

Sistemas Judiciales

Directores

Juan Enrique Vargas

Alberto Martín Binder

Comité Editorial

Christina Biebesheimer

Rafael Bielsa

Rafael Blanco

Carlos Cordovez

Florence Ellie

Alfredo Fuentes

María González de Asís

Linn Hambergren

Luis Paulino Mora Mora

Luis Pásara

Hernando París

Carlos Peña

Rogelio Pérez Perdomo

Silvina Ramírez

Cristián Riego

© 2005 - Ediciones del Instituto
Talcahuano 256 1º Piso (C1013AAF)
Ciudad de Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 4372-0570
ediciones@inecip.org
www.inecip.org/ediciones

© 2005 - Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA
Holanda 2023, Providencia
Santiago, Chile
Tel. +(562) 274-2933
info@cejamericas.org
www.cejamericas.org

Impreso en:
Verlap S.A. Producciones Gráficas
Cte. Spurr 653 - Avellaneda
Buenos Aires - Argentina

Impreso en Julio de 2005

Hecho el depósito de ley
ISSN 1666-0048

Impreso en Argentina

La revista autoriza la reproducción o traducción, total o parcial de los artículos publicados en sus páginas, toda vez que se señale claramente el autor y se indique la siguiente atribución: "Reproducido con autorización © Revista Sistemas Judiciales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP"

❖ EDITORIAL	3
Por Alberto Binder y Juan Enrique Vargas	
❖ TEMA CENTRAL	
Abogacía y educación legal	
▶ Rogelio Pérez Perdomo: Educación jurídica, abogados y globalización en América Latina.	4
▶ Luis Pásara: La enseñanza del derecho en Perú: su estado crítico.	15
▶ Martín Bohmer: Metas comunes: La enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina.	26
▶ Alfredo Fuentes Hernández: Educación legal y educación superior en Colombia: desarrollos institucionales y legales 1990-2002.	39
▶ Entrevista a Boaventura de Sousa Santos: "Hay que politizar la formación, crear otro compromiso social en las facultades de derecho".	52
▶ Alberto Binder: El mercado de los servicios legales y la crisis de la abogacía.	62
▶ Francisco Cox: El ejercicio de la profesión en un sistema acusatorio.	66
▶ Entrevista a Edna Udobong: "Human Rights and Investments Have Some Issues in Common".	78
▶ Dossier: La abogacía de las Américas en números.	82
❖ DEBATE	93
▶ El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal de las Américas	
❖ INFORMES CEJA	
▶ Juan Enrique Vargas Viancos: Financiamiento privado de la justicia: las tasas judiciales.	105
▶ Farith Simon C.: Informe comparativo de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género.	115
❖ Reseñas bibliográficas	133
❖ Noticias	135
❖ Agenda	139
❖ Política Editorial	141

[Las opiniones vertidas en la revista son de responsabilidad de sus autores y no de las instituciones que la editan.]

Directores:

Juan Enrique Vargas, Alberto M. Binder

Editor:

Luciano Hazan

Coordinadora de Edición:

Ximena Catalán

Equipo Editorial:

Agustín Territoriale,
Francisco Godínez Galay, Andrea Cabezón,
Bárbara Mastronardi

Diseño y Diagramación:

Patricia Peralta

Traducciones:

Kate Goldman

Administración:

Pamela Varela, Ezequiel Griotto

CEJA

Holanda 2023,
Providencia, Santiago de Chile,
Tel/Fax: 274 2911/33,
E mail: info@cejamericas.org
Página web: www.cejamericas.org

INECIP

Talcahuano 256, 1° piso (C1013AAF)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina,
Tel/Fax: (00-54) 1143720570,
E-mail: inecip@inecip.org
Página web: www.inecip.org

En la última década le hemos prestado una atención casi exclusiva a las dimensiones institucionales de la reforma judicial. Sin duda esa atención ha sido justificada frente al atraso que todavía mantienen los sistemas judiciales de la región y las exigencias que las nuevas realidades democráticas le plantean a las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley. Sin embargo, es hora ya de poner en el mismo plano la discusión sobre las prácticas de la abogacía. Esto por una doble consideración: por una parte, la influencia de esas prácticas en el desarrollo de las reformas ya encaradas es determinante, ya sea para potenciar los cambios y generar una vía de desarrollo y perfeccionamiento constante; o, desde la perspectiva contraria, para desbaratar los propósitos de esas reformas y empujar al funcionamiento de la administración de justicia nuevamente hacia sus formas perimidas. La segunda consideración tiene que ver con el valor que tiene la abogacía en la prevención de los conflictos, en la estabilización de las formas de cooperación, es decir, otra dimensión de la seguridad jurídica que no pasa necesariamente por el espacio judicial pero influye enormemente en la fluidez de las relaciones civiles y comerciales, en la generación de certeza en los negocios y en la preservación de los derechos de los más débiles en las relaciones económicas.

Desde una dimensión u otra, la importancia del ejercicio de la abogacía en la construcción de una cultura que le otorgue valor a la ley es determinante. Frente a ello, la situación de ese ejercicio en nuestra región no deja de ser decepcionante: mala calidad profesional, falta de controles, proliferación de escuelas de derecho sin mayor calidad ni control, falta de apego a la legalidad por los propios abogados y crisis de la "razón jurídica" como un argumento definitorio para saldar conflictos de gran importancia. Nuestros sistemas democráticos, enfrentados a una creciente conflictividad, no pueden darse el lujo de prescindir del concurso de la abogacía para estabilizar su desarrollo.

Las razones de este estado de situación son múltiples y este número de Sistemas Judiciales trata de llamar la atención sobre alguno de ellos, desde la crisis en la pedagogía universitaria hasta los problemas en la configuración del mercado de los servicios legales, desde el problema del asesoramiento al poder público hasta la necesidad de contar con una abogacía que acompañe los procesos social y económico de nuestras sociedades, que han avanzado a un paso más rápido que el de la abogacía y eso genera hoy frustraciones y falta de confianza.

Se trata de un problema que debemos instalar en la agenda de preocupaciones de la reforma judicial. Es parte de ella y de la preocupación por la seguridad jurídica y el imperio de la ley. Y como se ha dicho hasta el cansancio: esto no es un problema exclusivo de los abogados y sus instituciones gremiales, sino del conjunto de la sociedad que, en muchos lugares, todavía contribuye con su esfuerzo y sus impuestos a formar a esos abogados, y tiene derecho a reclamar que ellos les presten como contrapartida un servicio a la altura de los tiempos y de las nuevas realidades sociales. Nos interesa comenzar este debate y convocar a todos los sectores a realizar una revisión profunda del estado de la abogacía, para planificar luego acciones conjuntas y decididas que completen el marco de tareas de una reforma institucional que ya está en marcha.

Alberto M. Binder

Co-Director Revista Sistemas Judiciales
Vicepresidente del INECIP

Juan Enrique Vargas Viancos

Co-Director Revista Sistemas Judiciales
Director Ejecutivo del CEJA

Rogelio Pérez Perdomo*

[*Universidad Metropolitana, Caracas, Venezuela,*
rperez@unimet.edu.ve]

Educación Jurídica, Abogados y Globalización en América Latina



The changes that have occurred in the practice of law in a globalized world are cause for concern. This is not due to the growing number of attorneys, but to the disparities in the education and skills that they receive and possess. This suggests that the profession will continue to be stratified, as the best-prepared will represent the wealthiest and the least-prepared will represent the poorest, whose access to adequate technical assistance will be limited.

Los cambios sociales afectan la manera en que vivimos y trabajamos. Por esto obligan a repensar las ocupaciones y profesiones. El ejemplo del arriero es mi preferido. En el siglo XIX fueron muy importantes en materia de comunicaciones. Era una ocupación que requería el conocimiento de los caminos y cómo podían ser afectados por las lluvias, de veterinaria para cuidar las mulas, habilidad para disponer las cargas y una inversión considerable. Los trenes, aviones y el transporte automotor hicieron desaparecer la ocupación. Uno puede sonreír porque estamos hablando de abogados, que parecen inmunes a esos cambios. ¿No los había en Roma, en la Edad Media y en el siglo de oro español?

Respondamos desde ya que a pesar del nombre tal vez no haya demasiada similitud entre un abogado bogotano o caraqueño de 2005 y Mucius Scaevola. Se puede afirmar con seguridad que fueron educados de manera muy distinta, que tienen concepciones del Derecho distintas, que atienden asuntos bastante diferentes y quienes están en relación con ellos esperan cosas distintas de ellos. También

encontraremos enormes diferencias entre nuestro contemporáneo y un abogado bogotano de un siglo atrás. Su saber y su quehacer social son diferentes, aunque pueden haber estudiado en la misma universidad. Por esto creo que es legítimo que nos preguntemos cómo está cambiando la profesión jurídica en nuestra propia época, en la cual consideramos que el cambio social ocurre muy rápidamente.

He usado la palabra globalización para denotar el cambio social que vivimos en nuestra época, pero estoy consciente de que es polémica. El presidente Chávez, de Venezuela, la maldice y probablemente tiene poderosas razones para ello. El uso que hago se refiere a los cambios tecnológicos y económicos que han incrementado los contactos entre culturas y naciones, y facilitado los intercambios. Si vamos a comer sushi y pagamos con una tarjeta de crédito, estamos globalizados, aunque consideremos al Fondo Monetario Internacional una institución perversa. ¿Es esto relevante? ¿En qué cambian los abogados latinoamericanos cuando comen sushi?

* En este trabajo hemos reducido cifras y citas al mínimo. Para un aparato de apoyo detallado remitirse a Pérez Perdomo (2004) y Pérez Perdomo & Friedman (2003).

Para responder esta pregunta fundamental hagamos el retrato de un abogado de mediados del siglo XX. Era un hombre (es decir, casi no habían abogadas) con una pequeña oficina en el centro de la ciudad, no muy lejos de los tribunales. En la oficina había una secretaria (porque usualmente era una mujer) que atendía el teléfono, escribía documentos en una máquina de escribir y atendía a las personas que venían a visitar al abogado. Probablemente el abogado compartía el espacio y los servicios secretariales con uno o dos colegas. Supongo que todavía podemos encontrar en Bogotá un cierto número de abogados que correspondan a esta descripción, pero la hipótesis es que son cada vez menos.

Para el análisis del cambio social les pido que en este cuadro analicemos primero la figura de la secretaria, inseparable compañera del abogado de esa época. Si retrocedemos de nuevo medio siglo, la oficina de abogados no tenía secretaria. La secretaria, como ocupación, está efectivamente asociada con la difusión social de la máquina de escribir y el teléfono fijo. Esos cambios tecnológicos hicieron posible que las mujeres de cierto nivel educativo, condenadas hasta entonces al encierro doméstico, salieran a trabajar y se convirtieran en una fuente de ingresos para sí mismas y su familia. Esto puso incentivos para que las familias entendieran la importancia de que las mujeres se educaran. En definitiva, hicieron más por la liberación femenina que Flora Tristán y las sufragistas. Al menos hicieron más por quebrar la resistencia de quienes deseaban mantenerlas encerradas en su domesticidad. Volvamos ahora a este comienzo del siglo XXI. Hay muchos abogados (y abogadas), especialmente entre los jóvenes, que tampoco tienen secretaria. El teléfono celular y la computadora prácticamente están dando al traste con esa profesión u ocupación.

Miremos ahora el espacio de trabajo. Los jóvenes abogados de hoy tienden a ser más nómadas y muchos han dejado de tener “oficina” o “bufete”. Cuando esas oficinas existen pueden causar el disgusto de abogados de otra época. Hacia 1980, tuve el honor de entrevistar a Luis Loreto, uno de los más distinguidos juristas venezolanos del siglo XX (Pérez Perdomo, 1981). Había nacido en 1899 y comenzó a ejercer la profesión de abogado en la década de 1920. Cuando lo entrevisté se quejaba de los nuevos abogados y sus oficinas. Había algo erróneo en ellas. Demasiado iluminadas, con muebles livianos, inclusive con música ambiental. A su juicio, todo esto le quitaba carácter al ejercicio de la abogacía. Él echaba de menos las ofici-

nas más penumbrosas, silenciosas, con muebles de cuero, pesados y oscuros. Esto era parte de la solemnidad de una oficina de abogado. Mencionó que cuando comenzó a ejercer la abogacía ya no se seguía el consejo de Osorio, de tener la oficina en su casa para que los clientes apreciaran que el abogado era el jefe de un hogar establecido, un verdadero *pater* familia. Muchos de los jóvenes abogados de hoy, al menos en Buenos Aires y Caracas, tampoco tienen oficina pero no reciben en su casa y no tienen que mostrarse como *pater* (o *mater*) familia para inspirar la confianza del cliente. Los valores de la profesionalidad son otros y la manera para generar la confianza del cliente tiene mecanismos sociales distintos a los propuestos por Osorio o por Loreto. En este trabajo vamos a analizar esos cambios valorativos, pero conviene referirse primero a algunos aspectos demográficos.

¿Demasiados abogados?

Hacia 1800, en las distintas capitales de lo que hoy es América Latina, existía la queja persistente de que había demasiados abogados. En la Audiencia de Santa Fé de Bogotá había unos 140; en la de Caracas, un centenar (Pérez Perdomo, 2004, cuadro 2-1). Hemos hecho el cálculo para el total de la América Latina y hemos estimado que había unos diez por 100.000 habitantes. Pero se estimaba que era un exceso. El número de abogados en toda América Latina era probablemente menor al de sacerdotes, monjes y monjas en la ciudad de México. Nadie se quejaba de que había demasiada gente ocupada de rezar y de asuntos religiosos. Esta es una observación para mostrar que la percepción de que hay muchos o pocos no tiene relación con el número sino con la percepción de utilidad social.

Si miramos las cifras de abogados en la última mitad del siglo XX (ver cuadro 1) constatamos un incremento realmente gigantesco. Brasil tiene aproximadamente medio millón, México 200.000 y al menos dos países sobrepasan los 100.000. El crecimiento ha sido muy rápido. De unos 30 abogados por 100.000 probablemente nos acercamos a la cifra de 200 por 100.000. En consecuencia, la primera constatación es que no es una profesión en peligro de desaparecer, como la de arriero o de secretaria. Si cada vez hay más abogados, claramente es una profesión en expansión.

Es también una profesión que se ha democratizado. Los abogados dejaron de ser hombres de los estratos altos de la sociedad. Cada vez hay más mujeres y personas de distintos estratos sociales.

Es también una profesión que se ha democratizado. Los abogados dejaron de ser hombres de los estratos altos de la sociedad. Cada vez hay más mujeres y personas de distintos estratos sociales.

Cuadro N°1

Número de abogados en algunos países de América Latina		
Pais y año	Número abogados	Abogados/ 100.000 h.
Argentina 2001	128.000	345
Brasil 1950	15.666	30
Brasil 1960	30.066	42
Brasil 1970	37.710	41
Brasil 1980	85.716	72
Brasil 1991	148.871	101
Colombia 2000	112.000	254
Costa Rica 1950 ©	467	54
Costa Rica 1960 ©	682	55
Costa Rica 1970 ©	968	57
Costa Rica 1980	1.700	75
Costa Rica 1990	4.400	157
Costa Rica 2000	10.800	309
Chile 1950 ©	1.475	24
Chile 1960 ©	2.602	34
Chile 1970 ©	4.306	44
Chile 1982	6.546	58
Chile 1992	9.308	70
Chile 2000	11.400	75
Ecuador 1991	9.350	85
México 1960	8.426	24
México 1970	14.669	30
México 1990	141.539	174
México 1998	200.000	208
Perú 1950 ©	1.970	23
Perú 1960 ©	2.960	30
Perú 1970 ©	4.080	32
Venezuela 1950	2.087	41
Venezuela 1961	4.256	57
Venezuela 1971	8.102	76
Venezuela 1981	16.045	111
Venezuela 1990	31.350	159
Venezuela 2000	70.000	290

FUENTES: © Merryman et al. (1979). ARGENTINA: Bergoglio, 2003. BRASIL 1950, 1960, 1970, 1980: Falcão, 1984. BRASIL 1991: Junqueira, 2003. COLOMBIA 2000: Fuentes, 2003. CHILE 1982, 1992, 2000: De la Maza, 2001. COSTA RICA 1980, 1990 y 2000, registro de abogados reportado por A.Chirinos, Escuela de la Judicatura. ECUADOR: Chinchilla & Schodt, 1993. MÉXICO 1960, 1970: estimación a partir de Lorey (1992:91-92). MÉXICO 1990: López-Ayllón & Fix Fierro, 2003. MÉXICO 1998: Estimación a partir de los datos de 1990 y de Lomnitz & Salazar, 2002. VENEZUELA, Pérez Perdomo, 1981, 1996, 2004.

En términos sociales esto significa que a las voces persistentes de que había exceso de abogados, los jóvenes respondieron ingresando a las escuelas de Derecho y convirtiéndose en abogados. Hacia 1970,

había toda una literatura sobre la crisis del derecho y de la profesión de abogado. Claramente los jóvenes no creyeron en esas voces. ¿Quiénes se equivocaron? ¿Cuál es el sentido de esa literatura?

Los jóvenes que hace veinte o cuarenta años optaron por estudiar Derecho no se equivocaron. En su inmensa mayoría encontraron una ocupación que los proveyó de una remuneración que naturalmente varió según el grado de éxito profesional. Para eso tuvo que expandirse el mercado de trabajo y eso tiene que ser explicado.

Desde 1950 hasta la década de 1980 los países de América Latina estaban embarcados en las llamadas políticas de desarrollo. El propósito era el crecimiento económico y para ello el Estado asumía un papel de promotor, de motor, de ese desarrollo. Es la etapa conocida como el Estado intervencionista, en la cual asumió muchas tareas sociales. Ese Estado necesitó de una gran cantidad de funcionarios y los abogados estuvieron allí para responder a esa necesidad. ¿Por qué los abogados?

La tradición del siglo XIX hacía que los abogados fueran los funcionarios, “las huestes del Estado” (Gaitán Bohórquez, 2002). Ellos tenían el saber político y administrativo por excelencia. El Derecho era las “ciencias políticas”. Los abogados, que venían de las elites sociales, ocupaban los altos cargos. El ejercicio de la profesión no era sino una etapa en la cual el abogado esperaba hasta que se lo llamaba a ejercer un alto cargo público. Por supuesto, los cargos públicos de poca monta no eran aceptables por los abogados, por su alta posición social. La expansión del Estado desde mediados del siglo XX coincidió con la expansión de la educación jurídica y, en cierta forma, la retroalimentó. Los abogados consiguieron trabajo, y en la medida en que hubo cada vez mayor número, ocuparon progresivamente cargos de menor importancia. Naturalmente esto es una hipótesis. Para comprobarla necesitaríamos de cifras sobre cuántos abogados formaban parte del Estado y censos de abogados que muestren cuál era la ocupación de éstos.

La hipótesis no requiere que la mayor parte de los abogados estuvieran empleados en la función pública. De hecho, la profesión de abogado floreció. Hubo cada vez más gestiones que hacer ante la administración o los organismos regulatorios del Estado, y los abogados eran los intermediarios más apropiados para esas gestiones. Las escuelas de Derecho establecían las redes interpersonales que facilitaban la relación entre los abogados en el ejercicio de la profesión y los abogados en la función pública. Por eso era tan importante (o útil) ser profesor en una escuela de Derecho. La posibilidad de expandir el círculo de sus relaciones era mayor.

