondientes a ese terreno. En su momento, los jueces pueden aportar la contribución que les corresponde en el campo jurisdiccional, pero no es razonable esperar de ellos que se conviertan en iniciadores y protagonistas del cambio político y social debido a que esta responsabilidad no se halla dentro de su función, tal como se encuentra definida institucionalmente:

los jueces no hacen o deshacen revoluciones. Ni siquiera pueden emprender grandes transiciones sociales. Pueden cristalizar y avanzar ideas que empezaron en otro lugar de los procesos del Estado. Pueden sacar al frente un poco o contrarrestar las mareas políticas. Pero ellos no inician los grandes cambios. Para funcionar, necesitan un mandato, un punto de partida e instrucciones acerca del camino que pueden seguir.⁸¹³

Más específicamente, tampoco corresponde al aparato de justicia —ni a los objetivos de su reforma— realizar la “igualdad real” en una sociedad, como la latinoamericana, profundamente marcada por desigualdades. Inevitablemente, los ciudadanos que comparecen ante el sistema de justicia llevan consigo las “marcas” sociales de las que son portadores en términos de conocimientos, capacidades, relaciones y recursos. La justicia, al operar, debe mitigar, reducir y, hasta donde resulte factible, despojar de capacidad decisiva a tales cargas de los sujetos comparecientes, pero no puede producir una igualdad que no existe y cuya realización es responsabilidad del conjunto en sociedades que, según

⁸¹³ Marvin E. Frankel, “Concerning the Role the Judiciary May Serve”, en Irwin P. Stotzk (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993, p. 25.

sugiere nuestra historia, no han asumido como propia esa obli-gación.

Por último, en esta delimitación inicial, tampoco es posible plantear como objetivo del aparato de justicia una ampliación de su competencia a fin de hacer lugar en él a la solución de un mayor número de conflictos, valiéndose al efecto de más personal y recursos. Los medios de los que dispone el Estado son limitados y a su cargo se hallan, al lado de la administración de justicia, otras varias funciones y responsabilidades importantes. A partir del reconocimiento de una inevitable limitación en los recursos, lo que cabe, más bien, es repensar en qué conflictos la resolu-ción a cargo de la justicia del Estado resulta indispensable porque a ella toca garantizar la presencia decisoria del interés público, como se verá más adelante en estas conclusiones.

Si se ha subrayado lo que no pueden hacer los jueces —ni es, en consecuencia, esperable de la reforma de la justicia— es porque, en general, se ha pedido demasiado de ellos y de la re-forma.⁸¹⁴ Se ha depositado en ellos expectativas demasiado altas:

se espera de los sistemas judiciales que funcionan bien que controlen los abusos del gobierno y protejan los derechos humanos y ci-viles, que creen un ambiente que fomente el desarrollo de econo-mías basadas en el mercado, que disuadan el delito y la violencia civil, que reduzcan los niveles de conflicto social, que sostengan el desarrollo de la gobernabilidad democrática legítima, y que re-duzcan las inequidades sociales al ayudar a distribuir los benefi-cios del desarrollo entre los grupos marginalizados.⁸¹⁵

Los proyectos de reforma han comprendido una diversidad de objetivos que con frecuencia han sido planteados para ser alcanzados simultáneamente⁸¹⁶ en lo que, de haber sido efectiva-

⁸¹⁴ Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 112.

⁸¹⁵ Linn Hammergren, *op. cit.*, p. 4.

⁸¹⁶ *Ibidem*, p. 292.

mente realizado, hubiese supuesto una transformación extraordinaria. Se requiere, pues, de “una mejor y más realista definición de objetivos, tanto respecto de los problemas a resolver como de aquello a ser alcanzado. La reforma judicial, por sí, no resolverá los males sociales fundamentales”.⁸¹⁷ En consecuencia, se requiere ajustar expectativas y trazar objetivos mucho más modestos,⁸¹⁸ en función de las posibilidades realmente existentes. Esos objetivos modestos deben ser trazados desde la conciencia acerca de todo aquello que no depende la reforma. Como se ha apuntado para el caso de México.

las deficiencias en el sistema judicial mexicano obedecen tanto a aspectos de carácter institucional como a factores de carácter social. Los primeros se refieren a aquellos problemas internos de los poderes judiciales que les impiden lograr eficacia y alta calidad en el servicio que prestan. Los segundos se encuentran inmersos en el contexto social mexicano y son los elementos que dificultan el acceso de la población a los mecanismos jurisdiccionales.⁸¹⁹

Esos elementos del contexto social no sólo determinan la existencia de barreras en el acceso al sistema de justicia, que requiere de cambios referidos a un ámbito mucho más amplio que el correspondiente al sistema mismo.⁸²⁰ Las características de una sociedad dada inciden asimismo en la prevención, generación y arreglo de conflictos y controversias⁸²¹ que en determinado momento tendrían que pasar a ser vistos y resueltos por los jueces. De modo que la justicia experimentada como bien social por el ciudadano depende, en determinada medida pero acaso en pri-

⁸¹⁷ Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 112.

⁸¹⁸ Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 344.

⁸¹⁹ Luis Rubio *et al.*, *A la puerta de la ley*, *cit.*, p. 58.

⁸²⁰ Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op. cit.*, p. 32.

⁸²¹ Robert A. Kagan, “The Routinization of Debt Collection. An Essay on Social Change and Conflict in the Courts”, *Law and Society Review*, vol. 18, núm. 3, 1984, p. 368.

mer lugar, de la forma en la cual una sociedad determinada esté organizada —en términos sociales, económicos y políticos—, de manera de evitar o inducir conflictos, y de resolverlos antes de ir a un juez o hacer indispensable su intervención.

Un elemento más, de crucial importancia, en la generación del bien social que es la justicia es la tendencia existente en el contexto social hacia la observancia o la inobservancia de las normas.⁸²² Esa tendencia no sólo incide en la gestación de conflictos que requerirán de solución y en el nivel de cumplimiento de las sentencias que se dicten en el caso sino que resultará clave en la eficacia o ineficacia de las reglas que se dicten a lo largo del proceso de reforma del propio sistema.

Otro aspecto que debe ser considerado es que la reforma, pensada como una reforma del Estado, de hecho no abarca a todas las instituciones participantes del sistema de justicia, que son tanto públicas como no públicas.⁸²³ Entre estas últimas se hallan la defensa profesional privada y el sector de facultades de derecho privadas. Pese a que ambos protagonistas tienen una incidencia decisiva sobre el funcionamiento del sistema de justicia, no han sido efectivamente abarcados —y difícilmente podrán serlo— por los programas de reforma efectuados en el aparato del Estado.

Admitidas genéricamente las condiciones y limitantes existentes en América Latina para efectuar una reforma del sistema de justicia, es preciso caracterizarlas de manera apropiada y particular en cada país. De ese análisis surgirán, en cada caso nacional, diferentes cuadros de posibilidad para determinado tipo de reforma. Esto es, no toda reforma es viable en cualquier país.⁸²⁴ Hay países en la región que pueden proponerse —como de hecho ha ocurrido en el caso de Costa Rica, por ejemplo— reformas de la justicia que les permitan avanzar hacia niveles adelantados.

⁸²² Carlos Nino, *op. cit.*, p. 257.

⁸²³ 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. 24.

⁸²⁴ Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 336.

En cambio, hay otros donde la falta de condiciones impedirá — como de hecho ha ocurrido en determinados casos — la ejecución de reformas incluso relativamente modestas. Por ejemplo, Fix-Fierro ha advertido que:

si bien la sociedad mexicana exige y espera justicia sustantiva, real, no solamente formal, los incentivos que enfrentan jueces y abogados no se han modificado en lo fundamental y no favorecen, al menos por ahora, que se logre tal justicia.⁸²⁵

El discurso de la reforma prometió demasiado y acaso fomentó más expectativas de las que era prudente levantar. Manejar la brecha entre las expectativas de los programas de reforma y la realidad de lo que éstos pueden producir se ha convertido en un desafío del proceso. Esperar de los tribunales un papel protagónico probablemente ha sido excesivo.⁸²⁶ Cuando las expectativas sobredimensionadas se encuentran con un sistema incapaz de administrar justicia, crece el desencanto no sólo respecto de la justicia sino de la democracia; se juegan en esto la frustración social y también la posibilidad de vueltas al pasado.⁸²⁷ Llevar adelante una reforma exitosa requiere que las expectativas sociales cambien,⁸²⁸ en dos dimensiones: cuán distinta puede ser la justicia que surja del proceso y qué rasgos deben caracterizarla. Si en lo primero las expectativas sociales tal vez han sido demasiado altas, en lo segundo a menudo no se corresponden con las características de un sistema democrático.

