

PRESENTACIÓN

Este libro tiene su origen en dos preguntas. La primera me fue formulada en Washington DC, en enero de 2009, por un funcionario de un organismo multinacional; él, que trabaja en la región, me preguntó en el marco de una reunión informal: «¿Por qué es tan difícil reformar la justicia en América Latina?». Habiendo trabajado yo durante décadas en este asunto, mi interlocutor suponía que podía darle una buena explicación. Incluso yo lo suponía. Pero la que di no me convenció.

Meses después, hurgando en librerías de Buenos Aires, encontré un pequeño libro cuyo título me llamó inmediatamente la atención: *¿Podrá cambiar la justicia en la Argentina?* El autor, Felipe Fucito, se había atrevido en 2002 a plantear y abordar esa cuestión en un libro que hasta entonces yo no había conocido.

Desde esas dos vertientes, mis propias interrogantes empezaron a asediarme: ¿Es posible cambiar la justicia de nuestros países? Cambios sí, incluso muchos, pero ¿es posible una transformación sustancial de esto que llamamos justicia? ¿Por qué los proyectos de reforma se quedan muy por debajo de lo que se propusieron? ¿Cuáles son los obstáculos invencibles que se levantan contra los intentos de cambio profundo? En definitiva, ¿hasta qué punto puede ser cambiada la justicia? ¿De qué depende?

Estas son las preguntas a las que este libro busca responder para una audiencia que no es la de especialistas, ni está integrada por los actores que operan en las instituciones del sistema. Es un libro que ni siquiera está escrito para abogados. Está destinado, más bien, a aquel ciudadano que sabe que en materia de justicia existe un problema serio pero que no conoce a ciencia cierta en qué consiste. Debido a que la justicia se las ha ingeniado para permanecer como tema de iniciados, las personas que no tienen esta condición conocen su propia insatisfacción —y la de los demás— en relación con la justicia pero no tienen las claves para explicar cuál es el problema y, sobre todo, por qué este parece no tener solución.

Al presentar este libro creo cumplir con una obligación generada a partir del largo tiempo que en mi vida profesional he dedicado al tema: explicarlo, tal como lo veo, para hacerlo inteligible a quienes «no entienden» de qué se trata y tienen derecho a saberlo. Con ese propósito, el texto está escrito de manera que pueda ser leído de corrido. Las referencias bibliográficas de respaldo han sido enviadas al final del libro, de modo que no interrumpen el texto principal y que quien quiera indagar por la fuente de determinadas afirmaciones, o quiera profundizar en ellas, pueda hacerlo buscando la nota pertinente.

Numerosos reconocimientos son necesarios. A los jueces de varios países, cuyos comentarios y ocasionales confidencias me permitieron entender algo mejor el funcionamiento del sistema. A los colegas y amigos con quienes pude discutir el tema una y otra vez; en particular, debo agradecer el trabajo y los aportes de Sara Esteban y Marco Feoli, y los comentarios y sugerencias de Javier de Belaunde, Javier Alonso de Belaunde, Alberto de Belaunde, Linn Hammergren, Carlos Indacochea y Rachel Sieder. A Secundino Gonzales y Volkmar Gessner, cuya generosidad, para leer íntegramente el manuscrito y formular luego sugerencias, no siempre supe aprovechar. A mi mujer, Nena Delpino, que durante más de tres décadas soportó no solo con paciencia sino con interés mis reflexiones, cada vez que yo creía descubrir algo nuevo

o retornaba a un viejo asunto. Al Woodrow Wilson International Center for Scholars, cuya acogida me permitió destinar el tiempo para hacer lecturas pendientes y para escribir buena parte de este volumen, liberándome de toda otra obligación. Finalmente, a la Biblioteca del Congreso, en Washington DC, que me abrió el acceso a una porción importante del material bibliográfico usado a lo largo del trabajo.

Luis Pásara

INTRODUCCIÓN
LA JUSTICIA COMO PROBLEMA

En todo idioma hay un sinnúmero de palabras que tienen varios significados; entender cuál es el que usa nuestro interlocutor o el texto que leemos depende del sentido que la palabra adquiere en la frase donde está ubicada. No obstante, el caso de la palabra *justicia* es algo especial.

