
Justicia y ciudadanía realmente existentes

□ □ □ □ □ □ □ □ □ □

LUIS PÁSARA*

El resultado del trabajo judicial constituye un aspecto clave del proceso democrático. La razón de tal crucialidad estriba en que es a través de las decisiones judiciales —sea que se refieran a conflictos entre particulares, sea que resuelvan pleitos en los cuales el Estado es parte— que los derechos y las obligaciones formalmente prescritos en la ley son efectiva y concretamente reconocidos y sancionados.

En el pensamiento socio-jurídico estadounidense se estableció hace décadas la importante diferencia entre el derecho según los textos legales y el derecho efectivamente aplicado. Varias corrientes teóricas del derecho han sostenido que sólo cuando una ley recibe aplicación en un caso concreto puede decirse que realmente está vigente¹. Se halla fuera de discusión que el terreno judicial es un ámbito privilegiado para someter al derecho a tal prueba.

* Investigador visitante en The Helen Kellogg Institute for International Studies, University of Notre Dame. 216 Hesburgh Center, Notre Dame, IN 46556, E.U. Correo electrónico: *lpasara@nd.edu*.

El autor agradece comentarios y sugerencias de Nena Delpino, Pilar Domingo y Guillermo O'Donnell. Una versión del presente trabajo fue presentada en el CIDE el 28 de septiembre de 2001.

El manuscrito se recibió en noviembre de 2001 y fue aceptado para su publicación en marzo de 2002.

¹ La escuela sociológica y el realismo han elaborado este concepto. Entre los autores, acaso sea Oliver Wendell Holmes quien más contribuyó, tanto en el terreno académico como en el judicial, a su formulación (Holmes, 1995, vol. 3, pp. 391-406).

En América Latina, los órganos judiciales han desempeñado, en términos generales, un papel poco relevante para el funcionamiento democrático. La tradición judicial latinoamericana difícilmente puede reclamarse heredera del concepto de “pesos y contrapesos” (*checks and balances*), que en los regímenes democráticos de los países desarrollados es esencial en la relación funcional entre congreso, ejecutivo y órgano judicial. Durante los regímenes autoritarios, los jueces dejaron de sancionar de acuerdo a ley las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, especialmente en los casos de Argentina, Chile, Guatemala y Perú (Frühling, 1984; Comisión de Esclarecimiento Histórico, 2000). Durante los regímenes democráticamente elegidos, los jueces tendieron a representar uno de los baluartes del conservadurismo social, salvo que presiones económicas o políticas indujeran una decisión judicial de signo distinto.²

En la mayor parte de la región, el llamado poder judicial ha adoptado un perfil institucional más bien discreto. Incapaz de ejercer control legal efectivo sobre fuerzas políticas y económicas, el juez ha ocupado claramente un lugar bastante más reducido y menos importante de aquél que le aparece adjudicado en los textos constitucionales (Rico y Salas, 1990, pp. 13-20; Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 274-277; Méndez, 1999, pp. 221-223). De allí que, en términos generales, la institución haya recibido poca atención; de las fuerzas conservadoras, en razón de que la aquiescencia judicial les ha estado relativamente garantizada; de las fuerzas transformadoras, debido a que el cambio de jueces y justicia no aparecía relevante ni factible.³

² Una notable excepción reciente fue dada por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, al pronunciarse en 1993 en contra del golpe de Estado anunciado por el entonces presidente Serrano Elías.

³ La desatención ha sido incluso académica. “[T]he study of judicial systems has not commanded much attention in the social sciences disciplines or in academic law” (Blair and Hansen, 1994, p. 25). El tema judicial, como objeto de reflexión de la sociología institucional, ha ocupado el interés de muy pocos investigadores en la región; las cuestiones vinculadas a la judicatura no han constituido materia de análisis y estudio dentro de los planes de formación en derecho; y la reforma judicial no ha convocado la preocupación académica sino muy recientemente. Más grave aún, puede decirse que acerca de este tema, como en otros que conciernen al funcionamiento del derecho en nuestros países, la carencia de investigación empíricamente sustentada es sumamente aguda. En el conjunto de asignaturas pendientes habría que incluir, entre otros asuntos: el examen de los contenidos de la enseñanza del derecho, el análisis sistemático de sentencias judiciales —sin realizar el cual ha emprendido diversos y costosos programas de capacitación judicial en la región— y las interrelaciones entre las instituciones de la legalidad y las condiciones de la ilegalidad en nuestras sociedades.

Ello no obstante, a lo largo de los últimos diez o quince años, el escenario tradicional de los órganos judiciales ha cambiado bajo el impacto de varios tipos de demanda. De una parte, la exigencia de que las violaciones de derechos humanos sean juzgadas y sancionadas; de otra, el requerimiento de que los jueces desempeñen un papel protagónico en la construcción de una economía de mercado. En adición, en varios países se espera que los jueces sancionen el creciente y extendido fenómeno de la corrupción.

Pareciera que los latinoamericanos hemos tomado conciencia repentina de la crucialidad de la justicia. La comprensión y exigencia de una justicia en serio —como requisito para la viabilidad de democracia, mercado y paz en nuestros países— ha sido mayormente introducida, en los últimos años, por sectores no precisamente contestatarios. Las élites empresariales y los organismos financieros internacionales han jugado cartas decisivas en favor de una transformación profunda de esos aparatos judiciales obsoletos que, conservando jerarquías internas similares a las de iglesias y ejércitos, se mantuvieron renuentes al cambio, como bastiones de un orden social en proceso de extinción. La modernización, no la revolución, ha sitiado a nuestros aparatos de justicia, obligándolos a iniciar procesos de reforma judicial, cuyos resultados aún se revelan, cuando menos, claramente insuficientes.

Más de la mitad de los países latinoamericanos han conocido algún intento de reforma judicial, como respuesta a las crecientes demandas, planteadas desde diversas perspectivas y con agendas diferentes —y, en ocasiones, contradictorias— diversidad que conlleva ambigüedad sobre el rumbo de las reformas, vistas éstas desde una perspectiva nacional (Domingo y Sieder, *en prensa*). No obstante, las principales coincidencias entre los esfuerzos de reforma corresponden a la exigencia a los jueces latinoamericanos que resuelvan de manera razonable los conflictos entre particulares y ejerzan el control legalmente prescrito sobre los abusos de poder. Los resultados de las reformas son desiguales, pero, en suma, en ningún país de la región ha ocurrido, en el órgano judicial, una transformación institucional de gran envergadura. Los proyectos de reforma han consumido enormes sumas de dinero y los resultados son limitados, en los mejores casos.

Como resultado, en el escenario de elecciones periódicas y regulares que —desde la década de 1990— ofrece la región, se puede decir que en la mayor parte de ella conviven gobiernos legalmente elegidos con violaciones sistemáticas de los derechos humanos (Comisión Andina de Juristas, 1998). La percepción social —medida periódicamente por las encuestas— no sugiere una disminución del malestar constatado desde décadas anteriores.

En busca de explicación para aquello que, a primera vista, aparece como incapacidad del poder judicial para llevar a cabo una transformación, se propone aquí situar el tema en un contexto más amplio; esto es, una búsqueda que no constriña las posibles respuestas al ámbito interno de la judicatura. De allí que el examen aquí efectuado busque desjudicializar, hasta cierto punto, la consideración del tema para atender a algunos factores del régimen político que le resultan determinantes.

De una parte, cobra importancia ubicar las limitaciones de la administración de justicia dentro de lo que podemos llamar “el modo de producción jurídico” en América Latina; esto es, las formas de creación y efectividad del derecho en la región. De otra parte, parece de interés explorar, más allá de las definiciones legales, el significado de aquello que constituye el ser ciudadano en nuestros países, con el objeto de contar con un perfil más claro de quiénes son los protagonistas —en este terreno judicial, como en otros del régimen político— del funcionamiento del sistema.

El análisis que este texto propone se iniciará con una somera consideración de la realidad judicial latinoamericana y los intentos de reforma judicial realizados. Se esbozarán enseguida algunas propuestas explicativas del estancamiento actual de la situación. Para ello, luego de examinar algunos rasgos del modo de producción jurídico en la región, se planteará el tema de las condiciones de ejercicio ciudadano en América Latina. Finalmente, se ofrecerá una hipótesis acerca de la generación de distintas formas de ciudadanía en nuestros países, que pretende contribuir a una línea de investigación destinada a reconocer tales formas en el terreno judicial.

EL PERFIL DE LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA

En manos del jurista tradicional, la tarea de trazar un perfil de la justicia en cualquiera de nuestros países tiene como bases una lectura constitucional y un análisis de las normas orgánicas referidas al poder judicial y el ejercicio de la judicatura. Para asomarse a la cara real de la justicia, más bien es preciso buscar vías con mayor capacidad para dar cuenta objetivamente de la realidad. Una, de un auge reciente pero muy grande, nos es proporcionada por encuestas y sondeos de opinión. En la mayor parte de nuestros países, los resultados de esas exploraciones de la percepción social trazan el rostro de una justicia que es cara, lenta, corrupta y está identificada con el poder. Pese a los posibles prejuicios y sesgos presentes en tal percepción, debe admitirse que aquello que la gente piensa acerca de la justicia probablemente nos dice algo importante en torno de ella.

Para acercarse al ser de jueces y justicia, la otra vía, fascinante y sin embargo poco utilizada por la investigación socio-jurídica, es la literatura latinoamericana. A título ilustrativo, puede tomarse el caso peruano, en el que la trama escrita resulta de horror (Barrig, 1980). Novelas y cuentos peruanos presentan a la justicia como un ritual incomprensible que, más allá de cualquier racionalidad y previsibilidad, opera en manos de personajes siniestros, encabezados por jueces abusivos y abogados sin escrúpulos. La distancia entre verdad real y verdad legal se hace abismal en las tragedias vividas por gentes sencillas que protagonizan las historias contadas por los narradores. Pero, detrás de formas incomprensibles, lógicas inalcanzables y trámites grotescos, se adivina siempre la presencia del poderoso que no alcanza éxito completo en su propósito de encubrir su fuerza decisoria detrás de los vericuetos de la justicia. El terrateniente, el magnate, el gobernante, son siempre los vencedores en esa lucha desigual que los protagonistas pobres se ven obligados a dar en el terreno de la justicia. Éstos se sienten acorralados, atemorizados y, finalmente, vencidos por una legalidad que es rígida e implacable con los de abajo, pero flexible y complaciente con los de arriba. Unos y otros conocen una justicia que no guarda relación alguna con aquello que la letra de las constituciones

peruanas ha proclamado respecto de ella. Un ejercicio con base en la literatura de otros países de la región probablemente daría resultados bastante semejantes.

Tal como sugiere la narrativa, jueces y justicia conforman uno de los ámbitos en los que se ha mostrado, con mayor gravedad, la disonancia entre ley y realidad en la región. La ley es republicana: proclama independencia, autonomía y autoridad en una judicatura a la que declara contralora del ejercicio del poder. La realidad, en cambio, parece estar constituida por durables restos de naufragios monárquicos y feudales: se reverencia el poder concentrado en el ejecutivo y los jueces están organizados en clave de subordinación, tanto hacia poderosos núcleos externos a la institución como hacia círculos internos que ejercen atribuciones no previstas —y, a menudo, prohibidas— por la ley.