No obstante, delimitar qué es posible también debería incluir la averiguación específica acerca de cuáles son las necesidades de justicia del ciudadano y qué espera éste del servicio. Esta indagación no se ha hecho a lo largo de los procesos de reforma. Aparte

⁸²⁵ Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 318.

⁸²⁶ Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 344.

⁸²⁷ Rachel Sieder *et al.* “Introduction”, en Rachel Sieder *et al.* (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, *cit.*, pp. 2, 17.

⁸²⁸ Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 262.

de las consabidas respuestas en torno a la “mano dura”, es probable que la mayoría de los consultados requieran que la justicia sea eficaz y pronta en unos cuantos tipos de proceso —entre los cuales seguramente destacarán los conflictos de índole familiar—, a los cuales un proceso de reforma debería dar prioridad. De los resultados que pueda obtenerse en ese terreno dependerá el apoyo ciudadano al proceso de cambio de la justicia, que es una condición para hacerlo posible.

Antes de pasar a la discusión en torno a qué es lo que puede hacerse, es preciso retener algunos criterios esenciales en el punto de partida. Primero, es indispensable tener un conocimiento sólido de la realidad que se pretende cambiar. Segundo, no obstante admitirse que el funcionamiento de la justicia resulta severamente afectado por una serie de rasgos sociales profundos y de problemas irresueltos, el programa de cambios debe centrarse en aquello que pueden proveer directamente las instituciones del sistema de justicia una vez reformadas. Tercero, pese a la necesidad de un horizonte de transformación, los objetivos de la reforma deben apuntar a aquello que resulta factible realizar, por modesto que resulte. Cuarto, los términos de lo que es factible sólo pueden ser determinados a la luz de una realidad nacional concreta. Quinto, es preciso auscultar las necesidades y expectativas sociales, y tratar de ajustarlas a aquello que realistamente puede esperarse de la reforma, modificando pedagógicamente aquellas expectativas contrarias a la democracia y el Estado de derecho, por más que efectivamente sean exigencias populares.

II. MODELOS, REQUISITOS, ESTRATEGIA

No existe un diseño de reforma modelo. No puede existir debido a las razones que venimos de analizar en estas conclusiones. Pese a que diversos agentes de la cooperación internacional han usado, como recetas, determinados patrones o modelos de reforma —sobre la base de diseños institucionales existentes en países de-

sarrollados o en razón de que tales fórmulas parecieron funcionar en otro caso—, las reformas factibles sólo pueden ser diseñadas de cara a la situación del país donde debe alcanzar resultados: “Cada sociedad posee sus propios rasgos específicos que requieren diversos ordenamientos institucionales para promover la reforma”.⁸²⁹ Como se ha indicado a propósito de la independencia judicial, la experiencia sugiere que ningún modelo tiene validez para cualquier contexto.⁸³⁰ Cuando se trata, pues, de reformas atingentes al Estado de derecho, el análisis y las soluciones propuestas deben diferenciarse en razón de tiempo y lugar particulares.⁸³¹

Esa premisa no debe llevar a la conclusión de que cada país tiene un tipo de reforma que resulta factible, y en consecuencia, es aquél cuya realización debe intentarse. Además de una realidad cuyos límites resultan difíciles de ignorar, la reforma de la justicia contiene opciones valorativas acerca de qué fines deben recibir prioridad. Ateniéndose siempre a los márgenes de aquello que es factible, puede optarse por dar mayor valor a la eficacia del sistema que al acceso a él, o viceversa; puede escogerse situar, por encima de todo, la capacidad de la judicatura para controlar los excesos en el ejercicio del poder o, en cambio, la atención de un mayor número de conflictos. Y así sucesivamente. La reforma es siempre una propuesta política que atiende centralmente a ciertos objetivos e inevitablemente posterga otros.

No obstante la inconveniencia de pensar la reforma en términos generales, varios autores han listado requisitos o condiciones que pueden tener cierto grado de aplicación común a diversos casos nacionales. Sin embargo, como se verá en seguida, en tales listados no siempre se distingue nítidamente aquellas condiciones que se supone necesarias para iniciar un proceso de reforma de los estándares a alcanzar como resultados del mismo.

⁸²⁹ Marcela Rodríguez, “Some Thoughts on Institutional Structures in the Judicial Process”, en Irwin P. Stotzk (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993, p. 173.

⁸³⁰ Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 209.

⁸³¹ Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 366.

Hugo Fröhling, en un trabajo escrito a fines de la década de los años noventa, indicó cuatro aspectos o factores. Primero, la “real reforma” requiere “cambiar el lugar del Poder Judicial en el sistema político latinoamericano”, dado que la judicatura ha carecido de independencia política; segundo, la reforma “comprende la reforma de otras instituciones públicas, tales como la policía”; tercero, es preciso “un acuerdo social acerca del papel propio del Poder Judicial en una democracia”; y cuarto, lo que ocurría en la rama judicial “dependerá de la existencia de grupos no gubernamentales activos que quieran usar la ley para defender los derechos civiles”.⁸³² Carlos Aguirre y Ricardo Salvatore señalaron dos condiciones: “Un régimen institucional o político en el cual una porción sustancial de los litigantes y de las gentes procesadas entienden los procesos e instituciones legales y se rigen por ellos”, y “que la gente valore el orden jurídico como un componente de su identidad social y cívica y ejerza sus derechos”.⁸³³ Pese a que es muy difícil cuantificar la “porción” de ciudadanos que se comportan de acuerdo a ley en América Latina, con seguridad no es mayoritaria. Gente que encuentre su identidad en los valores del orden jurídico es casi inexistente en la región. Si debiéramos leer esas dos condiciones como requisitos del cambio en la justicia, dado que no existen en América Latina, la reforma no sería posible.

Otros autores han fijado puntos de partida más realistas. Popkin insistió en que: las reformas sólo pueden ser exitosas si el ímpetu para ellas viene desde dentro del país” y, en referencia a la cooperación internacional, propuso a este efecto que sus agentes

⁸³² Hugo Fröhling, “Judicial Reform and Democratization in Latin America”, en Felipe Agüero y Jeffrey Stark (eds.), *Fault Lines of Democracy in Post-Transition in Latin America*, Coral Gables, North-South Center Press, University of Miami, 1998, p. 255.

⁸³³ Carlos Aguirre y Ricardo D. Salvatore, “Introduction. Writing the History of Law, Crime and Punishment in Latin America”, en Ricardo D. Salvatore, *op. cit.*, *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times*, Durham-Londres, Duke University Press, 2001, p. 15.

hagan “una evaluación honesta de los grupos e individuos real o potencialmente interesados en la reforma”,⁸³⁴ se entiende que con el propósito de decidir si el proceso es viable. Brinks ha subrayado que “hacer mejoras serias y duraderas requerirá un nivel de compromiso político” que en las décadas previas ha estado ausente.⁸³⁵

La necesidad de consenso es un elemento que, al ser planteado como requisito —especialmente en los trabajos de María Dakolias— requiere ser discutido. Para esta autora, funcionaria del Banco Mundial desde hace un par de décadas, “desarrollar y ejecutar un programa necesita del consenso. El consenso requiere que las limitaciones políticas y las estrategias pragmáticas sean tomadas en cuenta”.⁸³⁶ La idea, como otras que han circulado en torno a la reforma, parece razonable. Sin embargo, no lo es en la realidad; impuesta como prerrequisito resulta paralizante o castrante de un esfuerzo de una reforma significativa. El consenso —entendido, claro está, como acuerdo entre todas las partes intervenientes— no es posible debido a que la reforma, cuando aborda asuntos verdaderamente importantes y trascendentales, pasa por la modificación de los equilibrios de poder existentes en las instituciones del sistema y afecta intereses de diversos actores situados dentro y fuera de ellas; en consecuencia, es imposible que la reforma recabe el respaldo de todos ellos. Además, el consenso no es deseable debido a una razón complementaria: si todos los actores del sistema están de acuerdo en una reforma dada probablemente ese acuerdo se explique porque la propuesta no tendrá resultados efectivos, dejará las cosas, más o menos, como

⁸³⁴ Margaret Popkin, *op. cit.*, pp. 252, 255.

⁸³⁵ Daniel Brinks, “Judicial reform and independence in Brazil and Argentina: The beginning of a new millennium?”, *Texas International Law Journal*, vol. 40, 2005, p. 622.

⁸³⁶ María Dakolias, “A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1995, p. 226. En el mismo sentido, María Dakolias, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*, Washington, World Bank Technical Paper núm. 319, 1996, p. 65.

están. Insistir en el consenso como prerequisito es ignorar la naturaleza del cambio requerido pero, sobre todo, la del conflicto que necesariamente supone una reforma que importe. Tomar en serio el consenso como prerequisito es limitar la reforma a asuntos que no incorporan cambios sustanciales y paralizarla en todo lo demás.