Justicia designa, de una parte, un valor al que todos aspiramos, no solo como perteneciente a un mundo ideal, que nos gustaría que fuera el que habitamos, sino como rector de exigencias en nuestra vida cotidiana. «Pido que se haga justicia», dice a los periodistas el padre o la madre de la niña que fue asesinada y todos entendemos que el reclamo alude a que el autor de ese acto indigno sea identificado y castigado como merece. Muchos de quienes comparten esa exigencia no saben qué dice la ley sobre un caso así ni, menos aún, cuáles serán las pruebas que se exigirán para llegar a la convicción de que un sujeto dado es responsable del delito. No obstante esa ignorancia, pedimos *justicia*.

De otra parte, la palabra *justicia* designa a un aparato integrado por varias instituciones, habitadas por policías, jueces, fiscales, defensores públicos y carceleros, junto a los cuales trabajan unos actores especiales —porque tienen la capacidad de manejar las claves del sistema— a quienes llamamos abogados. Estos personajes se refieren, más bien, a la administración de justicia, cuando hablan del sistema en el que operan. Pero el ciudadano promedio llama a ese aparato simplemente *justicia*. «Que la justicia se haga cargo», acaso reclame el mismo padre de nuestro ejemplo.

Los dos sentidos de la palabra no solo son diferentes. Con cierta frecuencia llegan a ser opuestos hasta el punto de colisionar. Esto es, de un lado tenemos un sentimiento humano que requiere respeto a lo que se estima es derecho de cada quien, honradez en el comportamiento de unos respecto de los otros, y una sanción imparcialmente establecida para quien transgrede ciertas líneas. De otro lado, está ese aparato

encargado de administrar la justicia, para lo cual está dotado de códigos y leyes, funcionarios y recursos presupuestales. Es un aparato que, según la percepción prevaleciente en América Latina, no hace *justicia* en el primer sentido de la palabra.

Según el Latinobarómetro —encuesta anualmente efectuada en los países de la región—, entre 1996 y 2009 la justicia (en el segundo sentido) contaba en promedio con la confianza de una de cada tres personas. Durante ese periodo, la justicia latinoamericana fue perdiendo aprobación. En el conjunto de la región, su nivel de confianza nunca fue mayor a 36% de los encuestados, techo que alcanzó en 1997, ni menor a 20%, piso que tocó en 2003. Las encuestas hechas en cada país dicen, con variantes propias, más o menos lo mismo, y en casos como el de Nicaragua satisfacción y confianza apenas llegaban a 14% en 2005¹. En general, el ciudadano latinoamericano cree que la justicia (segundo sentido) es lenta, cara y corrupta. Por eso es que no confía en ella.

Una de las principales razones por las cuales los ciudadanos de escasos recursos desconfían de la justicia es que consideran que los jueces no son independientes o no son imparciales, dado que el poder económico influencia sus decisiones o que el órgano judicial actúa de manera discriminatoria a favor de los litigantes con mayores recursos. En Chile, cuatro de cada cinco encuestados (82,8%) de sectores pobres en Santiago, Valparaíso y Talcahuano tenían en los años noventa una opinión negativa sobre la justicia; 85,7% consideraban que la justicia no es igual para todos y 88,7% creían que la justicia se divide en una para los ricos y otra para los pobres²; a mayor nivel educativo, la opinión era más negativa. Una encuesta más reciente encontró que en Santiago cuatro de cada cinco entrevistados (80%) pensaban que las personas con más recursos tienen más acceso a la justicia³. De manera similar, en Venezuela una proporción equivalente de encuestados en Lara y Anzoátegui (79,5%) se adhirió a fines de los años noventa a la idea de que la justicia favorece a los ricos⁴ y, en ese mismo país, en todas las clases sociales se percibe al poder económico como la influencia

con más peso en la justicia⁵. En el presente siglo, más de la mitad de los entrevistados (53,8%) por una encuesta nacional en México pensaba que los jueces no son independientes para tomar sus decisiones: 39,8% consideró que son poco independientes y 14% opinó que son nada independientes; solo uno de cada cinco encuestados (21,5%) consideró a los jueces bastante independientes⁶. Diversos estudios han detectado que, como resultado de esta representación de la justicia, los sectores populares son renuentes a acudir a sus instituciones: «Solo se acude a los órganos del sistema en casos extremos y cuando existe una alta probabilidad de éxito», debido a que «se percibe [...] al sistema de administración de justicia como clasista, parcializado y mediatizado por presiones de todo tipo»⁷.