Puede sostenerse que el funcionamiento efectivo de nuestras instituciones corresponde a aquello que, de veras, nuestras sociedades son. En ese sentido, el aparato de la justicia realmente existente ha recibido no el encargo que periódicamente declaraba un nuevo texto constitucional, sino el que en los hechos le asignaba la forma de organización del poder vigente en nuestras sociedades. Un funcionario judicial experimentado, al analizar en Centroamérica el origen de los males del sistema de justicia en su país, solía decir algo que tiene validez en varios o muchos de nuestros países: “Aquí, los grandes conflictos nunca se resolvieron ante jueces y tribunales”.

Porque nuestros jueces no fueron pensados para resolver, con legitimidad, los grandes conflictos sociales, hemos heredado, en la mayor parte de América Latina, la tradición de jueces que sólo ejercen todo el poder de su autoridad con humildes y desposeídos de estas tierras. Por esa misma razón, y a diferencia de lo que ocurre en otras realidades, en la mayoría de nuestros países nuestros aparatos de justicia no han alojado a los mejores juristas, ni han contado entre sus filas con los abogados de mayor prestigio.

En ese cuadro resulta explicable que la reforma judicial no haya figurado entre los propósitos políticos de los regímenes populistas, civiles o militares —que constituyeron sus prototipos históricos, en la Argentina de Perón o el

Brasil de Vargas—, ni en la agenda de los regímenes burocrático-autoritarios que habrían de sucederlos. Con la excepción de Cuba en los años sesenta y Perú en los setenta, a los diversos cambios políticos ocurridos en América Latina después de la II Guerra Mundial, cual fuera su signo, les bastó con asegurarse de que el aparato de justicia fuese favorable a las necesidades de quien estuviese en el gobierno, a los efectos de determinadas decisiones sujetas a conocimiento y decisión judicial, y que debían obtener un fallo, cuando menos, condescendiente con el poder establecido. En el caso de los gobiernos militares se exigió, además, que los jueces no pusiesen en cuestión su capacidad legislativa y, en consecuencia, no discutiesen la validez de los decretos, leyes, emitidos por ellos, ni admitieran en sus fallos que tales disposiciones requerían posterior ratificación parlamentaria.

La instrumentalización de los jueces requerida por los gobernantes fue alcanzada, usualmente, a través de la sustitución de los miembros de la corte suprema y, en ciertos casos, también de algunos ocupantes de otros cargos dentro de la judicatura. Pero puede sostenerse que los vaivenes y giros producidos en la historia política de América Latina habían ocurrido, hasta llegar a las últimas dos décadas, sin que se le dedicara mayor atención al aparato judicial (Correa, 1999, p. 258) al que se mantuvo simplemente en una “posición de mendigo o sirviente” (Davis, 1997, p. 190).

Desde que, en los años ochenta, el sistema electoral se ha afianzado como método legítimo para escoger y reemplazar gobiernos en América Latina, la temática de la administración de justicia ha ido adquiriendo progresivamente una centralidad sin precedentes. Esa centralidad ha sido ocupada sobre un telón de fondo constituido por un malestar ciudadano genérico, pero muy marcado respecto del sistema de justicia, que las encuestas muestran como constante en toda la región. Pero, específicamente, el tema de la justicia ha sido incorporado a la agenda pública a partir de demandas diversas, respecto del sistema de justicia que pueden ser identificadas como pertenecientes a:

- Líderes empresariales y organismos internacionales con capacidad de vigilancia y cooperación respecto de la marcha de las economías

nacionales, que en un contexto de globalización ponen énfasis en una presunta conexión entre inversión y calidad de la justicia;⁴ y

- Grupos académicos y organizaciones de derechos humanos que persiguen se haga justicia efectiva en los casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos.

Ambos actores han contado con una audiencia ampliada por el interés de los medios de comunicación en el tema (Pásara, 1996).

En estas demandas sociales aparece, con matices y acentos distintos, la exigencia de que el aparato judicial sea capaz de: *i*) resolver los conflictos entre particulares y entre éstos y el Estado, e *ii*) actuar como contralor de la legalidad de los actos de ejercicio del poder. Este segundo aspecto le plantea al órgano judicial el desafío enorme de proveer “una garantía de legitimidad” (Peña, 1992, p. 17) al régimen político. Paralelamente, en el nivel conceptual, el análisis de los regímenes democráticos existentes en la región ha empezado a prestar atención al rol de la administración de justicia como lugar institucional de reconocimiento efectivo de derechos, incluidos aquellos que corresponden al control sobre excesos y abusos de poder (Domingo, 1995; O’Donnell, 1997, 1998a; Frúling, 1998, y Prillaman, 2000).

⁴ Hasta ahora, la conexión entre el crecimiento económico y el funcionamiento del sistema judicial se sustenta en enunciados generales y vagos, como ha indicado Carothers (*en prensa*). En verdad, la relación ha sido objeto de un crecido número de conjeturas carentes de una base empírica rigurosa (Messick, 1999, pp. 117, 120-123). Cuando se construye una ecuación de tipo causal —a mejor justicia, mejor rendimiento empresarial y, en consecuencia, mayor desarrollo económico— se incurre en una simplificación que sobredimensiona el peso relativo de la justicia —que es sólo una variable interviniente en el complejo terreno del funcionamiento económico— y se reconoce poco un contexto que en muchos casos reduce la significación de la justicia a un valor marginal. Resultaría útil pesar la justicia junto a otros factores intervinientes e interrogarnos si no es mucho más crucial el abandono de responsabilidades hecho por el Estado en materia de educación y formación de derechos humanos, o su impotencia para proporcionar seguridad pública y, en general, asegurar la vigencia del Estado de Derecho. ¿Cuáles son los costos empresariales de los niveles de ignorancia en los que se deja *ex profeso* a la mayor parte de la población latinoamericana? ¿O cuáles son los costos económicos de que nuestras sociedades estén permeadas por el narcotráfico, enfrentado gubernamentalmente con políticas conocidamente ineficaces? Lo probable es que los agentes económicos desarrollen posturas adaptativas, incorporen las *ineficiencias* como costos, incluyendo entre ellos la corrupción, y no favorezcan en los hechos la mejora del sistema de justicia. Esta hipótesis explicaría por qué inversión y crecimiento se han producido en determinados países de Asia, que no se distinguen por la eficiencia ni por la independencia de su sistema de justicia.

LA REFORMA JUDICIAL COMO RESPUESTA

La respuesta al malestar y a las demandas sociales formuladas ha consistido en la generación de variados intentos de reforma judicial. Proyectos de reforma que afectan la administración de justicia han tenido, o tienen, lugar en Argentina, Chile, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Principalmente promovidos y financiados por US-AID,⁵ el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial y la cooperación española, estos proyectos no pueden ser puestos bajo un mismo modelo; pero comprenden una “cantidad impresionante de proposiciones de cambio” (Correa, 1997, p. 173). Al examinar tales intentos de reforma judicial, debe advertirse que:

- Han pasado por dos “generaciones:” la primera, más atenta a “problemas específicos e innovaciones aisladas,” privilegió las reformas legales y los incrementos en personal y presupuesto; la segunda, más comprensiva, ha sido portadora de reformas “integrales y sistémicas” que han atendido cuestiones como selección y capacitación de funcionarios, gestión de despachos, asignación de recursos y métodos alternativos de solución de conflictos (Fuentes, 1999, p. xiii);⁶
- Como tendencia, cada proyecto de reforma tiene una base nacional débil y, a la vez, es portador de contenidos, protagonistas e intereses diversos que, en la medida en que el proyecto se desarrolla, comprometen su ejecución (Hammergren, 1998, pp. 20 y 304); y

⁵ Un campo de particular interés para US-AID ha sido la reforma procesal penal, que ha sido propuesta para enfrentar los crecientes niveles de criminalidad y el tráfico de drogas.

⁶ Una síntesis bastante completa de los elementos incluidos en este tipo de enfoque es la que sigue: “The basic elements of judicial reform should include measures with respect to guaranteeing judicial independence through changes to judicial budgeting, judicial appointment, and disciplinary systems; improving court administration through adoption of case management and court management reforms; adopting procedural reforms; providing alternative dispute resolution mechanisms; enhancing the public’s access to justice; incorporating gender issues in the reform process; and redefining and/or expanding legal education and training programs for students, lawyers and judges” (Dakolias, 1996, p. vii).

- Por lo mismo, el papel de los agentes externos ha sido, en muchos casos, decisivo al promover —y, en ocasiones, imponer— además de financiar, los cambios.

Por de pronto, la financiación externa ha sido sumamente importante. Según el Comité de Abogados para los Derechos Humanos (2000, p. 3), en América Latina el Banco Mundial tenía hasta julio de 1999 “once proyectos activos en ocho países de la región, siete aprobados (con un total mayor a 117 millones de dólares estadounidenses (mdd), en préstamos y cuatro más en preparación (con un total de 42 mdd, en préstamos proyectados)”. El Banco Interamericano de Desarrollo, por su parte, a la misma fecha había “aprobado o propuesto proyectos en 17 países, 14 de los cuales han sido aprobados (llegando a un total de más de 186 mdd en préstamos) y 6 mdd más en preparación (con un total de casi 189 mdd en préstamos estimados)”. Estos montos, casi íntegramente, han pasado a engrosar la deuda pública externa de los países respectivos.

El gobierno de Estados Unidos, a través de US-AID, había destinado hasta 1999 aproximadamente 300 mdd para justicia y seguridad en 19 países de la región. Sólo en 1999, el monto dirigido específicamente a los sistemas de justicia totalizó 50 mdd (Sarles, *en prensa*). En el caso de El Salvador, que en relación con otros países resulta un destinatario preferencial de la ayuda estadounidense, ésta destinó al tema de la justicia, entre 1993 y 1998, aproximadamente 41 mdd (Popkin, 2000, p. 244).

Los varios agentes externos han contribuido a la diversidad de agendas de reforma judicial, antes señalada. Algunos, como el Banco Mundial, han puesto énfasis en los aspectos económicos, bajo el supuesto de una conexión causal no demostrada entre reforma judicial, desarrollo empresarial y crecimiento económico (*supra*, nota 4). En cambio, otras instituciones de la cooperación internacional han otorgado, en sus agendas de reforma, una atención preferente a la relación entre justicia y régimen político, encaminada a fortalecer o consolidar la democracia. En todo caso, como subrayan Domingo y Sieder (*en prensa*) la participación de estos agentes externos no ha sido coherente en

conjunto, ni se ha movido en una dirección estable en el caso de cada uno de ellos. Además, en diversas ocasiones, las entidades de la cooperación internacional se han mostrado impermeables a críticas y observaciones formuladas por analistas y académicos, por lo que errores cometidos en determinados países han sido repetidos luego en otros. No resulta extraño que, cuando el apoyo externo concluya, el proceso de reforma termine o aminore claramente su velocidad. Este fue el caso de Panamá, un país donde el gobierno de Estados Unidos invirtió 43 millones de dólares durante los años noventa para mejorar el sistema de justicia (US-GAO, 1999, pp. 35-38).