Esta situación no iba sin tensiones importantes. Falcao (1979) observó una tensión importante entre lo que llamó los ideales y las prácticas. El punto es que los abogados se formaban para ejercer una profesión liberal y buena parte de ellos eran funcionarios. Se pensaban a sí mismos como litigantes y quienes ejercían se ocupaban sobre todo como intermediarios ante los distintos organismos del Estado.

Los abogados intelectualmente exigentes o en el tope de la profesión no estaban demasiado felices con lo que veían. Es cierto que el Estado desarrollista requería muchos abogados para espesar sus huestes, pero en el tope había otros profesionales porque los abogados no estaban preparados para esas posiciones que requerían conocimientos substanciales de planificación, estadística y disciplina por el estilo. Los economistas y otros profesionales empezaron a tomar importancia y los abogados que aspiraban a esos cargos dirigentes del Estado empezaron a ver una crisis en la profesión. Existía el riesgo de que el abogado ocupara una posición secundaria en la sociedad. Esa fue la percepción de crisis de la profesión y el esfuerzo de cambiar la educación jurídica para hacerla más interdisciplinaria y más centrada en casos. Santiago Dantas (1955) fue probablemente el primer proponente de estas ideas y las conferencias de las escuelas de Derecho, iniciadas en los 60s, y el llamado movimiento de Derecho y desarrollo en los 70s fueron sus expresiones colectivas más importantes.

La mayor parte de los abogados y profesores de Derecho no tenían esa percepción de crisis. Las funciones que estaban desempeñando los abogados no requerían demasiado conocimiento de Derecho, conocimientos de otras disciplinas, ni grandes habilidades analíticas. Los profesores y las escuelas estaban relativamente contentos con lo que hacían.

Muy perceptivamente Lynch (1981) atribuye a estas condiciones el rechazo que encontraron las ideas innovadoras en Colombia en la década de 1970. Esto parece igualmente cierto para Brasil, Chile, Venezuela, Perú, Costa Rica, que fueron los países donde hubo un esfuerzo de reforma de la educación jurídica en esa época.

La gran pregunta es si el mundo globalizado en que estamos comenzando a vivir requerirá menos abogados. Los jóvenes de la década de 1990 en adelante siguen incrementando el número de estudiantes de Derecho. El cuadro 2 compara las cifras de estudiantes de Derecho para algunos países de América Latina

La gran pregunta es si el mundo globalizado en que estamos comenzando a vivir requerirá menos abogados.

Cuadro N°2

Estudiantes de Derecho en América Latina			
País y Año	Nº estudiantes de Derecho	% estudiantes universitarios	Estudiantes Derecho /100.000h.
Argentina 1970	29.045	13,2	124
Argentina 1998	163.881	14,7	453
Brasil 1961	23.519	23,7	25
Brasil 1965 (a)	33.402	21,5	41
Brasil 1994 (a)	190.712	11,5	122
Brasil 1998	292.728	14,1	183
Colombia 1950 (b)	1.985	20,5	18
Colombia 1965 (a)	5.274	11,9	29
Colombia 1996 (a)	66.778	14	187
Costa Rica 1950 (b)	205	13,3	24
Costa Rica 1965 (a)	328	4,5	22
Costa Rica 1994 (a)	4.262	5,4	125
Chile 1950 (b)	2.284	20,4	19
Chile 1965 (a)	3.431	7,9	39
Chile 1996 (a)	17.462	6,4	122
Chile 2000	24.478	5,4	163
Ecuador 1965 (a)	1.706	12,1	34
Ecuador 1991 (a)	16.903	8,1	170
México 1965 (a)	16.808	12,6	42
México 1979	57.973	8,3	89
México 2001	190.338	11,9	198
Perú 1950 (b)	1.392	8,7	18
Perú 1965 (a)	4.624	5,8	40
Perú 1991 (a)	43.715	9,2	198
Perú 2000	41.192	9,7	150?
Venezuela 1950	1000	13,5	53
Venezuela 1966 (a)	6.766	12,6	78
Venezuela 1980	15.567	7,3	103
Venezuela 2000	40.000	7,4	160

FUENTES: (a) UNESCO, Statistical Yearbook 1973 y 1997. (b) J.H.Merryman et al., 1979. ARGENTINA: Bergoglio, 2003. BRASIL 1961: Falcão, 1984. BRASIL 1998: Junqueira, 2003. CHILE 2000: Persico, 2001:43. MÉXICO 1979, 2000: Fix-Fierro & López Ayllón, 2003. PERÚ 2000: González, 2003. VENEZUELA 1950: Pérez Perdomo, 1981. VENEZUELA 1980 y 2000: Pérez Perdomo, 2004.

Las políticas de globalización están frecuentemente asociadas con la idea de que los mercados son mejores reguladores que el Estado. En consecuencia, éste debe hacerse más pequeño y eficiente: las privatizaciones y la descentralización han sido las expresiones más claras de esta idea básica. Reducción del Estado podría significar una reducción del número de funcionarios y, en consecuencia, del número de abogados. Lo que ocurre en la práctica es más bien una redistribución. Las administraciones centrales se han reducido y se ha reducido el número de

empresas del Estado, pero las administraciones regionales y municipales se han fortalecido tanto en sus competencias como en sus recursos. Esto requiere de personal y aun cuando los abogados tienen una creciente competencia de otras profesiones, no hay por qué pensar que serán descartados. El hecho de que las administraciones regionales y municipales hayan cobrado mayor autonomía y haya más empresas privadas que prestan servicios públicos, ha incrementado la potencialidad de conflicto y la necesidad de regulación. Se supone que los aboga-

dos han sido entrenados para conocer las reglas, negociar y resolver conflictos. Su asesoría y actividad es fundamental en la marcha de un Estado descentralizado. Se supone también que las empresas privadas necesitarán más abogados que nunca para manejarse en este nuevo universo que ofrece más oportunidades pero también más regulaciones y más responsabilidades. En otras palabras, la demanda de abogados ha crecido recientemente y hay motivos para pensar que seguirá creciendo en los próximos años, al menos en los países donde la opción no sea una revolución antiglobalizadora.

Nuestro análisis ha sido estructural. Hemos destacado cambios en el Estado y en las organizaciones sociales. Pero tal vez más importante es el análisis cultural: los cambios en las actitudes y opiniones de las personas. Nunca como antes las personas se han sentido más dispuestas a afirmar sus derechos individuales. A la vez, nos sentimos víctimas. Si algo ha salido mal, no nos quedamos lamentándonos de la mala suerte o la aceptamos como castigo divino. Hacemos a otros responsables y reclamamos (Friedman, 1985, 1999). Friedman hace su análisis para los Estados Unidos y los países desarrollados. En una perspectiva algo distinta García de La Cruz Herrero (1999) lo hace para España. Encuentro que en líneas generales, América Latina puede ser incluida.

En resumen, es posible que los jóvenes de nuestra época que están optando por los estudios jurídicos tampoco se hayan equivocado. Sin embargo, no conviene apresurarse a una conclusión. Analicemos mejor cuál es exactamente la demanda de abogados en un mundo globalizado.

Los conocimientos, las cualidades y las destrezas de los abogados

Volvamos a la imagen normativa de los abogados. Para que el cliente potencial sienta confianza ya no se requiere que el abogado se presente como un *pater familia*. En la idea de Osorio había varios supuestos que conviene destacar. El cliente en el cual está pensando era un comerciante o un propietario de un fundo o un inmueble que se había metido en una dificultad y buscaba al abogado para que se la resolviera. Cliente y abogado pensaban en una acción judicial que estaban considerando ejercer o de la cual debían defenderse. Todo esto ocurría en una ciudad relativamente pequeña, con relaciones cara a cara. Todos los abogados habían estudiado en la misma universidad. En las biografías de abogados de la

época se destacaban como virtudes la elocuencia, el lenguaje florido, las altas cualidades éticas, la pertenencia a una familia respetable y el vestir atildado.

...la demanda de abogados ha crecido recientemente y hay motivos para pensar que seguirá creciendo en los próximos años...

El mundo cambió. La clientela se ha diversificado. Por una parte están las empresas. Lo más frecuente no es buscar al abogado para salir de un embrollo. Se trata más bien de evitar el embrollo. El abogado interviene en la planificación de los negocios y se ocupa de preparar los contratos y tomar las precauciones para que la relación de negocios esté libre de conflictos. Los negocios pueden ser complejos, puede que intervenga más de un abogado en la asesoría. Por ejemplo, hay un abogado de la empresa, que usualmente trabaja en los locales de la misma empresa, que llama a su auxilio a abogados más especializados y con experiencia para ese tipo de negocio. O si ya existe un conflicto, en el tipo de conflicto que se ha presentado. Lo nuevo es que no se trata de un abogado que atiende a un cliente sino de un equipo de abogados, o de abogados que trabajan en equipo con el cliente, quien en realidad también es un equipo de gerencia. Las opiniones o acciones de un abogado son consideradas por los otros. Ya no se espera un lenguaje florido sino de un saber, unas cualidades y unas destrezas bastante más específicas.

Naturalmente las empresas y organizaciones no son los únicos clientes. Hay problemas planteados por personas naturales que pueden variar mucho. Pueden ser problemas de familia, penales, laborales. Los conocimientos y las destrezas pueden variar. Es fácil admitir que un abogado que trabaja frecuentemente con casos penales tiene un saber al menos parcialmente distinto al que atiende asuntos de familia o de negocios. Pero es probable que también tenga destrezas y cualidades distintas. En este análisis no podremos entrar en tales detalles y nos limitaremos a analizar sólo algunos aspectos generales.

El saber o conocimiento de los abogados es lo más familiar. Las escuelas de Derecho se han dedicado a transmitirlo a los estudiantes. Conocer el Derecho se ha asociado con conocer las reglas y los principios del Derecho. En la medida que los sistemas jurídicos se hicieron más complejos, las escuelas de Derecho fueron aumentando el número de materias o asignaturas. El currículo de Derecho tiende a ser una larga lista de materias como Derecho civil, constitucional, penal, administrativo, laboral, fiscal. Lo característico de este saber jurídico es perecedero: la legislación cambia lo mismo que los criterios jurisprudenciales y doctrinales. Un abogado que no esté atento a estos cambios o sepa recu-

perar ese conocimiento cuando lo necesite, pierde su saber en relativamente pocos años. Y sin embargo, las escuelas de Derecho están más interesadas en transmitir el conocimiento que en entrenar en cómo buscarlo.

Además del saber hay unas destrezas. Podríamos hacer una larga lista pero preferimos tomar dos a las cuales mis mentores daban gran importancia: el criterio jurídico y la experiencia. Para mis mentores eran destrezas (o más bien cualidades) misteriosas. Nunca nadie me explicó cómo se adquirirían. La experiencia parecía relacionada con el tiempo, pues estaba claro que un recién graduado no la tenía. Pero el solo paso de los años no la proveía necesariamente. Recuerdo la expresión “mientras más años pasan se pone más bruto”. El criterio jurídico es aún más misterioso pues era difícil hasta explicar en qué consistía exactamente. En un acto de enorme osadía voy a tratar explicar lo que creo haber entendido después de haber reflexionado sobre estas materias.

Sospecho que la experiencia se derivaba de una práctica reflexiva. Con el tiempo, el abogado reflexivo aprendía cuáles eran los límites de la persuasión que podía realizar un abogado. Cuáles eran las creencias, actitudes arraigadas o intereses tan poderosos que para obtener el resultado deseado había que saber esquivar. Frente a una determinada situación no sólo era importante conocer cuáles eran las reglas, sino cómo actuar. La experiencia es el conocimiento vivencial de la cultura jurídica. No hay nada que impida que un joven adecuadamente guiado pueda adquirirla, o más propiamente, pueda ser sensibilizado para que ponga atención a esa dimensión de la práctica del Derecho.

El criterio jurídico, por lo contrario, parece que se refiere a la persuasión. Quien tiene tal criterio sabe escoger las premisas y desarrollar a partir de ellas una argumentación sólida y clara. Quien no tiene criterio jurídico se enreda en el análisis de reglas y su argumento termina siendo débil, a pesar de que pueda tener un gran conocimiento de las reglas y la literatura jurídica. Traducido al lenguaje de los educadores de hoy, el criterio jurídico es una destreza en el razonamiento asociada a la formulación y resolución de problemas. No viene en el código genético sino que se puede adquirir con un entrenamiento específico.

Lo característico de este saber jurídico es perecedero: la legislación cambia lo mismo que los criterios jurisprudenciales y doctrinales. Un abogado que no esté atento a estos cambios o sepa recuperar ese conocimiento cuando lo necesite, pierde su saber en relativamente pocos años. Y sin embargo, las escuelas de Derecho están más interesadas en transmitir el conocimiento que en entrenar en cómo buscarlo.

Nuestras escuelas de Derecho prestaron poca atención a estos temas. Se contentaron con transmitir cada vez más conocimientos. No es una sorpresa que las escuelas que se han replanteado la formación de los abogados y no han sido temerosas en innovar presten gran atención a las actividades dirigidas a la adquisición de destrezas y cualidades.

Otro aspecto a señalar es el carácter fundamentalmente nacional del conocimiento jurídico, como transmitido por las escuelas de Derecho tradicionales. Esto tiene que ver con la asociación que se produjo desde el siglo XIX entre el Derecho y el Estado nacional: el Derecho fue pensado como la legislación nacional. Por eso los estudios jurídicos se hicieron nacionales. No había sido así antes. Hasta el siglo XVIII el eje de los estudios jurídicos estaba constituido por el Derecho romano y el canónico, y no había ningún obstáculo gnoseológico de estudiar en Italia para ejercer el Derecho en España. A partir de la consolidación de los Derechos nacionales y de haber centrado la educación jurídica en el Derecho nacional, la disciplina jurídica tuvo fronteras. Esto significa que un abogado formado en Venezuela conoce bastante bien el Derecho venezolano, en el mejor de los casos, y puede sentirse razonablemente preparado para ejercer el Derecho en Venezuela, aunque temeroso de las sorpresas que le puede deparar la práctica. Si decide ir a Colombia o a México, la mayor parte de su conocimiento jurídico desaparece.

Hasta el siglo XVIII los abogados aprendían relativamente poco Derecho, pero se entrenaban en argumentar y discutir. *La questio* y la disputa, métodos educativos que venían de la Edad Media, todavía se usaban en las universidades latinoamericanas en los primeros años del siglo XIX (Pérez Perdomo, 1981, 2002). En esa época se pasó a la explicación del profesor (o clase magistral) que resultaba más apropiada para transmitir información sobre reglas y principios jurídicos. El eje fue enseñar las reglas del Derecho nacional o patrio.

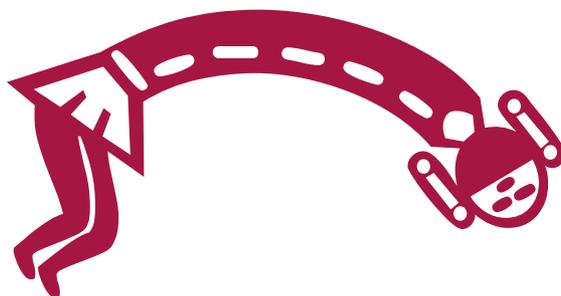
Otra fue la historia en los Estados Unidos. Cada Estado ha tenido siempre su propio Derecho, pero las escuelas de Derecho que se formaron no intentaron enseñar el Derecho de un Estado en particular. Harvard no se propuso enseñar el Derecho de Massachussets, ni Stanford el de California. El entrenamiento consistió en cómo plantearse los problemas, buscar las reglas y principios que son apli-

cables y cómo manejarse para resolver el problema. La clase magistral no se apoderó del salón de clase. Cuando en la década de 1970 los latinoamericanos que comenzaron a abogar por la educación interdisciplinaria y por métodos distintos a la clase del profesor, se los acusó de querer importar los métodos propios de los Estados Unidos, ajenos a nuestra tradición romanista. Los acusadores ciertamente no conocían la historia de la educación jurídica en la América Latina. Se amparaban en una tradición sin sospechar siquiera que ésta era muy reciente.

Cuando observamos la práctica de la abogacía de los negocios en nuestros días en nuestros propios países de América Latina notamos que los negocios son crecientemente internacionales. Ponen en contacto proveedores y clientes de distintos continentes y culturas, y naturalmente abogados de distintas naciones. Algunos se preguntan si ha surgido una cultura tercera, si podemos designarla así, que sería el Derecho de los negocios internacionales (la nueva *lex mercatoria*). Un Derecho y una cultura del *global village*. La respuesta provisoria es un débil “tal vez”. Gessner (1996, 1998), que ha estudiado las relaciones jurídicas transfronterizas, encuentra que los Derechos nacionales siguen siendo muy importantes. El asunto va más allá del Derecho. Se requiere conocer culturas jurídicas de otros países para poder entenderse con los abogados y las gentes de otros países.

La literatura sobre negocios internacionales concluye también que las culturas nacionales siguen teniendo importancia. Hay numerosas publicaciones sobre cómo hacer negocios en Japón, China, los Estados Unidos y en nuestros países vecinos, que tratan de prevenir torpezas sociales que pueden arruinar una negociación o una relación de trabajo. Por ejemplo, Granell de Aldaz (1997) estudió los choques culturales de los inversionistas extranjeros que acudieron masivamente a Venezuela a comienzos de la década de 1990. Encontró que no era una cuestión de tradición y lengua: los españoles tenían serias dificultades. Es probable que estuvieran menos acostumbrados a la relación con otras culturas o supusieron que por la larga relación entre España y Venezuela no necesitaban hacer esfuerzos de adaptación. En otras palabras, las relaciones jurídicas y de negocios entre personas de distintas naciones no se hacen sobre la base de una cultura tercera, sino sobre culturas nacionales. Pero se requiere manejarse en esos distintos idiomas culturales para que las relaciones se lleven sin demasiado tropiezo.

También los abogados necesitan adaptarse a este mundo con más relaciones transfronterizas y con más contactos entre Derechos y culturas jurídicas.



El estudio de los abogados del petróleo en Venezuela mostró el escepticismo de estos abogados sobre la nueva *lex mercatoria*, pero también mostró que no se limitan al Derecho nacional. Cuando ninguna de las partes es lo suficientemente fuerte para imponer su propio Derecho y los tribunales de su país, deben ponerse de acuerdo sobre cuál es el Derecho a aplicar. Hacen una especie de *shopping* de Derechos nacionales. Por ejemplo, cuando hay que escoger un derecho marítimo aceptable para partes de distintos países se escoge el Derecho marítimo inglés; o para asuntos corporativos se prefiere el Derecho de Delaware. Como jurisdicción, frecuentemente se escoge el arbitraje, sometiéndose a las reglas de la corte de arbitraje de París, o se prefiere una institución estatal como los tribunales de Nueva York. Por supuesto, se supone que los abogados están conscientes de las cualidades de uno y otro Derecho y tienden a escoger unos pocos entre varios.