Tales datos significan que los latinoamericanos sabemos que la justicia realmente existente no responde a aquello que queremos que sea la justicia. Al mismo tiempo, parece que no nos resignamos. Seguimos exigiendo «justicia», a sabiendas de que difícilmente la lograremos. Y seguimos recurriendo al aparato de justicia para pedir justicia, pese a que la mayoría comparte un marcado escepticismo respecto al desempeño de ese aparato.

Acaso en esta paradoja y en aquel doble sentido de la justicia reside una de las claves del problema. La paradoja busca resolverse cuando se habla, como hacen los jueces, de «justicia de acuerdo a ley». Pero la fusión forzada entre el valor reclamado y los márgenes establecidos para su aplicación no resuelve el problema debido a que, en términos prácticos, estamos ante una fractura.

De un lado están los operadores del sistema, que en el mejor de los casos creen y sostienen —sobre la base de una comprensión del derecho que les ha sido inculcada— que lo que hacen es simplemente aplicar la ley; en consecuencia, abogados, fiscales y jueces dicen no sentirse responsables de los resultados, esto es, del contenido concreto de ese producto que se llama sentencia y del cual los demás esperamos justicia. De otro lado está el ciudadano promedio, que no entiende la ley

pero supone que en el sistema existe capacidad de decisión para hacer justicia, y por eso lo responsabiliza cuando el resultado que ofrece es considerado socialmente como inapropiado.

En particular, los jueces —que son los más señalados socialmente en razón de los desenlaces insatisfactorios— no parecen entender lo que ocurre y de allí que manifiesten que el mayoritario rechazo social que padece el aparato de justicia se debe a los medios de comunicación o, en definitiva, a que la sociedad no entiende su tarea. De ese modo, la aceptación y legitimidad del trabajo del aparato de justicia se erosiona paulatinamente mientras quienes laboran en él siguen aferrados a la creencia de que su legitimidad se basa solo en el seguimiento de las reglas. Si ellos «cumplen la ley», no pueden ser culpados de nada indebido, según razonan probablemente de buena fe. Y si la sociedad no está satisfecha con sus sentencias, los ciudadanos deben pedir a los legisladores que cambien las leyes. Su papel es neutro. Son meros «aplicadores de normas hechas por otros». Peor aún, ni siquiera se sienten obligados a explicarse; por eso es que las sentencias no se entienden por el común de los mortales: usualmente no buscan comunicar a la sociedad un razonamiento que las fundamente⁸ sino solo la decisión a la que ha llegado el juez como autoridad. El juez latinoamericano aparece poco dispuesto a entender que el respeto y la aceptación que alcance en la función no pueden tener otro origen que la protección eficaz de los derechos ciudadanos que logre⁹ y la calidad de las razones en las que fundamente sus decisiones¹⁰.

El malentendido se alarga a través de la historia de nuestros países y se refleja no solo en noticias periodísticas y en encuestas. La literatura latinoamericana pinta el cuadro de una justicia que resulta incomprendible para el habitante promedio, a quien el aparato de la ley atemoriza y le provoca desconfianza. «Paulina, ¿no te dan miedo los juicios?», pregunta a su hija un personaje del narrador peruano Julio Ramón Ribeyro, ilustrando ese sentimiento popular. Una película como la producción argentina «El secreto de sus ojos» ha llegado a transmitir la

necesidad de buscar vías alternativas a la provista por la justicia para sancionar agravios que, dejados al curso del trámite formal, se benefician de la impunidad.

La justicia no lo es todo en un país dado pero, sin duda, su rendimiento contribuye de manera importante al nivel y las formas de desigualdad e injusticia que es posible reconocer en él¹¹. Las desigualdades aparecen de manera más notoria cuando comparecen ante el aparato quienes pertenecen a los sectores sociales más vulnerables y aquellos que, por determinada razón, pueden sufrir discriminación. Mujeres, indígenas y gentes de color, pobres y analfabetos reciben un trato inferior. Con ellos, homosexuales, prostitutas y delincuentes de poca monta están expuestos a recibir «todo el peso de la ley», afrontando un riesgo que no amenaza a quienes se hallan entre los sectores sociales mejor situados¹² y pueden pagar los costos de un acceso privilegiado al sistema. El aparato de justicia refleja y multiplica las desigualdades correspondientes a fracturas étnicas, de género y de clase que al subsistir cuestionan la pretendida modernidad de estas sociedades¹³.

