

La Modernización de la Justicia.

Carlos Peña González¹.
Santiago, Marzo 1997

1. Quizá uno de los rasgos más notorios de la situación latinoamericana a contar de fines de la década de los ochenta, sea la especial preocupación que las agencias internacionales, las respectivas clases políticas y los grupos académicos, muestran hacia las instituciones y, en particular, hacia el Estado. Asistimos hoy, como pocas veces antes en la historia latinoamericana, a un intento de diseño, o rediseño del Estado, que sólo es equiparable al momento del constitucionalismo de fines del siglo XIX. Como entonces, cuando los juristas idearon modelar la sociedad por medio de Códigos, hoy día estamos preocupados por la calidad de nuestras instituciones y ciframos esperanzas en que su mejora contribuirá al bienestar de la sociedad en su conjunto. Se trata de una esperanza alentadora que, sin embargo, seguirá la misma suerte de los proyectos ilustrados del siglo XIX, o de tantos otros que se intentaron emprender en este siglo, si no se traduce en ideas claras y plausibles acerca de lo que debemos hacer en materia de justicia y si no somos capaces de comprender que para cambiar la justicia no basta con traducir esas ideas en leyes, sino que se requiere la formulación de una política pública de justicia, provista de sentido estratégico y plausibilidad empírica. Es decir, para cambiar la justicia en los países de la región latinoamericana hace falta mejorar la calidad de la política, sustituyendo la invocación retórica, y a menudo apabullante, por un esfuerzo de hacer política de largo plazo, sometida a reglas de eficiencia y

¹ Asesor de la Ministro de Justicia de Chile. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Santiago, Chile). Profesor en la Universidad de Chile.

con sentido de imparcialidad.

2. Las palabras que siguen, tienen por objeto definir las líneas generales de esa política pública de justicia. ¿Cuáles son, a mi juicio, las directrices básicas que ha de satisfacer una política pública de justicia provista de sentido histórico y de plausibilidad empírica?. Esas directrices, según las expondré luego, son en lo fundamental dos, aunque de cada una de ellas se derivan un conjunto muy importante de consecuencias. En primer lugar, una política de justicia en los países de la región, debe hacer frente a la situación de tránsito en que hoy se encuentra el Estado. Debe ser, para decirlo en una frase, parte ineludible de la modernización del estado. En segundo lugar, una política de justicia ha de ser formulada con enfoque económico, comprendiendo que la reforma institucional es parte de una estrategia de desarrollo y que para llegar a buen término debe contar con consideraciones económicas -no digo financieras- en su formulación. En ese mismo orden, las expondré en lo que sigue.

I

3. Uno de los fenómenos más notorios de la región latinoamericana y lusitana, lo constituye el conjunto de transformaciones, que, con intensidad y ritmos diversos, se encuentra experimentando el Estado. El abandono del patrón estatal del desarrollo en América Latina -fenómeno que parece asentarse luego de la crisis de la deuda pública acaecida en los años ochenta- ; la mayor presencia de la sociedad civil, pero, al mismo tiempo, el debilitamiento de las comunidades y, en consecuencia, una mayor socialización del estado; una lenta evanescencia de las fronteras económicas entre los países; una franca

excepcionalidad de las dictaduras y una presencia cada vez mayor de la democracia; y, en fin, una presencia cada vez mayor de los derechos humanos en la cultura jurídica y política de la región, son algunos de los factores que han contribuido, o están contribuyendo, a desplazar las funciones del Estado.

4. Los procesos anteriores contribuyen, o están contribuyendo, como digo, a redefinir el papel del Estado. La pérdida de centralidad del Estado, ha dado paso a una mayor presencia del Mercado, a una extensión del consumo, pero también a una peligrosa diferenciación, a través de él. El desplazamiento de funciones que provoca la socialización de los poderes estatales, demanda ahora de parte del Estado funciones para las cuales el Estado posee una cierta incapacidad y que, hasta hace poco, suplía no, como solemos creer, con un Estado de Bienestar, virtualmente inexistente en América Latina, sino con programas populistas de corto plazo que tendían a producir inestabilidad. Los derechos humanos, a su turno, han penetrado la cultura de la región y con arreglo a ellos ya no se efectúan reproches a las dictaduras, virtualmente inexistentes hoy, sino a las democracias y sus políticas públicas. La delincuencia de las fronteras económicas y los procesos de internacionalización, exigen, por su parte, mayores grados de homogeneidad institucional entre los países.