Cosa distinta a esa exigencia de consenso sobre los contenidos de la reforma es recomendar que haya consenso en el país acerca de la necesidad de una reforma,⁸³⁷ o más precisamente, plantear como requisito de una reforma exitosa que sea respaldada por una alianza de diversos sectores, incluidos actores políticos, líderes y organizaciones sociales, y operadores del sistema. Si la reforma —cual sea el contenido que adopte en un país y circunstancia dados— no cuenta con una base de apoyo considerable, estará destinada al fracaso porque, al enfrentar las resistencias de sus adversarios, es decir, quienes anticipan ser perjudicados por ella, será derrotada. De allí que Blair y Hansen plantearan tempranamente —cuando el proceso de reforma completaba su primera década en la región— que “conocer el nivel de apoyo u oposición potenciales entre las élites políticas y los sectores organizados... es especialmente crucial para decidir si las inversiones en la reforma legal y judicial pueden rendir resultados significativamente positivos”.⁸³⁸ Esto es, sí la oposición a ser enfrentada supera el apoyo con el que se cuenta, no vale la pena intentar una reforma que de todos modos resultará inviable.

Aunque se cuente con una alianza que respalde la plataforma de una reforma del sistema de justicia, no es posible hacerlo todo a la vez: hacer eficiente el servicio de administrar justicia,

⁸³⁷ Richard E. Messick, “Judicial Reform and Economic Development: a Survey of the Issues”, *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1, 1999, p. 124.

⁸³⁸ Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Role of the Law Programs*, Arlington, U.S. Agency for International Development, Assessment Report núm. 7, 1994, p. vii.

establecer mejores procesos para reclutar a los operadores, introducir nuevas formas de gobierno interno y situar a la judicatura en un nuevo lugar en el régimen político. De allí la necesidad de una estrategia, que siendo “tanto una actitud como un producto” implica reconocer, de inicio, la existencia de incertidumbres y la voluntad de someter a prueba los supuestos del proyecto de reforma. Ciertamente, tal estrategia debe ser trazada a la medida de un contexto nacional específico.⁸³⁹ La situación del país, y la de su justicia, en un momento dado ofrecen las oportunidades y presentan los riesgos, designan los actores, reclaman las prioridades y determinan los recursos disponibles. Lo que se hizo, incluso con éxito, en otra realidad o momento, puede servir como un dato orientativo pero no como un patrón a seguir.

Una de las claves de una estrategia se refiere a la cuestión de por dónde empezar, asunto que con frecuencia enfrenta la dificultad de distinguir problemas que constituyen causas de aquéllos que sólo son efectos o consecuencias.⁸⁴⁰ El punto inicialmente implica optar entre el abordaje simultáneo de todos los problemas relevantes o escoger algunos de ellos para enfrentarlos.⁸⁴¹ En torno a estos dilemas, se ha aconsejado, de una parte, rechazar la tentación —frente a la que se ha cedido con frecuencia en América Latina— de recurrir a las purgas como mecanismo de reforma que conlleva otros males y, de otra, pensar no en “cambios generales en todo el sistema” si no en “cambios en unidades determinadas, cuidadosamente escogidas y evaluadas”.⁸⁴² Si se sigue esta pista, hay que agregar que tales cambios, para ser estratégicos,

⁸³⁹ Linn Hambergren, *op. cit.*, pp. 280, 282, 300.

⁸⁴⁰ Linn A. Hambergren, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁴¹ 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, pp. 495 y 496.

⁸⁴² Rogelio Pérez Perdomo, “La justicia en tiempos de globalización: demandas y perspectivas de cambio”, *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, p. 148.

deben afectar núcleos críticos del sistema, esto es, espacios que al ser transformados pueden generar modificaciones en otros lugares del aparato. De ningún modo puede elegirse el punto de partida porque allí parece más sencillo empezar en razón de que, por ejemplo, se enfrentará menores resistencias; ése es un camino que conduce a la irrelevancia de la reforma. De hecho, los puntos de entrada más frecuentados han sido, de una parte, la selección y el nombramiento de jueces y funcionarios judiciales, y de otra, los modos de gerenciamiento y de organización.⁸⁴³

Escoger los puntos de partida conduce, de inmediato, a trazar las etapas en las que se desenvolverá la estrategia y la secuencia que tales etapas o fases seguirán, tomando en cuenta, para cada una, costos y beneficios, actores y capacidades institucionales.⁸⁴⁴ En parte, el ordenamiento de las etapas debe corresponder a la necesidad de ofrecer resultados. Si bien la reforma es asunto cuyos frutos más ambiciosos serán logrados en el largo plazo, para hacer creíble el proceso —y, en consecuencia, sostenible— es preciso que, desde los momentos iniciales y sucesivamente en cada fase, la reforma produzca resultados. Sólo mostrando resultados puede mantenerse el apoyo a la reforma y solamente con un impacto efectivo de los cambios puede justificarse que el país invierta e incluso contraiga deuda para llevar adelante el proceso.⁸⁴⁵ Una estrategia de calidad deberá lograr que los resultados de corto y mediano plazo sean congruentes con la dirección del cambio en el largo plazo.

⁸⁴³ Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, pp. 790 y 791.

⁸⁴⁴ María Dakolias, “A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1995, pp. 225 y 226; María Dakolias, “The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean”, *Elements of Reform*, Washington, World Bank Technical Paper núm. 319, 1996, p. 65.

⁸⁴⁵ Christina Biebesheimer, “Justice Reform in Latin America and the Caribbean: the IDB Perspective”, en Pilar Domingo y Rachel Sieder (eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres Institute of Latin American Studies, University of London, 2001, p. 113.

Nada de esto puede ser logrado cuando la reforma se plantea como una serie de proyectos aislados, como ha ocurrido con frecuencia en América Latina. Los plazos para emprender y alcanzar los diversos objetivos deben hacer parte de la estrategia general de la reforma, pero admitir que ciertos cambios corresponden a un plazo más largo plazo no debe ser una simple excusa para postergarlos indefinidamente. En ocasiones, la preparación de los cambios que toman más tiempo requiere ser iniciada al comienzo del proceso de reforma.

Una de las razones que explican el perfil de la reforma como una diversidad de proyectos sin estrategia es la discontinuidad del liderazgo. En diversos países, la reforma ha cambiado de rumbo, de prioridades o de velocidad, con un cambio de ministro de justicia, o una sustitución del presidente de la corte suprema. De allí que, en términos prospectivos, la pregunta acerca de quién está a cargo del proceso de reforma sea crucial.⁸⁴⁶ No sólo se necesita una estrategia que se mantenga en el tiempo, haciendo lugar a las modificaciones que aconseje la experiencia de ejecución de la reforma. También se requiere continuidad en la conducción del proceso.

Lo dicho hasta aquí en esta sección refuerza una tesis ya planteada: la reforma no puede diseñarse y ejecutarse en términos similares en todos los países. El corolario apunta que hay países en los que no resultará factible hacer la reforma o tendrá que reducirla a aspectos muy secundarios. Probablemente, las reformas con mayores logros deberán surgir en países donde el Estado tiene una presencia afirmada y se cuenta con mejores condiciones de gobernabilidad.⁸⁴⁷ En cambio:

⁸⁴⁶ Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 111.

⁸⁴⁷ Hugo Frühling, “Judicial Reform and Democratization in Latin America”, en Felipe Agüero y Jeffrey Stark (eds.), *Fault Lines of Democracy in Post-Transition in Latin America*, Coral Gables, North-South Center Press-University of Miami, 1998, p. 255.

si la voluntad política tiene un incentivo decreciente; si no es razonable esperar una transformación proveniente de los operadores internos del sistema judicial; si los abogados le otorgan primacía a sus intereses profesionales, que no están ligados necesariamente a la reforma judicial; si los sectores sociales hoy activos y críticos, canalizan sus preocupaciones y sus luchas hacia otros sectores tal como lo han hecho anteriormente, y la cooperación internacional torna inmanejable o inestable el proceso de cambio, o le aumenta su complejidad al proyectarle sus propias contradicciones y problemas, cabe preguntarse cuánto tardarán en producirse esos factores de parálisis, atraso o descarrilamiento, producto de la interacción de cada una de estas variables.⁸⁴⁸

En atención a las condiciones existentes en cada país y momento, se podrá incluir objetivos y contenidos muy diversos en una reforma de la justicia. En algunos países, una reforma importante acaso pueda tener lugar, pero la reforma no está al alcance de todos,⁸⁴⁹ tal como se ha demostrado en la experiencia de las últimas décadas.