En suma, puede decirse para toda América Latina lo que se escribió para Chile: «Nuestros tribunales no han logrado ordenarse en torno a una misión clara, con coherencia interna y externa, viable, políticamente legítima y socialmente útil»¹⁴. Pero el aspecto de la justicia que acaso refleje mejor los rasgos de las sociedades latinoamericanas es la falta de acceso a ella o el acceso en condiciones de inferioridad; si lo primero impide reclamar un derecho, lo segundo conduce a una derrota en el terreno judicial. Es este lado de la justicia donde aparece más claramente la brecha entre teoría y práctica de nuestros sistemas jurídicos¹⁵, cuando la declaración «todos son iguales ante la ley» se revela flagrantemente mentirosa al dejar fuera del sistema a vastos sectores de población, que en varios de nuestros países son mayoritarios.

Incluso quienes logran acceder a la justicia la encuentran complicada, cara, lenta y distante del ciudadano, en tanto reproduce discriminaciones y reconoce derechos solo de manera intermitente y diferenciada¹⁶.

Las defensorías públicas o de oficio, previstas para dar apoyo legal a quienes no pueden costear un abogado particular, están sobrecargadas y en muchos casos padecen de una baja calidad profesional. El pobre resultado para el defendido es similar cuando se recurre a abogados particulares que cobran sumas al alcance de los sectores económicos bajos pero, a cambio, no se ocupan efectivamente del caso¹⁷ o no tienen la capacidad profesional para desenvolver una defensa eficaz.

Pero el acceso es solo el más visible —y por eso mismo, acaso más prominente— de los problemas de la justicia latinoamericana. Al lado se encuentra la falta de independencia respecto de las fuentes de poder o una abierta politización. En América Latina la tendencia descollante corresponde a que, cuando intereses poderosos están de por medio, el aparato de justicia —sus operadores, intimidados— se inclina ante ellos mostrando condescendencia con sus reclamos, se esté en el marco de regímenes militares o en el de gobiernos libremente elegidos. A lo largo de nuestra historia, la justicia se ha mostrado débil frente al poder; lo contrario ha sido más bien excepcional¹⁸.

De allí que, en particular, la conducta ilegítima de los actores del Estado —que en ciertos casos llega a constituir delitos perseguibles y sancionables de acuerdo a la ley— generalmente no haya sido materia de juzgamiento y condena en los tribunales¹⁹, salvo casos que son notorios por ser excepciones a la regla. Desde luego, el control por los jueces sobre la legalidad de los actos de gobierno, pese a hallarse establecido en constituciones y leyes, no existió durante la mayor parte de la historia republicana²⁰ y solo en las dos últimas décadas ha surgido de manera todavía tímida, insuficiente e inconstante.

A las carencias en materia de acceso y de independencia judicial, sigue una larga lista de problemas. Mala administración del personal, de los recursos y de los casos que llegan a la justicia; falta de preparación y de capacidad en los funcionarios; incentivos perversos y carencia de transparencia en el funcionamiento²¹; finalmente, las decisiones

judiciales a menudo son tardías, insuficientes en razonamiento, inconsistentes, imprevisibles e inciertas²². Como se ha escrito para el caso argentino,

La demora en las actuaciones civiles, el carácter absolutamente burocrático de su trámite, la falta de transparencia, determinada entre otras cosas, por la ausencia de oralidad y publicidad, el formalismo con que se suele proceder, la incertidumbre de los resultados [...] hasta las sospechas de corrupción que a veces asaltan a los litigantes y el público son factores determinantes de un altísimo grado de inoperancia²³.

Muchos de los factores listados tienen cierta complejidad y en el conjunto de ellos es difícil distinguir entre causas y efectos²⁴. Como resultante de todos esos rasgos, incluida la corrupción, la justicia produce arbitrariedades —que precisamente debería enmendar y castigar— y es generadora de impunidad²⁵.