La función de los abogados de negocios de hoy es distinta a la de los abogados de antaño. No se los busca cuando la empresa se ha metido en una dificultad y hay que sacarla de ella. Acompañan las negociaciones desde el inicio y deben entender bien el negocio que se está perfilando para evitar que una parte del acuerdo o una cláusula de origen a un conflicto o a una posible sanción por parte de una autoridad pública. Es una especie de vigilante de la legalidad y la ética de las transacciones. Esto implica que deben saber de la materia que están asesorando, o al menos, capacidad para aprender rápidamente. No puede tener miedo de analizar materiales distintos al Derecho. Probablemente requerirá conocimientos para leer estadísticas y balances contables. También requiere que tenga una conciencia clara de la ética. La ética, el análisis económico y las disciplinas sociales no tienen cabida en las escuelas de Derecho dominadas por el positivismo legalista.

Miremos algunos casos: los abogados de Enron han sido severamente criticados por no haber advertido que se estaban cometiendo ilegalidades y se estaba defraudando a los inversionistas. Por el contrario, una joven abogada de Stanford es presentada como

el ejemplo a seguir porque, llamada a asesorar una empresa, percibió que los números no cuadraban, llamó a reuniones de emergencia a los directivos, contribuyó al diseño de los correctivos y preparó las comunicaciones con los organismos de regulación para ponerlos en conocimiento de lo encontrado y de las medidas tomadas (Rabinovitz, 2003). Para actuar de esa manera, el abogado no sólo debe conocer bien el Derecho. Tiene que conocer de los negocios que asesora y tener una sensibilidad ética para actuar de la manera más correcta. Son ejemplos tomados de los Estados Unidos, pero son perfectamente válidos para los abogados latinoamericanos.

En definitiva, una formación estrechamente nacional y el énfasis en el conocimiento de reglas y principios (y el descuido de las destrezas y cualidades) han causado dificultades e insuficiencias en una época que exige más variedad e interdisciplinariedad en el conocimiento, destrezas afinadas y sólidas cualidades éticas. Pero ¿cuán serias son esas dificultades? ¿A quiénes afectan?

El blue de la estratificación

Numéricamente la mayor parte de los abogados pueden estar moderadamente tranquilos. La mayor parte de las relaciones jurídicas ocurren entre personas que viven en el mismo espacio nacional y están regidas por el Derecho y los tribunales de esa nación. Para ellos la formación nacional y el conocimiento de las reglas básicas del Derecho son suficientes. La mayor parte de los casos jurídicos no requieren entender negocios complejos ni destrezas especiales para negociar, redactar contratos complejos y formular una argumentación hábil y rigurosa. Las destrezas que una persona razonablemente sensible posee usualmente parecen suficientes. No debemos cometer el error de nuestros colegas de hace 30 años que pensaron en una gran crisis apocalíptica de la profesión jurídica a la vuelta de la esquina porque los abogados habían perdido capacidad de liderar.

Por otra parte, es innegable que los negocios son crecientemente internacionales. Sobre todo, que los negocios más importantes lo son. Los abogados que atienden esta clientela y este tipo de negocios necesitan algo más que la educación estrechamente nacional y centrada en el conocimiento de reglas provista por la mayor parte de las escuelas de Derecho de América Latina. La expansión de la educación universitaria ha permitido la creación de escuelas innovadoras que buscan formar abogados para las necesidades de la sociedad globalizada. La tendencia es que estas escuelas sean parte de univer-

sidades o entes educativos privados, pero al menos hay una excepción: los estudios jurídicos en el CIDE de México, que tiene financiamiento federal. CIDE es una sigla por Centro de Investigaciones sobre el Desarrollo Económico. Esto da una pista de dónde viene la preocupación. Así han aparecido escuelas de Derecho que han desechado el modelo tradicional y están haciendo innovaciones importantes para proveer a los estudiantes con los conocimientos, las destrezas y cualidades que requiere el abogado globalizado.

El programa de cambio no es demasiado diferente a las propuestas de la década de 1970: educación interdisciplinaria, centrada en problemas y en los estudiantes, predominio de la clase con participación activa de los estudiantes, importancia de la clínica jurídica, la negociación y otras actividades dirigidas a “aprender a hacer”. Tal vez la importancia de la ética ha crecido. Pero ahora no se ha presentado la resistencia que hubo hace treinta años, simplemente porque son escuelas nuevas que se proponen ofrecer una educación jurídica diferente. No pretenden cambiar a las otras escuelas sino ser diferentes.

Otras escuelas, más antiguas y con prestigio sólido, naturalmente no son proclives a desechar un modelo que les ha dado resultado. Tienen además un cuerpo de profesores ya entrenado para la vieja educación jurídica. Los colegas de escuela de negocios dirían que tienen una inversión sumergida que dificulta el cambio. Si tienen dirigentes especialmente perceptivos que desean introducir cambios, tienen que hacerlo en los márgenes (por ejemplo, en cursos electivos o de postgrado) para causar menos resistencia. Muchos de los egresados de esas escuelas comprenden las limitaciones de su formación y si tienen los medios suficientes (u obtienen los créditos o becas apropiados) completan su formación realizando un master en una buena escuela de Derecho de los Estados Unidos o una escuela de negocios. A esto se debe el importante flujo de graduados de Derecho que van a los Estados Unidos a completar su formación.

Como existe una fuerte demanda estudiantil para estudiar Derecho, hay empresarios inescrupulosos de la educación que han formado escuelas de Derecho con el menor esfuerzo posible y sin ninguna atención por la calidad académica. En contrapartida, el estudiante puede ser retribuido con una cierta garantía de que obtendrá su titulación en el tiempo estipulado, sin que importe demasiado el esfuerzo. En toda América Latina han proliferado las llamadas escuelas de galpón o de garaje. Basta un galpón para poner salones de clase y contratar unos cuantos profesores a los que se les paga por hora

para tener una escuela de Derecho. Es una educación barata pero que puede dar un beneficio económico al empresario. El producto es un abogado mal equipado. Los egresados de estas escuelas prácticamente están excluidos de la entrada a los segmentos más apetecidos de la profesión jurídica y sólo unos pocos pueden superar el *handicap* gracias a una inteligencia o habilidad poco comunes. Estas escuelas son fábricas de ilusiones (Junqueira, 1999). En algunos casos, son verdaderos fraudes a los estudiantes y a sus familias.

Estos tres tipos principales de escuelas de Derecho están para quedarse. Puede que alguna escuela en particular sea cerrada por alcanzar un nivel académico intolerablemente bajo. Puede que una escuela con pretensión de innovación y excelencia, tenga que moderar su proyecto por cuestiones de costo o por presiones políticas, o que una escuela tradicional introduzca progresivamente elementos innovadores aguijoneada por la competencia. Estos reacomodos son posibles, pero los tres tipos existirán porque se dirigen a formar abogados diferentes y, en definitiva, responden a necesidades y aspiraciones sociales diferentes.

En términos prácticos esto implica que la profesión de abogado será cada vez más estratificada. Ya lo está. Hay abogados de negocios con clientes que generan un flujo grande de asuntos y que tienen enormes ingresos y prestigio social. Hay abogados con enorme prestigio profesional porque son particularmente hábiles como litigantes o conocen muy bien un campo del Derecho. Hay abogados reconocidos por su carrera en la función pública, y los hay académicos, reconocidos como profesores o por sus publicaciones. Hay quienes están en una carrera judicial o en la burocracia del sistema jurídico. Hay abogados que ocupan cargos en una burocracia sin que pueda decirse que ejercen profesionalmente el Derecho (aunque los conocimientos jurídicos les sean útiles). Y hay abogados que tienen que arreglárselas para sobrevivir. Todo hace pensar que vamos en la dirección de incrementar las diferencias. ¿Qué determina la pertenencia a un estrato u otro? ¿Debemos preocuparnos por la situación?

Esas son nuestras dos preguntas finales. La respuesta a la primera es empírica y podemos tener hipótesis contrapuesta. Una hipótesis sería que la pertenencia a un estrato u otro de la profesión está determinado por la proveniencia social del abogado. La opuesta diría que la escuela de Derecho en donde haga los estudios será la variable principal. Naturalmente, siempre es posible que la provenien-

cia social determine, al menos parcialmente, el ingreso a una escuela u otra. Pero, en definitiva, la respuesta sólo la puede dar la investigación, el estudio detenido de la biografía colectiva de los abogados que componen los distintos estratos. Hasta donde he podido averiguar esas investigaciones todavía no se han hecho. Mi hipótesis preferida es que las escuelas de Derecho importan en la carrera posterior y este trabajo ofrece el fundamento teórico para esa hipótesis.

La respuesta a la última pregunta es que tenemos todos los motivos para preocuparnos. En términos de análisis social, la situación implica que los abogados mejor preparados asisten y van a continuar asistiendo a los actores sociales con más poder económico y político. Los abogados peor preparados y que tienen más dificultades para el ingreso en el mercado profesional, asistirán a los clientes socialmente más vulnerables, prestándoles pésimos servicios y sobreexplotándolos. Es algo estructural como lo ha mostrado muy bien uno de los artículos clásicos de la sociología jurídica (Galanter, 1974). Pero esto no implica que no podamos hacer nada. Quienes tenemos tareas en la formación de abogados, tenemos que diseñar los mecanismos para

que las personas socialmente desfavorecidas puedan disponer de servicios jurídicos que puedan realmente ayudarlos. Y para que los abogados que van a atender clientes poderosos, tengan una conciencia social que les permita, desde las posiciones que van a ocupar, tener sensibilidad respecto de la situación y los problemas de los excluidos y los explotados.

Es una enorme responsabilidad. ■

En términos prácticos esto implica que la profesión de abogado será cada vez más estratificada.

Referencias

- Bergoglio, María Inés, *Las facultades de derecho argentinas. Entre las tradiciones y los esfuerzos de cambio*, paper presentado en el Seminario Enseñado Direito. Itaipava, febrero (Instituto de Direito e Sociedade), 2003
- Chinchilla, Laura & D.Schodt, *The administration of justice in Ecuador*. Miami. Florida International University, 1993.
- Dantas, San Tiago, "A educação jurídica e a crise brasileira" *Revista Forense*, 159, 1955
- De la Maza, Iñigo, *Lawyers: From the state to the market*. Tesis para JSM. Stanford Program for International Legal Studies, 2001
- Falcão, Joaquim, "Lawyers in Brazil: Ideals and praxis". *International Journal of the Sociology of Law*, 7, 1979.

- ▶ Falcão, Joaquim, *Os advogados. Ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife. Fundação Joaquim Nabuco y Editora Massangana, 1984
- ▶ Fix-Fierro, Héctor & Sergio López-Aiyllón, *La educación jurídica en México: un panorama general*, paper presentado en el Seminario Ensino do Direito. Itaipava, febrero (Instituto de Direito e Sociedade), 2003.
- ▶ Fuentes Hernández, Alfredo, *Educación legal y educación superior en Colombia: Tendencias recientes 1990-2002*, paper presentado en el Seminario Ensino do Direito. Itaipava, febrero (Instituto de Direito e Sociedade), 2003.
- ▶ Gaitán Bohórquez, Julio, *Huestes de Estado. La formación universitaria de los juristas en los comienzos del estado colombiano*. Bogotá. Universidad del Rosario, 2002.
- ▶ Galanter, Marc, “Why the ‘haves’ come out ahead: Speculations in the limits of legal change”, *Law and Society Review*, 9, 1974
- ▶ García de La Cruz Herrero, Juan José, “La cultura de la reclamación como indicador de desarrollo democrático: tres perspectivas de análisis”. *Politeia* 22, 1999.
- ▶ Gessner, Volkmar, “The institutional framework of cross-border interactions”. En V.Gessner (ed): *Foreign courts: Civil litigation in foreign cultures*. Aldershot. Dartmouth, 1996
- ▶ Gessner, Volkmar, “Globalization and legal certainty” En V.Gessner & A.C.Budak (eds): *Emerging legal certainty: empirical studies on the globalization of law*. Aldershot. Dartmouth, 1998.
- ▶ González, Gorki, *La enseñanza del derecho en el Perú en la actualidad: cambios, resistencias y continuidades*, paper presentado en el Seminario Ensino do Direito. Itaipava, febrero (Instituto de Direito e Sociedade), 2003.
- ▶ Granell de Aldaz, Elena, *Éxito gerencial y cultura: retos y oportunidades en Venezuela*. Caracas. Ediciones IESA, 1997.
- ▶ Junqueira, Eliane, *Facultades de direito o fábrica de ilusões?* Rio de Janeiro. IDES & Letra Capital Editora, 1999.
- ▶ Junqueira, Eliane, “Brasil: Obstáculos en el camino de una justicia total”. En L.Friedman, R.Pérez-Perdomo & Héctor Fix-Fierro (eds): *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- ▶ Lorey, David, *The rise of the professions in twentieth-century Mexico. University graduates and occupational change since 1929*. Los Angeles. University of California, 1992.
- ▶ Lomnitz, Larissa & R.Salazar, “Cultural elements in the practice of law in Mexico. Informal networks in formal systems”. En Dezalay & Garth (eds), 2002.
- ▶ Lynch, Dennis O., *Legal roles in Colombia*. Uppsala, Scandinavian Institute for African Studies. New York, International Center for Law in Development, 1981.
- ▶ Merryman, John, D.Clark & L.Friedman, *Law and social change in Mediterranean Europe and Latin America: A handbook of legal and social indicators*. Stanford. Stanford Law School, 1979.
- ▶ Pérez Perdomo, Rogelio, *Los abogados en Venezuela*. Caracas. Monte Ávila, 1981.
- ▶ Pérez Perdomo, Rogelio, *Los abogados de América Latina. Una introducción histórica*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ▶ Pérez Perdomo, Rogelio, *La educación jurídica en Venezuela 1960-2002: Expansión, conservatismo y diferenciación*, paper presentado en el Seminario Ensino do Direito. Itaipava, febrero (Instituto de Direito e Sociedade), 2005.
- ▶ Persico, Pablo, *Informe sobre la educación superior en Chile. Análisis de tendencias de la última década*. Santiago. Corporación de Promoción Universitaria, 2001.
- ▶ Rabinovitz, Jonathan, “Speaking truth to fraud/ Nikki Locker”. *Stanford Lawyer*. Summer, 2003.



Luis Pásara

*Investigador del Instituto de
Estudios de Iberoamérica y Portugal
de la Universidad de Salamanca*

luis.pasara@usal.es

La Enseñanza del Derecho en Perú: su estado crítico*



This article analyzes the issue of legal education in Peru from the perspective of the actors that participate in the educational process and the dynamic of legal education itself. It also addresses problems that have repercussions on the experiences of new professionals and the society in which they carry out their work.

Un número probablemente mayoritario de universidades –en el centro de las cuales resaltan aquellas cuya razón de ser principal es el lucro en favor de sus “promotores”– se limita, actualmente en Perú, a exigencias académicas mínimas durante el lapso que duran los estudios de Derecho, al cabo de los cuales y obtenido el “bachillerato automático”, se facilitará de manera complaciente el título profesional de abogado. Pese a la devaluación general de la formación universitaria, un pequeño número de instituciones mantiene la preocupación por la calidad de los estudios que ofrece y por la solvencia profesional de aquellos a quienes se otorga un título. La polarización entre unas y otras universidades corresponde bien a distanciados “estratos profesionales” que parecen existir entre los abogados en ejercicio.

Algunas de las características actuales de las facultades de Derecho en Perú se derivan de un marco normativo en el que:

- (i) las universidades de mayor antigüedad no se hallan sujetas a ninguna forma de evaluación externa a ellas;
- (ii) la existencia de las universidades más recientemente establecidas, bajo un laxo sistema de creación y posterior evaluación, que en los hechos

incluso incumple requisitos establecidos normativamente, está equiparada, en el caso de la universidad privada, a una empresa comercial que, al cabo de cinco años, en la mayoría de los casos recibe autorización de funcionamiento definitiva; con tal “institucionalización” también queda fuera de cualquier evaluación;

- (iii) el descontrol sobre la creación y el funcionamiento de filiales, cuya existencia es formalmente ignorada por las autoridades, viola la ley ostensiblemente pero produce resultados: las universidades de origen otorgan los títulos a estudiantes que han seguido la carrera en filiales legalmente inexistentes;
- (iv) la rebaja de requisitos mediante el establecimiento del “bachillerato automático”, que ha suprimido la exigencia académica de preparar una tesis, y la apertura de formas sustitutivas del examen profesional para optar el título profesional, permeables a mecanismos de corrupción, rebajan sensiblemente el control de calidad profesional; y
- (v) el llamado sistema de educación a distancia o no presencial –que, aún sin marco legal, de hecho, está funcionando– que elimina la mínima exigencia subsistente en los estudios previos a él.

* Este artículo condensa los principales resultados de una investigación encargada al autor por el Ministerio de Justicia de Perú, cuyo informe final fue publicado como La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia, Ministerio de Justicia, Lima, 2004.

Metodología de la investigación

En esta investigación, se trabajó con cinco instrumentos:

- a. Entrevista a autoridades de las facultades de Derecho.
- b. Encuesta aplicada a diez estudiantes en cada facultad.
- c. Encuesta aplicada a cinco profesores en cada facultad.
- d. Observación de cinco clases en cada facultad.
- e. Entrevistas a un conjunto de informantes calificados.

Los primeros cuatro instrumentos fueron aplicados a 23 de las 47 facultades de Derecho del país; esto es, casi la mitad. En otras diez facultades se pudo aplicar uno o más de los instrumentos utilizados, dadas diversas limitaciones encontradas.

En las facultades se entrevistó, en primer lugar, a autoridades; en 23 de las 33 facultades, la entrevista fue sostenida con el decano y en una con el secretario; en los otros casos, otra autoridad respondió a las preguntas. Estudiantes y profesores encuestados, así como clases observadas, fueron elegidos al azar. En el caso de los estudiantes, se procuró tener representados a ambos sexos en paridad y elegir a alumnos de diferentes niveles académicos.

Se entrevistó a 275 estudiantes de 28 universidades de la muestra, de las cuales casi tres cuartas partes eran privadas. 138 eran hombres y 137, mujeres, y 69% del total se hallaban entre 18 y 25 años de edad. Casi dos tercios de los entrevistados (64.3%) habían cursado más de cuatro semestres en Derecho. Se entrevistó a 125 profesores, de 25 universidades de la muestra. Sólo una quinta parte eran mujeres; 27 del total de entrevistados lo fueron en universidades públicas y 98 en universidades privadas. Uno de cada diez docentes encuestados (9.6%) tenía más de tres años enseñando en la facultad donde se le entrevistó. Pero cuatro de cada cinco encuestados (80.8%) contaban con más de tres años como docentes.

En 24 de las universidades de la muestra se pudo observar el desarrollo de clases, totalizándose 120 clases observadas; una cuarta parte de ellas, en universidades públicas y las demás, en universidades privadas.

El quinto instrumento fue aplicado a un conjunto de profesionales con larga experiencia, reconocimiento público y amplio conocimiento del tema.

Los peores rasgos de la formación en Derecho parecen haberse agravado (...) en razón del surgimiento de lo que podemos llamar universidades-empresa, (...) aquellas que responden a "la desregulación y el carácter lucrativo" de la enseñanza.

El panorama institucional

Según los datos oficiales disponibles, en 2003 casi uno de cada diez estudiantes universitarios del país (9.57%) seguía la carrera de Derecho. En las 79 universidades existentes, según datos recogidos en 2004, había 47 facultades de Derecho, casi el doble de las 25 en funciones 18 años atrás. Sólo una cuarta parte del total (12) tenía su sede en Lima. El cuadro 1 muestra el cambio producido en menos de veinte años, así como la evolución privatizadora en la enseñanza del Derecho: de una mayoría de facultades pertenecientes a universidades públicas a una minoría de ellas, en la situación actual. Como resultado, en 2004, tres de cada cinco eran privadas.