5. No parece haber duda, pues, que el Estado está hoy expuesto a desafíos para los que no parece estar suficientemente equipado. La reestructuración del Estado -de la que forma parte la modernización de la justicia- puede ser vista entonces, como un intento deliberado de poner al conjunto de las instituciones estatales en consonancia con las líneas más evidentes del desarrollo histórico de la región. Se trata de un proceso de adecuación estratégica que, por otra parte, no es propio de América Latina, sino que se verifica también en países de mayor

grado de desarrollo relativo como son los casos de Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda o Australia. Existen, desde luego, diferencias en esos procesos: mientras en esos países se trata de estados consolidados y fuertes, en América Latina se trata de estados aparatosos pero, a fin de cuentas, muy débiles. Con todo, en ambos casos surge el intento de reestructurar el Estado o modernizar la gestión pública, como suele hoy día decirse.

Es fácil comprender que el sector justicia requiere también de ese proceso de adecuación estratégica. Porque entre la reestructuración del Estado y la reforma a los sistemas de administración de justicia, media un doble vínculo que acaba siendo indisoluble. Por una parte, no puede hablarse de modernización del estado sin incluir en ese proyecto a la administración de justicia. Pretender modernizar al estado sin ocuparse, al mismo tiempo, y con el mismo nivel de énfasis, de modernizar los sistemas de administración de justicia constituye un error tan flagrante que semeja casi una mentira.

Modernizar las rutinas institucionales de la corporación judicial y promover de parte de sus miembros un comportamiento innovador, eficaz y socialmente atento, parecen ser, entonces, los desafíos comunes que, como parte de la modernización del estado, enfrentan los países latinoamericanos. En otras palabras, el nuevo escenario de problemas latinoamericanos, exigirá de la judicatura estilos y formas de comportamiento para las cuales parece poseer una cierta incapacidad adiestrada. Poner en consonancia a los sistemas de administración de justicia con esa nueva realidad, forma una parte esencial de la modernización del estado en su conjunto. Si el estado latinoamericano pudo ocultar las ineficiencias de sus sistemas de administración de justicia, mediante una articulación colectiva de los conflictos en su sistema de alianzas políticas o merced a su aparato productivo y de

servicios, ello hoy no es posible. Las nuevas dimensiones del estado obligan, pues, a modernizar la administración de justicia para, como dije denantes, fortalecer al estado.

6. Ahora bien. ¿Cuáles son las líneas por las cuales ha solido orientarse la modernización del Estado y cómo ellas se relacionan con la reforma a los sistemas de administración de justicia?.

Me parece a mí que es posible, haciendo pie en alguna información comparada, registrar cuatro orientaciones en la reestructuración del área pública.

Se encuentra, en primer lugar, la privatización o externalización de servicios y actividades productivas. En su aspecto más evidente, esta primera línea ha solido traducirse en América Latina en un cambio en las dimensiones del Estado, pero no, necesariamente en sus funciones. Cambiar las dimensiones del Estado, por ejemplo, mediante la privatización de empresas, no equivale a modernización si el estado no es capaz de asumir funciones que le son imprescindibles y que han solido estar ausentes en los países de la región, como, por ejemplo, la capacidad del estado para asegurar equilibrios básicos en el crecimiento. Redimensionar el estado no equivale a debilitarlo, sino a fortalecerlo en ciertas áreas. Se trata, pues, de un redimensionamiento y de un desplazamiento de funciones al que hay que aspirar también cuando se trata de la justicia. Un ejemplo de esto es, por citar nada más uno, son los intentos de desjudicialización, es decir, las iniciativas para cambiar deliberadamente la composición del litigio. En el mismo sentido se encuentra la externalización de servicios. No hay que temer al redimensionamiento del aparato de justicia, externalizando o sometiendo a decisiones con base en economías de escala, múltiples servicios administrativos que nada tienen que ver con lo estrictamente jurisdiccional y que en muchos países de la región contribuyen a hacer de

cada tribunal un pequeño feudo con pretensiones de autarquía. Redimensionar el conjunto de servicios de la administración de justicia, facilita, creo yo, el fortalecimiento de lo que en verdad interesa, que es la función jurisdiccional.