“Nadie duda de la importancia de la reforma judicial, pero nadie sabe realmente cómo llevarla a efecto”, transcribe Popkin (2000, p. 9) como conclusión extraída por un funcionario de US-AID. La misma conclusión emerge del examen de los proyectos de reforma judicial alentados por la cooperación internacional en la región. Si bien, en ciertos casos se ha impulsado inicialmente una dinámica de cambio en los sistemas de justicia —o se ha apoyado decisivamente a aquellos pocos que se hallaban en favor de las reformas, en general se constata falta de criterios para determinar dónde, cuándo y cómo apoyar reformas judiciales. La carencia de criterios es más grave cuando está referida a los factores políticos en el país destinatario. En el caso de Perú, según recuerda Salas (*en prensa*) US-AID dedicó al sistema judicial 8 millones de dólares entre 1993 y 1998, siendo así que la institucionalidad democrática y la propia independencia judicial estaban afectadas severamente desde el auto-golpe dado por Alberto Fujimori en 1992. En tales condiciones, el Banco Mundial otorgó en 1994 préstamos destinados a hacer posible la modernización administrativa, por un total de 40 mdd. Cuando el deterioro en la institucionalidad del sistema de justicia llegó a ser inocultable, los desembolsos del banco tuvieron que ser suspendidos.

Acaso más importante que las observaciones anteriores es el fenómeno de la recepción de instituciones jurídicas, que la intervención de la cooperación internacional ha facilitado (Faundez, 1997; Carothers, *en prensa*). La cooperación internacional ha forzado en muchos casos la adopción de proyectos que, en un país dado, no reflejan necesidades percibidas por las fuerzas en

favor del cambio (Salas, *en prensa*; Domingo y Sieder, *en prensa*). De esta manera se ha fortalecido un modo de producción jurídico que resulta históricamente dependiente de la importación institucional acrítica, y que será examinado más adelante.

Dado que los procesos de reforma se hallan en curso, no se puede contar con un balance definitivo de lo que se ha logrado a través de ellos. Sin embargo, algunos resultados producidos por esa diversidad de esfuerzos sí son visibles y pueden ser materia de señalamiento:

- Muchos de los esfuerzos emprendidos partieron de diagnósticos sumamente endeble y que, en consecuencia, resultaron limitadamente orientados por las preferencias propias de quienes los impulsaron o financiaron;
- Los logros son marcadamente desiguales y resulta difícil concordar en que determinadas metas hayan sido ya alcanzadas en determinado número de países;
- Al buscar explicación a la escasez de logros alcanzados, se comprueba que los intentos de reforma se topan con fuertes resistencias de parte de la mayoría de abogados, jueces y empleados judiciales (Buscaglia, 1997, p. 35; Domingo, 1999, p. 166);
- Mientras tanto, el malestar social en relación con el sistema de justicia no logra convertirse en apoyo organizado a la ejecución de los proyectos de reforma; y
- La ejecución de algunas propuestas basadas en el criterio de que sería deseable descargar al viejo aparato judicial del mayor número posible de conflictos sociales (entre muchos otros, Lavados y Vargas, 1993, p. 18) empieza a producir efectos sobre el perfil de un Estado que en América Latina ya ha sido objeto de políticas de debilitamiento.

Al tiempo que las resistencias se originan en inercias profesionales y laborales, así como en intereses vinculados al *status quo*, el apoyo insuficiente guarda relación con aspectos más complejos. De una parte, la dificultad para

constituir una base de apoyo social organizado a la reforma tiene su raíz en la naturaleza individual de una abrumadora mayoría de conflictos judicializados. Al atender problemas eventualmente surgidos entre personas, la justicia no tiene un número suficiente de "clientes" o "beneficiarios" regulares, que puedan agregar su interés particular en una amplia demanda grupal dirigida al cambio del sistema. De otra parte, la expectativa social respecto de la justicia en la región gira en torno a una justicia rápida, exenta de corrupción y que castigue duramente a los delincuentes. Por lo mismo, las metas, más ambiciosas y usualmente promovidas por agentes externos, de una reforma que haga de la justicia un ámbito más democrático no resultan comprensibles y/o comparables para amplios sectores de la población (Hammergren, 1988, p. 303).

Cuando se toma en profundidad el caso de un país —como ha hecho solentemente Popkin (2000) con El Salvador— se encuentran ciertos cambios cuya permanencia es todavía incierta; al mismo tiempo, se hace patente la distancia entre los objetivos declarados por los proyectos y los logros alcanzados. Cuando se toma la región en conjunto, la impresión es que los logros son escasos, donde los hay resultan muy lentos y caros, y enfrentan un desenlace final imprevisible (Domingo y Sieder, *en prensa*). Para Salas (*en prensa*), luego de todo el tiempo, los recursos y los esfuerzos invertidos en esta área, "los sistemas de justicia de América Latina encaran la más grave de sus crisis". Esto es, la ineficiencia subsiste y a ella se ha agregado una corrupción extendida; en muchos países, los jueces aún son reclutados según criterios básicamente políticos y se ha avanzado poco o se ha retrocedido en materia de independencia judicial; la profesión legal constituye uno de los sectores más activos y poderosos dentro de la oposición a la reforma judicial; la formación profesional ha recibido poca atención de los proyectos de reforma y, en algunos casos, la multiplicación de facultades de derecho y el decrecimiento de su calidad contribuyen hoy a introducir, en el mercado profesional, operadores que difícilmente pueden contribuir a una mejora del sistema de justicia.

Al examinar el curso de los esfuerzos realizados para cambiar la justicia existente, se advierte que la reforma judicial ha sido pensada como si fuera capaz de responder a todos, o cuando menos los principales problemas de la

justicia. Esto no sólo revela un optimismo excesivo en los actores de la reforma (Hammergren, 1998, p. 297) sino que, al poner toda la carga de la reforma en la propia institución, concibe erróneamente a la judicatura como si fuera aislable de las características sociales —esto es, políticas, económicas y culturales— que pesan sobre ella (Hammergren, 1998, p. 13; Domingo, 1999, pp. 156 y 161; Prillaman, 2000, pp. 5 y 163) y, entre otras consecuencias, traen consigo una estratificación sumamente diferenciada en la aplicación de la ley (Domingo, 1995, pp. 18 y 22).

Pese a los intentos de reforma judicial llevados a cabo, en la vida real de la mayor parte de nuestros organismos judiciales, los conflictos que atiborran a la justicia continúan requiriéndole sancionar delincuentes menores, no al crimen organizado; cobrar deudas comerciales a aquellos sectores empobrecidos que no están al día en las cuotas correspondientes a la compra de artefactos domésticos o autos usados; establecer pensiones alimenticias en favor de madres e hijos abandonados en los sectores sociales más bajos; y resolver otros conflictos sociales de poca trascendencia social. Los grandes conflictos sociales no están en manos de la justicia —son resueltos mediante arbitraje u otros medios más eficaces pero menos presentables— y el control judicial sobre el ejercicio del poder es ejercido de manera muy infrecuente.

Mientras algunos especialistas intentan explicar el “fracaso” de reformas (Buscaglia, 1997, p. 35, y Carothers, 1998) que cuando menos aún son de curso impredecible, la insatisfacción social persiste en muy alto grado —acaso precipitada por la frustración de expectativas alimentadas por promesas incumplidas de reforma judicial— la búsqueda de vías de evitamiento del aparato judicial se amplía a formas socialmente regresivas —como los linchamientos y el uso de sicarios— y la incertidumbre prevalece acerca de aquello que realistamente puede esperarse, en los próximos años, del sistema judicial en la región.

EL MODO DE PRODUCCIÓN JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA

El lugar de la función judicial en el régimen político en América Latina es un tema poco trabajado, cuyas escasas referencias teóricas están basadas en un

traslado, casi sin elaboración, del papel de jueces y administración de justicia en las democracias originarias. Como bien ha observado O'Donnell (2000) para el conjunto de la conceptualización sobre el tema de la democracia, tal traslado contiene el alto riesgo de desembocar en la incapacidad explicativa acerca de ciertos rasgos del fenómeno político existente en América Latina.

Aquí se propone, en cambio, iniciar el análisis desde una consideración crítica de ciertas características propias de la constitución del derecho en nuestros países. Entre ellas, tienen centralidad:

- La generación fundamentalmente exógena de los contenidos de la legislación de nuestros países, y
- La asimilación de una definición de la función judicial (“el juez es la boca de la ley”) que sostiene derivarse del modelo de la Revolución Francesa —aunque más bien corresponde al modelo napoleónico— y cuya lectura es altamente tributaria de una tradición hispana trasladada a, y aún vigente en, las que fueran colonias latinoamericanas.

La conjunción de ambas vertientes desemboca en el sometimiento del juez, por la vía de la interpretación literal de la ley, a una voluntad popular fictamente expresada en una normativa legal cuyo respaldo efectivo es una pobre base de legitimidad social.

En esa revisión crítica, debe notarse que la historia del derecho, en casi todos los países de la región, registra una sucesión de instituciones periódica y, en muchos casos, antojadizamente renovadas —a lo largo de más de doscientos textos constitucionales producidos en la región (Domingo, 1995, p. 15)— sin que muchas de ellas alcanzaran implantación suficiente en el medio social para el cual se suponían diseñadas. Pese a ello, en nuestros ambientes jurídicos aún se estima que tales instituciones jurídicas desempeñen el papel crucial de normas con arreglo a las cuales deban quedar jerarquizadamente ordenados derechos, deberes y conductas de los ciudadanos.

Sobre la base de prescindir deliberadamente de toda consideración en torno a la relación entre norma y realidad social, tales instituciones han sido

presentadas, por una cuestionable práctica académica del derecho, como un aparato normativo coherente y respetable. La mayor parte de los estudiosos del derecho en América Latina renunciaron a examinar el tema de los orígenes de la normatividad vigente o a ser adoptada. Se prescindió así de la tarea de analizar la medida en la que un orden legal nacional y sus instituciones son productos de un desarrollo jurídico propio o han resultado impuestas o modificadas profundamente por determinaciones externas (Schmidhauser, 1992, p. 231). De tal omisión se desprendió la falta de consideración acerca de las consecuencias que para el funcionamiento del orden legal se derivan de la predominancia de los componentes normativos externos. Además de la práctica académica del derecho prevaleciente en América Latina, una forma etnocéntrica de operar en la cooperación internacional, que propicia la importación normativa, es actualmente un vehículo importante para mantener en funciones este circuito de promesas jurídicas engañosas, realidades resistentes a los cambios legales y frustraciones sociales repetidas.