Quizá resulte útil finalizar esta sección de las conclusiones con algunos asuntos prácticos y concretos. Allí donde se crea que existen condiciones para llevar adelante un proyecto de reforma, los reformadores deberán desplegar una diversidad de cautelas. Siguiendo las sugerencias de Burky y Perry,⁸⁵⁰ que otorgan prioridad al juego de fuerzas en torno a la reforma, los reformadores deberán: 1) prestar atención sistemática a quienes vayan surgiendo como posibles ganadores y perdedores de las reformas en curso; 2) seguir de cerca la naturaleza y la intensidad del apoyo y la oposición a las mismas; 3) elaborar esquemas de compensación que sean políticamente viables, y en consecuencia creíbles, para quienes se perjudiquen con las reformas;

⁸⁴⁸ Alberto M. Binder y Jorge Obando, *op. cit.*, p. 93.

⁸⁴⁹ Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 336.

⁸⁵⁰ Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

4) y desarrollar campañas de información pública sobre el proceso de reforma.

A esas sugerencias, conviene agregar, en términos más generales, una inversión importante en estudios empíricos que den cuenta del curso de la ejecución de la reforma,⁸⁵¹ incluyendo evaluaciones durante su desarrollo que permitan efectuar las siguientes correcciones.⁸⁵² En ese esfuerzo parece especialmente importante prestar atención a la manera en que los cambios formales, sobre los que la reforma puede operar directamente, de un lado, encuentran resistencias provenientes de las prácticas establecidas y, de otro, afectan el funcionamiento de las instituciones informales. Se aconseja auscultar, en particular, el modo en el que las reformas afectan los mecanismos informales de aplicación (*enforcement*) de las normas.⁸⁵³ Si en el diagnóstico inicial se ha detectado las prácticas e instituciones informales vigentes, el seguimiento del impacto de la reforma en ellas será posible aunque nunca será sencillo. Sin embargo, de lo que ocurra en ese terreno, que es el de aquello que tiene vigencia a pesar de no estar escrito ni haber sido formalmente adoptado, pueden depender en buena medida los resultados de las reformas.

En cuanto a los donantes y otros agentes de la cooperación internacional, es útil recordar que deben evitar la tentación de prescribir soluciones específicas y la de presuponer necesidades y prioridades⁸⁵⁴ que no surjan de estudios y diagnósticos empíricos. Ninguna decisión acerca del ámbito, contenido, tamaño, plazos o montos de un proyecto debería ser tomada sin un conocimiento detallado de la materia en el país con el que se trabaja. Es preciso recopilar la información que ya existe, prestar atención a las percepciones y análisis de los actores nacionales, aprovechar lo

⁸⁵¹ Erik G. Jensen, *op. cit.*, p. 366.

⁸⁵² Linn Hambergren, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁵³ Richard E. Messick, "Judicial Reform and Economic Development: a Survey of the Issues", *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1, 1999, p. 129.

⁸⁵⁴ Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 258.

aprendido por expertos internacionales que tienen experiencia en el país así como “no se debería emprender ningún proyecto de reforma legal sin tomar en cuenta los de otras agencias”.⁸⁵⁵ Los actores nacionales deben tener la última palabra respecto de la estrategia de la reforma porque conocen mejor el terreno y sobre ellos recae verdaderamente la responsabilidad del proceso de reforma en su país. La ejecución de un proyecto necesita un seguimiento continuo y las evaluaciones son oportunidades para aprender tanto de logros como de fracasos. Una mirada externa a través de las evaluaciones es un recurso poderoso para obtener un análisis crítico acerca de lo que funciona y lo que no. La reticencia a compartir información con otros actores es, a largo plazo, una pérdida de recursos.

Vale la pena referirse asimismo a un tema que aparece con frecuencia en los proyectos de reforma y que ha sido abordado críticamente en este libro: los trasplantes. Trasplantar a un sistema de justicia normas, mecanismos, procedimientos o instituciones de los que se piensa que han sido exitosos en otras realidades es una opción portadora de más riesgos de los que usualmente perciben reformadores y donantes. Esta afirmación no significa que nunca deba recurrirse a un trasplante sino que intenta llamar la atención acerca de la necesidad de tomar diversas precauciones en torno a esta opción. Siguiendo a Milhaupt y Pistor,⁸⁵⁶ debe notarse que la demanda de lo trasplantado y el proceso por el que se lo incorpora en la estructura institucional son claves en el resultado del trasplante debido a que ambos aspectos afectan el comportamiento de los abogados, jueces y funcionarios que deberán utilizarlo. Estos autores sostienen que si no existe una “demanda” de la norma o del procedimiento que se trasplanta —esto es, si los abogados no ven ventajas en usarlo o los jueces no lo aceptan—,

⁸⁵⁵ Julio Faundez y Alan Angell, “El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”, *cit.*, p. 107.

⁸⁵⁶ Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *Law and Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago-Londres The University of Chicago Press, 2008, pp. 208-212.

difícilmente su incorporación será exitosa. La advertencia reclama un estudio cuidadoso de la compatibilidad entre lo que se trasplantaría y el medio que habría de recibirla. No es esto lo que se ha hecho en América Latina cuando, con irresponsabilidad, se ha utilizado el trasplante como sinónimo de adelanto o de modernización. Una reforma de la justicia, para ser exitosa, habrá de manejar con mayor rigor y cautela este asunto.

III. EL HORIZONTE DE UNA JUSTICIA DISTINTA

Cada país habrá de determinar, pues, si puede intentar una reforma de la justicia y qué contenidos resulta realista asignarle. Al efecto, una revisión de la experiencia propia y ajena puede ser de enorme utilidad. Pero, por modesto que sea el diseño resultante en algunos casos concretos, la reforma —para ser considerada como tal y no reducirse a un cambio legal o a ciertas modificaciones organizativas— debe moverse en la dirección de una justicia distinta, orientada por ciertos criterios que conviene elaborar en estas conclusiones.

Si en un discurso expansivo de la reforma de la justicia se la imaginó capaz de responder simultáneamente a problemas tales como la pobreza y la desigualdad, la inestabilidad democrática y la insuficiencia del crecimiento económico y la inversión,⁸⁵⁷ un horizonte realista para la reforma supone situar los objetivos de la justicia en el terreno de aquello que le corresponde: resolver conflictos entre particulares y asegurar la constitucionalidad y la legalidad en el desempeño gubernamental. No obstante, respecto al primer ámbito, es claro que la justicia provista por el Estado no puede resolver todos los conflictos surgidos entre partes.

El universo de conflictos existentes en la sociedad actual pasa por un proceso de incremento, al tiempo que han disminuido los factores de contención que en otro tiempo funcionaron eficazmente para desalentar el crecimiento de controversias o resolver

⁸⁵⁷ Linn Hamnergren, *op. cit.*, p. 21.

inmediatamente los conflictos. Mientras la familia y otras instancias de autoridad tradicionales se disuelven como tales —los padres que abdicán del ejercicio de su autoridad, el maestro que se desentiende de su responsabilidad formativa, el mayor que socialmente ha perdido reconocimiento—, las normas sociales básicas de respeto al otro —los límites— no encuentran lugares sociales de transmisión y reproducción, ni audiencia en un individuo centrado en su propia satisfacción, básicamente a través del consumo. La cohesión social tiende a debilitarse y la violencia se expande gracias a la reducción de controles internos y sociales. Es un contexto en el que la transgresión, en diferentes niveles de gravedad, deja de ser sancionada o, en ocasiones, busca una sanción imposible en el sistema de justicia. Con el aumento de la conflictividad social, la carga de la justicia en América Latina se ha visto acrecentada pese a que, conforme las estadísticas y las encuestas demuestran, una porción enorme de los conflictos sociales no son conocidos —menos aún resueltos— por la justicia.

A esa carga contribuye el uso malicioso de la justicia por grandes usuarios, entre los cuales destaca el Estado. Los gobiernos parecen haber llegado a la conclusión de que les conviene más un pleito —cuyos resultados siempre tardan y son azarosos— que reconocer una obligación con un particular. En consecuencia, por ejemplo, confeccionan liquidaciones diminutas para quienes deben recibir una pensión jubilatoria, apostando a que el perjudicado se resigne, no pueda pagar un abogado o incluso muera antes de que su derecho haya sido reconocido judicialmente. Asimismo, es usual que los abogados del Estado tengan órdenes expresas de apelar cualquier decisión judicial que sea contraria al Estado y que lo hagan siempre en el último día del plazo, de modo de dilatar la solución del asunto todo cuanto sea posible.