Cuadro N°1

Evolución del número y pertenencia de las facultades de derecho 1986-2004

Carácter de la universidad	1986	2004	% de crecimiento
Públicas	14	18	28.57
Privadas	11	29	163.63
Totales	25	47	88

A partir de los datos sobre vacantes, postulantes e ingresos a facultades de Derecho en 2002, se estableció que: (i) tratándose de las facultades de derecho públicas, hubo más de doce postulantes por vacante; en las privadas, en cambio, hubo apenas algo más de un postulante por vacante; (ii) mientras en las públicas el porcentaje de ingresados, en relación con los postulantes, era de 8%, en las privadas superaba 71%; y (iii) en todas las universidades públicas el número de postulantes superó al de vacantes; en contraste, hubo siete universidades privadas cuyas facultades de Derecho recibieron un número menor de postulantes al de las vacantes ofertadas.

Los peores rasgos de la formación en Derecho parecen haberse agravado en los últimos años, en razón del surgimiento de lo que podemos llamar universidades-empresa, aludidas en un trabajo de Gorki Gonzales Mantilla¹ como aquellas que responden a "la desregulación y el carácter lucrativo" de la enseñanza, exhiben una falta de claridad en el perfil profesional, carecen de cursos electivos y no tienen preocupación por el método de enseñanza; todo lo cual conlleva "el riesgo de la informal-

¹ Gorki Gonzales, La enseñanza del derecho en el Perú: cambios, resistencias y continuidades, próxima publicación, pp. 21-28.

dad y la debilidad de controles sobre el proceso académico”. De ellas se ha dicho que “sólo existen como un medio de obtener ganancias por un empresario codicioso que reduce su riesgo a comprar o adquirir un edificio, incorporar en él algunas carpetas de madera y otras tantas pizarras. Con ello el centro de producción masivo de abogados se declara instalado y, de allí en adelante, la relación que excluyentemente más habrá de importar es aquella que conecta económicamente al estudiante con el dueño de la universidad”.² En concordancia con esta valoración, la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados ha señalado que: “se han creado Facultades de Derecho indiscriminadamente, con fines puramente lucrativos, sin contar con locales apropiados, plana docente calificada y bibliotecas bien implementadas” (Puno, 10 de febrero de 2003).

Al ser consultados profesores y alumnos acerca de lo que “falta en la facultad”, destaca la coincidencia entre la opinión de ambos al señalar el mejoramiento de: (i) calidad docente; (ii) biblioteca e (iii) infraestructura, en ese orden de importancia. Casi la mitad de los estudiantes entrevistados señaló que mejorar el nivel de los profesores resultaba prioritario en la facultad de Derecho en la que estudiaban. Tanto para los estudiantes de las universidades públicas como de las privadas, sus facultades deberían tomar medidas dirigidas a mejorar la calidad de los docentes en los aspectos referidos a: (i) selección, (ii) capacitación y (iii) evaluación de los mismos.

Los mecanismos de selección de los docentes de la mayoría de las facultades examinadas fueron criticados por varios de los entrevistados, profesores y alumnos. Algunos indicaron que en la selección de los profesores prevalece el amiguismo en desmedro de los criterios de suficiencia profesional y académica. Para los estudiantes, la facultad debería exigir a los docentes, de una parte, mayor rigor académico y especialización y, de otra, mayor disciplina para cumplir con las funciones que le competen como docente. Entre las insuficiencias destacadas por los entrevistados se aludió a las relativas a asistencia, puntualidad, respeto de los horarios de atención a alumnos, entrega de materiales y de las evaluaciones, etc. Fue reiterativo el señalamiento respecto de la existencia de profesores que exhiben falta de motivación y desinterés por su trabajo.

Tanto profesores de universidades públicas como de universidades privadas de reciente creación, apuntaron a condiciones laborales y bajas remuneraciones como razones que afectan la calidad de los

docentes. El bajo número de profesores nombrados, que se eslabona con la ausencia o poca frecuencia de concursos, concurre al agravamiento de la situación laboral de los docentes.

Uno de cada cinco estudiantes se refirió a la infraestructura de las universidades como un aspecto importante que urge ser atendido. Una de cada cuatro estudiantes indicó que las facultades debían preocuparse por mejorar las condiciones materiales y tecnológicas en las que se desarrollan las actividades; algunas de ellas se refirieron a la inseguridad a las que se hallan expuestas, debido a la precariedad de los locales. Algunos profesores coincidieron con el sentir de muchos alumnos al señalar que las facultades deben ampliar recursos tecnológicos: computadoras, acceso a Internet, materiales audiovisuales, teleconferencias, etc. Algo más de tres de cada cinco de las facultades que proporcionaron información sobre sus bibliotecas tenían 5000 volúmenes o menos y sólo cinco de las 29 contaban con más de diez mil libros.

El profesor, protagonista de la enseñanza del derecho

No se dispone de información oficial sobre el número de profesores de Derecho existentes en el país. Asimismo, no hay información oficial acerca del número de hombres y de mujeres que practican la docencia en Derecho.

En 2003, el profesor Gorki Gonzales sostenía: “En general, los profesores de Derecho –ya se trate de ordinarios o no– difícilmente se insertan en la docencia en regímenes laborales que impliquen más horas que las que exige el dictado, [...] la dedicación a tiempo completo o a medio tiempo implica solamente la atribución de una mayor carga docente y, eventualmente, algunas asesorías o responsabilidades de tipo administrativo”.³ Las respuestas obtenidas en la entrevista a autoridades, permitió establecer que, del total de 2.225 profesores en funciones en las 32 facultades de las que se obtuvo la información, cuatro de cada cinco (79.77%) se desempeñaban como profesores por horas. Debe reconocerse, sin embargo, que este rasgo no es típico de las facultades de Derecho sino que caracteriza al conjunto de la universidad peruana.

El cuadro 2 presenta los resultados de la indagación, hecha entre las autoridades de 32 de las facultades de la muestra, acerca del número de profesores ordinarios y contratados, así como de su dedicación.

² Juan F. Monroy Gálvez, Diseño de un modelo educativo alternativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, ms., Lima, s/f., p. 4, nota 7.

³ Gorki Gonzales, La enseñanza del derecho en el Perú: cambios, resistencias y continuidades, próxima publicación, p. 40.

Cuadro N°2

Número de profesores ordinarios y contratados según condición, nivel y régimen de dedicación en las facultades de la muestra

Condición	Dedicación exclusiva	Tiempo completo	Medio Tiempo	Por horas	Totales
Ordinarios:	58	183	68	380	689
- Principal	31	77	5	81	194
- Asociado	20	60	49	139	268
- Auxiliares	7	46	14	160	227
Contratados	1	11	129	1395	1536
Totales	59	194	197	1775	2225

Aparte del marcado predominio de los profesores por horas sobre los profesores de mayor dedicación, que ya ha sido señalado, los datos del cuadro 2 ponen de manifiesto que: (i) casi siete de cada diez profesores de Derecho (69%) son contratados; (ii) el número de profesores de dedicación exclusiva, dentro del total, es ínfimo (2.65%), a los cuales puede añadirse una proporción, tampoco significativa, de profesores de tiempo completo (8.71%); y (iii) en suma, sólo uno de cada diez profesores de derecho (11.36%) desempeña sus funciones a dedicación exclusiva o tiempo completo.

De un lado, reposar sobre profesores por horas, en proporción tan alta, no sólo debilita la tarea docente sino que limita severamente la posibilidad de que en las facultades de Derecho se investigue. De otro lado, el alto número de profesores contratados nos refiere a personal docente que ejerce la función sin haber pasado por un concurso de selección y cuyos méritos han sido apreciados sólo por la autoridad universitaria que lo designa.

Diversos testimonios recogidos en el curso del estudio corroboraron un patrón destinado a seleccionar a los profesores contratados, que ya fue encontrado en un trabajo empírico sobre cuatro universidades limeñas, realizado veinte años atrás.⁴ Se recurre a profesionales conocidos en el medio profesional, debido a desempeñarse en la especialidad de la asignatura y a gozar de cierto reconocimiento profesional. A menudo, son otros profesores quienes recomiendan a sus futuros colegas, e incluso algunos estudiantes –mejor si se trata de dirigentes estudiantiles– intervienen en el proceso. Estos mecanismos

...
reposar sobre profesores por horas, en proporción tan alta, no sólo debilita la tarea docente sino que limita severamente la posibilidad de que en las facultades de Derecho se investigue.

informales, aunados a la urgencia de contratar profesores ante el siempre creciente número de alumnos, reclutan docentes valiéndose de relaciones políticas o de amistad y dan lugar al ingreso a personas insuficientemente capacitadas, sea en conocimientos o en técnicas pedagógicas.

En cuanto a la formación de los profesores de Derecho, la entrevista a autoridades inquirió por el número de docentes que habían estudiado fuera del país, el número de magísters y el de doctores. Los resultados, obtenidos en 24 de las facultades, pueden verse en el cuadro 3. Asumiendo que estas cifras son exactas, resulta llamativo tanto que un tercio de las facultades de la muestra no contara con un solo profesor que hubiera estudiado fuera del país, así como también que en una tercera parte de ellas ningún docente tuviera el grado de doctor.

Cuadro N°3

Facultades de la muestra según formación académica de sus profesores

Número de profesores	con estudios fuera del país	con grado de magíster	con grado de doctor
Ninguno	8	3	8
Entre 1 y 5	10	8	13
Entre 6 y 10	3	7	3
Más de 10	3	6	0

Un aspecto de particular interés en la observación de clases fue el referido a asuntos de ética profesional. Hubo varios casos en los cuales el profesor enseñaba a sus alumnos cómo circunvalar la ley; así, en una universidad pública de Lima, el maestro sugirió que para evitar un embargo era preciso pasar a tiempo los bienes a nombre de otra persona. En una universidad privada de Lima, otro profesor sugirió que, al apelar una resolución judicial de primera instancia, podía sugerirse como fundamento que el juez se había coludido con la otra parte, dado que es un hecho bastante probable. Cuando en otra clase, de esa misma universidad, un alumno planteó que, al recibir un caso, lo primero que debe hacerse es pedir los honorarios “para luego poder pensar mejor”, el profesor manifestó su acuerdo. En una universidad privada del norte, al discutirse un caso hipotético de violación, el profesor sugirió que se aconsejara al cliente casarse para evitar la san-

4 Mónica Benites y Ricardo Salazar, Situación actual de la enseñanza del derecho en Lima Metropolitana, Lima, Tesis (Br.) PUCP, Facultad de Derecho, Lima, 1987.

ción. Finalmente, en una universidad pública de Lima, el profesor aconsejó a los alumnos el uso de “latinazos” pero sugirió advertir al cliente: “con latinazos sale más caro”.

A partir de las observaciones realizadas en clase puede señalarse que, en muchos casos, el profesor promedio no parece situarse como el conductor de la clase. Su falta de autoridad se revela, en ocasiones, cuando se producen desorden o diversas conversaciones en la clase y el profesor no intenta recuperar el control de la situación. En varias de las clases observadas prevalecía un ambiente de conversación en grupos que el profesor no intentó limitar, los alumnos entraban y salían del aula sin explicación aparente, los teléfonos celulares sonaban e incluso, en un caso, un alumno sostuvo, a través de una ventana, una prolongada conversación con un compañero que se hallaba en el pasillo.

El alumno, protagonista de la enseñanza de derecho

No obstante las limitaciones de la información disponible para 2002, cabe destacar que entre los ingresados ese año en 19 facultades de Derecho, 54.36% correspondía a hombres y 45.63% a mujeres. En tres de las universidades las mujeres ingresaron a la facultad de Derecho en un número mayor al de los hombres. Dos de cada cinco estudiantes encuestados (39.3%) trabajaban. Algo más de la mitad de ellos (55.6%) lo hacían a través de una práctica profesional en un estudio de abogados, mientras el resto realizaba otro tipo de trabajo. Casi la mitad de los estudiantes que trabajan lo hacen más de 20 horas a la semana.

37.1% de los estudiantes entrevistados escogió la carrera de Derecho en razón de la utilidad de la profesión; 35.6% se enroló para trabajar por la justicia; 22.9% se sometió a la influencia de padres y familiares; y en 16.4% pesó decisivamente el prestigio de la profesión. Al comparar las opiniones de varones y mujeres, los primeros eligieron mayoritariamente la carrera motivados por la utilidad de la profesión (34.6%) y trabajar por la justicia (34%); entre las mujeres primaron las mismas motivaciones pero en orden inverso: 43% para trabajar por la justicia y 31% en razón de la utilidad de la profesión. 18% de los estudiantes varones indicaba el ganar dinero como una motivación para estudiar Derecho, frente a sólo 2% de las estudiantes mujeres. Uno de cada

cinco estudiantes varones eligió la carrera en la continuación de una trayectoria familiar, aspecto que no fue privilegiado por las mujeres en la elección de la carrera. Entre las estudiantes mujeres, la mitad había elegido la carrera debido a su vocación de servicio.

Los estudiantes encuestados visualizaban su futuro profesional fundamentalmente como abogado en el sector privado (36.4%), abogado litigante (23.3%) y abogado en el sector público (11.2%). En contraste, las actividades profesionales que merecen poco interés entre los estudiantes son: juez (6.5%), fiscal (5.1%) y trabajo académico (3.3%). 14% de los estudiantes no habían decidido la actividad futura y un pequeño sector (5.1%) –fundamentalmente entre las mujeres– no pensaba ejercer la carrera. Al relacionar la motivación que llevó a los estudiantes a estudiar derecho con el proyecto profesional futuro, 46% de los estudiantes que indicaron la influencia de los padres en su decisión se imaginaban trabajando como abogados en el sector privado. Entre aquellos estudiantes que eligieron la carrera debido a la utilidad de la profesión, 48% veía su futuro profesional como abogado del sector privado y como abogado litigante. Cabe prestar atención al hecho de que, entre el sector de estudiantes que eligieron la carrera debido a su utilidad, apenas 1.2% de estudiantes de universidades privadas deseaba ser juez, frente a 20% de los estudiantes de universidades públicas, cuya motivación para estudiar Derecho era la misma.⁵

La mayoría de los estudiantes entrevistados (84.7%) dijeron que asisten semanalmente a más de quince horas de clase. Además de la asistencia a clases, la mitad de los alumnos señalaron que semanalmente dedican entre seis y quince horas al estudio. Dos de cada tres estudiantes indicaron que el tiempo de estudio lo destinan a la lectura de la bibliografía del curso, mientras un poco más de un tercio señaló que en ese tiempo repasa los apuntes tomados en clases y sólo 2.5% de los alumnos sostuvieron que, en sus horas de estudio, discuten en grupo los temas del curso.

Los profesores entrevistados indicaron que una de las mayores carencias entre los estudiantes de Derecho –y probablemente resulte un rasgo común entre los estudiantes universitarios peruanos, en general– es la poca dedicación a la lectura. Sin embargo, las observaciones de clase permitieron verificar que los profesores no exigen a los alumnos en clase que muestren los resultados de las lecturas apa-

⁵ En esta diferencia es interesante subrayar la distinta valoración que unos y otros estudiantes hacen de la magistratura. Mientras que desde una universidad privada ser juez o fiscal es algo percibido como poco útil personalmente, la visión que se tiene desde una universidad pública resulta la contraria: la magistratura sí es vista como un mecanismo de ascenso social y de prestigio.

rentemente exigidas. Un abogado en ejercicio y docente, entrevistado como informante calificado, observó: “No hay interés en los estudiantes por estudiar”. Varios de los profesores entrevistados concordaron en que una de las carencias entre los alumnos universitarios resulta la falta de interés por la lectura.

La mitad de los estudiantes entrevistados manifestaron sentirse frustrados debido a la formación recibida; sin embargo, resulta sorprendente que sólo uno de cada cinco de los estudiantes (21.4%) considerase que no está siendo preparado para un buen desempeño como abogado. No obstante, entre aquellos estudiantes que indicaron como motivo para elegir la carrera de Derecho “trabajar por la justicia”, 53% de los encuestados en universidades privadas y 71% de los encuestados en universidades públicas esperaban algo distinto de los estudios. Entre aquellos estudiantes que eligieron la carrera de Derecho debido a la utilidad de la profesión, los porcentajes de insatisfacción eran algo menores: 46% de estudiantes de universidades privadas y 62.5% de estudiantes de universidades públicas señalaron que esperaban algo distinto de los estudios de Derecho.

Entre las razones de los estudiantes para formular un balance insatisfactorio, más de un tercio de los estudiantes inconformes señalaron que los profesores no están bien preparados y uno de cada cuatro estudiantes indicó que la enseñanza en las facultades era muy teórica. Para la mayoría de los estudiantes, un buen profesor es aquel que prepara sus clases y tiene un buen método de enseñanza; es dinámico y utiliza la didáctica; se apoya en materiales audiovisuales; y relaciona los conocimientos con la realidad, es decir, de manera más específica, que “aplique los conceptos a los casos”.

La dinámica de la enseñanza del derecho

Las facultades de Derecho son el lugar más importante donde se generan “las convicciones, prácticas, instituciones e ideas sobre el papel del Derecho y la función de los operadores del sistema legal”; en ellas se transmite “el conjunto de valores, destrezas, perspectivas y funciones asignadas a lo

jurídico a través de las materias que se imparten en las aulas”.⁶ En relación con el quehacer judicial, en particular, la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados ha recordado que “la calidad de las resoluciones judiciales guarda íntima relación con la formación profesional recibida en las universidades” (Tacna, 28 a 30 de agosto de 2003). Podría irse algo más lejos: de la calidad de la formación universitaria en Derecho depende directamente la calidad del sistema de justicia.

Nuestro estudio recurrió a diferentes instrumentos para examinar las características de las facultades de Derecho muestreadas. Además de entrevistar a un grupo de informantes calificados, se encuestó a autoridades, profesores y estudiantes, y se recurrió a observar clases, escogidas al azar en cada facultad de la muestra. Los resultados pueden ser examinados en dos rubros, el que atañe a los contenidos y el que corresponde a los métodos de enseñanza, si bien ambos aspectos interactúan en la realidad.

En cuanto al *qué se enseña*, en 2003 un profesor universitario escribió: “De forma mayoritaria, en nuestras facultades los profesores enseñan la ley”.⁷

En cuanto al qué se enseña, (...) "no se ha superado la cultura del código". (...) "Se da una formación estrecha, informativa y positivista. No se trabaja en el razonamiento jurídico".

En 2004, entre los informantes calificados que fueron entrevistados para este estudio, una jueza apuntó: “no se ha superado la cultura del código”. “Se sigue enseñando el Derecho como si fuera el texto de la ley; no se usa la jurisprudencia”, completó un abogado en ejercicio. Un colega elaboró el punto: “Se da una formación estrecha, informativa y positivista. No se trabaja en el razonamiento jurídico”. Con ellos concordó un abogado penalista: “Se da información, no razonamiento. Sólo se ve lo normativo y la solución menuda. Hay un pobre entrenamiento para litigar”. “No se enseña la diferencia entre verdad formal y verdad real”, completó otro abogado. “Faltan prácticas”, reclamó una jueza. En términos más generales, otro colega apuntó: “No se entra en la realidad”.