A lo anterior ha de sumarse, en segundo lugar, una preocupación creciente por la evaluación del desempeño en el área pública y la mejora de sus recursos humanos. Los estados latinoamericanos han solido estructurar un área pública donde la evaluación por desempeño y el manejo más flexible de los recursos humanos es virtualmente inexistente. El resultado es conocido: la administración pública de muchos de nuestros países es el refugio de las personas con alta aversión al riesgo, que ocultan su ineficiencia bajo el reclamo de garantías. El sector estatal exhibe una cultura altamente ritualista que se esmera en el cumplimiento de normas que contemplan detalles hasta la exasperación y que descuidan el logro de resultados. El sector justicia suele ser una muestra exasperante de esos defectos. Mejorar la gestión organizacional y utilizar incentivos para el mejor desempeño es otro de los retos de la modernización del estado y, no hay duda alguna, lo es también de los sistemas de administración de justicia cuyos resultados de gestión son, en América Latina, unánimemente bajos. Me parece a mí que, sin perjuicio de las garantías indispensables para la estabilidad del personal judicial -sin las cuales no hay genuina independencia- se hace igualmente necesario instituir un entorno adecuado de incentivos y de evaluación de logros.

En tercer lugar, los procesos de modernización de la gestión pública, parecen estar animados por una tendencia a la descentralización o hacia la desconcentración de los servicios y las actividades gubernamentales. El extremo centralismo de los Estados Latinoamericanos - un verdadero remedo de la administración borbónica del siglo XVI- constituye un grave

defecto del cual hay que ocuparse, sin perjuicio de mantener líneas estratégicas comunes. Esto es especialmente urgente cuando se trata de los sistemas judiciales que se organizan con un verticalismo que impide la independencia interna de los jueces al pretender que la suma de la jurisdicción se concentra en los órganos de casación -que la mayor parte de las veces son también órganos de administración- del sistema judicial. Entre los jueces -conforme a la tradición constitucional- no hay en rigor diferencias de jerarquía que justifiquen la excesiva centralización vertical que arriesga el peligro del clientelismo.

En cuarto lugar, y tal vez esta sea de las líneas más notorias, la modernización de la gestión pública exige concebir a la administración como un servicio orientado al ciudadano. La relación entre gobernantes y gobernados, debe así ser sustituida por una relación entre la administración y el ciudadano. A la ciudadanía política -una ciudadanía que suele ser puramente formal- debe sustituirla una ciudadanía administrativa. El ciudadano debe participar no sólo en la configuración del poder de la administración, sino, también, en el control cotidiano de su actividad. Lo mismo ha de ocurrir cuando se trata de la justicia. Se hace necesario, en mi opinión, aumentar la orientación al usuario o al ciudadano de los sistemas de administración de justicia. La tradición inquisitiva de los sistemas judiciales latinoamericanos tienden a apreciar en el justiciable a un súbdito y no a un ciudadano. Esto es gravemente perjudicial no sólo por razones morales o jurídicas, sino, también, por razones políticas: un sistema político sano y moderno es un sistema capaz de exhibir grados apreciables de ciudadanía, esto es, una alta incidencia de los sujetos en la configuración y el control del poder. Los sistemas judiciales son la sede en que se manifiesta de una manera intensa la ciudadanía: en los tribunales, el ciudadano acude como un igual frente a la

administración reclamando sus derechos frente a un tercero imparcial. Si ese tercero imparcial se siente por sobretodo parte del poder y mira al ciudadano como un súbdito sospechoso, el grado de ciudadanía es virtualmente nulo y, entonces, las posibilidades de que la democracia adquiriera vigor y se consolide son casi inexistentes.