Una reforma de la justicia debe partir del criterio de que los medios disponibles para el sistema de justicia no pueden incrementarse indefinidamente. En consecuencia, es preciso asegurar que, con los medios de los que dispone el aparato institucional,

se resuelva la mayor parte de conflictos que conoce. Esto no se logra hoy en la mayor parte de países de la región. Para alcanzar tal objetivo, el primer paso es establecer qué porción de los conflictos sociales existentes requieren ser conocidos y resueltos por el aparato estatal de justicia, a fin de garantizar que en la solución prevalezcan criterios propios del interés público. En otras palabras, “ameritan trámite judicial aquellos conflictos que involucren un interés general relevante, por los bienes o principios que afecta, o por los sujetos involucrados”.⁸⁵⁸ Para algunos autores, debe reservarse a la justicia del Estado aquellos casos en los “que la justicia posee características de un bien público puro, es decir, de un bien no rival. Ello ocurre particularmente en el área de la justicia constitucional; en el ámbito de la casación; y en fin, en el área de la justicia criminal en la que el Estado y los particulares poseen valoraciones divergentes”.⁸⁵⁹

Al aceptar los asuntos que conoce, con poca discriminación —o mediante una discriminación irracionalmente dependiente de barreras territoriales, culturales o económicas—, la justicia del Estado financia procesos cuyo interés público es mínimo o inexistente. En rigor, “no hay justificación para subvencionar los pleitos indiscriminadamente” y es preciso admitir que “conviene judicializar sólo lo que deba judicializarse”.⁸⁶⁰ Al examinar la carga de trabajo de la justicia según materias, se comprueba que “mucho de su actual trabajo no debería ser prioridad”.⁸⁶¹ En consecuencia,

⁸⁵⁸ 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. 66.

⁸⁵⁹ Juan Enrique Vargas *et al.*, *El rol del Estado y el mercado en la justicia*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2001, p. 29.

⁸⁶⁰ 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*, cit., pp. 93 y 92.

⁸⁶¹ 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, p. 42.

“una reforma de la justicia civil debe esforzarse por modificar la composición del trabajo judicial, poniéndose barreras de entrada a asuntos —como los voluntarios— que admiten soluciones alternativas menos costosas”.⁸⁶² En Chile, entre 1977 y 1995, 22% de las causas de naturaleza civil y comercial ingresadas correspondieron a asuntos voluntarios.⁸⁶³ Similar es el caso de diversos procesos en los que, en verdad, no hay litigio que requiera la decisión de un juez. El más claro ejemplo es el divorcio de mutuo acuerdo respecto del cual países como Colombia, Ecuador y Perú ya han dispuesto que se resuelvan fuera de la vía judicial.

En materia comercial, en los diversos países de la región los tribunales se hacen cargo de los procesos ejecutivos o de cobro de deudas respaldadas en títulos de crédito, que pesan significativamente en su carga de trabajo. En el caso chileno, incluyendo diligencias preparatorias, sumaban 75% de las demandas presentadas en el fuero civil, en el periodo (1990-1997);⁸⁶⁴ en la provincia de Córdoba (Argentina) el cobro de deudas significó las dos terceras partes de la carga de casos de los tribunales entre 1983 y 1998.⁸⁶⁵ En Perú se ha señalado que conformaban la mitad de las demandas ingresadas a los juzgados civiles de la capital;⁸⁶⁶ en México constituyán el 40% de la carga judicial de los juzgados civiles del Distrito Federal;⁸⁶⁷ en Colombia, hacia el final de los años noventa, estos procedimientos ejecutivos conformaban 80% de los procesos

⁸⁶² Juan Enrique Vargas, Carlos Peña y Jorge Correa, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁶³ *Ibidem*, pp. 87 y 88.

⁸⁶⁴ Rafael Mery, “Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile”, *Documento de Trabajo*, núm. 7, Universidad Diego Portales-Centro de Investigación y Desarrollo Empresarial, 2003.

⁸⁶⁵ María Inés Bergoglio, *Litigar en Córdoba. Investigaciones sociológicas sobre la litigación*, Córdoba, Triunfar, 2001, p. 54.

⁸⁶⁶ Informe final de la Comisión de justicia civil, integrante de la Comisión de magistrados para la reestructuración del Poder Judicial constituida por Hugo Sivina, presidente del Poder Judicial (Propuesta núm. 24), en: <http://www.justiciaviva.org.pe/restruct/document.htm>, <http://www.justiciaviva.org.pe/restruct/document.htm>, consultado el 11 de julio de 2012.

⁸⁶⁷ Ana Laura Magaloni, “Diagnósticos empíricos versus recetas legislativas”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 10, 2007, pp. 61-74.

civiles iniciados;⁸⁶⁸ en 2007 se habían reducido a 58.6%.⁸⁶⁹ Se ha observado que, existiendo un documento con fe pública en el que consta la obligación, el conflicto en torno a la falta de pago no requiere del conocimiento y declaración de un derecho por los órganos judiciales sino sólo de una medida de ejecución de tal derecho. Una posibilidad sugerida, que es práctica en Alemania, consiste en incorporar un procedimiento de cobranza en el cual la oficina del juez emita resolución luego de recibida la demanda, la cual quede firme si es que el demandado no la cuestionara.

La línea entre lo que sí debe resolver la justicia a cargo del Estado y aquello que puede resolverse en otras instancias institucionales o sociales debe ser trazada al diseñar una reforma del sistema en un país y momento dados. Lo que aquí debe retenerse es que el Estado no tiene recursos ilimitados, que la justicia estatal no está hecha para resolver todos los conflictos sociales y que, en consecuencia, su intervención debe ser selectiva y guiada por el interés público. Esto implica desjudicializar, sin dejar de resolver, una parte acaso importante de lo que actualmente constituye el trabajo de los tribunales latinoamericanos, vía que requiere desarrollar mecanismos eficaces y accesibles —distintos a la judicatura— para atender controversias que hoy no llegan al aparato de justicia o que llegan para estancarse en él o recibir, usualmente de manera tardía, una solución que no siempre es adecuada. Sin embargo, desjudicializar es una opción que “toca los intereses esenciales de los beneficiarios del o *status quo*”—sean grandes empresas demandantes, importantes deudores entre los que está el Estado o los abogados que sirven a unos y otros— que tienen en la vía judicial un mecanismo barato a ser usado en provecho propio.⁸⁷⁰

⁸⁶⁸ Alfredo Fuentes y Carlos Amaya, “Demanda y oferta judicial: dificultades de ajuste”, *Desarrollo y Sociedad*, 2002, pp. 160 y 161.

⁸⁶⁹ Consejo Superior de la Judicatura, *Informe al Congreso 2007-2008*, p. 53.

⁸⁷⁰ Brazil. *Making Justice Count. Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil*, cit., p. XVI.

Si el primer tema en el horizonte de una justicia distinta es qué debe estar a cargo del aparato estatal, el segundo tema es cómo asegurar un acceso, que sea todo lo igualitario que resulte posible, a una instancia donde se imparta justicia. Al encarar este segundo asunto, dos criterios resultan de utilidad para el razonamiento.

El primer criterio respecto al acceso es que nos enfrentamos a un problema mayor que, en su mayor parte, no corresponde al aparato de justicia sino que está entre los problemas estructurales que llegan a la justicia desde las características sociales. Mal puede pedírselle, pues, al sistema de justicia que resuelva satisfactoriamente el problema del acceso, sea que invierta poco o mucho en él. Lo que puede hacerse es aliviarlo mientras no se resuelvan pobreza masiva y desigualdades llamativas. Aliviarlo implica, más que dar acceso al sistema de justicia tal como es, transformarlo radicalmente para hacerlo accesible.

El segundo criterio es que la justicia del Estado no puede atender todos los conflictos —y, en ciertos casos, incluso es mejor que no los resuelva porque no es el lugar idóneo para ello—; por lo tanto, es improcedente abordar el acceso a la justicia —necesario para resolver un conflicto— como si fuera equivalente al acceso a la justicia del Estado. Es necesario pensar en el conjunto de conflictos sociales existentes en una sociedad determinada, atender a las formas que ya se utilizan para resolverlos —mirar su adecuación y pensar en formas de mejorarla— y, al tiempo que, como se ha indicado, se reserve estrictamente un aparato de justicia reformado para que solucione ciertos conflictos en cuya resolución prevalece el interés público, es indispensable encontrar otros “lugares” para atender los demás conflictos, que son la mayoría.

En el horizonte que puede trazarse a partir de esos dos criterios, el acceso a la justicia implica:

- a) Encontrar “lugares” para administrar justicia distintos al aparato formal del Estado, en los que se asegure el res-

peto a los derechos fundamentales y las decisiones sean tomadas imparcialmente.

- b) Contar con normas de procedimiento que sean claras y comprensibles para la persona de a pie.
- c) Difundir derechos y deberes, así como reglas institucionales y procedimentales básicas, desde la escuela primaria.