La justicia latinoamericana no es efectiva en el reconocimiento de derechos. El aparato de justicia no provee, pues, aquello que habría de esperarse de la justicia. Esto es, acceso a toda la población en condiciones mínimas de igualdad, tiempo razonable para resolver los conflictos que le son sometidos y decisiones imparciales que impongan soluciones adecuadas para ellos²⁶. Dado que estos son males históricos del aparato de justicia, su falta de prestigio²⁷ y la falta de confianza de la población en él²⁸ se han convertido en parte de su definición.

El paso de gobiernos militares a gobiernos elegidos popularmente no ha traído consigo un cambio significativo al respecto. Como consecuencia, el derecho a elegir no ha sido acompañado por otro de carácter esencial: el derecho a que los derechos del ciudadano sean imparcialmente reconocidos allí donde tienen que serlo, en los tribunales. Incluso la defensa de derechos básicos toma un rumbo azaroso e impredecible ante los jueces²⁹. Corrupción y sumisión a los poderes formales o fácticos perviven exitosamente en los aparatos de justicia³⁰.

No obstante la manipulación política de la que han sido y son objeto los aparatos de justicia, estos padecieron desatención hasta hace algo menos de treinta años. Como los asuntos de mayor trascendencia, de acuerdo al criterio de los intereses dominantes, no se resolvían en los tribunales, no hubo preocupación por reconocerles importancia ni otorgarles verdadero poder³¹, más allá de las solemnidades formales de ceremonia. La justicia era un asunto secundario, al que se le destinaba pocos recursos y, ciertamente, del que no aspiraban a ser operadores los abogados de mayor prestigio social³². Incluso en estos tiempos, pese a las muchas reformas efectuadas recientemente en los aparatos de justicia, los políticos latinoamericanos no están preocupados por transformar los sistemas de justicia. Acaso les baste lo que hay, que es un mecanismo defectuoso y socialmente poco útil pero que ellos pueden manejar cuando les resulta necesario.

En ese relativo abandono, pequeños intereses creados se han anidado y han prosperado dentro del aparato de justicia, llegando a constituir parte importante del problema³³. En medio de las lealtades y sometimientos allí entretejidos, no son numerosos los partidarios de un cambio radical en el sistema de justicia. Por el contrario, se levantan barreras para acceder a la información sobre el funcionamiento del aparato, se inflan intencionadamente las cifras de casos a cargo de los tribunales³⁴ y, en diversos casos, se boicotean los intentos de introducir reformas. A esos intereses hay que añadir los de los abogados litigantes que, aunque poco percibidos socialmente como responsables, resultan fundamentales para el desarrollo de las prácticas que caracterizan el funcionamiento de la justicia.

Como estamos ante constantes históricamente verificadas, no es exacto sostener que la justicia en América Latina atraviesa una crisis. La situación corresponde a un conjunto de características que han sido adquiridas y conservadas, y que son transmitidas institucionalmente, de generación en generación. De allí que la incapacidad del aparato de justicia para dar eficacia a las normas —que se cumplen solo cuando

el poder no tiene inconveniente en ello— no corresponda a un estado pasajero o de tránsito, como es el propio de una crisis, sino que se halle en la constitución misma de ese aparato³⁵.

Estos males del sistema de justicia tienen efectos en dos niveles. Uno es el de los ciudadanos, que no encuentran reconocimiento eficaz de sus derechos en él. El otro es del funcionamiento democrático, que resulta debilitado porque uno de los poderes del Estado ejerce mucho menos poder que los otros, o incluso ve su ejercicio de poder condicionado a los intereses de terceros. El problema no es, pues, padecido solamente por aquel a quien la justicia agravia. Es también un problema de la vida social que se resiente por la ausencia o la debilidad de aquel órgano encargado de dirimir conflictos y de hacer efectivos los límites que la ley ha previsto para la actuación de quienes gobiernan.