Interesa contrastar las opiniones recogidas, a este respecto, de profesores y estudiantes, que recoge el cuadro 4. La opinión estudiantil ratificó el predominio de la tendencia señalada por los informantes calificados.

Interesa contrastar las opiniones recogidas, a este respecto, de profesores y estudiantes, que recoge el cuadro 4. La opinión estudiantil ratificó el predominio de la tendencia señalada por los informantes calificados.

⁶ Gorki Gonzales, Enseñanza del derecho y reforma judicial: ideas para un acuerdo impostergable, ms., Lima, noviembre de 2003, pp. 1-2.

⁷ Juan F. Monroy Gálvez, Diseño de un modelo educativo alternativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, ms., Lima, s/f., p.15.

Cuadro N°4

¿A qué están orientados más los cursos?, según profesores y alumnos entrevistados (%)		
Tendencia de los cursos	Según profesores	Según alumnos
Transmitir conocimientos	35.5	62.2
Enseñar a solucionar problemas	64.5	37.8

Otros aspectos del trabajo de campo realizado corroboran que la característica prevaleciente en el contenido de la enseñanza es su circunscripción a la ley. En cierto número de casos, la explicación del texto legal se acompaña de comentarios doctrinarios. El examen hecho de cierto número de *syllabus*, proporcionados por las autoridades entrevistadas, revela una tendencia clara en esta dirección. De esta manera –y en correspondencia con una concepción estrecha del Derecho– quedan fuera de la atención docente tanto las decisiones judiciales como, lo que es más grave, la realidad misma de aquellos hechos a los que se refieren las normas y que es la que el estudiante habrá de enfrentar en su desempeño profesional.

En algo menos de una cuarta parte de las clases observadas (22.8%) las preguntas formuladas por los profesores estaban referidas a cuestiones prácticas o de aplicación. Esta proporción no parece satisfacer a los alumnos que, al ser entrevistados, con frecuencia echaron de menos en su facultad una enseñanza práctica, basada en casos reales. En ese mismo sentido, un docente ha señalado: “Apenas el estudiante de Derecho abandona la facultad, se encuentra con un mundo que no sólo no le fue dado a conocer sino que le fue ocultado. Las modalidades de la práctica profesional y sus circunstancias concretas constituyen un escenario distinto a aquel que le fue presentado en las aulas”⁸.

En muchas de las clases observadas prevaleció la vía literal para interpretar. En una universidad privada de Lima, un profesor dejó en claro: “no hay que ir más allá de lo que nos dice la ley”. De diversas maneras, este enfoque fue expresado por la práctica de muchos otros docentes. No se ponía atención en el uso de criterios interpretativos, ni en la razonabilidad para elegir entre varias interpretaciones posibles. Incluso se constató la falta de interpretación de la ley a partir de criterios constitucionales.

Destacó la “lotización” adoptada en la enseñanza de cada asignatura: los profesores no relacionan las materias a su cargo con aquellas otras, conexas, que se estudian en otros cursos. Esta aproximación del docente ocasiona una falta de visión sistémica del Derecho y conduce al estudiante a enfrentar un problema a partir de un enfoque parcial –civil, familiar, penal, etc.– que no alcanza a dar cuenta de la integridad del asunto del que se trate. Una abogada, entrevistada como informante calificada, precisó el problema que surge en la práctica profesional: “No se conoce el Derecho como sistema. Los civilistas no conocen nada de penal. Se busca la especialización y no se da interés al conocimiento del conjunto del Derecho”.

Las formas de evaluación también revelan qué es lo que se enseña, puesto que los alumnos adecuan su aprendizaje y preparación a aquello que les será exigido en la evaluación. Las respuestas de los entrevistados indican el predominio de pruebas objetivas: 65.6%, según los profesores, y 74.6%, según los alumnos. Esta preferencia, seguramente motivada por la facilidad y rapidez que este tipo de prueba otorga al profesor para calificar, tiene consecuencias directas sobre el aprendizaje que, entonces, no atiende a la calidad del razonamiento del alumno, imposible de medir mediante una prueba con posibles respuestas predeterminadas. El contraste de las respuestas de alumnos y profesores en relación con el tipo de preguntas formuladas en los exámenes se muestra en el cuadro 5.

Cuadro N°5

Tipo de preguntas formuladas en los exámenes, según profesores y alumnos entrevistados (%)		
Tipo de pregunta	Según profesores	Según alumnos
De concepto	17.6	43.3
De conoc. legales	28	31.6
Prácticas	54.4	25.1

En cuanto al *cómo se enseña*, los informantes calificados que fueron entrevistados por este estudio fueron bastante concluyentes. Un magistrado describió: “Se toma apuntes de lo que dice el profesor; no se lee”. Un profesor corroboró: “Se sigue enseñando memorísticamente”. Otro magistrado demarcó los límites: “No parece haberse pasado de un manual o de una separata”. Un tercer magistrado sostuvo que la raíz se halla en “la forma abstracta como se enseña. No se entrena en el razonamiento jurídico. No se

⁸ Juan F. Monroy Gálvez, Diseño de un modelo educativo alternativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, ms., Lima, s/f., p. 13.

usan casos desde los que se generen aptitudes y habilidades para ubicar el problema y razonar creativamente la solución”. Con más detalle, otro entrevistado reclamó la carencia de “una formación técnica en la búsqueda de información, el interrogatorio, la exposición y la persuasión”.

Según las observaciones de clase, hay unas cuantas universidades en que el dictado de clases se ejecuta en forma literal; en tres de las clases observadas –en dos universidades nacionales y una privada–, el profesor dictaba y los alumnos tomaban nota. En una universidad privada, el profesor leía partes de un manual de texto y consultaba periódicamente si había dudas o preguntas. En otra universidad privada se constató el caso de un profesor que otorgaba una calificación a la revisión del cuaderno donde sus alumnos tomaban notas del contenido de las clases. Sorprendentemente, casi dos tercios de los profesores (62.5%) cuyas clases fueron observadas no usaron notas o apuntes que consultaran durante la clase. Sólo en 11.7% de las clases se usó algún apoyo audiovisual.

Cuando se pidió a los estudiantes entrevistados que describieran una clase promedio, tres de cada cinco respuestas correspondieron a tres modalidades similares: la primera es el dictado de la materia por el profesor que eventualmente es interrumpido por preguntas (41.1%); la segunda es el dictado del profesor como único contenido de la clase (12.4%) y la tercera es el dictado más un tiempo final que el profesor abre para recibir interrogantes (6.2%). Esta percepción fue corroborada por la observación de clases durante el trabajo de campo: 45% en la primera modalidad, 15.8% en la segunda, 2.5% en la tercera. Desde ambas fuentes se concluye en que la exposición del profesor con preguntas eventuales de los alumnos es el método de enseñanza mayoritario

En el lado alternativo se situaron, de una parte, el caso del profesor que explica el tema de la clase pero enseguida abre una discusión con los alumnos. De acuerdo a más de un quinto de los alumnos entrevistados (22.9%), esto es lo que ocurre en sus clases; sin embargo, en las clases observadas este porcentaje se redujo a la mitad (10.8%). De otra parte, surgió el caso del profesor que, luego de una exposición, plantea un problema práctico para ser discutido. De acuerdo al 11.3% de los alumnos entrevistados, ése es el método predominante en su facultad; en cambio, ese porcentaje bajó a 7.5% en las clases observadas.

Finalmente, quedaron las dos últimas –y menos frecuentes– posibilidades. Una era que el profesor llevara un problema o caso para ser discutido en clase; apenas 1.8% de los alumnos entrevistados eligió esta descripción, mientras que 5.8% de las observaciones indicaron que tal había sido el curso de la clase. La otra era que el contenido de la clase girara en torno a la presentación de un tema por alumnos a quienes se les había encargado previamente; esta descripción fue la elegida por 4.4% de los alumnos entrevistados y, sin embargo, constituyó 12.5% de las observaciones en clase. Aunque minoritarias, las cifras correspondientes a las tendencias alternativas a la mayoritaria no deben ser ignoradas: en diversas clases –correspondientes tanto a universidades públicas como privadas, de Lima o del interior– se encontró el uso de lecturas y trabajos, así como métodos participativos que incluían exposiciones de los alumnos, previamente encargadas.

El uso de tres instrumentos para abordar el tema permitió resaltar el contraste entre, de un lado, la relativa concordancia entre las respuestas ofrecidas por los alumnos y las observaciones de clase y, de otro, las respuestas dadas a la misma pregunta por los profesores. El conjunto de resultados puede ser comparado en el cuadro 6.

Cuadro N°6

Descripción del contenido de una clase promedio (%)			
Contenido de la clase	Según profesores entrevistados	Según alumnos entrevistados	Según observación de clases
Profesor expone la materia	4.8	12.4	15.8
Exposición y preguntas que interrumpen	26.4	41.1	45.
Exposición y tiempo para preguntas	2.4	6.2	2.5
Exposición y apertura a discusión	37.6	22.9	10.8
Exposición y planteamiento de problema práctico	25.6	11.3	7.5
Planteamiento de problema o caso a ser discutido	1.6	1.8	5.8
Alumnos presentan tema previamente preparado	1.6	4.4	12.5

Puede concluirse en que la realidad debe corresponder a la percepción de los alumnos y a la comprobación realizada por las observadoras del equipo de investigación, y que las respuestas dadas por los profesores responden al “efecto imagen”. Pero esta segunda parte de la explicación conduce a un tema mayor: la mayoría de los docentes que decían hacer en clase aquello que en realidad no hacen, sí sabían cómo debería ser su labor en aula; en consecuencia, respondieron al entrevistador con un “deber ser” que no ignoraban por completo pero que no llevan a la práctica. La deficiencia docente en el aspecto de cómo enseñar corresponde, entonces, más que a un déficit de conocimientos pedagógicos –sin duda, existente–, a la renuencia a abandonar un método tradicional de enseñanza que resulta menos laborioso y exigente para el profesor.

Pese a que, en las entrevistas a los alumnos, casi un tercio (32.4%) indicó que “todos los profesores exigen que el alumno haga lecturas” y otro 28.4% rebajó su respuesta a “la mayoría” de los profesores, 83.2% de los docentes entrevistados dijo ordenar lecturas a sus alumnos y 45.2% sostuvo que las lecturas previas eran necesarias para seguir el curso de las clases. Como ya se ha adelantado, las respuestas de los docentes no fueron corroboradas por la observación del trabajo en aula: en la mayoría de las universidades de la muestra, se reveló que el desarrollo de la clase no se apoyaba en lecturas previamente efectuadas por el alumno. En 70% de las clases observadas el docente no hizo referencia alguna a lecturas indicadas y en 57.5% de ellas no se hizo recomendación bibliográfica alguna. Estos datos son contrastables con el hecho de que, en cierto número de universidades, existe un *syllabus* para cada curso, que incluye bibliografía, e incluso algunas universidades tienen esta información disponible en su página web. Pero lo observado en el desarrollo de las clases revela que las lecturas que debió hacer el alumno no son incorporadas como insumo por el profesor. De manera correspondiente, en apenas 8.3% de las clases se produjo alguna intervención en la que un alumno aludiera a alguna lectura.

La información examinada permite concluir en que la corriente pedagógica mayoritaria consiste en que el profesor explique la materia que ha designado para esa clase. Como se observara antes, esta opción pedagógica no se halla desconectada de qué se enseña; por el contrario, el método elegido expresa bien los contenidos preferidos: “por su verticalidad la clase magistral coadyuva al fortalecimiento de

una determinada concepción del derecho: el formalismo (básicamente, reducción del derecho a la norma escrita)”.⁹

De la mayor parte de facultades de Derecho integrantes de la muestra, puede decirse que se incurre en un malgasto del tiempo de clase, dedicándolo a transmitir información que bien pudo haber sido conocida por los alumnos a través de la lectura previa. Pese a que en la mayoría de las clases observadas (69.2%) el profesor parecía alentar la participación, el carácter abstracto de los contenidos transmitidos y la falta de lecturas precedentes a la clase confluyen en un rol pasivo del estudiante, como tendencia predominante. En la mayor parte de las clases, se produjeron intervenciones de los alumnos, aunque las preguntas eran pocas y se limitaban usualmente a solicitar aclaraciones o precisiones de parte del profesor. Salvo la formulación de preguntas a los alumnos, generalmente sobre conceptos o conocimientos legales, los profesores no usaban recursos destinados a involucrar al alumno en la clase –tal vez debido a cierto desconocimiento pedagógico–. En nueve de cada diez clases observadas (89%) no hubo intervenciones de alumnos que se refirieran a lo dicho por algún compañero, lo que indica claramente la ausencia de un clima de diálogo en el aula.

Conclusiones

Como en el resto de América Latina, en el Perú se verifica “la proliferación de instituciones privadas de baja calidad, y el deterioro de la educación pública; [...] síntomas de la expansión desordenada que converge en la preocupación por la calidad del sistema”. Todo esto “genera dificultades crecientes de absorción de los egresados y conduce a una diferenciación en la utilidad del diploma universitario”.¹⁰

En el caso peruano, la “expansión desordenada” que desde los años sesenta convirtió la creación de una universidad en una reivindicación de cada capital de departamento, se ha incrementado notablemente en los últimos diez o quince años, a través de la multiplicación de universidades-empresa, cuyo propósito –reconocido como legítimo por las normas legales entonces adoptadas– es el lucro. De hecho, según la información oficial, las dos décadas en las que se ha producido un mayor incremento de instituciones universitarias han sido la de los años sesenta, cuando se establecieron 20 universidades nuevas, y la de los años noventa, cuando se crearon otras 21. En ambas décadas se constituyeron más de

⁹ Paul Súmar Gilt, *El cuerpo de la toga. Datos y apuntes para el estudio de abogados y abogacía*, Asesores Empresariales, Cusco, 1997, p. 48.

¹⁰ Lucía Klein y Helena Sampaio, *Los temas críticos de la educación superior en América Latina*, México, 1966, cit. por Róger Guerra-García, *La arrinconada universidad peruana y sus posibles salidas*, Conferencia en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo, 12 de abril de 2004.

la mitad del total de universidades que existen en el país. Sin embargo, mientras en la primera ocasión, las universidades públicas (11) superaron en número a las privadas (9), en la segunda ocasión las universidades privadas (19) primaron sobre las públicas (2).

Las universidades públicas de la primera gran ola de expansión se constituyeron en lugares del país donde no había condiciones de diverso tipo para establecerlas, carencia que hizo decaer la calidad de la preparación profesional. En la segunda gran ola de expansión, la transformación de la enseñanza universitaria en un negocio –no sólo mediante el establecimiento de nuevas universidades sino mediante la “conversión” de algunas antiguas– ha debilitado aún más los niveles de calidad en la formación profesional y ha dado lugar a una compleja diversidad en la oferta de enseñanza del Derecho.

En la conformación de esa diversidad intervienen muy diferentes factores que difícilmente aceptarían un solo eje explicativo. Ciertamente, el antiguo contraste entre universidades públicas y privadas no mantiene vigencia desde esta perspectiva. Además, constituiría una simplificación colocar en un extremo a las universidades con mayores recursos y en otro a las que carecen de ellos, dado que la calidad del producto no depende sólo de este factor, aunque, sin duda, la variable recursos es un componente de la diversidad.

Otro componente clave es el grado en el cual el propósito de lucro ha penetrado el sistema universitario. En un extremo se hallan las universidades públicas, donde las posibilidades de lucro son marginales y se localizan en ciertas maestrías, especializaciones o doctorados que exigen pagos del alumno. En el otro, se encuentran las universidades-empresa cuyo objetivo manifiesto es maximizar ganancias, para lo cual es ya usual recurrir a la publicidad, ofreciendo las mayores facilidades para obtener el título profesional, a cambio de los respectivos pagos. En éstas, la calidad académica es colocada en un papel subalterno y las autoridades académicas se hallan, en ciertos casos, bajo el mando de gerencias de tipo administrativo. Mientras que en las otras universidades, la baja calidad puede ser una consecuencia no deseada de limitaciones de diversa naturaleza, en las universidades-empresa es una resultante inevitable de la despreocupación existente sobre el

asunto, como revela, entre otros ejemplos, el hecho de que en varias de estas universidades no existan pre-requisitos para tomar un curso determinado: no hay una lógica formativa que determine cierto orden para estudiar las materias.

Además de diversidad, parece haber cierta heterogeneidad que hace difícil calificar a cada facultad de Derecho u otorgarle cierto nivel. Así, en una de las facultades de derecho más prestigiadas no existen seriamente concursos de profesores, dos terceras partes de los docentes son contratados, 90.9% de los profesores lo eran “por horas”, y se sigue reclutando como docentes a quienes un informante calificado llamó “los amigos de los amigos”. Algunas de las facultades de Derecho más antiguas del país, de otra parte, mantienen un elenco docente de cierto prestigio, al tiempo que los estudiantes carecen de carpetas para atender a los cursos más concurridos. Y no todas las universidades que, en un despliegue de modernidad, han incorporado el uso de recursos informáticos ofrecen un nivel de calidad formativo aceptable.

Diversidad y heterogeneidad no impiden que se pueda establecer un continuo que parte de aquellas facultades donde se provee al estudiante de un nivel profesional aceptable y va hasta algunas en las que poco o nada es lo que puede aprenderse. Un abogado y docente entrevistado como informante calificado se refirió a tres aspectos explicativos de este último tipo de enseñanza del Derecho: la falta de concursos para seleccionar profesores, el carácter lucrativo de la tarea y el desinterés de los alumnos por aprender. “La formación es un negocio, que se publicita. El interés de la enseñanza está en ganar plata y la masa sólo quiere obtener el título”, sostuvo.

...
el centro de la oferta de estas universidades es el título profesional, no la formación, y acaso esa oferta corresponda a una demanda social en la que escasean la seriedad y los objetivos definidos para formarse profesionalmente.

A partir de ese cuadro podría interpretarse que algunas facultades de Derecho “engañan” al alumno prometiéndole una formación que no pueden darle. Sin embargo, el centro de la oferta de estas universidades es el título profesional, no la formación, y acaso esa oferta corresponda a una demanda social en la que escasean la seriedad y los objetivos definidos para formarse profesionalmente.¹¹

Si esto es así, deberá admitirse que, en buena medida, el problema trasciende el ámbito de las facultades de Derecho y corresponde a condiciones que, como una extendida falta de

¹¹ El abogado de éxito y docente en una universidad privada de Lima, recién citado, explicó: “Lo que los alumnos buscan es tener las pistolas. Y el título profesional son las pistolas. Con eso saldrán a la calle”.

ética en toda la sociedad peruana, mal pueden ser remediadas sólo a partir de la enseñanza.

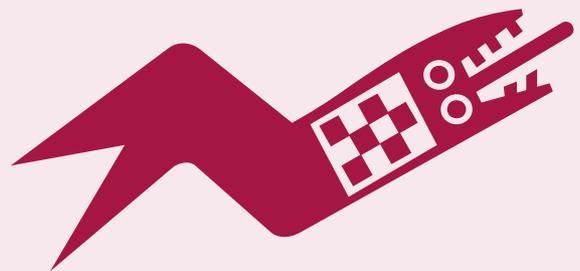
En ese marco, una pobre formación profesional –que sin embargo, en definitiva, otorga el deseado título de abogado– no contribuirá a mejorar la calidad del sistema de justicia pero sí habilitará a quien haya pasado por ella a desempeñar algún papel al que no podría aspirar si no tuviera el título profesional. Esta es, precisamente, la condición de ejercicio de la abogacía que parece ser mayoritaria en el país, conforme sostuvieron la mayoría de los informantes calificados. Lo que quiere decir que una pobre formación profesional, seguramente predominante en las facultades de Derecho, se corresponde con una también extendida forma de ejercicio profesional que es sumamente pobre.