7. Pero la necesidad de modernizar la justicia no sólo proviene de las transformaciones -a veces leves, pero siempre sostenidas- que está experimentando el Estado. Esa necesidad también proviene de las relaciones, que cada día adquieren mayor obvedad, entre la justicia y el bienestar económico.

II

8. Hoy sabemos que la calidad de las instituciones constituye un aspecto clave del crecimiento económico y uno de las principales deficiencias de los países latinoamericanos. El principal desafío para los países en vías de crecimiento es, desde este punto de vista, modificar su frontera de producción estructural -es decir, las instituciones donde desenvuelven sus vidas- para acercarla a su frontera de producción técnica -es decir, a sus capacidades innovativas y tecnológicas. Es probable, y así lo sugieren, por ejemplo, los estudios de historia económica de Douglas North, que el problema de América Latina consista no en su carencia de capacidad innovativa, sino, en una medida importante, en una frontera de producción estructural que está muy por debajo de esas capacidades.

Los intentos de reformar la frontera de producción estructural - es decir, los intentos de modificar las instituciones- debe ser, por eso, considerada una inversión insustituible para

el crecimiento económico y la superación de la pobreza. Esta es la razón de porqué la reforma a los sistemas de administración de justicia poseen un lugar central en los intentos de mejorar el bienestar. Es esta la única manera de que países con economías pequeñas, como Chile o Ecuador, puedan internacionalizarse y dar, de esa forma, la oportunidad a sus habitantes de que la predicción de Hobbes -una vida pobre, triste y breve- sea sólo una pesadilla.

9. Con todo, la justicia no sólo posee, como acabo de recordar, relevancia económica. Para que la reforma a la justicia tenga éxito, se requiere, todavía, que ella misma sea concebida, en algún nivel relevante, con enfoque económico. Tres cuestiones me parecen aquí dignas de ser tenidas en cuenta. La primera, es que la justicia funciona, de manera relevante, como un bien privado (si bien tiene externalidades positivas, la mayor parte de ellas se internalizan en los litigantes). La segunda, es que la política pública de justicia, no debe ser sólo moralmente adecuada (y satisfacer estándares políticos y éticos) sino, además, eficiente, lo que obliga a adoptar la mejor decisión alternativa (la que sea óptima y no siempre la sustantivamente mejor). La tercera es que, al mejorar la administración de justicia, hay que ocuparse también del acceso (esto es, no ocuparse sólo de la oferta de justicia, sino, también de la demanda por justicia, de manera tal que las demandas igualmente intensas tengan igual posibilidad de acceso).

En ese orden deseo revisarlas en lo que sigue.

10. Desde el punto de vista económico, la justicia es predominantemente un bien privado y no, en cambio, un bien público y ello obliga a considerar con mayor atención los problemas económicos que plantea la administración de justicia y, en particular, el efecto, a veces regresivo, que pueden poseer los recursos invertidos en ella. Desconozco los detalles de la

situación latinoamericana, pero creo no deben ser muy distintos a lo que voy a relatar ocurre en Chile. En Chile, en los últimos veinte años, el setenta y cinco por ciento del trabajo judicial en materia civil equivale a causas vinculadas al sistema crediticio. Es fácil comprender el efecto regresivo que, sobre el gasto invertido en justicia, provoca ese fenómeno. Todos los excluidos del sistema, en particular los más pobres, acaban subsidiando con su exclusión a las empresas, las que externalizan parte de sus costos de litigar en la clase de todos los posibles litigantes.

Esa situación, usual en los países latinoamericanos, se debe, desde luego, a la inexistencia de tasas para litigar. La justicia gratuita -uno de los varios mitos que circulan por nuestros países- acaba siendo un subsidio para los ricos y un perjuicio para los pobres. Que nada es gratis en la vida es una lugar común que solemos olvidar cuando se trata de la justicia. Para corregir esa situación existen, desde luego, varios mecanismos y los más importantes a mi juicio son el establecimiento de tasas para litigar, o sea, la introducción de una cierta estructura de precios en la litigación; una mejor utilización del sistema de costas para regular la propensión al litigio; y, en fin, un intenso fomento al sistema de arbitrajes, en especial, del arbitraje institucional. El arbitraje, como se comprende, constituye un mecanismo que internaliza en los partícipes del litigio los costos de litigar, impidiendo que los litigantes externalicen sus costos. Estimo que este aspecto de la administración de justicia es especialmente relevante. Si el sistema de administración de justicia carece de una cierta estructura de precios y si, además, es altamente incierta (al poseer, por ejemplo, un débil sistema de casación), entonces tiende a fomentar la propensión a litigar empeorando la situación que, en buena parte de nuestros países, es ya crítica.