Los autores de nuestros numerosos textos constitucionales y diversos códigos pretendieron que, mediante la adopción acrítica de instituciones que se dio en llamar "avanzadas" (Domingo, 1995, p. 5), la realidad se transformaría tarde o temprano. Es verdad que la aprobación de estas normas legales produjo un efecto simbólico que permitió, y permite, invocarlas como base objetiva de demandas y reivindicaciones formuladas en lucha social. Pero la vasta transformación propuesta no se produjo y, peor aún, sin que los legisladores se lo propusieran, la trayectoria constitucional y legal de estos países vino a resultar intrínsecamente falseada por esta vía. Así puede entenderse que Argentina se constituyera como, y sea aún, una república federal, pese a que el centralismo porteño asfixia todo peso provincial. También así se comprende cómo las sucesivas constituciones de países como Perú, Bolivia o Guatemala no han vacilado en proclamar una igualdad ciudadana ante la ley, que resulta desmentida por duraderas realidades indígenas de discriminación y falta de acceso al ejercicio de derechos y libertades fundamentales.

Nuestra producción legislativa careció de un carácter endógeno y la gestación de instituciones jurídicas ha atendido más al exterior que a la con-

sideración atenta y cuidadosa de nuestras propias realidades. En lugar de que nuestras sociedades gestaran, según su propio curso de desarrollo, las normas que éste requiriese, se prefirió recurrir a aquello que José Hurtado (1979) denominó, a propósito del Código Penal Peruano del siglo xx, “la ley importada”. Trasplantar instituciones legales no sólo era más fácil; además, tenía como ventaja el poder ser presentado como un paso importante del país hacia la modernidad. Una conceptualización equivocada de lo que es el derecho disoció la norma de la realidad a la cual corresponde y nos propuso —e impuso— las normas de países muy distintos a los nuestros, a la manera de una transferencia tecnológica imposible de asimilar.

El uso de verbos en tiempo pasado, en este texto, puede resultar equívoco, puesto que oleadas imitativas, acriticamente aceptadas, siguen marcando la producción normativa en nuestros países. De esta manera, el tribunal constitucional que funciona aceptablemente en España fracasa al ser copiado en Perú; el sistema penal con el que Estados Unidos ha manejado el delito durante siglos afronta problemas severos al ser trasplantado a Centroamérica; una institución recientemente creada por los escandinavos resulta un aparato burocrático caro y de utilidad librada a quien es nombrado *ombudsman* en aquellos de nuestros países que la imitaron.

En síntesis, sucesivas apuestas por el cambio social mediante la modernización normativa han producido resultados parciales e insuficientemente satisfactorios, si bien en ciertos casos —y luego de cierto tiempo— han contribuido a cambiar el “sentido común” vigente acerca de determinados temas y abrieron así espacios para mutaciones de alguna importancia. Este proceso, en el cual las instituciones normativas importadas no alcanzaron la vigencia buscada pero han producido efectos sociales —no previstos y, en ocasiones, no indeseables— requiere ser examinado cuidadosamente, a través de estudios de caso que den una mayor base empírica para comprender la relación entre ley y realidad social.

De modo complementario a la puesta en vigencia de normas e instituciones cuya relación con la realidad es escasa o conflictual, debe introducirse un útil elemento auxiliar para la consideración del tema de la producción normativa

en la región. Nuestras instituciones jurídicas fundamentales se mantienen, en mucho, como herederas del principio virreynal hispánico, según el cual: “la ley se acata pero no se cumple”. Esta fórmula consagró ese divorcio entre ley y realidad que hubo de mantenerse insalvable cuando la tarea de legislar en las colonias, ya independientes, quedó a cargo de gentes nacidas en ellas que, sin embargo, no se esforzaron mucho en conocer las particularidades de su realidad. La imitación normativa en nuestros países, ya independientes, ha sustituido con efectos parecidos a la producción de normas desde la metrópoli. Así, en muy distintas fases históricas, ley y realidad han marchado por carriles diferentes, cuyos puntos de contacto resultan frecuentemente conflictuales.

Al consagrar normas constitucionales que establecen instituciones, derechos y deberes que, hipotéticamente, sólo podrían ser realidad en un futuro indeterminado, nuestros legisladores construyeron las bases de un orden legal flotante, irreal, cuajado de promesas pero carente de exigibilidad. En el plano de la ejecución, como observara Ots para la etapa del Derecho Indiano, la consecuencia es indiscutiblemente negativa al dictarse: “normas de cumplimiento difícil o imposible, se dio pie, sin desearlo para que de hecho prevaleciera en buena parte la arbitrariedad” (Ots, 1986, p. 13). La marcada disyunción entre la norma escrita y las posibilidades de hacerla efectiva, de un lado, ha contribuido a la falta de obediencia a la norma de derecho, prevaleciente en la región (Schor, *sf* y Popkin, 2000, pp. 200-201); de otro, y siguiendo la tradición colonial, con ella ha sido incrementado el margen de discrecionalidad en manos de la autoridad, lo que en el marco de una cultura política autoritaria tiende a favorecer la producción de decisiones autoritarias (Domingo, 1995, p. 6).

Desde el lado académico, el escape teórico para preservarse de la contradicción patente en un orden legal que no se efectiviza ha consistido en optar por una versión sumamente pobre del positivismo jurídico, que reduce el estudio del derecho al del texto de la ley, mayormente en su literalidad, y omite sistemáticamente la temática de su vigencia. La necesidad de estudiar el fenómeno jurídico en su contexto social particular proviene de la imposibilidad de separar la norma de los términos de su vigencia efectiva. Del mismo modo que

los principios democráticos generales, al enraizarse en una sociedad dada, adquieren sentidos específicos, los principios e instituciones constitucionales no se convierten en prácticas sociales ni son fuerzas conductoras de libertad e igualdad sino en la medida en que se localizan en el contexto de una historia nacional (Habermas, 1994, p. 27).

Llevar a cabo la revisión crítica planteada debe desembocar en una reconsideración de dos nociones básicas cuyos significados precisos, en términos de América Latina, aún se hallan pendientes de ser mejor alcanzados:

- La relación entre norma y ley, que debe ser reexaminada para hacerse cargo del alto nivel de incumplimiento estable y normalizado que le resulta consustancial en América Latina,⁷ y que ha dado lugar a una serie de efectos ocultos del orden legal y a un borroso mosaico de situaciones de legalidad/ilegalidad —equivocamente aludidas, a veces, como formalidad e informalidad—⁸ que no han sido suficientemente captados empíricamente ni elaborados conceptualmente; y
- La noción de independencia judicial, como eje doctrinariamente propuesto para el desempeño de la función del juzgador, que debe hacerse cargo de condicionamientos/limitaciones/exigencias/posibilidades provistos por el régimen político, y las resultantes en términos de generación de legitimidad, tanto para el juez como para el gobernante. En ese renovado marco conceptual será posible situar y explicar mejor la

⁷ Sobre el origen virreynal de esta disociación, pocas dudas caben. El Derecho Indiano persiguió “estructurar la vida jurídica de estos territorios con visión uniformizadora y tratando de asimilarlos a las viejas concepciones peninsulares”; el resultado de esa política jurídica consiste en que “se desconocen [...] o se tratan de soslayar ineludibles imperativos económicos y sociales. Esta es la causa de que se observe, a lo largo de toda la vida jurídica colonial, un positivo divorcio entre el derecho y el hecho. Una fue la doctrina declarada en la ley y otra la realidad social.” (Ots, 1986, pp. 12-13).

⁸ Al confundir legalidad con formalidad e ilegalidad con informalidad, se asume implícitamente que legalidad e ilegalidad son dos territorios nítidamente distintos, cuyos protagonistas también son diferenciables. De una parte, se pierde así de vista lo más importante del fenómeno tercermundista: una dinámica en la que los sujetos jurídicos se valen de legalidad e ilegalidad según les resulte necesario y/o rentable. De otra, se ignora que hay ámbitos de ilegalidad importantes —como la actuación de las instituciones policiales, por ejemplo— que están dotados de un ambiente institucional altamente formalizado; y que, paralelamente, existen mecanismos de actuación informal que tienen significativos componentes de legalidad —como la venta ambulatória que está sujeta al pago de impuestos.

incapacidad judicial de constituirse en lugar institucionalizado para la exigencia y el procesamiento de demandas encaminadas a establecer responsabilidades en quienes ejercen poderes públicos (*accountability*) dentro del funcionamiento del régimen político. Asimismo, en ese marco será posible avizorar las consecuencias que de tal incapacidad, o capacidad sólo relativa, se derivan tanto para el régimen político como para la función judicial.

LA CONDICIÓN DE CIUDADANÍA EN AMÉRICA LATINA

Emprendida una reconsideración acerca del significado real del orden jurídico y del valor preciso de sus instituciones republicanas, el siguiente aspecto a ser abordado debe referirse a sus protagonistas: “los ciudadanos que desempeñan los diferentes papeles que el sistema legal les reconoce en tanto sujetos de derecho. Ciertamente, todos ellos, de acuerdo a las normas vigentes son ciudadanos; a esa condición corresponde inseparablemente la igualdad ante la ley” (Bendix, 1964, p. 76).

La ciudadanía es un concepto clave en un régimen, un Estado y una sociedad democráticos. Entre ciudadanía y democracia existe una relación “necesaria” (O'Donnell, 1993, p. 172). La esencia de esa relación fue puesta en relieve en la definición de ciudadanía que Marshall (1992, p. 24) produjo hace cincuenta años:

un sentido directo de pertenencia a una comunidad, con base en la lealtad a una civilización que es compartida. Es una lealtad de hombres libres dotados de derechos que son protegidos por un orden legal común a ellos.

En el examen de la experiencia europea, la relación entre democracia y ciudadanía ha sido claramente establecida: sin un conjunto de obligaciones mutuas entre ciudadanos y Estado, no existe participación política ni protección contra la acción estatal arbitraria (Tilly, 1995b, p. 234).

En la tradición jurídica, bajo el peso del pensamiento liberal, la ciudadanía ha sido considerada como un estatus bien definido por la ley nacional. Pero, si

intentamos asegurarnos de cuál es el significado real del ejercicio de la ciudadanía, resulta más apropiado considerar a la ciudadanía como un conjunto de prácticas y no simplemente como un estatus legal (Da Matta, 1987, p. 307); mientras que este último concepto nos restringe a un plano normativo que se manifiesta insuficiente, el primero porta la capacidad para referirnos a la condición efectiva que tal estatus alcanza en la realidad.

En esa dirección, Tilly (1995a, p. 8) sugiere que la ciudadanía es un tipo especial de vínculo, consistente en una serie continua de transacciones entre personas y agentes estatales, en la cual cada quien tiene derechos y obligaciones susceptibles de ser coactivamente exigidos. Habermas (1994, p. 23) ha precisado que una nación de ciudadanos procede de la práctica ciudadana de ejercer activamente sus derechos civiles. En sentido concurrente, O'Donnell (1998b, p. 58) ha observado que:

La ciudadanía efectiva [...] es también un modo de relación entre ciudadanos y Estado, y entre los ciudadanos mismos. Es un modo continuo de relación [...] entre individuos protegidos y habilitados (*empowered*) por su ciudadanía. La ciudadanía no resulta menos ultrajada cuando el voto es impuesto que cuando una mujer golpeada o un campesino no pueden esperar resarcimiento en un tribunal o cuando la casa de una familia pobre es ilegalmente invadida por la policía.