Un rasgo predominante en las facultades de Derecho peruanas reside en la debilidad de su núcleo docente. Para comenzar, como se ha indicado antes, no existe, propiamente, una comunidad docente en Derecho. Lo que existe son profesores que, con niveles de calidad profesional heterogéneos, bajo diversos regímenes de dedicación y con remuneraciones muy distintas, asignan, en la mayoría de los casos, una parte de su trabajo profesional a enseñar Derecho. Y lo hacen sin una previa formación pedagógica. Muchos son reclutados para la tarea sin que medie un concurso público para proveer la plaza y, en el mejor de los casos, lo que cuenta para ser designado es la calidad profesional –en el peor, los contactos con las autoridades universitarias– sin que medie una evaluación de las calidades docentes del designado.

Las entrevistas a alumnos y las observaciones de clase, hechas para este estudio, pusieron de manifiesto que en la calidad docente reside la principal falencia de la enseñanza del Derecho en el país. Los alumnos señalaron repetidamente en sus profesores la carencia de conocimientos sólidos, la falta tanto de motivación como de exigencia al alumnado y las dificultades para comunicarse en el aula. Todo ello, además de una tendencia, que se ha examinado antes, a centrar los contenidos de la enseñanza en las normas y al uso de la clase conferencia como método de trabajo en aula. Las observaciones de clase comprobaron que ausencias y tardanzas, falta de preparación de las clases y de ejercicio de autoridad en ellas no constituyen experiencias aisladas. La conclusión reveladora de un alumno, transmitida a la entrevistadora, fue: “Te impulsan a ser autodidacta”.

En esa debilidad docente cabe una responsabilidad central a lo que puede denominarse la ausencia de dirección académica en la mayoría de las facultades de Derecho. Salvo casos de excepción, no existen mecanismos institucionales de formación de nuevos profesores. En la mayoría de las 33 facultades integrantes de la muestra, es el profesor quien decide qué y cómo enseñar, así como la forma de evaluación. El docente, con las virtudes y limitaciones que tenga, es encargado del curso por las autoridades –vía nombramiento o simple contratación– y queda a su leal saber y entender qué es lo que ocurrirá en el dictado del mismo. Esta es una deficiencia adicional a las de los docentes y corresponde a las facultades mismas. A ella debe añadirse otra: “una ausencia de control básico sobre la calidad educativa de las facultades de Derecho”.¹² No cabe duda de que el Estado tiene responsabilidad en el asunto y que debe ser cuestionado el frecuente recurso a la autonomía universitaria como un escudo protector de falencias e irregularidades que, de este modo, se reproducen impunemente.

Seguir reproduciendo mediocridad e ineficiencia profesionales constituye un engaño a la ciudadanía. En efecto, el engaño mayoritario no es el estudiante que acude a una facultad de Derecho y, en buena medida, no ignora la calidad formativa que ésta puede darle pero acaso la acepta a cambio del poco esfuerzo necesario para obtener el título de abogado. El engañado por el nivel al que ha descendido la enseñanza del Derecho es el ciudadano que, como respecto de otros profesionales, espera del abogado un servicio eficiente y, en cambio, paga a cambio de poco o nada. ■



¹² Gorki Gonzales Mantilla, *La enseñanza del derecho en el Perú: cambios, resistencias y continuidades*, próxima publicación, p. 47.

Martín Böhmer

Profesor del Departamento de Humanidades de la Universidad de San Andrés y Director del Área de Justicia del Centro para la Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), Argentina, mbohmer@udesa.edu.ar

Metas comunes:

la enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina¹

In the process that I describe, the law converts the raw materials of human nature and conflict into another form of life and language, into argument about justice. This conversion is in fact what marks us as human beings, for it is this above all upon which the life of the polis, of human community itself, depends. Indeed, what is true of the city is true of the self as well: both for the lawyer and for his client, the passion of ambition and conquest and competition are put to work in the service of a larger enterprise, the practice of arguing about what justice requires, without which we would have no city at all, no community, and no philosophy.²

James Boyd White



This article is divided into four sections. The first describes legal education in Argentina, highlighting the incongruence between this form of education and the institutional arrangements that regulate the law profession. The second analyzes how this concept of legal education developed, and the third demonstrates law schools' inability to respond to the challenge of providing politically relevant education in a context in which the rules of the institutional game have been destroyed, as is the case in Argentina. The final section presents a proposal designed to accompany an eventual process for building the Rule of Law with a concept that is in keeping with the training of judicial operators.

El recorrido del trabajo es el siguiente: en la parte I encaro la descripción de la enseñanza del derecho en la Argentina para subrayar lo que sin datos podría parecer una caricatura exagerada. Destaco la incongruencia de esta forma de enseñar con los arreglos institucionales que regulan la profesión del derecho y describo los intereses que juegan para garantizar la permanencia de esta situación. En la parte II explico el surgimiento de esta concepción de la enseñanza del derecho incluyéndola en una concepción más general del derecho, de

la ciencia del derecho y del rol institucional de las profesiones del derecho dentro de la concepción continental del sistema político. Y en particular ofrezco, para la Argentina, una explicación histórica de la creación de esta forma de enseñanza poniéndola dentro del contexto de la creación del Estado Nacional. Finalmente, en la parte III, muestro la incapacidad de las facultades de derecho de responder al desafío de una enseñanza políticamente relevante cuando no existe el Estado o se han destruido las reglas del juego institucional como es el

¹ Este trabajo está basado en el que fuera presentado en el Seminario sobre Educación Jurídica realizado en la ciudad brasilera de Petrópolis, entre los días 15 y 14 de febrero de 2003. El autor agradece la oportunidad de presentarlo y discutirlo allí a los profesores Eliane Junqueira, de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro y Rogelio Pérez Perdomo, de la Universidad Metropolitana de Caracas.

² "En el proceso que describo, el derecho convierte los crudos materiales de la naturaleza humana y del conflicto en otra forma de vida y de lenguaje, en argumentos acerca de la justicia. Esta conversión es de hecho lo que nos hace seres humanos, porque sobre todo de ella depende la vida de la polis, la vida misma de la comunidad. En definitiva, lo que es cierto de la ciudad es cierto también del individuo: tanto para el abogado como para su cliente, la pasión de la ambición y la conquista y la competencia son puestas a trabajar al servicio de una empresa más amplia, la práctica de argumentar acerca de lo que requiere la justicia, sin la cual no tendríamos ciudad, ni comunidad, ni filosofía". (La traducción es mía)

caso de nuestro país. Cierro el trabajo con una propuesta mínima de acompañar un eventual proceso de construcción del estado de derecho con una concepción consistente de la formación de los operadores jurídicos en la Argentina

PARTE I

A. Algunos datos

Regreso una vez más a la enseñanza del derecho en la Argentina y vuelvo a sorprenderme. Releo los datos, compulso nuevamente las cifras, y es como si el tiempo no hubiera transcurrido: todavía logran alarmarme. Las facultades de derecho siguen produciendo operadores jurídicos incapaces de realizar cualquiera de los trabajos que les asigna nuestro sistema político.

La grave inadecuación de las respuestas institucionales a las crisis recurrentes de la Argentina sigue siendo evidente y quienes tienen la responsabilidad de brindar esas respuestas son egresados de las facultades de derecho. Un breve repaso muestra que lo son todos los presidentes elegidos desde el regreso de la democracia en 1983, la mitad de los legisladores con un título universitario, la totalidad del Poder Judicial y de quienes tienen en monopolio el acceso a la justicia, los periodistas más reconocidos y los dueños de los medios de comunicación, así como un porcentaje no menor de los directores de las empresas más importantes del país. En efecto, la clase dirigente argentina se forma en las aulas de las facultades de derecho. En ellas la única meta docente es transmitir la mayor parte posible de los textos que conforman el derecho positivo argentino y la única meta estudiantil consiste en repetirlos en los exámenes. Cinco años de repetición de textos es la única actividad requerida por el Estado Nacional para la formación de quienes dirigen el destino del país.

Lo que acabo de decir no es una típica afirmación hiperbólica argentina. A fines de 1988 y comienzos de 1999 realicé una encuesta entre 256 alumnos de los cursos de práctica profesional de la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). La muestra involucró a más del 10% de los alumnos que estaban cursando el práctico en ese momento, lo que significa más del 10% de quienes estaban a punto de recibir su título de abogados. El práctico es un curso anual obligatorio para todos los alumnos de la UBA (con la excepción de quienes hayan trabajado en Tribunales por más de dos años).

Cinco años de repetición de textos es la única actividad requerida por el Estado Nacional para la formación de quienes dirigen el destino del país.

La UBA es la facultad más importante (30.000 alumnos y 1.000 profesores) de la ciudad más importante de la Argentina. Escuchemos a sus casi egresados:

—En líneas generales y desde su punto de vista, ¿cuáles son las fortalezas de la enseñanza que recibe de la Facultad de Derecho de la UBA?

- La buena calidad de los profesores. **40.6%**.
- Es fácil ingresar, es abierta. **37.9%**

—Siempre en su opinión y hablando en general, ¿cuáles son las debilidades de la enseñanza universitaria que recibe en esta facultad?

- Demasiada teoría, poca práctica profesional. **31.3%**.
- Falta de calificación, interés, seriedad de los profesores. Demandan demasiado poco de los alumnos. **25.0%**.

Un importante grupo de alumnos afirma que una fortaleza de la facultad es la calidad académica de sus profesores. Sin embargo, un 25% de ellos caracteriza como una debilidad la escasez de sus capacidades pedagógicas. El libre ingreso es una importante fortaleza. Por otro lado, el temor al egreso sin la preparación profesional necesaria se identifica claramente como una debilidad. En estas dos preguntas introductorias los alumnos celebran las facilidades de una carrera en la cual el prestigio de sus docentes no se refleja en sus capacidades de transmisión de las destrezas relevantes para el ejercicio de la profesión.

—¿Y cuál es su grado de satisfacción general con la formación que está recibiendo en esta facultad?

1. Muy satisfecho
2. Bastante satisfecho **60.5%**
3. Ni satisfecho ni insatisfecho
4. Bastante insatisfecho
5. Muy insatisfecho
6. NS/NC

—Pensando ahora en la enseñanza que Ud. recibe en la facultad, ¿en qué medida considera que la misma lo está o no lo está capacitando para desempeñarse profesionalmente?

1. Mucho
2. Bastante
3. Poco. **60.2%**
4. Nada
5. NS/NC

—Dígame, pensando en su futuro desempeño profesional, ¿cuáles de las siguientes actividades le gustaría más?

1. Abogado litigante. **36.7%**
2. Abogado consultor. **23.4%**

3. Abogado mediador
4. Juez/ Funcionario Judicial
5. Profesor Universitario
6. Funcionario público
7. Político
8. Empresario
9. Otro, ¿cuál?
10. NS/NC

—Y pensando en ese ámbito que acaba de mencionar, ¿Ud. cree que con la formación que recibe en esta facultad, tiene muchas posibilidades de lograrlo, bastantes posibilidades, pocas o ninguna posibilidad?

1. Bastantes posibilidades. **51.2%**
2. Pocas posibilidades. **34.0%**

Los alumnos se encuentran satisfechos con la formación que están recibiendo y sin embargo saben que esa formación los está capacitando poco para su desempeño profesional. Aún más: el 60% quiere trabajar en la profesión liberal como litigante o consultor y la mayoría cree que tiene bastantes (teniendo a pocas) posibilidades de lograrlo. Este conjunto de preguntas indica la poca relevancia que tiene para los alumnos la formación que brinda la facultad respecto del ejercicio profesional una vez que el alumno ha egresado. La satisfacción de los estudiantes con la formación que reciben en la facultad debe provenir, entonces, de una fuente diferente al impacto que ella tiene en su desarrollo profesional. A esta curiosa afirmación volveré más adelante.

—Hablando en general, ¿cómo evalúa el nivel académico (currículum, actualización, nivel de conocimientos) de los titulares de las cátedra que ha cursado hasta el momento? ¿muy bueno, bueno, regular, malo o muy malo?

1. Muy bueno **33.6%**
2. Bueno **45.3%**

—¿De los profesores adjuntos?

1. Bueno **52.3%**
2. Regular **28.9%**

—¿De los ayudantes alumnos?

1. Bueno **28.5%**
2. Regular **44.5%**

—En general, suponiendo un hipotético caso de un total de 10 clases al año, ¿cuántas de estas 10 clases anuales son dictadas por el profesor titular, y cuántas por el profesor adjunto y por el ayudante alumno?

	Cantidad de clases
Profesor titular	Ninguna 32.0%/ Una 33.6 %
Profesor adjunto	Siete 17.2% / Ocho 19.5%
Ayudante Alumno	Una 25.0% / Dos 24.2%
Total de clases	10

—Y siempre en líneas generales, ¿Ud. diría que, en la mayoría de los casos, el dictado de las clases comienzan al horario que corresponde, los alumnos deben esperar al profesor menos de 20 minutos o lo deben esperar más de 20 minutos?

1. Los alumnos deben esperar al profesor menos de 20 minutos. **53.1%**

—Y de acuerdo con su experiencia, ¿cuáles de las siguientes frases describen mejor lo que suele suceder en esta facultad:?

1. Muy frecuentemente las clases no se dictan porque el profesor o quien corresponda no se presenta.
2. Bastante frecuentemente las clases no se dictan porque el profesor o quien corresponda no se presenta.
3. Poco frecuentemente las clases no se dictan porque el profesor o quien corresponda no se presenta. **64.5%**
4. Nada frecuentemente las clases no se dictan porque el profesor o quien corresponda no se presenta.

En general los profesores adjuntos son quienes están a cargo de las clases. La UBA mantiene la estructura de cátedras dentro de departamentos de especialización. Los alumnos valoran más la calidad de los titulares que la de los adjuntos y más la de los adjuntos que la de los ayudantes alumnos. Es de notar que los estudiantes afirman que más de un diez por ciento de sus clases las brindan compañeros suyos a quienes califican mayoritariamente como regulares. Las clases no comienzan puntualmente y unas pocas veces el docente ni siquiera se hace presente. Estas circunstancias son síntomas de un fenómeno conocido: la abrumadora mayoría de docentes son muy *part time* y por lo tanto no están en la facultad (la UBA no cuenta con oficinas para profesores) y llegan corriendo de sus estudios o de los tribunales a dar su clase para volver luego a sus trabajos.

—Y en general, ¿qué material utiliza con más frecuencia para preparar exámenes?

1. Código **88.3%**
2. Ley comentada **60.9%**
3. Tratado **43.0%**
4. Manual **68.8%**
5. Apunte impreso

6. Apunte manuscrito
7. Resumen propio **56.6%**
8. Resumen ajeno
9. Notas de clase **69.1%**
10. Fallos **68.0%**
11. Otros, ¿cuáles?
12. NS/NC

—¿Y cuántas horas por semana le dedica Ud. a la facultad sin tener en cuenta el tiempo que le insume cursar las materias?

- 10 horas semanales **14.5%**
- 15 horas semanales **14.1%**

—En su caso particular, ¿Ud. diría que en general, suele estudiar para la mayoría de las clases, es decir está al día con las materias, o sólo suele estudiar para los exámenes parciales o finales?

1. Estudia para la mayoría de las clases, está al día **39.8%**
2. Estudia solamente para los exámenes parciales o finales **50.4%**

—Suponiendo que la asistencia a clase no fuera obligatoria, es decir que no fuera un requisito para lograr la regularidad de las materias, ¿en qué medida considera Ud. necesaria o no la asistencia a clase para aprobar o no una materia, muy necesaria, bastante necesaria, poco necesaria o nada necesaria?

1. Muy necesaria **43.4%**
Por qué?
Transmisión, comprensión **52.3%**
Por la explicación del profesor **37.8%**
2. Bastante necesaria **41.4%**
Por qué?
Para aclarar, para definir qué es importante **49.1%**
3. Poco necesaria **9.0%**
Por qué?
Repiten lo que está en los libros, son aburridas y una pérdida de tiempo **47.8%**
4. Nada necesaria **3.5%**
Por qué?
Repiten lo que está en los libros, aprender depende de los alumnos **66.7%**

Los alumnos también son muy *part time*. Estudian entre dos y tres horas cinco días a la semana. La mayoría de ellos trabaja. Leen el código, el manual de la cátedra, la ley comentada, sus notas de clase o fallos jurisprudenciales. Van a clase para subrayar lo que es importante y a comprender lo que leen. Más adelante se verá que lo que es importante es lo que el profesor evaluará en el examen.

Una minoría afirma que de nada sirve ir a clase porque en ellas sólo se repite lo que dicen los libros.



Sin embargo esta afirmación no se contradice con lo que responde la mayoría porque todos parecen estar de acuerdo que las clases repiten lo que dicen los libros. Sin embargo, como en la clase no se puede cubrir todo el programa en el mejor de los casos se explican los textos y en el peor lo que se diga en clase sirve para afirmar su relevancia para el examen. Lo que no se dijo en clase queda fuera de la evaluación. Es común escuchar de los estudiantes la excepción defensiva "eso no lo vimos en clase" en los exámenes. Esta afirmación constituye la apelación a un pacto tácito entre estudiantes y profesores: los estudiantes vienen a clase a escuchar la conferencia del profesor y el profesor indica qué textos el alumno debe conocer en el examen.

—Pensando ahora en cómo se desarrollan la mayoría de las clases de las materias que Ud. ha cursado, ¿cuáles son las 2 frases, de las que figuran en esta tarjeta, que describen mejor a las mismas? Por favor lea todas las frases antes de responder.

1. Durante la clase el profesor dicta. **13.7%**
2. Durante la clase el profesor brinda una conferencia donde los alumnos tomamos apuntes. **68.4%**
3. Durante la clase el profesor hace preguntas para saber cuánto memorizamos los alumnos **12.1%**.
4. Durante la clase el profesor hace preguntas para saber cuánto comprendimos los alumnos. **28.9%**
5. Durante la clase el profesor plantea casos para que los alumnos apliquemos los conocimientos adquiridos sin dejar espacio a que surjan argumentos a favor y en contra de distintas posturas. **10.9%**
6. Durante la clase el profesor plantea casos para que los alumnos apliquemos los conocimientos adquiridos dejando espacio a que surjan argumentos a favor y en contra de distintas posturas sin necesidad de fundamentarlas. **13.3%**
7. Durante la clase el profesor plantea casos para que los alumnos apliquemos los conocimientos adquiridos dejando espacio a que surjan argumentos a favor y en contra de distintas posturas teniendo que fundamentarlas. **19.1%**
8. Durante la clase el profesor alienta a la discusión. **12.1%**
9. Otras, ¿cuáles?
10. NS/NC

—Teniendo en cuenta la mayoría de los exámenes que Ud. ha rendido, de las distintas maneras de evaluar que figuran en esta tarjeta, ¿cuál ha sido la más frecuente?