Pese a su trascendencia, el tema de la justicia ha sido colocado fuera de la atención pública durante demasiado tiempo. Solo recientemente los medios de comunicación han abordado el quehacer de la justicia, usualmente bajo el enfoque del escándalo, que procura maximizar audiencia. Pero en el sistema educativo no se dice una palabra acerca del funcionamiento del sistema, siquiera en términos de su organización y funciones. Así, el ciudadano lo ignora casi todo acerca de él. Recién a fines del siglo XX, unos pocos trabajos de periodistas de investigación se aventuraron —arriesgándose incluso a ser objeto de sanción— a narrar, por ejemplo, los entretelones de la Suprema Corte argentina «adicta» al gobierno de Carlos Menem (Horacio Verbitsky, *Hacer la Corte*, 1993) o hechos nunca antes publicados en torno a la Corte Suprema chilena, destacada heredera de la dictadura en tiempos de democracia (Alejandra Matus, *El libro negro de la justicia chilena*, 1999).

Esos abordajes del tema y cierta preocupación académica son, pues, relativamente recientes y han llamado la atención respecto de males y problemas que, en verdad, son muy antiguos³⁶.

Aún ahora, diversos temas que conciernen al sistema de justicia permanecen en el desconocimiento y la desatención de quienes deberían estudiarlos. Entre ellos, ciertamente, destaca la vinculación entre los tribunales y las instancias políticas³⁷, objeto de rumores y anécdotas pero poco frecuentemente de trabajos académicos. Pero no solo en ese aspecto la justicia padece de desconocimiento. Asuntos aparentemente simples —como, por ejemplo, cuánto dura un juicio en promedio— no son conocidos en la mayor parte de nuestros países. Ni el aparato de justicia tiene interés en que se conozcan, ni las universidades se han preocupado de estudiarlos. De modo que a los problemas listados hay que añadir uno más: el funcionamiento de la justicia se conoce poco y mal. Problema que a la hora de emprender cambios y reformas se constituye en un déficit crítico.

La justicia, pues, no solo es un valor y un aparato institucional. También es un problema de nuestros países, tan importante como complejo. En las últimas tres décadas se han llevado a cabo una serie de esfuerzos encaminados a atacar el problema y resolverlo. En ese lapso, nuestros países han incrementado su deuda externa en aproximadamente 1500 millones de dólares correspondientes a préstamos contraídos para reformar la justicia. Los resultados han sido poco significativos y, en todo caso, manifiestamente insuficientes no solo en relación con las expectativas sociales sino debido a la desproporción entre inversión y rendimientos.

Este libro se propone introducir al lector interesado en una comprensión acerca de cuáles son los términos que conforman el problema de la justicia y por qué los esfuerzos dirigidos a cambiarla han dado resultados tan limitados. No está escrito para especialistas, ni siquiera para abogados —que, ciertamente, están invitados a leerlo— sino para aquellos que se han preguntado alguna vez acerca de un asunto social que en rigor afecta a todos pero que, al aparecer envuelto como un tema propio de enterados, no parece tener explicación alcanzable.

El volumen ofrece una explicación mediante un texto que prescinde del lenguaje «propio de abogados» y que pretende ser leído sin dificultades. Las notas puestas al final del volumen se han incorporado solo para aquellos interesados en conocer las fuentes de ciertos datos o determinadas tesis.

El libro está organizado en cuatro partes. La primera aborda la ineficacia del estado de derecho en nuestros países y el papel que en ella le cabe a la administración de justicia, poniendo el énfasis explicativo en la relación entre los tribunales y el poder. Para complementar la visión de la justicia que tenemos, se examina la problemática del acceso. La segunda parte propone algunas claves de entendimiento del problema de la justicia: su herencia histórica dentro de una tradición jurídica, el papel desempeñado por la enseñanza del derecho y el de los abogados así formados, y la cultura jurídica que caracteriza al gremio profesional, a las instituciones del aparato de justicia y a nuestras sociedades. Se concluye examinando el vínculo entre las características de una sociedad y la justicia con la que cuenta. La tercera parte está dedicada a los intentos de reformar la justicia que se han desarrollado en las últimas tres décadas, sus logros y límites, los obstáculos encontrados en el camino y, en particular, la experiencia de la reforma procesal penal. La cuarta parte, de cara a las posibilidades del cambio, pone atención a algunos actores relevantes del proceso —incluidas la sociedad civil y la cooperación internacional— y discute alguno de los mitos así como ciertas propuestas que circulan en torno al tema. Finalmente, las conclusiones intentan responder a la cuestión de, en vista del cuadro existente, qué cambios en la justicia son posibles y qué se requiere para llevarlos a cabo.