Dado que resulta crucial la coerción del aparato institucional para que efectivamente derechos y obligaciones sean respetados (*enforcement*), el papel desempeñado por los jueces de un Estado determinado, con respecto al funcionamiento del haz de derechos y deberes contenidos en la ciudadanía, es fundamental (Giddens, 1985, p. 195). Marshall (1992) planteó que el desarrollo de la ciudadanía —especialmente en el ámbito de los derechos civiles— sólo es posible mediante el sistema de justicia, en tanto sea un aparato estatal claramente diferenciado tanto del congreso como del ejecutivo.

Si, en un país dado, no hay coerción estatal que garantice que la ley sea respetada, o el poder de coerción se ejerce discriminadamente, o el proceso de

coerción revela que las partes no son verdaderamente iguales ante la ley, se está ante una brecha que cuestiona la medida en la que la ciudadanía existe en ese país. Tal cuestionamiento se deriva de que la condición de ciudadanía es validada por el tipo de acción estatal respecto de ella. Esto equivale a sostener que derechos y obligaciones ciudadanos existen cuando los órganos estatales les dan forma legal y toman las medidas conducentes a hacerlos efectivos (Janoski, 1998, p. 11).

Esta perspectiva analítica conduce a la necesidad de examinar las condiciones de realidad atingentes al ejercicio de la ciudadanía. De una parte, las formas de modernización política gravitan de modo diferenciado sobre el sentido de la ciudadanía (Moore, 1966); de otra, el conjunto de derechos comprendidos en la definición de ciudadano, que un orden legal adopta, no puede ser separado de las condiciones existentes para que tales derechos puedan ser ejercidos (Held, 1989, p. 201).

En el pensamiento dominante en América Latina durante muchos años, la separación forzada entre ciudadanía y condiciones de ejercicio se nutre del efecto de un rasgo cultural arraigado, según el cual el cambio social es producto directo de la reforma de las leyes y el cambio de los diseños institucionales.⁹ En el ámbito de la política ese atributo cultural adquiere una utilización perversa, en manos de los operadores ante su electorado. Pero este factor tiene vigencia mucho más allá de su utilización política: si se analiza con cuidado muchos de los movimientos sociales importantes en la región, la alta prioridad asignada por ellos a reformas legales parece expresar la creencia en que el cam-

⁹ La constatación de esta misma actitud entre los italianos sugiere que el rasgo trasciende el ámbito hispano:

"[Laws] are generated in a continuous stream by a curious [Italian superstition: when things go wrong, problems are baffling, and nothing else avails, a new law is usually passed, often too difficult and complicated to be applied properly, in the hope that it will have thaumaturgic [e]ffects, that it will act like an incantation and ward off that particular evil. Some, of course, are useful. A few are good. Many useless or unpractical ones have been forgotten, 'abrogated by desuetude' is the technical term, but all can be suddenly rescued from oblivion, dusted, and used at any time for the benefit of a powerful group, as weapons for the destruction of its enemies. Courts do very little to disentangle the confusion. Few Italians in their right mind expect anything but erratic justice from them. The current rule is never to sue when one is in the right. It is too risky. One should go to court only when one knows is in the wrong and on the defensive" (Barzini, 1964, p. 104).

bio de la ley traerá consigo necesariamente un cambio en la vida real. Esta actitud social ha facilitado que se extienda una falta de consideración respecto de aquellos factores que, más allá del diseño institucional y los contenidos normativos, comprometen la puesta en ejecución de las leyes y el funcionamiento de las instituciones jurídicas. Entre esos factores, la cuestión de igualdad legal y desigualdades sociales merece una atención preferente.

Pese a que en la teoría sobre la democracia en los países originarios actualmente se incluye de manera rutinaria la correspondencia entre cierto nivel de igualdad real y el acceso a la condición de ciudadano, debe recordarse que tal relación se generó históricamente en el curso seguido por tales sociedades.¹⁰ En ese proceso, iniciado con reconocimientos formales que surgieron, en muchos casos, de luchas y conflictos sociales, la búsqueda de las condiciones para ejercerlos dio lugar a nuevos ámbitos de conquistas: los derechos económicos y sociales (Marshall, 1992; Bendix, 1964 y Tilly, 1995b).

En contraste, en el caso de los países latinoamericanos la igualdad ha sido proclamada con base en los textos legales, como si ese reconocimiento fuera bastante; y la igualdad real, carente de reconocimiento como condición de ejercicio de la igualdad legal, ha sido propuesta en el terreno político como objetivo a alcanzar en un plazo indeterminado. La igualdad real ha resultado ignorada entonces, entre nosotros, como presupuesto de la democracia y del goce de la ciudadanía. Ha sido así más sencillo cuestionar el rendimiento de un gobierno de origen democrático, a la luz de una *performance* insuficiente en cuanto productora de igualdad, que preguntarse por el significado de las enormes desigualdades establemente existentes como condición de imposibilidad de construcción democrática y/o de desarrollo ciudadano.

En el terreno de las relaciones jurídicas y la administración de justicia, la discusión precedente parece encontrar expresión a través de un viejo tema doctrinario: el contraste entre igualdad real e igualdad jurídica, cuestión que ha alimentado, entre otras materias, ciertas reflexiones críticas en filosofía del derecho y la

¹⁰ Al examinar esa relación, debe recordarse que durante los siglos XVIII y XIX, en los países de democracia originaria, "Equality before the law did not exist". Los impedimentos existentes tenían base en los prejuicios de clase y en "the automatic effects of the unequal distribution of wealth". (Marshall, 1992, p. 22, y Bendix, 1964, p. 77.)

elaboración doctrinal en materia de contratos. Pero es preciso ir mucho más allá en la indagación, para establecer bajo qué condiciones de igualdad real es posible que la igualdad jurídica no sea una mera ficción legal, carente del asidero mínimo que permita, en efecto, relaciones jurídicas entre sujetos que son iguales no simplemente porque la ley así lo declare sino, antes que eso, porque tienen capacidades relativamente semejantes o equivalentes. Tales capacidades ciudadanas incluyen:

- Saberse portadores de derechos y obligaciones;
- Considerarse en condiciones de generar relaciones con consecuencias jurídicas; y
- Hallarse en condiciones de exigir que tales derechos y obligaciones, legal y contractualmente establecidos, sean declarados por un tercero imparcial en nombre de la colectividad de pertenencia.

De una parte, el derecho y, por cierto, su reforma presuponen la existencia de un Estado con capacidad efectiva para ejercer el monopolio de la fuerza, sin el cual ningún orden jurídico moderno funciona (Faundez, 1997, p. 23 y Domingo y Sieder, *en prensa*). De otra parte, como sugiere la experiencia de los países de democracia originaria, la construcción de un poder judicial imparcial es, también, resultado de la existencia y actividad de ciudadanos cuya constitución y desarrollo como tales los conduce a demandar la existencia y el funcionamiento de una institución que garantice el desempeño de esa función.¹¹

En cambio, en nuestros países se constata la falta de experiencia de reciprocidad entre derechos y deberes, característica de una comunidad política republicana (Bendix 1964, p. 73 y Held, 1989, p. 199). Da Matta (1987, p. 317) ha observado en el caso brasileño que, mientras las normas legales asignan primordialmente al rol de ciudadano la igualdad de todos ante la ley, ésta no aparece en la ciudadanía como experiencia social de la vida diaria. De allí que este autor sostenga que, en Brasil, la

¹¹ A este respecto, Frankel ha advertido radicalmente que: "the nations will have a judiciary that advances democracy if they first of all genuinely want and fight for democracy and then demand such a judiciary [...] In a society that is not free, and not committed to democratic principles, there will be no way that the judiciary can advance the cause of, or even the transition to democracy." (Frankel, 1993, p. 28.)

noción de ciudadanía sufre una desviación que impide la realización de su sentido universalista e igualitario (Da Matta, 1987, p. 313).

En verdad, no hay igualdad legal posible cuando el testigo de cargo contra el policía abusivo ofrece su testimonio en un idioma que los jueces no comprenden. No hay igualdad legal posible cuando el trabajador que demanda al patrón por la violación de sus derechos laborales es despedido y a cambio sólo puede esperar una indemnización que, de hacerse efectiva, no compensa la condena a desempleo a plazo indeterminado.

No hay igualdad legal posible cuando la mujer que denuncia los tratos violentos que le dispensa el marido, sabe que esa misma noche ni policías ni jueces la librarán de una nueva paliza, dada como sanción a su atrevimiento. No hay igualdad legal posible si una de las partes puede costearse un abogado exitoso y la otra forma fila ante un defensor público o ante un consultorio jurídico gratuito, que son los únicos recursos —ciertamente engañosos desde el lado de su eficacia— para la mayoría de la población. Sin un piso de igualdad real entre los ciudadanos, la igualdad legal —que, desde el siglo pasado, nuestros constituyentes han repetido, sin dudas de conciencia, en nuestros textos constitucionales— será siempre la más grave de las ficciones jurídicas, porque torna ilusorias las mejores promesas del régimen republicano.¹²

Si bien es posible que algunos derechos sean limitadamente desarrollados en el terreno judicial, la desigualdad radical existente no puede ser remediada —con frecuencia, ni siquiera atenuada— a través de un mejor funcionamiento del aparato de justicia estatal. La justicia que aparece en la letra de nuestras constituciones y leyes es una justicia republicana, ante la cual los ciudadanos en ejercicio real de derechos y deberes comparecen para dirimir sus diferencias. No es esa la realidad predominante que asoma en tribunales y juzgados de la región, visitados a menudo por seres escasamente nutridos, que apenas

¹² Las enormes desigualdades no son un hecho reciente, dado que acompañan desde siempre a la región. Aparte del agravamiento de la situación, según revelan ciertos indicadores, lo novedoso en la última década es que América Latina ha naturalizado la desigualdad extrema. Fracasados diversos proyectos contestarios, tanto la desigualdad como su origen, la exclusión social, parecen haberse hecho legítimas entre nosotros. La normalización de la pobreza creciente sólo parece generar en los sectores dirigentes, en los sectores altos y medio-altos, la preocupación acerca de cómo defenderse de la delincuencia a través de la cual algunos de los pobres buscan sobrevivir.

entienden de qué se les acusa, o que balbucean trabajosamente su reclamo de derechos. Si, a partir de la desigualdad estructural, no se cuenta con un supuesto —tácito pero fundamental— de la justicia republicana, aquello que se ha fijado como objetivo de la justicia estatal constituye para ella un desafío imposible.