Las instancias institucionales o sociales que asuman la tarea de administrar justicia paralelamente al aparato del Estado deberían ser supervisadas en el uso de esta facultad delegada, trátese de comunidades sociales o entidades empresariales, de modo de hacer que su operación resulte complementaria de la justicia estatal.

Respecto al funcionamiento de la justicia del Estado, hacerla accesible supone:

- a) Acabar con la obligación de comparecer ante la justicia con un abogado, esto es, terminar con el sistema de licencia cautiva que establece, sin beneficios efectivos, un monopolio a favor de la mediación del abogado.
- b) Dar facultades de oficio a los jueces para que “hagan justicia” y dejen de estar atados a los movimientos hechos, bien o mal, por los abogados de las partes; esto es, el fin del llamado principio dispositivo que inhabilita a los jueces para resolver en derecho cuando los abogados no ejercen eficazmente su labor.

El fin de la licencia cautiva ha sido tímidamente enunciado como posibilidad por algunos de quienes han trabajado el tema, como forma de crear un terreno igual para la disputa judicial.⁸⁷¹ Si se le acompaña de una transformación en el posicionamiento y la responsabilidad del juez, estaríamos ante una transformación muy radical de la justicia administrada por el Estado.

⁸⁷¹ María Dakolias, “A Strategy for Judicial Reform: the Experience in Latin America”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1995, pp. 210 y 211.

Los estudios realizados desde el enfoque organizacional de los tribunales consideran que hacer más eficiente el servicio de justicia requiere de mecanismos de administración y gestión de casos (*case management*). Pero es probable que más importante sea que el juez se haga cargo del proceso. Una comprensión discutible del principio dispositivo considera moneda corriente que el proceso —incluido el penal luego de la reforma reciente— se halla sujeto a la iniciativa de las partes. El resultado es que el juez no administra justicia sino en la medida en que las partes se lo solicitan, vía que conduce con frecuencia no sólo a la injusticia sino al absurdo. En Colombia, el Consejo Superior de la Judicatura ha observado que la mitad de la carga judicial corresponde a procesos o causas que se encuentran en inactividad por falta de impulso de las propias partes (50.2% en 2004 y 49% en 2005).⁸⁷²

Las modificaciones de las normas de procedimiento han sido permanentes en la región; a partir de la elaboración de los Códigos Procesales modelo para América Latina en 1988, desde la década de los años noventa se han introducido modificaciones en los ordenamientos procesales de nuestros países. Los principales criterios que estos códigos difunden son: 1) impulso procesal a cargo del juez; 2) oralidad; 3) inmediación entre los operadores judiciales, las partes y los actos procesales; 4) concentración de las actuaciones; 5) flexibilización de las formas; 6) economía de los actos procesales, y 7) diferenciación de la complejidad de las causas. Sin embargo, las reformas han producido un resultado limitado en tanto el juez mantiene una posición en la que limita su actuación a aquello que le es solicitado por las partes. Como en otros aspectos, modificar este comportamiento no es un simple asunto de cambios legales; requiere una alteración de la cultura jurídica que rige el proceso judicial.

Desde luego, la pregunta que surge es: ¿quién está interesado en hacer estas reformas? De allí que estos lineamientos se

⁸⁷² Consejo Superior de la Judicatura, *Informe para el Congreso*, Bogotá, 2005 y 2006.

ubiquen en el horizonte de una justicia distinta, para ser abordados cuando las circunstancias lo hagan posible. Acercarnos a esa posibilidad demanda un cambio de otra naturaleza, un cambio cultural, porque “en el largo plazo, la reforma judicial será efectiva sólo si es acompañada por un cambio de mentalidad”;⁸⁷³ o para ser más precisos, de mentalidades, esto es, las de abogados, jueces, fiscales y ciudadanos. Ese cambio debe hacer posible una modificación en las actitudes de todos los intervenientes en el sistema de justicia, además de los actores políticos y de la sociedad civil.⁸⁷⁴ En palabras de autores que estudiaron tempranamente el fenómeno de la justicia en la región:

quizás en América Latina lo más urgente e importante sea proceder a cambios profundos en las mentalidades. Sin ellos difícilmente podrá realizarse la reforma del sistema de justicia. La fuerza de la tradición y de los intereses creados, la escasa o nula experiencia democrática, el carácter fundamentalmente dogmático prevaleciente en el sistema judicial del área, la relativamente pobre formación de sus miembros, e incluso la pertenencia en los planos cultural y filosófico a la familia jurídica europea-continental constituyen obstáculos de talla para la realización de tales cambios.⁸⁷⁵

En el ámbito de los profesionales del derecho, el cambio de mentalidades corresponde principalmente a las universidades, que en general han rehuido esta responsabilidad. La reforma de las facultades de derecho —en métodos de enseñanza, criterios de selección de profesores y la adopción de un foco de interés en el funcionamiento del derecho— tendría que ser reconocida como un prerequisito de un cambio profundo en la adminis-

⁸⁷³ William Ratliff y Edgardo Buscaglia, “Judicial Reform: The Neglected Priority in Latin America”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 550, marzo de 1997, p. 61.

⁸⁷⁴ Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 251.

⁸⁷⁵ Luis Salas y José Ma. Rico, *Independencia judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional*, San José, Centro para la Administración de Justicia, 1990, p. 49.

tración de justicia. En el ámbito de los ciudadanos la tarea de cambiar mentalidades entra en el terreno de la educación democrática, que se ha visto completamente descuidada. Como escribió Carlos Nino respecto del “país anómico” que él diagnosticó en Argentina:

esta situación realmente grave no puede ser revertida a menos que haya un movimiento masivo dirigido a promover la educación democrática y normativa en los diversos ámbitos. Los medios de difusión pública deberían disponer de espacios para promover... la educación sobre la Constitución y la legislación fundamental de la República, para explicar el funcionamiento de los tribunales.⁸⁷⁶

En esa educación, la familiarización del ciudadano con el sistema de justicia⁸⁷⁷ y el conocimiento de derechos y deberes, es un objetivo que ha sido reclamado por los ciudadanos mismos. Así, una encuesta entre pobladores de bajos ingresos hecha en Chile recogió en los años noventa como la primera alternativa de cambio señalada por la mayoría (58.4%) era “darle a conocer sus derechos a la gente”.⁸⁷⁸ Pero, en términos más generales, mediante esa educación se debe promover la internalización del significado y la relevancia de un sistema constitucional y del Estado de derecho,⁸⁷⁹ con especial atención a los derechos humanos, de modo que la mentalidad popular se acerque a los propósitos de una justicia democrática, que actualmente se hallan a contracorriente de la cultura jurídica popular. Complementariamente,

⁸⁷⁶ Carlos Nino, *op. cit.*, p. 256.

⁸⁷⁷ María Dakolias, *op. cit.*, p. 223; María Dakolias, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*, *cit.*, p. 59.

⁸⁷⁸ Jorge Correa Sutil y Luis Barros Lezaeta (eds.), *Justicia y marginalidad. Percepción de los pobres. Resultados y análisis de un estudio empírico*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria-Universidad Católica de Chile, 1993.

⁸⁷⁹ Irwin P. Stotzky, “A Democratic Vision”, en Irwin P. Stotzky (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press, 1993, p. 396.

el conocimiento de la propia reforma de la justicia haría posible que el ciudadano tome partido por ella, y de ese modo, la afiance.⁸⁸⁰ Desde el punto de vista del éxito de la reforma, este último no es un objetivo menor: “La formación de una verdadera opinión pública sobre la justicia debería ser una tarea prioritaria”⁸⁸¹ para hacer viable una justicia distinta porque “los jueces deben saber que alguien está vigilando”.⁸⁸²

Para todo ello es preciso educar al ciudadano en relación con la justicia, no en abstracto o en el simple conocimiento de textos legales. Es necesario generar una educación crítica, que sobre una base de trabajo empírico informe de los problemas y dificultades existentes en la operación del aparato de justicia. Del conocimiento surgirá el respaldo a la reforma pero también la guardia sobre su marcha y el consiguiente desempeño del sistema. Es necesario, pues, generar “las condiciones y posibilidades para que la gente pierda la sensación de que se trata de un ámbito ajeno e incomprensible” y, a tal efecto, “se requiere de un fuerte componente de comunicación que propicie el debate y la formación de opinión sobre estos temas en las diferentes capas sociales”.⁸⁸³ Esto es, un programa adecuado, sólido y sostenido de comunicación que haga accesible al público la situación que padece la justicia, la explicación de sus raíces y los objetivos a los que se quiere llegar en cada aspecto de la reforma.