11. A lo anterior ha de agregarse, como lo anuncié, que la reforma a la justicia -para alcanzar objetivos política y moralmente valiosos como los que persigue la reforma al sistema de enjuiciamiento criminal- debe satisfacer algún óptimo de eficiencia económica. Se trata, en este caso, de una proposición tal vez demasiado general y por eso voy a subdividirla en algunas proposiciones más básicas.

11.1. La primera proposición que relacionada con la eficiencia quisiera plantear ante ustedes, está relacionada con los objetivos que debemos perseguir en materia de justicia. Desde el punto de vista económico parece evidente que los recursos deben destinarse adonde cumplan su mejor uso alternativo. Ahora bien. ¿Es el aparato jurisdiccional en sentido estricto aquel lugar donde los recursos invertidos en justicia poseen su mejor uso alternativo?. La impresión a la que uno arriba, a la luz de la evidencia empírica disponible, es que el sector jurisdiccional del estado no es el lugar más adecuado para invertir en justicia, sino que resulta más correcto invertir también en mecanismos alternativos que resultan socialmente más adecuados y económicamente más eficientes. Los análisis que hemos efectuado en Chile aconsejan invertir los recursos en justicia en un sistema plural y heterogéneo de resolución de conflictos y no sólo en la creación de más tribunales. La creación de más tribunales no parece ser el mejor destino del gasto público en esta materia. Dadas las actuales rutinas de gestión, la creación de cada nuevo tribunal posee una utilidad marginal decreciente; al mismo tiempo, la creación de más tribunales suele aumentar, en el corto plazo, la congestión puesto que al disminuir los tiempos de espera estimula la propensión a litigar. En fin, los procesos de modernización en que están ingresando Chile y otros países de la región latinoamericana dan origen, según lo muestra la experiencia comparada, al surgimiento de un nuevo tipo de

contienda -la contienda familiar o la criminalidad de bagatela- para la cual el mecanismo jurisdiccional resulta inadecuado, requiriéndose, en cambio, mecanismos más cercanos a la mediación o, tratándose de materias penales, salidas alternativas al proceso.

11.2. La segunda proposición que, siempre relativa a la eficiencia, querría explicitar es la necesidad de someter las iniciativas de reforma a la justicia a las condiciones generales que debe satisfacer toda política pública. Los estudios de costo beneficio -usuales en las políticas públicas- son imprescindibles en materia de justicia. Estudios empíricos, un sistema de información confiable respecto del sector justicia y mecanismos adecuados para el control de la rentabilidad, parecen imprescindibles para una política de reforma que aspire al éxito. En América Latina, sin embargo, solemos olvidar esa necesidad ineludible de toda política pública. Los abogados y el conjunto de los partícipes del sistema legal solemos poseer una retórica impresionante que, si a veces paraliza a nuestros adversarios, a veces encubre nuestra incapacidad política y técnica.

11.3. En tercer lugar, y siempre continuando con este registro algo tedioso de las condiciones para el logro de la eficiencia, desearía todavía poner de manifiesto la necesidad de considerar los aspectos organizacionales del trabajo judicial y no simplemente los aspectos procedimentales, es decir, . Separar los aspectos jurisdiccionales de los administrativos; establecer sistemas para la evaluación del desempeño del personal judicial; mejorar la flexibilidad en el uso de los recursos del sector justicia, permitiendo que se adecúen con rapidez a las variaciones que experimenta la litigiosidad; y, en fin, contar con un sistema adecuado de formación de jueces que no sólo persiga el valioso objetivo de comprometer a los jueces con los ideales del estado democrático, sino que, también persiga capacitarlos para el