1. Libro cerrado 76.2% (sin material: ley, manuales, Apuntes, fallos)	1.1 con preguntas sobre distintos temas (repetición de conceptos teóricos) 72.8%
	1.2 con resolución de casos (aplicación de conceptos teóricos) 2.1%
	1.3 con análisis crítico del material
2. Libro abierto (con material: ley, manuales, Apuntes, fallos)	2.1 con preguntas sobre distintos temas (información)
	2.2 con resolución de casos (aplicación de conceptos teóricos)
	2.3 con análisis crítico del material
3. Domiciliarios	3.1 con preguntas sobre distintos temas (repetición de conceptos teóricos)
	3.2 con resolución de casos (aplicación de conceptos teóricos)
	3.3 con análisis crítico del material
	3.4 monografías
4. Orales 32.0%	4.1 con preguntas sobre distintos temas (repetición de conceptos teóricos) 73.2%
	4.2 con resolución de casos (aplicación de conceptos teóricos) 1.2%
	4.3 con análisis crítico del material 1.2%
5. NS/NC	

—Y de acuerdo a su experiencia, ¿cuál prefiere Ud.?

1. Libro cerrado 25.8% (sin material: ley, manuales, Apuntes, fallos)	1.1 con preguntas sobre distintos temas (repetición de conceptos teóricos) 31.8%
	1.2 con resolución de casos (aplicación de conceptos teóricos) 34.8%
	1.3 con análisis crítico del material 15.2%
2. Libro abierto 29.7% (con material: ley, manuales, Apuntes, fallos)	2.1 con preguntas sobre distintos temas (información) 14.5%
	2.2 con resolución de casos (aplicación de conceptos teóricos) 51.3%
	2.3 con análisis crítico del material 11.8%
3. Domiciliarios	3.1 con preguntas sobre distintos temas (repetición de conceptos teóricos)
	3.2 con resolución de casos (aplicación de conceptos teóricos)
	3.3 con análisis crítico del material
	3.4 monografías
4. Orales 41.0%	4.1 con preguntas sobre distintos temas (repetición de conceptos teóricos) 38.1%
	4.2 con resolución de casos (aplicación de conceptos teóricos) 23.8%
	4.3 con análisis crítico del material 21.0%
5. NS/NC	

—Y en su opinión, cuando los profesores toman examen, en la mayoría de los casos tienden a averiguar si el alumno:

1. Recuerda lo que el profesor dijo sobre algún tema **54.7%**
2. Recuerda lo que dicen los libros, la ley o los fallos sobre algún tema **68.8%**
3. Es capaz de resolver problemas jurídicos **17.2%**
4. Es capaz de formular críticas a la ley, la jurisprudencia o la doctrina relativa a algún tema **4.3%**

—Y pensando ahora en la mayoría de los exámenes que Ud. rindió, para aprobarlos, ¿se necesitaba o no algo más aparte de memorizar el contenido de los materiales tales como leyes, fallos, libros o apuntes?

1. Si **35.5%**
 - ¿Qué más se necesitaba?
 - Entender el material **30.8%**
 - Razonar, criticar, relacionar **25.3%**
 - Conocer el material **17.6%**
2. No **53.5%**

—Y para sacarse una nota alta, es decir 8 o más, ¿se necesitaba o no algo más aparte de memorizar el contenido de las materias tales como leyes, fallos, libros o apuntes?

1. Si **50.4%**
 ¿Qué más se necesitaba?
 Entender, ser capaz de expresarlo **48.8%**
2. No **38.7%**

Las clases son conferencias en las que a veces el profesor hace alguna pregunta para saber cuánto comprendieron los alumnos. Algunos incluso dictan. Los exámenes son a libro cerrado, incentivan la repetición de conceptos y evalúan la capacidad de los alumnos para repetir lo que dice el texto o lo que dijo el profesor que dice el texto. Para recibirse de abogado sólo basta con la memoria. Comprender es mérito de quienes consiguen notas altas.

Sin embargo, los alumnos dicen preferir otro tipo de evaluaciones, porque saben que necesitan desarrollar otras destrezas. Aumentan, en las evaluaciones preferidas, las que tienden a medir capacidades analíticas o de resolución de problemas, como se ve en las preguntas que siguen respecto de la definición de una clase ideal, y en forma más dramática, en comparación con las clases que en general les han propinado.

—Ahora piense en una clase ideal y dígame, en su opinión, ¿cómo debería ser, qué características debería poseer?

- Dinámica. Con debates, con casos para resolver, con trabajo en grupos pequeños 69.9%
- Una combinación entre teoría y práctica, útil y actualizada 65.6%
- Con buenos profesores, que lleguen a horario, con mentes abiertas y que mantengan una buena relación con sus estudiantes 35.9%
- Bien preparadas, que incentiven el razonamiento 27.0%

—Ahora piense por favor en una clase ideal y dígame, para cada cualidad que le voy a mencionar en qué medida debería poseerla o no. Para tal fin use una escala de 1 a 5 donde 1 significa que la clase no debería poseerla para nada y 5 que la debería poseer totalmente. Por supuesto puede usar puntajes intermedios.

—Y pensando ahora en la mayoría de las clases a las cuales Ud. ha asistido, ¿en qué medida cree que las mismas poseen o no las cualidades que le voy a mencionar? Para tal fin use, por favor una escala de 1 a 5 donde 1 es que las clases no las poseen para nada y 5 que las poseen totalmente. Por supuesto puede usar puntajes intermedios.

	Clase ideal	Clases que ha cursado
Entretenida/ interesante	4.80	2.73
Con posibilidad de discutir distintos puntos de vista sobre los contenidos	4.47	2.60
Entendibles/ comprensibles/ didácticas	4.73	2.90
Que traten temáticas/ problemas actuales	4.43	2.69
Que se traten todos los temas con los cuales después se evalúa	4.36	3.23
Con análisis de casos	4.39	2.47
Más bien teóricas, entendiendo por teórica, la recepción pasiva de información	2.41	3.62
Más bien prácticas, entendiendo por práctica, la clase en la cual el alumno trabaja/ aplicar los conocimientos teóricos	4.27	2.20
Participativas	4.44	2.84

—¿Ud. cree que la Facultad tiene muy en cuenta, bastante, poco o nada en cuenta la opinión de los alumnos en el momento de tomar decisiones que afectan a los mismos?

1. Poco en cuenta **49.6%**

Esta última pregunta es sugerente. La estructura de las decisiones de la UBA es heredera de la Reforma Universitaria de 1918. La facultad es diri-

gida por un decano electo por ocho representantes de los profesores, cuatro de los estudiantes y cuatro de los graduados. En la UBA el peso de los representantes estudiantiles no es menor dado que en general pertenecen al mismo partido político que los graduados y que varios de los profesores. En la UBA, y salvo un par de breves períodos, han ganado siempre los miembros del partido radical. Esta circunstancia, la dependencia de la dirigencia uni-

versitaria del voto de los miembros de la comunidad académica, debiera influir en el resultado de las políticas educativas, y sin embargo los estudiantes afirman que sus opiniones son tenidas "poco en cuenta" a pesar de estar "bastante satisfechos" como vimos más arriba. Qué opiniones no son tenidas en cuenta y con qué están satisfechos los alumnos son preguntas a las que regresaremos en breve.

B. Un monopolio sin control

Los alumnos, como surge de la encuesta, saben lo que quieren, saben lo que necesitan y saben lo que no les brinda la facultad. No es de sorprender. Un mínimo conocimiento con la rutina diaria de los operadores jurídicos muestra que la memoria no es la destreza excluyente de los miembros de la profesión. Enfrentados a esta obvia incongruencia, los estudiantes y muchos de sus profesores redescubren su capacidad de asombro respecto de su práctica universitaria.

Sin embargo, esta verificación mínima es sólo el comienzo. A ella se debe agregar un par de decisiones institucionales argentinas que agravan la situación. En la Argentina los profesionales del derecho tienen el monopolio del sistema de justicia, tanto desde la perspectiva de la oferta (sólo egresados de las carreras de derecho pueden ser miembros del Poder Judicial) como desde la de la demanda (sólo se puede acceder a la justicia con la firma de un abogado). Los ciudadanos argentinos han entregado en monopolio a los abogados la defensa de sus derechos y el control judicial del funcionamiento de sus poderes públicos. Pero aún más grave es que a una profesión formada deficitariamente y que ejerce monopólicamente la defensa de los derechos de los argentinos no se le exige ni examen de ingreso ni de egreso de la facultad, ni examen de ingreso ni de permanencia en la profesión y se le entrega el poder de disciplina (salvo juicio político) de sus miembros a ella misma.

Este es el panorama. Profesores muy *part time* que les cuentan a alumnos muy *part time* los libros que leyeron alguna vez. Alumnos que vienen a ver qué subrayar en los libros para repetir en el examen lo que al profesor le parece relevante para que los apruebe. Esta es la forma en que se entrenan los pro-

fesionales que tienen el monopolio del servicio de justicia en la Argentina.

C. Los intereses de los alumnos

La permanencia exasperante de esta práctica institucional se encuentra cimentada en intereses concretos de quienes participan de ella. Los actores sociales relevantes con intereses en la situación del servicio de justicia y en particular en la enseñanza del derecho carecen de incentivos para modificarla. Sólo las víctimas de este sistema parecen tener necesidades de cambio (que se expresa en el descenso vertiginoso durante la democracia de la confianza de la ciudadanía en la justicia: de un 60% en 1984 y 10% en 2001) pero su absoluta incapacidad de coordinar acciones y acreditar una voz en las discusiones relevantes hace que los únicos actores sociales con incentivos en el cambio no existan a la hora de la toma de decisiones.

Como vimos, los alumnos se encuentran satisfechos con la situación actual. No tendría por qué ser de otra manera. Acceden libremente y permanecen en forma gratuita en una facultad que aún hoy goza de prestigio. Además, pueden trabajar mientras cursan su programa de estudio, con la posibilidad no sólo de ganar un sueldo (que muchas veces, dada la

Los ciudadanos argentinos han entregado en monopolio a los abogados la defensa de sus derechos y el control judicial del funcionamiento de sus poderes públicos. Pero aún más grave es que a una profesión formada deficitariamente y que ejerce monopólicamente la defensa de los derechos de los argentinos no se le exige ni examen de ingreso ni de egreso de la facultad, ni examen de ingreso ni de permanencia en la profesión y se le entrega el poder de disciplina (salvo juicio político) de sus miembros a ella misma.

capacidad económica de los estudiantes de derecho, resulta un plus sin importancia para la economía familiar) sino de conocer de qué se trata la profesión del derecho más allá de lo que ven en la facultad. Esta posibilidad de trabajar es el resultado de otra ventaja: las pocas horas de estudio que la facultad les exige para recibir su título. A todos estos beneficios se agrega un desmesurado prestigio social del título de abogado. En efecto, aún hoy, con una población excesiva de abogados pauperizados, el título sigue representando una posibilidad de ascenso social al menos en la imaginación de los aspirantes a abogados que siguen siendo la mayoría de los ingresantes a la Universidad (sólo a la UBA ingresan unos 7.500 por año y egresan unos 2.000). La carrera por el título se exacerba debido a la inexistencia de examen de ingreso a la profesión, con lo que el título académico es el único requisito para adquirir la capacidad de trabajar en las profesiones del derecho.

Los intereses de los estudiantes (entendibles dentro del marco de los incentivos institucionales de la facultad) son los que motorizan la acción política en las facultades de derecho que como la de la UBA son hijas de la reforma y a la oferta académica en las facultades que pertenecen a universidades privadas que dependen del arancel para funcionar. Los intereses de los estudiantes orientan la demanda, la que a su vez orienta la oferta educativa. Es frecuente ver carteles en las facultades de derecho en los que los estudiantes o las agrupaciones que los representan demandan cosas tales como más mesas libres, más cursos de promoción sin examen, más cursos a la noche, menos requisitos de regularidad, o una mejor señalética de los intrincados pasillos del edificio y el abaratamiento de las fotocopias (cuya comercialización muchas veces se encuentra en manos de los centros de estudiantes como una forma muy rentable de financiar la política estudiantil).

D. Los privilegios de los profesores

Los profesores no sólo se encuentran satisfechos con la situación actual (cuando no piensan que estamos en el mejor de los mundos posibles y que cualquier otro supone la importación de modelos inadecuados o de propuestas carentes de seriedad académica) sino que además se benefician con ella a través de actitudes que se acercan peligrosamente a constituir verdaderas inconductas profesionales o académicas.

Ser profesor de derecho, y en particular de alguna orientación específica, continúa siendo en la Argentina una fuente de prestigio profesional. Este prestigio es barato de conseguir (requiere de tres horas por semana de dictado de clases que el profesor repite a lo largo de los años) y fácil de retener. Además, se traduce en una mayor visibilidad que en la práctica supone una mayor afluencia de clientes en el estudio y el reconocimiento de sus pares (de abogados, pero sobre todo de los jueces) lo que a su vez, y en general, redundan en un mayor éxito profesional. El mero hecho de transcurrir por los pasillos de la facultad de derecho y de interactuar con colegas abogados o jueces forma parte de los bienes públicos que ofrece la facultad. En efecto, este transcurrir constituye una forma de socialización que construye redes de conocimientos sociales e influencias recíprocas útiles a quienes pertenecen a ellas pero inaccesibles para el resto de la profesión.

Los profesores no sólo se encuentran satisfechos con la situación actual (...) sino que además se benefician con ella a través de actitudes que se acercan peligrosamente a constituir verdaderas inconductas profesionales o académicas.

El compartir los pasillos de la facultad con sus colegas de la profesión o con los jueces y la capacidad de formar a las futuras generaciones pone al profesor de derecho en una situación de privilegio particular. En efecto, además de su capacidad de acceso al poder (por ejemplo, el acceso al diálogo directo con los jueces sin la presencia de la otra parte) los profesores de derecho tienen la capacidad de influir doctrinariamente en la profesión y en las futuras generaciones de colegas. La capacidad de reproducción de conocimientos jurídicos que supone la titularidad de una cátedra o de cursos multitudinarios es inmensa. Esta circunstancia impacta también el mercado editorial de las publicaciones de derecho. Las editoriales preguntan previamente a la publicación de un libro si su autor es profesor de la facultad y si el libro será bibliografía obligatoria de la cátedra.

Más allá de estas situaciones de privilegio que surgen del mero hecho de sostener dos profesiones, la inexistencia de crítica académica brinda a los profesores de derecho la virtual capacidad de decir la ley. Volveré luego sobre otras consecuencias que surgen de esta situación, ahora sólo deseo señalar el hecho de que quienes pueden decir lo que dice la ley y hacer que otros (sus colegas actuales y futuros y los jueces actuales y futuros frente a los cuales litigan) lo repitan adquiere una enorme cuota de poder que ha sido utilizada no pocas veces, y en forma oculta, para defender los intereses de los clientes que esos mismos profesores reciben en sus estudios.

Los beneficios que la situación de la enseñanza del derecho brinda a estudiantes, profesores, autoridades y a los miembros de la profesión explican en gran medida la terquedad con que se sigue manteniendo una forma de enseñar derecho a todas luces absurda.

PARTE II

E. Una explicación posible

En lo que sigue intentaré poner a esta concepción de la enseñanza del derecho bajo su mejor luz. Mi propuesta consiste en que si entendemos los presupuestos de esta forma de enseñar derecho podremos diagnosticar en qué punto esta concepción ha quedado obsoleta y aún proponer cambios que no tiendan a perpetuar las graves anomalías que describí más arriba.

Como cualquier concepción de la enseñanza del derecho, también ésta forma parte de un sistema mayor que involucra una concepción del poder político, su traducción en un sistema institucional, y una cierta concepción del derecho y de la ciencia jurídica.

Comencemos por lo obvio: esta forma de enseñar derecho tiende a privilegiar la memorización de textos legislativos. La pretensión última es que los alumnos conozcan el derecho, todo el derecho. La idea parece ser que si los egresados conocen todas las normas, idealmente, si las memorizan, serán excelentes magistrados y abogados. Esta visión del sistema jurídico es la que ha sido caracterizada como formalismo. En efecto, el formalismo define a todo sistema jurídico con los atributos de la consistencia (carentes de normas contradictorias) y la completitud (con una y sólo una respuesta para cualquier problema que se le presente). Más allá de lo falaz de esta caracterización de todo sistema jurídico, el formalismo ha sido una prestigiosa y extendida concepción del derecho que acompañó a la expansión de los sistemas jurídico políticos de la modernidad occidental y bien vale la pena reconstruir ese contexto institucional dentro del cual el formalismo y la enseñanza del derecho que hemos caracterizado encuentran su lugar.

La concepción política a la que me refiero es fruto de la tradición del derecho continental. La llamo tradición porque su implementación política ha variado con los años y el los diversos países en los cuales se ha enraizado, pero me atrevo a sugerir ciertos rasgos comunes.

En primer lugar, una concepción del poder vinculado a la soberanía popular. Como dijo un prócer argentino: "se debe recordar que sólo del pueblo surge toda autoridad o mando".

En segundo lugar, el hecho de que el pueblo transfiere ese poder a sus representantes. Como dice la constitución argentina: "el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes".

En tercer lugar cierta concepción de la división de poderes republicana. En efecto, la norma que acabo de citar ha sido entendida en general como una restricción constitucional a las formas de democracia directa. Sin embargo, y dada la existencia de estos instrumentos en la constitución actual, bien podría entenderse además como una forma de ordenar la separación de los Poderes del Estado otorgando una preeminencia al Poder Legislativo sobre los demás dada su legitimidad democrática directa. En efecto, en la tradición continental la relación entre el Legislativo y el Ejecutivo se concibe en forma parla-

mentaria, es decir, se entiende al ejecutivo como un mandatario de la voluntad popular expresada por sus representantes. El ejecutivo carece de legitimidad democrática directa, es un legislador y cesa cuando pierde la confianza de los representantes del pueblo.

En cuanto a la relación entre el Legislativo y el Judicial, se replica lo dicho respecto del Ejecutivo, aunque aún más acentuado dado que en el caso de los jueces la tradición continental en su vertiente revolucionaria tiende a verlos con el resquemor y la sospecha de ser un resabio aristocrático en el nuevo esquema de poder que cargan además con un pasado de vinculaciones y simpatías con el antiguo régimen. Es por eso que los magistrados de la tradición continental son sólo, en las conocidas palabras de Montesquieu, la boca de la ley. Yo añadiría la boca *descerebrada* de la ley para acentuar el hecho de que están institucionalmente destinados a meramente repetir las palabras de la ley, dado que quienes deliberan y gobiernan son los representantes del pueblo. Estas bocas de la ley son cajas negras, computadoras a las cuales el legislador incorpora las normas y el abogado (en su rol de auxiliar de la justicia) los hechos para que, sin agregar nada y manteniendo la neutralidad formal de un silogismo lógico, produzcan la sentencia. Es así como los representantes del pueblo envían a estos ordenadores el software necesario y crean, justamente, códigos.

Sin embargo, la evolución de los códigos siempre ha defraudado las aspiraciones del codificador dado que inevitablemente surgen los problemas de interpretación de la ley. La tradición continental ha reaccionado airadamente a esta posibilidad y la ha negado con vehemencia. Esta reacción negadora del hecho de la interpretación de la ley origina un cuarto rasgo del esquema: la concepción de la ciencia del derecho que calificamos como la dogmática jurídica. Es interesante hacer notar que la calificación de un jurista como dogmático es, para esta tradición, una alabanza. En efecto la idea de que la ley es dogma para los estudiosos del derecho vuelve a remitirnos a la idea de que quienes operan con la ley deben obediencia ciega a las decisiones que emanan de la soberanía popular. De esta forma, la tarea de los juristas consiste en explicar que, lo que aparentemente son problemas no los son en absoluto, y que, bien mirado, cualquier problema encuentra su solución dentro del sistema. Apelaciones a naturalezas jurídicas o intenciones de legisladores racionales son algunos de los instrumentos de esta fundamental pieza de la maquinaria del derecho continental.