La educación ciudadana con respecto a la justicia busca salvar una brecha entre ésta y los procesos de reforma, de una parte, y los conocimientos, percepciones y actitudes populares en torno al tema, de otra. Es una brecha que ha distanciado a la ciu-

⁸⁸⁰ William Ratliff y Edgardo Buscaglia, *op. cit.*, marzo de 1997, p. 68.

⁸⁸¹ Iván Lavado Montes y Juan Enrique Vargas Viancos, “Gestión judicial”, *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, p. 22.

⁸⁸² John V. Orth, “Exporting the Rule of Law”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 24, 1998, p. 81.

⁸⁸³ René Hernández Valiente, “La justicia en Centroamérica en la década de los noventa”, *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, pp. 72, 84.

danía de la reforma de la justicia, dejando a ésta en manos de los reformadores, expertos que se han apropiado —en ocasiones, muy a gusto— del asunto. La fisura ha contribuido a conformar los magros términos resultantes de los procesos de reforma. Por eso, es preciso recordar que reformar la justicia no es un asunto que pertenece a los reformadores,⁸⁸⁴ aunque, en ausencia de otros “propietarios”, el examen de muchos procesos de reforma contribuye a crear esa impresión que, en el fondo, conduce a la idea de que cambiar la justicia es tarea que no pertenece a nadie.

¿A quién tiene que pertenecer entonces un proceso de reforma? La respuesta que estas conclusiones proponen situar en el horizonte de una justicia distinta es: a muchos actores; a cuantos más, mejor. Sin duda, la reforma necesita del compromiso de actores políticos, operadores del sistema y de una base social de apoyo y vigilancia. Un proceso de reforma exitoso refleja una coalición política y una base social de respaldo que han mantenido interés en llevarlo adelante.⁸⁸⁵ En las propias instituciones del sistema de justicia es indispensable que exista, en cierta medida, una voluntad de reforma; de otro modo, es imposible que el proceso tenga lugar.⁸⁸⁶ En otras palabras, no puede llevarse adelante una reforma de la justicia en contra de la voluntad política prevaleciente en el país o en contradicción con el ánimo imperante en las instituciones del sistema; ni siquiera la indiferencia es suficiente. Detrás de la reforma tiene que haber una alianza activa que incluya actores políticos y operadores del sistema que, aunque no conformen mayoría en sus respectivos ámbitos, tengan capacidad de movilización activa a favor del proceso de cambio.

⁸⁸⁴ Linn A. Hambergren, *op. cit.*, p. 318.

⁸⁸⁵ Gary Hansen *et al.*, *A strategic Assessment of Legal Systems Development in Honduras*, Arlington, Agency for International Development Technical Report, núm. 10, 1993, p. VIII.

⁸⁸⁶ Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1999, p. 336.

Esperar que los actuales jueces estén convencidos de la necesidad de la reforma⁸⁸⁷ es confundir el punto de partida con el de llegada. Si los jueces estuvieran convencidos de tal necesidad, la reforma ya se habría hecho. Pero sí se necesita que un sector de los jueces, fiscales y funcionarios estén a favor de la reforma porque no es posible llevar a cabo una reforma contra el interés y la voluntad de quienes trabajan a diario en el sistema de justicia. Y si no es posible lograr el compromiso positivo de parte de ellos, la reforma no es viable. Igualmente, se requiere comprometer en sentido favorable a un sector de abogados que, como hemos visto en este libro, tienden a estar, como sector, más bien en contra de introducir cambios profundos. La lección de muchos proyectos desarrollados en las dos últimas décadas consiste en que sin el compromiso de, cuando menos parte de, los operadores del sistema, los riesgos de que las reformas no se pongan en ejecución y de que aparezcan consecuencias no buscadas se incrementan sustancialmente.⁸⁸⁸ La minoría de jueces, abogados y otros profesionales que operan el sistema judicial y que están a favor de la reforma requiere una atención preferente. Conviene cultivar este sector mediante buen acceso a información y apoyar su organización de modo que pueda apoyar críticamente la reforma.

Como ha notado Hambergren: “Una vez que los jueces deciden que tienen el poder de cambiar las cosas y la responsabilidad de facilitar la resolución de conflictos, pueden hacer mucho”.⁸⁸⁹ El problema inmediato reside en que no son éos los jueces que tenemos mayoritariamente. Fix-Fierro se ha preguntado, en el caso de su país, “hasta qué punto los elementos institucionales y organizacionales de la reforma judicial, junto con su entorno social y profesional, ofrecen los incentivos apropiados para “producir” el tipo de juez y la clase de resoluciones judiciales que espera actualmente la sociedad mexicana” y su respuesta es desalenta-

⁸⁸⁷ María Dakolias, *op. cit.*, p. 222.

⁸⁸⁸ Hiram E. Codos, *Global Justice Reform. A Comparative Methodology*, Nueva York, University Press, 2005, p. 90.

⁸⁸⁹ Linn Hambergren, *op. cit.*, p. 83.

dora: “No parece haber... suficientes profesionistas jurídicos, ni en número ni en calidad, para sostener adecuadamente la nueva infraestructura jurídica”.⁸⁹⁰

En el horizonte de una justicia distinta se sitúa otra raza de jueces. Para caminar en esa dirección se requiere atraer al cargo de juez a personas distintas de las que son atraídas hoy, incluso luego de haberse introducido cambios radicales en el proceso de selección y nombramiento:

los jueces son el corazón del sistema judicial. A menos que ellos se dediquen diligente y honestamente a la resolución de los casos que les son sometidos, las reformas de procedimientos, la informatización y otros cambios del sistema tendrán poco impacto... [S]e ha dado poca atención a las razones por las que las personas se hacen jueces... Si el actual conjunto de beneficios está atrayendo a candidatos inidóneos para la judicatura, tiene que ser modificado.⁸⁹¹

Pero, con toda la importancia que tienen los jueces en la configuración de una justicia distinta, es necesario insistir en la necesidad de que se constituya una base social de apoyo al cambio, que lo demande y exija, que lo vigile e interpele. Esto es, tal base social a favor de la reforma no sólo es necesaria para que el proceso dé inicio; además, “necesita guardar una vigilancia persistente para mantener al gobierno y a la judicatura apegados al cumplimiento de las reformas prometidas”.⁸⁹² Ciertamente, esa demanda y esa vigilancia tienen que ser situadas en el horizonte de la reforma, dado que probablemente serán resultado del cambio de mentalidades que habrá de surgir de procesos educativos que hoy son débiles y esporádicos, cuando no inexistentes. Pero es preciso advertir que “los determinantes más poderosos de transformación en

⁸⁹⁰ Héctor Fix-Fierro, *op. cit.*, p. 258.

⁸⁹¹ Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington, The World Bank, 1998, p. 115.

⁸⁹² Harry Blair y Gary Hansen, *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*, *cit.*, 1994, p. 34.

la organización y la función del sistema jurídico”⁸⁹³ son las mutaciones que lleven a constituir bases sociales de demanda y apoyo de esa transformación, puesto que “para que cambie la justicia en el país, deberá cambiar la conciencia social sobre el derecho”.⁸⁹⁴

Caminar en esa dirección supone que el objetivo de alcanzar una justicia distinta se inscriba en la agenda de dos grandes mecanismos sociales: los partidos políticos y los medios de comunicación. Postergado o ausente el tema en las propuestas electorales de los partidos, éstos —que en América Latina como en todo el occidente democrático viven una etapa de marcada decadencia— acaso puedan jugar un papel en la constitución de las bases de apoyo indispensables para la reforma. Los medios de comunicación, en cambio, han adoptado el tema para denigrar a la justicia existente y aumentar su propia audiencia con sus escándalos. En general, no han sabido hacer noticia con la reforma de la justicia pero tendrán que aprender a hacerlo si esta reforma ha de andar para lograr una justicia distinta.⁸⁹⁵ Se requiere que los medios de comunicación, además de la escuela, eduquen al ciudadano en la distinción entre la justicia que administran los jueces y la venganza que habita en el imaginario popular. En el supuesto de que los medios fueran capaces de dejar de orientarse exclusivamente hacia el incremento de su porción de audiencia y de publicidad, al tiempo de reducir las expectativas excesivas, podrían convertir a la ciudadanía en portadora de la exigencia de cambio que es indispensable para que el proceso de reforma se desarrolle.

IV. ¿QUÉ ESPERAR?

Se ha sostenido, por autores vinculados al Banco Mundial, que “reformar instituciones en estos países de América Latina

⁸⁹³ Curtis J. Milhaupt y Katharina Pistor, *Law and Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, cit., p. 204.

⁸⁹⁴ Felipe Fucito, *op. cit.*, p. 26.