manejo eficiente de la organización, son algunas de las directrices que, en esta parte, hemos de tener especialmente en cuenta. Todo ello supone, como insistí al inicio, concebir a la modernización de la justicia como parte de la modernización más general del estado en su conjunto. Porque de eso, a fin de cuentas, se trata. El desafío de la modernización no es propio solamente de los sistemas judiciales, sino, a decir verdad, se trata de un desafío que atinge al estado en su conjunto. Las políticas hacia el sector justicia -de una insuficiencia tradicional en la región- exigen, como es obvio, un estado provisto de capacidad técnica y de eficiencia en sus modos de operación. La capacidad de focalizar adecuadamente los grupos más vulnerables, de construir indicadores empíricamente plausibles que permitan identificarlos y el desarrollo de las fortalezas organizacionales que hagan posible la máxima rentabilidad en el uso de los recursos públicos y la máxima eficiencia en su gestión y en su control, son todos objetivos atingentes a la modernización del estado que redundan en una mayor capacidad política y social para el desarrollo de los sistemas judiciales. Ocuparse, junto con la modernización de la justicia, de la modernización del estado, entonces, permitirá que la reforma de la justicia no se transforme en una mera tarea retórica que simplemente revele la insuficiencia de los sistemas políticos y legales de la región -mostrando que las declaraciones de derechos en nuestra región suelen ser promesas incumplidas- sino en una tarea que permita dotar a los órganos jurisdiccionales de la capacidad organizacional y técnica para responder a esas demandas.

11.3. En fin, es necesario ocuparse del acceso a la justicia. Si mejoramos nada más la oferta de tutela del estado, sin ocuparnos, al mismo tiempo, de la oferta, estaremos simplemente aumentando las asimetrías ya demasiado profundas de los países de la región. Un buen sistema judicial, con un mal sistema de acceso equivale a un buen sistema de justicia para los

que pueden acceder a él que son, siempre, los de mayores recursos. En términos económicos, esto significa que no sólo hay que mejorar la oferta -haciéndola, como vengo diciendo, más plural y heterogénea por la vía de introducir mecanismos alternativos- sino también la demanda. Ello supone diseñar una correcta política de acceso que tome en cuenta las variables de la confianza, la información, los costos y, sobretodo, una política que sea capaz de identificar a los sujetos a quienes es necesario beneficiar. Identificar a los pobres -saber quiénes son y dónde están y no sólo hablar de ellos- es una labor ineludible para toda política pública y también para una política pública de justicia. Una justicia de calidad -como una educación o una salud de calidad- que no se ocupe del acceso, corrigiendo, mediante un buen uso del gasto, las asimetrías sociales más extremas, es un error político que acaba desmedrando la legitimidad de las instituciones.

III

12. Ahora bien. Las directrices que acabo de exponer -y que, en su conjunto, como hemos visto, se enderezan a adecuar nuestras instituciones para satisfacer los objetivos estratégicos del desarrollo político y económico- no resultan opuestas, sino complementarias, con las líneas sustantivas de la reforma. La modernización de la justicia de la manera que la he expuesto, es, en mi opinión, el único camino para favorecer la estabilidad y la permanencia de los diseños legales que se inspiran en muy valiosos objetivos políticos y morales. Nada sacamos con mejorar los códigos de enjuiciamiento criminal, instituyendo Ministerios Públicos y sistemas de defensa que satisfagan incluso las exigencias más desmesuradas de la dogmática jurídica, si

esas normas, una vez aprobadas por nuestros respectivos parlamentos, deben enfrentar la fea realidad y la ineficiencia del estado y de los procesos organizacionales en medio de las que se desenvuelven. La realidad de los estados de la región y el arcaísmo de los sistemas judiciales son indóciles, como lo muestra largamente la experiencia latinoamericana, a cambios puramente normativos. Debemos aspirar por eso a que la contradicción entre las palabras contenidas en los textos y la a veces cruel realidad de los sistemas políticos y estatales, no se siga repitiendo en nuestros países, porque eso puede acabar desprestigiando a las palabras que son, desde siempre, la base de la democracia y de la libertad.