Al abordar, en el terreno judicial, la cuestión de cómo operan las condiciones de igualdad/desigualdad reales, el estatuto de ciudadano queda sometido a una prueba que, para amplios sectores sociales, concluye en exclusión y/o discriminación. Sea que el resultado consista en la exclusión total, sea que equivalga a un acceso precario o sujeto a limitaciones, al generarse formas diferenciadas de acceso, en América Latina la condición de ciudadano se somete constantemente ante el juez a una prueba. Tal prueba no sólo es rendida por el juez; también el sujeto compareciente, en su desempeño, confirma o desmiente su condición ciudadana. El contenido de la ciudadanía, como logro alcanzado a través de una construcción social —que crece tanto a través de la lucha por obtener derechos como por su disfrute, una vez obtenidos (Marshall, 1992, p. 25)— se vale de la ley pero no se restringe a ella; el resultado queda de manifiesto en la actividad judicial:

la ciudadanía está en juego cuando, al establecer una relación contractual, una de las partes puede o no dirigirse a un organismo público legalmente competente del que cabe esperar un trato justo para que intervenga y falle el asunto (O'Donnell, 1993, p. 167).

Precisar los contenidos y las limitaciones de la ciudadanía realmente existente permitirá definir mejor al ciudadano del régimen político y al sujeto que comparece ante la administración de justicia, en condiciones que afectan el producto a ser generado en su caso concreto por el aparato judicial.

RAÍCES DE LA POBREZA LEGAL

Al examinar las condiciones de ejercicio de la ciudadanía en América Latina, surge una diversidad de factores que deben ser tomados en cuenta. De una

parte, ciertos elementos culturales muy arraigados se hallan en la base de esta temática. De otra, ciertos factores se originan en el terreno económico, básicamente a través de formas de distribución sistemáticamente generadoras de desigualdad. Por último, un tercer tipo de elementos corresponden a las características institucionales del aparato del Estado, en general, y de las entidades del sistema de justicia, en particular.

En el terreno de los factores culturales, lo primero que debe tenerse en cuenta es que, a diferencia de lo que ocurre en los países de democracia originaria, los contenidos de derechos y deberes importados como un paquete normativo tienen una capacidad muy limitada para lograr que la ciudadanía exprese una pertenencia compartida. Al no haber sido generados endógenamente, los niveles generados en cada ciudadano respecto de:

- Adhesión a tales contenidos, y
- Identificación a través de un núcleo común que define la pertenencia a un conjunto social, resultan significativamente afectados.

Si la identidad ciudadana se conforma a partir del conjunto de derechos y obligaciones que definen a una comunidad (Mouffe, 1995, p. 217), esa conformación aparece trabada en el caso de aquellos países en los que tales contenidos fueron trasladados desde otras sociedades. Más bien, es posible hipotetizar que, tal como la narrativa de la región sugiere, en diversas medidas, hombres y mujeres perciben el derecho como un territorio ajeno; esto es, distante, incomprensible y eventualmente amenazante. En particular, el desempeño del sistema de justicia es visto con desconfianza (Garro, 1999, p. 279).

El segundo elemento de orden cultural consiste en que la noción misma de "sujeto de derecho" no tiene raíces fuertes en la tradición ibérica y, en particular, en América Latina. De manera muy ilustrativa, Fernando Escalante (1992) se ha referido a este desarraigo al describir en el México del siglo XIX cómo, debido a que el derecho vino a ser invención de los legisladores y no un producto social propio, las leyes crearon jurídicamente un ciudadano realmente

inexistente; en otras palabras, el concepto legal de ciudadanía precedió la aparición de los ciudadanos reales.

Como se ha anotado, los principios y criterios igualitarios —en los cuales están basados el concepto de ciudadanía y la noción de sujeto de derecho en Occidente—¹³ han sido reconocidos en los textos constitucionales pero no han permeado la vida social de la mayor parte de nuestros países. Tal como Roberto Da Matta (1987) ha puesto en relieve en varios de sus trabajos, existe otro conjunto de normas que gobiernan la vida social; sostiene este autor que la norma legal sólo es invocada por el ciudadano “desnudo”, aquel que no puede defenderse de otra manera debido a que carece de una red apropiada de relaciones sociales. El desarrollo de la ciudadanía parece requerir, por el contrario, que la sociedad pase de criterios adscriptivos a criterios de logro y de valores particularistas a universales; este tránsito hace posible la emergencia de un sujeto de derecho, que no esté confinado a las determinaciones propias de las sociedades tradicionales: familia, etnia, sexo (Parsons, 1966, citado por Turner, 1990, p. 194).

Como tercer elemento cultural, debe examinarse el contenido socialmente asignado a la noción de justicia. Las aberraciones generadas, en la búsqueda de evitamiento de un sistema de justicia estatal que no produce resultados socialmente satisfactorios, ilustran de manera dramática el hecho de que algunas de las nociones a las que adhieren amplios sectores de población en nuestros países no guardan ninguna relación con los conceptos a los que se supone inspiradores de nuestras leyes.

La noción de justicia, en el terreno acotado de los asuntos penales, resulta crucial y puede ser tomada como terreno privilegiado de examen. La prevalencia de la venganza como “derecho” de la víctima, que aparece en la raíz de acciones ahora cotidianas y que gozan de amplio respaldo social en varios de nuestros países, pertenece a un estadio de la teoría penal que la doctrina jurídica considera superado. No es ocioso recordar, sin embargo, que esa teoría penal también ha sido generada en los países de democracia originaria y que, igual que las instituciones legales —acompañándolas, en rigor— ha llegado a

¹³ Weber (1966, p. 233), citado por Turner (1990, p. 203), hizo notar que el concepto de ciudadano sólo se encuentra en Occidente.

nosotros a través de una importación acrítica. La crisis del sistema de justicia —que resulta desbordado, entre otras vías, por la acción socialmente aceptada y promovida de linchamientos o “vengadores” anónimos o identificados— pone en cuestión nociones y valores inspiradores del orden legal establecido, que se revela así como carente de respaldo social suficiente. En un contexto marcado por el incremento de la criminalidad, los contenidos de los derechos humanos —el debido proceso y la presunción de inocencia, especialmente— padecen de una falta de arraigo social suficiente en pueblos que, según sugieren resultados de encuestas y contenidos de medios de comunicación, únicamente parecen reclamar castigo, pronto e inflexible.

Las manifestaciones más visibles de la crisis del sistema de justicia ponen, pues, de manifiesto un hecho previo a ella: conceptos y valores trasplantados por una “ciencia jurídica moderna” corresponden sólo parcial y tangencialmente a intereses, percepciones, comportamientos y expectativas de hombres y mujeres reales.¹⁴ Resulta así ensanchada la distancia entre los “códigos modernos”, que muchos de nuestros países se apresuraron a trasladar desde Europa o Estados Unidos, y los valores a los que adhieren sectores significativos del común de la gente.¹⁵

En el caso de las reformas judiciales, el desfase encuentra un terreno propicio que todavía no ha sido suficientemente advertido. Los modelos de justicia que se hallan implícitos en tales proyectos, en cierta medida, no corresponden a las expectativas sociales existentes (Hammergren, 1998, p. 306) y en esa distancia acaso resida una de las razones explicativas de la “falta de base social” de los procesos de reforma del sistema de justicia en curso. Es preciso hacerse cargo de esta distancia, entenderla e incorporarla como uno de los fac-

¹⁴ Este subconjunto de la cultura ciudadana es denominado usualmente “cultura legal” y, parafraseando la clásica definición de cultura política ofrecida por Diamond (1994, p. 7), podría ser conceptualizado como el universo de creencias, actitudes, valores, ideales, sentimientos y evaluaciones, predominantes entre la gente, acerca del sistema jurídico de su país y el rol de sí mismo en ese sistema.

¹⁵ O'Donnell (2000, p. 42) se refiere a este tema como la disyunción entre los derechos reconocidos en un Estado determinado y la textura general de su sociedad. En términos globales, Habermas ha sostenido que: “the legally institutionalized role of citizen has to be embedded in the context of a political culture imbued with the concept of freedom” (1994, p. 27). En términos específicos, se ha observado, para el caso de Ghana, la imposibilidad de implantar efectivamente la separación de poderes como práctica institucional mientras el pueblo no desarrolle los valores que corresponden a ella (Amisshah, 1976, p. 21).

tores que tienen fuerza explicativa para dar cuenta de frustraciones y fracasos del proceso reformista.

En el terreno socioeconómico, las desigualdades aparecen como elemento central a ser examinado. Como se ha indicado antes, el principio de igualdad ante la ley fue superpuesto, desde la proclamación de la independencia, sobre las condiciones reales de los diversos sectores sociales y las correspondientes inequidades sociales, culturales y económicas. A diferencia de lo ocurrido en las democracias originarias, donde el derecho a la educación y el de asociación se desarrollaron, precisamente, para permitir el ejercicio de la igualdad formalmente otorgada (Bendix, 1964), en nuestros países esos instrumentos, auxiliares pero decisivos, tardaron décadas en ser puestos en marcha. Mientras tanto la igualdad ciudadana reducida a un derecho meramente formal, facilitó una grave desatención del factor jurídico, de parte de las fuerzas políticas contestarias. En los últimos años, el peso de las inequidades no ha disminuido, en la medida en que la pobreza no ha sido reducida y la desigualdad —que es, en América Latina como región, la mayor en el mundo— se ha incrementado algo más con la introducción de las reformas de corte neoliberal (Stallings y Peres, 2000, p. 150).

Los efectos de ese marco económico y social, en el terreno de la justicia, no han pasado desapercibidos, por lo menos con respecto a los más pobres. La falta de conocimiento del derecho, la carencia de recursos para contratar un abogado y la limitación de relaciones personales con los estratos altos de la sociedad —donde se toman las decisiones— concurren a la exclusión del sistema de justicia y a la vulnerabilidad frente a cualquier acto arbitrario, de origen particular o estatal (Blair y Hansen, 1994, p. 35).

Las consecuencias de la desigualdad social para el funcionamiento del derecho han sido examinadas en varios trabajos convergentes (Méndez, O'Donnell y Pinheiro, 1999). El análisis por sectores es detallado y el balance de lo que se ha empezado a llamar “pobreza legal” (*legal poverty*) es sobrecogedor. Las desigualdades producen una gama de formas de discriminación que afectan especialmente a pobres, mujeres y niños, e indígenas. El acceso legal está negado o severamente disminuido para importantes, cuando no mayoritarios, sec-

tores de la población en casi todos los países de la región. Grupos de población padecen, especialmente de parte de la policía, todo tipo de abusos y vejaciones que los jueces usualmente no condenan.

El uso del término "exclusión", sin embargo, puede no ser del todo preciso; porque, en rigor, las desigualdades generan una diversidad de diferenciaciones en el trato recibido de la justicia, según nivel de ingresos, origen social, condición étnica, sexo, edad, grado de educación, etc. En la parte más baja de esta escala discriminatoria, en efecto, se producen formas de exclusión; pero concentrar la atención sólo en esos bolsones, para cuyos ocupantes está cerrado el sistema de justicia, entraña el riesgo de perder de vista el conjunto del fenómeno de desigualdad y justicia.