⁸⁹⁵ Harry Blair y Gary Hansen, *op. cit.*, p. 24.

y el Caribe está lejos de ser una imposibilidad”, prescribiéndose en seguida una receta que combina “compromiso político con estrategias cuidadosamente hechas a la medida para poner en ejecución tal compromiso”.⁸⁹⁶ Lo que se ha comprobado en el caso de la justicia es que tales requisitos —aunque se considera que son los únicos necesarios— no se producen con facilidad. Los compromisos políticos son parciales e inestables, además de que en pocas ocasiones se hallan efectivamente vinculados a una verdadera agenda de reforma. Las estrategias, cuando existen, han sido formuladas sobre bases de conocimiento débiles, sin estimaciones realistas de los recursos necesarios y con una escasa proyección en el tiempo. Es a partir del examen de esas condiciones que surge el tema de la imposibilidad de la reforma, que estos autores creyeron posible descartar con una frase.

Son esas mismas condiciones las que han hecho que, luego de más de 25 años de reformas en la región, los sistemas de justicia se encuentren muy lejos del objetivo trazado por Guillermo O’Donnell, según el cual la justicia debía consistir en que:

la ley sea imparcialmente aplicada por las instituciones estatales pertinentes... y la aplicación de las normas legales sea consistente en casos equivalentes y se efectúe sin tomar en consideración las diferencias de clase, estatus o poder de los participantes en tales procesos, al tiempo de que los procedimientos utilizados sean de conocimiento público y se hallen preestablecidos.⁸⁹⁷

Lo ocurrido en el curso de la reforma no parece habernos acercado mucho a ese ideal de justicia en democracia. Comprobarlo ha llevado a admitir que “reformar el sistema de justicia es una tarea profunda y difícil”, dado que, de una parte, “es altamente política en su naturaleza” en tanto “afecta el balance

⁸⁹⁶ Shadid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, cit., p. 36.

⁸⁹⁷ Guillermo O’Donnell, “Polyarchies and the (Un)Rule of Law”, en Juan E. Méndez et al. (eds.), cit., pp. 306 y 307.

de poder entre diversos grupos sociales y políticos” y, de otra, la reforma “conlleva cambios de gran alcance en múltiples instituciones” así como “cambios en normas culturales y valores”. De allí que el proceso de reforma “requiera persistencia en el tiempo. Las mejoras en calidad y efectividad, si son alcanzadas, tenderán a ser lentas en desenvolverse”.⁸⁹⁸ Al tiempo de publicar esa conclusión, sus autores, Biebesheimer y Payne eran funcionarios de la entidad multilateral que más dinero ha comprometido en la reforma de la justicia latinoamericana, el Banco Interamericano de Desarrollo.

En definitiva, se ha llegado a reconocer que “el cambio de la justicia es, en buena medida, el cambio del país mismo”.⁸⁹⁹ En consecuencia, progresivamente se ha ido extendiendo la idea de que la reforma será lenta, que el proceso será difícil y que no puede esperarse cambios mayores a corto plazo.⁹⁰⁰ Paralelamente, han surgido diversas prevenciones; por ejemplo, contra la tentación de que la reforma de la justicia acabará con la impunidad.⁹⁰¹ Advertencias y prevenciones se han basado no sólo en la admisión de la complejidad de los cambios sino en el reconocimiento de las condiciones existentes: “Educación jurídica inadecuada, funcionarios a cargo pobremente preparados y la fuerza de prácticas y perspectivas tradicionales [que] inhibirán cambios rápidos, así como las vastas inequidades y la mala distribución de recursos y de poder en las respectivas sociedades”.⁹⁰²

Si la capacidad de los reformadores y las instituciones para desarrollar los programas de reforma de la justicia hasta ahora no ha llegado, por lo general, a niveles satisfactorios, el marco donde se han desarrollado —dado por la sociedad en general y el Estado, en particular— tampoco han resultado propicios al

⁸⁹⁸ Christina Biebesheimer y J. Mark Payne, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁹⁹ Felipe Fucito, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

⁹⁰⁰ Hugo Frühling, *op. cit.*, p. 255.

⁹⁰¹ Margaret Popkin, *op. cit.*, p. 257.

⁹⁰² Linn A. Hammargren, *op. cit.*, p. 316.

proceso. Peor aún, en el futuro probable no se vislumbra mejoras sustanciales en ese paisaje:

Si hacemos un balance de los argumentos en pro y en contra de las posibilidades de realizar con éxito reformas para establecer realmente el Estado de Derecho, el resultado es más bien turbio... el Estado latinoamericano no será capaz en los próximos tiempos de imponer a la sociedad un orden jurídico homogéneo... las fuertes desviaciones del derecho oficial vigente y la existencia de sistemas normativos alternativos no representan en esta región una situación pasajera sino que serán un fenómeno de larga duración... no se trata de un fenómeno nuevo sino de una característica estructural de América Latina, cuyas raíces, en parte, se remontan a la época colonial... En América Latina, para el futuro, podemos contar más bien con situaciones mixtas: ámbitos en los cuales las leyes son aplicadas en amplio grado gracias al control estatal (partes de la Constitución; el derecho económico internacional) se enfrentarán con otros en los cuales las costumbres o simplemente el derecho del más fuerte será lo que cuente. Entre los dos tipos de ámbitos habrá otros de competencias superpuestas y contenidos de diferentes normas, en los que las reglas formales e informales se entrelazarán de diferentes maneras, creando mayor inseguridad pero, también, más posibilidades de elección para el individuo.⁹⁰³

Es un escenario del que actualmente ya conocemos evidencias suficientes y que, alejado de la naturaleza de Estados solventes, otorga un pobre marco para el funcionamiento de un sistema nacional de justicia con arreglo al Estado de derecho. En ese mismo escenario hay que situar los procesos degenerativos que, previstos por Ungar,⁹⁰⁴ se encuentran actualmente instalados en nuestros aparatos de justicia, sea como resultado de regímenes democráticamente elegidos pero que han enrumbado por vías

⁹⁰³ Peter Waldmann, *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 2003, pp. 90-92.

⁹⁰⁴ Mark Ungar, *op. cit.*, p. 13.

autoritarias, sea como fruto de una corrupción muy amplia que permea no sólo al aparato del Estado sino a la sociedad. ¿Qué ocurre con jueces provenientes de procesos de reforma, que tienen independencia institucional y una competencia ampliada pero carecen de imparcialidad para juzgar debido a que escogen recibir los favores del poder o poner precio a su sentencia? El cascarón reformado del aparato de justicia, en esa atmósfera, puede albergar un contenido mucho más siniestro que en tiempos pasados, sirviendo como siempre al poderoso pero envuelto en una institucionalidad que pretende ser no sólo moderna sino democrática.

Linn Hambergren imaginó, hace pocos años, que el futuro más probable es uno en el que habría una expansión continua de objetivos y actividades en los procesos de reforma, una adopción rutinaria de la receta o el patrón reformista y un nivel constante de inversiones en la ejecución hasta que el ímpetu se detuviera.⁹⁰⁵ Las cifras de préstamos otorgados por el (BID) y el Banco Mundial para la reforma en la región hacen pensar que el ímpetu ya se detuvo. No sólo se trata del cansancio de prestamistas o donantes, ni puede adjudicarse solamente a que la cuestión de la reforma de la justicia está siendo sustituida por algún otro tema de moda para los actores internacionales. La escasez de resultados es un componente clave en la fatiga.

Aunque la interrogante no se formule en voz alta, muchos de quienes nos hemos familiarizado con el tema nos preguntamos, en uno u otro momento, si reformar la justicia latinoamericana es un cometido posible. Nos lo hemos preguntado conociendo los montos invertidos en el esfuerzo, los errores repetidos, los diversos fracasos y la radical insuficiencia de los logros. Pero la pregunta se nos ha hecho insistente en medio de los escándalos estructurales que son propios de nuestros aparatos de justicia: los retrasos inaceptables, las decisiones arbitrarias y las corruptelas, que siguen imperando en el sistema; elementos todos ellos que no parece po-

⁹⁰⁵ Linn Hambergren, *op. cit.*, p. 318.

sible desterrar. Y los vicios se exhiben ahora en un ambiente en el que también habita la reforma que, como una planta descuidadamente sembrada, ha dado algunos frutos esporádicos, aislados y, más bien, exiguos.

Lo que siga, con o sin reforma, es materia de especulación. Para enfrentarlo tenemos una sed de justicia distinta y contamos con una experiencia de más de un cuarto de siglo, de la que hay que aprender. El peor colofón de esta historia sería que, en materia de justicia, las cosas siguieran como han venido siendo. Aunque no es improbable que así ocurra, habríamos de lamentarlo.