En el terreno institucional, finalmente, dos elementos deben ser destacados:

- El *primero* está referido al nivel de vigencia efectiva de la ley, que corresponde parcialmente a los grados y formas de penetración del Estado. Como O'Donnell (1993) notara, en los países de la región, la presencia y el afianzamiento del Estado se diferencian significativamente, "coloreando" un mapa institucional con diversos significados. La efectividad del derecho, como capacidad para gobernar las relaciones sociales (O'Donnell, 2000, p. 46), depende en buena medida de la presencia eficaz del Estado. En el terreno de la justicia, si el Estado no logra efectividad en determinadas áreas, o la acción nominalmente estatal se halla en los hechos privatizada por grupos dominantes locales, se carece de una condición esencial para que derechos y obligaciones sean efectivamente respetados.
- El *segundo* aspecto relevante en materia institucional consiste en la falta de independencia judicial que cobra, en muchos países latinoamericanos, un peso histórico. Para contar con un proceso creíble de reconocimiento coercitivo de derechos y obligaciones se requiere un tercero que los adjudique imparcialmente, de acuerdo a reglas previamente establecidas. La tradición de los órganos judiciales de la región no incluye este componente de una manera estable y genera-

lizada. En el pasado reciente, mientras que en algunos países —como Guatemala, El Salvador y Panamá— han ocurrido mejoras significativas, en otros —como Argentina, Perú y Venezuela— se han producido retrocesos muy importantes. En términos generales, pese a diversos esfuerzos de reforma encaminados a introducir y fortalecer la carrera judicial —a partir de procesos de selección basados en méritos— los resultados no han alcanzado al establecimiento de un poder judicial independiente y que goce de credibilidad, en la mayoría de países de la región.

CONCLUSIÓN

Este artículo ha postulado que el aparato de justicia ha tenido, en América Latina, un rol subordinado y, en ocasiones, marginal que, sin embargo, en los últimos años ha recibido importantes demandas sociales. Como respuesta a ellas se ha venido generando una serie de esfuerzos encaminados a producir reformas judiciales, en la mayor parte de los países. Los resultados de tales intentos, hasta ahora, se revelan severamente limitados. De allí la sugerencia de “desjudicializar” el tema de la justicia, con el propósito de situarlo en un marco de comprensión, más amplio y más sólido, acerca de su funcionamiento, límites y posibilidades.

A tal efecto, se han explorado aquí dos terrenos que, sin agotar la temática, parecen fundamentales: el modo de producción jurídico y las condiciones de ejercicio de la ciudadanía en la región. Del examen sobre las instituciones jurídicas, surge un agudo contraste entre norma y realidad, generado en buena medida por la importación acrítica de instituciones y textos legales. Esa distancia y la dinámica de relaciones entre leyes y sociedad requieren, sin embargo, de más y mejores estudios empíricos que den cuenta de ellas.

En el análisis de la cuestión de la ciudadanía en nuestros países aparece, de un lado, una base histórica y cultural débil para la constitución de las personas como sujetos de derechos y, de otro, una diversidad de factores de discrimi-

nación que generan una gama de formas efectivas de ser ciudadano. Este segundo rasgo puede ser bien comprendido desde la conceptualización formulada por Tilly (1995a, p. 8):

La ciudadanía puede [...] variar de delgada a gruesa: delgada cuando asegura pocas transacciones, derechos y obligaciones; gruesa cuando ocupa una porción significativa de todas las gestiones, los derechos y las obligaciones aseguradas por los agentes del Estado y la gente que vive bajo su jurisdicción. Tal definición abre paso a múltiples categorías y formas de ciudadanía dentro de la jurisdicción del mismo Estado.

Como se puede deducir del análisis efectuado sobre los diversos factores intervinientes, el producto generado en términos de ciudadanía no puede ser caracterizado dicotómicamente en América Latina, distinguiendo sólo entre ciudadanos y no ciudadanos. Los estudios disponibles sobre acceso a la justicia en la región ponen énfasis en la falta de acceso de los más vulnerables, hasta un extremo de exclusión que equivale a la negación de la ciudadanía (Dahrendorf, 1994, p. 17). Tales trabajos han escogido un ángulo que mira el objeto privilegiando el lado de no/acceso y/o exclusión. Bajo este enfoque, la variable discriminación sirve sólo para constatar la existencia del fenómeno. Se desperdician así los matices con los que opera y se pierden de vista los logros —efectivos por relativos que sean— alcanzados por el ciudadano al comparecer voluntariamente ante el sistema; desde una conceptualización que atienda sólo a la exclusión, la comparecencia mayoritaria resultaría inexplicable.

Si se toma el conjunto social, éste no exhibe un cuadro en blanco y negro, según el cual, en términos de ejercicio, unos cuantos son ciudadanos¹⁶ y la

¹⁶ Debe notarse que el reconocimiento de derechos, por instancias policiales o judiciales, a quien tiene recursos extrajudiciales para lograrlo, tampoco constituye una realización de ciudadanía, en cuanto se halla asimismo basado en la arbitrariedad. De modo que la existencia de un sector social reducido a cuyos integrantes sí les es reconocido el derecho otorgado por las leyes —pero, a menudo, no se les imponen las obligaciones correspondientes—, en verdad, no constituye prueba de que ellos sí sean ciudadanos en contraste con una mayoría que no tienen esa condición, equivalente así a un privilegio. Precisamente, el ser ciudadano consiste, en términos de ejercicio, en que los demás ciudadanos y los agentes estatales reconozcan igualmente derechos y deberes a la persona, en cuanto tal, sin que medien mecanismos extrajudiciales para ello.

mayoría no lo son. Lo que parece surgir, más bien, es una compleja gama de grises. El examen del material disponible sobre casos nacionales sugiere la existencia de una diversidad de códigos y ejes clasificatorios que corresponden a una complejidad y un dinamismo peculiares. En ese marco parecen operar múltiples fuentes, tanto de logro de ciudadanía como de disminución de ciudadanía, cuyas resultantes concretas requieren un mayor conocimiento empírico, a los efectos de una elaboración conceptual más refinada.

La imagen de diversas formas de ciudadanía evita el riesgo de una presentación dualista de *ser ciudadano vs. no ser ciudadano*, que sería equívocada. La hipótesis que aquí se ofrece consiste en que en América Latina tenemos un espectro variado que comprende diversas y muy distintas formas de ejercicio real de la ciudadanía. En ese espectro, *no/acceso* y *exclusión* constituyen un extremo de la gama de situaciones de discriminación que, precisamente, deben ser mejor exploradas. Puede estimarse inicialmente que las variables claves para explicar esas diversas formas de ciudadanía efectivamente reconocidas por las instituciones del sistema de justicia son: nivel socioeconómico, sexo, edad, origen étnico y grado de educación de la persona que es parte en el caso.

La hipótesis ofrecida debe ser trabajada en un ámbito de investigación que establezca conexiones entre cuatro áreas temáticas:

- Legitimidad en el régimen político,
- Desigualdad real y constitución de ciudadanía,
- Dinámica de interacción entre instituciones jurídicas y realidad social, y
- Distancia entre cultura ciudadana y valores del orden legal.

Estas conexiones corresponden a un lugar de encuentro, pendiente de realizar desde hace mucho, entre la reflexión sobre las condiciones de las democracias latinoamericanas y la reflexión sobre las formas relativas de vigencia del Estado de Derecho en nuestros países.

Este enfoque del tema tiene un doble propósito. De una parte, interrogar tanto al sistema de justicia como a su reforma, a partir de esa agenda, debe per-

mitir un acceso privilegiado a ciertos temas insuficientemente explorados en el funcionamiento del régimen político. De otra, al proveer a la temática de la reforma de la justicia de un marco conceptual más amplio, correspondiente a las sociedades en las que se inserta, se alcanzarán mejores condiciones para responder acerca de las limitaciones y dificultades halladas. Ambos propósitos deben permitir el establecimiento de conexiones conceptuales más claras entre democracia, Estado, derecho y sistema de justicia en América Latina.

En ese marco conceptual, se deben abordar como objetos específicos de trabajo las nociones jurídicas de sujeto de derecho y de igualdad ante la ley, a efectos de contrastar su forma de reconocimiento normativo con las prácticas vigentes en la institución policial y el aparato judicial. Desde ese examen, debe identificarse qué perfil de ciudadanía adopta el ciudadano realmente existente, bajo el prisma de las instituciones en las cuales deben ser reconocidos sus derechos fundamentales. A partir de la noción de ciudadanía aportada por Tilly, se trataría de *medir los espesores* de ciudadanía realmente existentes en una sociedad determinada, según se revelan a través de la operación de las instituciones del sistema de justicia. A la vez, la investigación nos deberá permitir una mejor comprensión explicativa del funcionamiento específico de estas instituciones —incluyendo las formas y calidades que sus productos adoptan— de acuerdo a una variable fundamental: el *tipo* de ciudadano que se somete, o es sometido, a ellas.

Los resultados de un estudio acerca de la ciudadanía realmente existente, en sede policial y judicial, deberían habilitarnos para diseñar un horizonte más claro acerca del tipo de justicia que realistamente puede ser propuesta y lograda mediante los proyectos de reforma judicial en la región. Ciertamente, no se puede pedir a la justicia que resuelva, a través de su organización y funcionamiento, aquello que nuestras sociedades no han sido capaces de resolver. Al hacernos conscientes de las determinaciones impuestas por el medio relativo al desempeño de la justicia, podremos anticipar qué límites recaerán acerca de las reformas que pretendan mejorar el sistema. Esta exigencia no debe partir de la resignación basada en el principio, no carente de fundamen-

to, de que cada sociedad tiene la justicia que se merece.¹⁷ Por el contrario, se trata de revolucionar la justicia. Pero es preciso intentar una transformación realista, que evite el riesgo de lograr muy poco o nada como consecuencia de pretender lo imposible. 

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amissah, A.N.E. (1976), "The Role of the Judiciary in the Governmental Process: Ghana's Experience", en *African Law Studies*, núm. 13, 4, pp. 4-24.
- Barrig, Maruja (1980), *La ley es la ley: la justicia en la literatura peruana. Antología*, CEDYS, Lima, 228 pp.
- Barzini, Luigi (1964), *The Italians*, Atheneum, New York, 352 pp.
- Bendix, Reinhard (1964), *Nation-Building and Citizenship. Studies of our Changing Social Order*, John Wiley & Sons, Inc., New York, 314 pp.
- Blair, Harry y Gary Hansen (1994), *Weighing in on the Scales of Justice. Strategic Approaches for Donor-Supported Rule of Law Programs*, USAID Program and Operations Assessment Report, núm. 7, february, 53 pp.
- Buscaglia, Edgardo (1997), "Los principales obstáculos de la reforma judicial en América Latina", en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, eds., *La economía política de la reforma judicial*, BID, Washington, D.C., pp. 31-51.
- Carothers, Thomas (1998), "The Rule of Law Revival", en *Foreign Affairs*, vol. 77, núm. 2, (march/april), pp. 95-106.
- (en prensa), "The Many Agendas of Rule of Law Reform in Latin America", en Pilar Domingo y Rachel Sieder, eds., *Promoting the Rule of Law: Perspectives on Latin America*, Institute of Latin American Studies, London.
- Comisión de Esclarecimiento Histórico (2000), "Denegación de justicia", en Luis Pásara y Karin Wagner, *La justicia en Guatemala. Bibliografía y documentos básicos*, MINUGUA, Guatemala, pp. 103-169.

¹⁷ Lo obvio de esta afirmación puede llevar a perder de vista la base de verdad que contiene puesto que, en definitiva, cada Estado se halla imbuido de los rasgos de la cultura de su sociedad (Jepperson, Wendt y Katzenstein, 1996). En la postura de Frankel, la tesis adquiere algo más de precisión con referencia a lo judicial: "we will have the kind of judiciary —no better, no worse— that the people who exercise the ultimate power of the state fight for a demand" (Frankel, 1993, p. 25).

- Comité de Abogados para los Derechos Humanos (2000), *Avanzar la reforma judicial. Un caso de estudio del Medio Ambiente en Bolivia*, Lawyers Committee for Human Rights, New York, Washington, D.C., 35 pp.
- Correa, Jorge (1997), "Modernización, democratización y sistemas judiciales", en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, eds., *La economía política de la reforma judicial*, BID, Washington, D.C., pp. 173-187.
- (1999), "Judicial Reforms in Latin America: Good News for the Underprivileged?", en Juan Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro, eds., *The (Un) Role of Law & the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame University Press, Notre Dame, pp. 255-277.
- Da Matta, Roberto (1987), "The Quest for Citizenship in a Relational Universe", en John D. Wirth, Edson de Oliveria Nunes y Thomas E. Bogenschield, eds., *State and Society in Brazil. Continuity and Change*, Westview Press, Boulder, 1987, pp. 307-335.
- Dakolias, Maria (1996), *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform*, World Bank Technical, Paper number 319, Washington, D.C., 79 pp.
- Dahrendorf, Ralf (1994), "The Changing Quality of Citizenship", en Bart van Steenberg, ed., *The Condition of Citizenship*, Sage Publications, London, pp. 10-19.
- Davis, William (1997), "La sociedad civil frente a las reformas judiciales", en Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, eds., *La economía política de la reforma judicial*, BID, Washington, D.C., pp. 189-215.
- Diamond, Larry (1994), "Introduction: Political Culture and Democracy", en Larry Diamond, ed., *Political Culture, Democracy and Developing Countries*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, pp. 1-27.
- Domingo, Pilar (1994), *Rule of Law and Judicial Systems in the Context of Democratisation and Economic Liberalisation: A Framework for Comparison and Analysis in Latin America*, CIDE (Working Paper Centro de Investigación y Docencia Económicas), México, 31 pp.
- (1999), "Judicial Independence and Judicial Reform in Latin America", en Andreas Schedler, Larry Diamond y Marc F. Plattner, *The*

- Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Pub., Boulder-London, pp. 151-175.
- Domingo, Pilar y Rachel Sieder (*en prensa*), "Conclusions: Promoting the Rule of Law in Latin America", en Pilar Domingo y Rachel Sieder, eds., *Promoting the Rule of Law: Perspectives on Latin America*, Institute of Latin American Studies, London.
- Escalante, Fernando (1992), *Ciudadanos imaginarios. Memorial de los afanes y desventuras de la virtud y apología del vicio triunfante en la República Mexicana. Tratado de moral pública*, El Colegio de México, México.
- Faundez, Julio (1997), "Legal Technical Assistance", en Julio Faundez, ed., *Good Government and Law. Legal and Institutional Reform in Developing Countries*, MacMillan Press, St. Martin's Press Inc., London, New York, pp. 1-24.
- Frühling, Hugo (1984), *Law in Society. Social transformation and the Crisis of Law in Chile. 1830-1970*, S.J.D. Thesis, Harvard Law School.
- (1998), "Judicial Reform and Democratization in Latin America", en Felipe Agüero y Jeffrey Stark, eds. *Fault Lines of Democracy in Post-Transition Latin America*, North-South Center Press, University of Miami, Miami, pp. 237-262.
- Fuentes, Alfredo, ed. (1999), *Reforma judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, Corporación Excelencia en la Justicia, Santa Fe de Bogotá, 408 pp.
- Garro, Alejandro M. (1999), "Access to Justice for the Poor in Latin America", en Juan Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sérgio Pinheiro, eds., *The (Un) Role of Law & the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame University Press, Notre Dame, pp. 278-302.
- Giddens, Anthony (1985), *The Nation-State and Violence*, Macmillan, London, 399 pp.
- Habermas, Jurgen (1994), "Citizenship and National Identity", en Bart van Steenberghe, ed., *The Condition of Citizenship*, Sage Publications, London, pp. 20-35.

- Hammergren, Linn (1998), *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, WestView Press, Boulder, CO, 342 pp.
- Held, David (1989), *Political Theory and the Modern State. Essays on State, Power and Democracy*, Stanford University Press, Stanford, 265 pp.
- Holmes, Oliver Wendell (1995), *The collected works of Justice Holmes: complete public writings and selected judicial opinions of Oliver Wendell Holmes*, vol. 3, Chicago University Press, Chicago.
- Hurtado, José (1979), *La ley 'importada'. Recepción del derecho penal en el Perú*, CEDYS, Lima, 152 pp.
- Janoski, Thomas (1998), *Citizenship and Civil Society*, Cambridge University Press, 316 pp.
- Jepperson, Ronald L.; Alexander Wendt y Peter J. Katzenstein (1996), "Norms, Identity and Culture in National Security", en Peter J. Katzenstein, ed., *The Culture of National Security: Norms and Identity in World Politics*, Columbia University Press, New York, pp. 33-75.
- Lavados Montes, Iván y Juan Enrique Vargas Viancos (1993), "Desarrollo social, políticas públicas y el sector justicia", en *Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, D.C., pp. 17-33.
- Luhmann, Niklas (1986), "The Self-Reproduction of Law and its Limits", en Gunther Teubner, ed., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, pp. 111-127.
- Marshall, T.H. (1992), "Citizenship and Social Class", en T.H. Marshall y Tom Bottomore, *Citizenship and Social Class*, Pluto Press, London, pp. 1-51.
- Méndez, Juan, Guillermo O'Donnell y Paulo Sérgio Pinheiro, eds. (1999), *The (Un) Role of Law & the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 337 pp.
- Méndez, Juan (1999), "Institutional Reform, Including Access to Justice: Introduction", en Méndez, Juan, Guillermo O'Donnell y Paulo Sérgio Pinheiro, eds., *The (Un) Role of Law & the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame University Press, Notre Dame, pp. 221-226.

- Messick, Richard E. (1999), "Judicial Reform and Economic Development. A Survey of the Issues", en *Research Observer*, vol. 14, núm. 1, february, pp. 117-136.
- Moore, Barrington (1966), *Social Origins of Dictatorship and Democracy. Lord and Peasants in the Making of Modern World*, Penguin Books, Harmondsworth, 559 pp.
- Mouffe, Chantale (1995), "Citizenship", en Seymour Martin Lipset, ed., *The Encyclopedia of Democracy*, Congressional Quarterly Inc., Washington, D.C. vol. 1, pp. 217-221.
- O'Donnell, Guillermo (1993), "Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales. Una perspectiva latinoamericana con referencias a países poscomunistas", en *Desarrollo Económico*, vol. 33, núm. 130, julio-septiembre, pp. 163-183.
- (1998a), "Polyarchies and the (Un) Rule of Law in Latin America", en, Juan Méndez; Guillermo O'Donnell y Paulo Sérgio Pinheiro, eds., *The (Un) Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, pp. 303-337.
- (1998b), "Poverty and Inequality in Latin America: some Political Reflections", en Víctor Tokman y Guillermo O'Donnell, eds., *Poverty and Inequality in Latin America*, University of Notre Dame Press, pp. 49-71.
- (1999), "Horizontal accountability and new polyarchies", en Andreas Schedler, Larry Diamond y Mark Plattner, eds., *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Lynner Rienner, Boulder, pp. 29-52.
- (2000), "Democracy, Law and Comparative Politics", Working Paper, núm. 274, The Hellen Kellogg Institute for International Studies, University of Notre Dame, 67 pp.
- Ots Capdequí, J.M. (1986), *El Estado español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, México, 200 pp.
- Parsons, Talcott (1966), *Societies, Evolutionary and Comparative Perspectives*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 120 pp.

- Pásara, Luis (1996), "Reforma judicial: urgencia y desafío", en *Boletín Informativo Techint*, núm. 285, enero-marzo, Buenos Aires, pp. 33-57.
- (2000), *Las decisiones judiciales en Guatemala. Un análisis de sentencias emitidas por los tribunales*, MINUGUA, Guatemala, 181 pp.
- Peña, Carlos (1992), "Poder judicial y sistema político. Las políticas de modernización", en *Cuadernos de análisis jurídico*, núm. 22, Escuela de Derecho / Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp. 11-55.
- Popkin, Margaret (2000), *Peace Without Justice. Obstacles to Building the Rule of Law in El Salvador*, The Pennsylvania State University Press, University Park, Pennsylvania, 287 pp.
- Prillaman, William C. (2000), *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*, Praeger, 198 pp.
- Rico, José María y Luis Salas (1990), *Independencia judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional*, Centro para la Administración de Justicia, San José, Costa Rica - Miami, Florida, 49 pp.
- Salas, Luis (*en prensa*), "From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America", en Pilar Domingo y Rachel Sieder, eds., *Promoting the Rule of Law: Perspectives on Latin America*, Institute of Latin American Studies, London.
- Sarles, Margaret J. (*en prensa*), "USAID's Support of Justice Reform in Latin America", en Pilar Domingo y Rachel Sieder, eds., *Promoting the Rule of Law: Perspectives on Latin America*, Institute of Latin American Studies, London.
- Schmidhauser, John R. (1992), "The Impact of Political Change upon Laws, Courts and Judicial Elites", en *International Political Science Review*, vol.13, núm. 3, july, pp. 223-233.
- Schor, Miguel (s/f), "The Rule of Law and Democratic Consolidation in Latin America", <http://darkwing.uoregon.edu/~caguirre/schorpr.html>
- Stallings, Barbara y Wilson Peres (2000), *Growth, Employment and Equity. The Impact of the Economic Reforms in Latin America and the Caribbean*, ECLAC/Brookings Institution Press, Washington, D.C., 252 pp.

- Tilly, Charles (1995a), "Citizenship, Identity and Social History", en Charles Tilly, ed., *Citizenship, Identity and Social History*, International Review of Social History, suplement, núm. 3, pp. 1-17.
- (1995b), "The Emergence of Citizenship in France and Elsewhere", en Charles Tilly, ed., *Citizenship, Identity and Social History*, International Review of Social History, Suplement, 3, núm. 223-236.
- Turner, Bryan S. (1990), "Outline of A Theory of Citizenship", en *Sociology*, vol. 24, núm. 2, may, pp. 189-217.
- Universidad Externado de Colombia (1993), "La administración de justicia en Argentina, Bolivia, Ecuador, Jamaica, México, Panamá, Paraguay y Uruguay", en *Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, D.C., pp. 261-283.
- US General Accounting Office (1999), *Foreign Assistance. US Rule of Law Assistance to Five Latin American Countries*, Report to Congressional Requesters, Washington, D.C. august.
- Weber, Max (1966), *The City*, Free Press, Glencoe, 242 pp.