El círculo se completa con la formación de los jueces, auxiliares y juristas que no puede ser otra que una formación en el conocimiento de las normas y

de las explicaciones de los juristas. La inexistencia de la deliberación en las aulas es un requisito exigido por el sistema, no una falla curricular de las facultades o un producto de la ineptitud pedagógica de los docentes.

F. El caso argentino

Esta forma de entender el sistema político parece explicar razonablemente la forma de enseñar derecho en la Argentina. Sin embargo, surgen dos problemas adicionales.

El primero es la comprobación de un hecho relativamente obvio: este sistema que acabo de describir no es el sistema institucional que rige en la Argentina, ni el que rigió nunca desde la construcción del Estado Nacional. La Argentina siempre fue un sistema presidencial y sus jueces tuvieron siempre control de constitucionalidad: dos rasgos contradictorios con el cuidado respeto por la voluntad popular de la democracia representativa de la tradición continental. Resulta a primera vista insensado que una cierta concepción de la enseñanza del derecho que mostré adecuada para un sistema en particular esté inserta en un sistema diferente, cuando no contradictorio.

El segundo problema es que la forma de enseñar derecho que aún hoy existe en la Argentina nace con el surgimiento del Estado Nacional, más precisamente a comienzos de la década de 1870. Es decir que no sólo esta forma de enseñar derecho parece estar desubicada, sino que quienes concibieron este sistema y contemporáneamente modificaron las prácticas de las facultades de derecho parecen haber cometido una inconsistencia institucional creando una forma de entrenamiento de los operadores del sistema que no se condice con las destrezas necesarias para manejarlo eficazmente.

G. Una revolución curricular

Voy a comenzar a desanudar los problemas a partir del segundo. Como dije, es interesante notar que la enseñanza del derecho antes de la década de 1870 y desde las reformas borbónicas cercanas a 1780 era radicalmente diferente a la que hoy predomina en la Argentina.

Lo interesante es que este es el modo de enseñar derecho que formó a los abogados que crearon los argumentos políticos y económicos que independizaron a la Argentina y que crearon el sistema jurídico político del siglo XIX. Quienes estudiaron con el

sistema que voy a describir son personajes como Mariano Moreno, Juan José Castelli, Juan B. Alberdi, Dalmacio Vélez Sarsfield, todos formados en un modo de enseñar derecho muy diferente al que tenemos hoy.

La inexistencia de la deliberación en las aulas es un requisito exigido por el sistema, no una falla curricular de las facultades o un producto de la ineptitud pedagógica de los docentes.

Los aspirantes a abogados comenzaban, en general, su formación secundaria en el Colegio Nacional de Buenos Aires y al finalizar se dirigían a Córdoba para realizar sus estudios universitarios en el Colegio Monserrat. En la Universidad de Córdoba se formaban en retórica, latín, matemática, geometría y religión.

Una vez terminada esa formación, quienes querían estudiar derecho tenían dos alternativas: si tenían dinero, como Manuel Belgrano, se iban a España, a Salamanca; los que no tenían acceso a Europa y deseaban concurrir a la mejor y más prestigiosa facultad de derecho de Latinoamérica, debían trasladarse a Charcas, hoy Sucre (Bolivia), a la Universidad de Chuquisaca. En ella realizaban su doctorado en los dos derechos: canónico y civil. Por lo tanto, el derecho era una formación de posgrado universitario, al igual que lo que ocurre actualmente en Estados Unidos.

Cuando terminaban estos dos años de doctorado, era obligatorio concurrir a la Academia de Jurisprudencia (que duraba dos años en Chuquisaca o tres años en Buenos Aires). En la Academia los alumnos concurrían por la mañana a discutir casos simulados. Los profesores generaban casos hipotéticos y los alumnos tenían que defender a alguna de las partes asumiendo los profesores el rol de fiscales o de jueces de las diferentes instancias. La Academia de Charcas en particular era famosa porque se encontraba al lado de la Real Audiencia y por la tarde los alumnos continuaban debatiendo casos, esta vez reales, con los abogados y con los oidores. Dos años de este entrenamiento en defensa simulada de casos les permitía luego ingresar en otra etapa de formación del abogado consistente en una pasantía en un estudio jurídico (el *apprenticeship* anglosajón). Luego de un par de años y cuando el abogado titular del estudio estaba persuadido de que el aspirante estaba apto para ejercer la profesión, aprobaba su pasantía. Era recién entonces cuando el futuro abogado podía rendir un examen ante el tribunal superior de la jurisdicción donde quería afincarse el que, una vez aprobado, le permitía comenzar a ejercer en forma autónoma.

Como dije, a comienzos de la década de 1870, más precisamente en 1872, se cierra la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires, se crea una cátedra

de procedimientos y la facultad de derecho comienza a entregar títulos habilitantes. El código civil se había sancionado en 1868 y los códigos se transforman, a instancias del codificador y de la dirigencia política que propugnó su dictado, en la bibliografía exclusiva del entrenamiento profesional de los abogados argentinos.

H. Una revolución institucional

Vuelvo ahora al primer problema. Dije más arriba que esta forma de enseñar derecho que nace en 1872 no parece consistente con el sistema argentino. Sin embargo, el hecho de la modificación curricular y pedagógica de la facultad de derecho no es una reforma institucional banal. Ella se vincula con la implementación de un sistema político que una generación de intelectuales argentinos venía propugnando como respuesta a los problemas más acuciantes, según ellos, de la realidad nacional.

En efecto, la generación de 1837 había identificado dos problemas principales de la Argentina: la anarquía y la pobreza. La primera la vinculaban con la imposibilidad de crear autoridad pública con capacidad de gobernar a las diferentes provincias y someter a un gobierno nacional el poder de los caudillos. El diagnóstico de la pobreza se vinculaba con el desierto argentino y la escasa población que lo habitaba, incapaz de generar un proceso civilizatorio que produzca la llegada de inversiones y de comercio.

Las respuestas a estos problemas fueron: contra la anarquía, centralización de poder, y contra la pobreza, poblar el desierto de habitantes que conozcan las virtudes del trabajo y del comercio, es decir: incentivar la inmigración, lo que se tradujo institucionalmente en la necesidad de garantizar las libertades de conciencia, comercio, navegación, etc. ¿De qué otra manera, se preguntaba Alberdi, vendrán los europeos del norte si no les aseguramos la tranquilidad de que puedan continuar viviendo en paz y con sus costumbres aseguradas? Contra la pobreza, entonces, derechos.

Así nace la constitución argentina, bajo la doble aspiración de centralizar poder y otorgar derechos. Es por eso que durante las décadas de 1850 y 1860, con la generación del '37 en el poder, se crea un detallado sistema institucional que toma lo más centralizador de los dos sistemas más prestigiosos de la época: el francés y el norteamericano. Del norteamericano: presidencialismo (donde sigue en realidad la concepción de un presidencialismo aún más fuerte, el chileno), sistema de justicia federal, control judicial de constitucionalidad difuso, una Corte

Suprema de justicia federal. Del francés: códigos federales y toda la tradición continental que caractericé más arriba. El sistema también incorpora partidos políticos fuertemente disciplinados y un sistema electoral fraudulento de lista bloqueada que aumenta aún más el poder del presidente, la elección indirecta del presidente, de los senadores y en consecuencia (dado que son ellos quienes los eligen a la manera norteamericana) de los miembros del Poder Judicial quienes a su vez corren con la ventaja política de tener poder de control de constitucionalidad sin el límite del *stare decisis*.

Resulta fácil advertir que el sistema se arma para crear un Estado Nacional controlado por una elite que concentra un poder virtualmente sin control desde el centro del gobierno federal. Con la captura de la presidencia y de la mayoría de la Corte se controla y homogeniza el discurso del poder, y en particular se crea derecho sin la posibilidad de discusiones interprovinciales como había sucedido en forma anárquica luego de la independencia. El sistema funciona con reaseguros institucionales para evitar desinteligencias entre las diferentes jurisdicciones que socaven poder central y pongan en cuestión el pacífico goce de los derechos de los habitantes del país. Sin embargo, todo sistema requiere que los reaseguros y los métodos de disciplinamiento funcionen lo menos posible. La sanción del código en reemplazo de las anárquicas recopilaciones de normas que venían de la colonia va en esa dirección.

Mi propuesta es que la modificación de la enseñanza del derecho profundiza esa tendencia. Una visión formalista y dogmática del derecho como sistema y como ciencia asegura la homogeneidad de la concepción del sistema de cualquier operador jurídico en cualquier jurisdicción del país. Un solo derecho, una sola interpretación, para una sola nación bajo la autoridad central de Buenos Aires.

El éxito de un proyecto político se debe a innumerables causas. Una de ellas es la consistencia en la articulación de las diversas fuentes de conflicto que quienes construyen el sistema son capaces de lograr. En el caso de la Argentina en la segunda mitad del siglo XIX esa consistencia ayudó a lograr el éxito de un sistema institucional que, con un enorme déficit democrático realizó los ideales de orden y progreso que se había puesto como meta.

PARTE III

I. La destrucción del Estado

El problema de la enseñanza del derecho en la Argentina del siglo XXI es absolutamente diferente. Continuamos enseñando como si nada hubiese sucedido en este siglo y medio. Y más allá de los adelantos conceptuales y filosóficos en las áreas que rigen la evolución de la disciplina del derecho, el sistema institucional que dio origen a esta forma de enseñar derecho estalló a comienzos del siglo XX con la incorporación de nuevas clases y actores sociales al resultar imposible seguir sosteniendo la exclusión de la mayoría de la población.

La maquinaria original no existe más, pero la rueda de las facultades de derecho sigue girando y produciendo consecuencias que no eran las deseadas cuando fue creada y puesta a rodar originalmente. Tal vez lo más dramático de la situación radique en la falta total de conciencia respecto de la íntima conexión entre la forma de enseñar derecho, que define el entrenamiento de los operadores jurídicos del sistema institucional, las destrezas que requiere su rol en el sistema y la concepción política que lo explica o fundamenta.

Las facultades argentinas de derecho que se encuentran pensando alternativas curriculares se enfrentan, sin embargo, a una grave situación: la falta de acuerdo respecto a qué sistema institucional rige hoy la Argentina, si alguno. El título de este trabajo podría haber sido, también, "Sin rumbo: la enseñanza y la destrucción del derecho en la Argentina".

La práctica política de la década del noventa estuvo dirigida a controlar sin límites las decisiones del Poder Judicial y puso en evidencia como nunca en nuestra historia la capacidad de los magistrados para jugar el juego de la política. A través de la ampliación de los miembros de la Corte Suprema, y designaciones, remociones, cambios de jurisdicción y presiones de todo tipo se fue conformando un Poder Judicial creado para acompañar determinadas políticas públicas del ejecutivo. Los jueces y la opinión pública descubrieron juntos la posibilidad de la interpretación de la ley y la falta de mecanismos de control para ponerle límites a la discreción judicial. De esta forma hemos destruido la ingenuidad dogmática de los magistrados y de los juristas que al menos creaba, en tiempos oscuros, algunas líneas de acuerdo respecto de lo que decían las palabras de la ley y en su reemplazo asistimos al

La práctica política de la década del noventa estuvo dirigida a controlar sin límites las decisiones del Poder Judicial y puso en evidencia como nunca en nuestra historia la capacidad de los magistrados para jugar el juego de la política.

más burdo realismo jurídico de la pura discrecionalidad judicial. Con esa destrucción las pocas reglas del juego institucional que se mantenían en pie se han derrumbado y hoy no sabemos siquiera si la Corte Suprema se piensa a sí misma como un órgano de control contramayoritario a la norteamericana o una Corte continentalmente deferente respecto de las decisiones de los poderes políticos.

Sin una idea respecto de cómo se estructura nuestro sistema institucional, sin Estado, quienes dirigimos las facultades de derecho en la Argentina estamos a la deriva y sólo atinamos a importar soluciones curriculares y académicas externas, a bucear en las prácticas profesionales buscando la definición de excelencia profesional ostensivamente en la práctica de los mejores representantes de la profesión, cuando no a repetir soluciones que fueron exitosas en el pasado.

J. La creación de derecho

Mientras la práctica política argentina se desarrolla con final abierto, los profesores de derecho debemos, sin embargo, continuar ofreciendo caminos de construcción institucional. Lo que sigue son algunos pensamientos exploratorios.

La profesión para la que entrenamos a nuestros alumnos es una profesión argumentativa. Cuando un cliente llega al estudio del abogado llega con algún problema personal en busca de ayuda. La primera ayuda que brinda el abogado es la aclaración del problema y de los intereses del cliente. Muy temprano, incluso antes de cualquier referencia a

normas positivas se evidencia la necesidad de que el abogado cuente con destrezas argumentativas. En efecto, los intereses del cliente no siempre son los que expresan en un primer momento y se requiere de un interrogatorio hábil para conocer el interés que el abogado eventualmente defenderá.

Ahora bien, supongamos que el interés se identifica y el abogado cree que es un interés atendible que está dispuesto a defender. En ese momento comienza un ida y vuelta que requiere una gran imaginación y creatividad: la producción de argumentos a favor del cliente, la anticipación de los contra argumentos de la otra parte, réplica y contra réplica. A esta ida y vuelta del diálogo imaginario entre individuos enfrentados por sus intereses personales se debe agre-

gar otra parte que es a quién hay que persuadir en última instancia: el juez. Su presencia obliga al abogado a imaginar razones que están más allá de los intereses particulares de su cliente o de la contraparte, dado que al juez (al menos a este juez imaginario de los primeros momentos de la construcción de una estrategia jurídica) sólo lo persuaden argumentos impersonales, porque ocupa el lugar del interés público. Para desarrollar estos argumentos, el abogado debe construir en su cabeza, y mucho antes de que nadie comience a argumentar, la mejor interpretación del sistema jurídico posible y los argumentos que, a la vez que defienden el interés de su cliente, avanzan la causa del interés público mejorando la práctica argumentativa en la que consiste el derecho.

Los egresados de una facultad de derecho deben poder identificar entonces un buen y un mal argumento, deben conocer el contexto fáctico en el que surgen las normas que son relevantes para su actividad y deben poder recordarlas, analizarlas, criticarlas, y proponer nuevas. Deben saber desarrollar una estrategia y llevarla a cabo. Deben poder articular persuasivamente sus posiciones. Deben, en definitiva, conocer el lenguaje del derecho y saber que es su responsabilidad conservarlo y mejorarlo.

En las facultades argentinas se ha venido socavando el lenguaje del derecho con un movimiento de pinzas. Por un lado la dogmática formalista vacía de contenido que oculta la pura discreción de quienes la desarrollan. Y por el otro una actitud de realismo cínico que denuncia la discrecionalidad del poder

pero que carece de propuesta alternativa. En cambio, si se tomaran seriamente la responsabilidad institucional que les cabe en la construcción del lenguaje del derecho entonces tendríamos el comienzo de un programa educativo. En efecto, la dogmática crea un lenguaje pero lo paraliza bajo la máscara inmovible del formalismo. El realismo, en cambio, destruye todo lenguaje. El desafío para la Argentina consiste en la creación de una "dogmática crítica", una práctica institucional que se articule como un verdadero lenguaje en el que, si bien se producen cambios, esos cambios no atentan contra la permanente capacidad de expresión, sino al contrario, se realizan con el objeto de enriquecerlo para dar lugar a más voces.

El desafío para la Argentina consiste en la creación de una "dogmática crítica", una práctica institucional que se articule como un verdadero lenguaje en el que, si bien se producen cambios, esos cambios no atentan contra la permanente capacidad de expresión, sino al contrario, se realizan con el objeto de enriquecerlo para dar lugar a más voces.

Un programa de derecho en la Argentina debe asumir el desafío de volver sobre los viejos libros de texto y recuperarlos críticamente, debe poder articular, aún contra la voluntad expresa de los operadores jurídicos, un lenguaje que explique e interprete, bajo la mejor luz posible, la diversidad de fallos en las distintas jurisdicciones y momentos institucionales y las idas y vueltas normativas de los cuerpos legislativos. Y lo tiene que hacer al mismo tiempo que entrena a sus estudiantes en la difícil tarea de la defensa del interés de su cliente dentro de las exigencias del interés público. Este programa no tiene demasiados aliados y los intereses de los actores son obviamente opuestos. Como hoy se observa en el sistema político argentino, es muy arduo volver de la total discrecionalidad. Se requiere ser Ulises para atarse las manos. Y sin embargo, resulta difícil imaginarse otra alternativa.■

Alfredo Fuentes Hernández¹

Profesor Asociado y Decano
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes

alfuentes@uniandes.edu.co

Educación legal y educación superior en Colombia:

desarrollos institucionales y legales 1990-2002



This document explores legal education in Colombia and provides suggestions regarding policies that could improve the quality of law programs. The analysis of the current situation of law schools and their regulatory frameworks at the beginning of the 21st century is of special interest in view of the fact that the past decade is the period during which the educational offer of law programs has developed the most in Colombia. This growth is a result of the adoption of the "university autonomy" policy, which led to structural changes in institutions of higher education.

Introducción

En toda sociedad los abogados juegan un importante papel en la gestión y operación de las ramas del poder público, en la solución de conflictos entre ciudadanos y entre éstos con el Estado, y en la facilitación de los negocios jurídicos. El fuerte impacto social de sus actuaciones profesionales lleva a que el ejercicio de la profesión y las instituciones a cargo de la enseñanza del derecho sean objeto de regulación y control por parte de los Estados. Esta ha sido la experiencia colombiana desde que los estudios del Derecho comenzaron a ofrecerse en la época colonial, con la llegada del programa de jurisprudencia ofrecido por el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en el año 1653².

El análisis de la situación actual de las Facultades de Derecho y de su marco regulatorio a comienzos

del presente siglo XXI, presenta especial interés teniendo en cuenta que tal vez el período de la historia en que más se ha desarrollado la oferta educativa de estudios de Derecho en Colombia, ha sido la registrada la última década, 1992-2002. Ello a partir del cambio estructural que representó para las instituciones de educación superior la adopción de la política de "autonomía universitaria". En desarrollo de esta garantía constitucional, puesta en marcha a partir de la Constitución de 1991, el surgimiento de nuevas Facultades y programas de Derecho ha sido muy significativo, sin que éstos reúnan muchas veces las condiciones y requisitos mínimos necesarios para garantizar la calidad de la educación y de los profesionales habilitados para ejercer la profesión³.

En un marco general caracterizado por la impresionante dinámica de las ofertas educativas, espe-

¹ Se agradece la colaboración de Luis Gabriel Morcillo, cuya monografía de grado, dirigida por el autor, desarrolló algunos indicadores para este informe. Véase: "Indicadores de los programas de pregrado y postgrado en Derecho en Colombia" Monografía. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002.

² Un completo análisis histórico de los conflictos sociales inherentes a la regulación de la profesión legal desde en el período colonial se encuentra en: Uribe Urán, Víctor Manuel "Abogados, partidos políticos y Estado en la Nueva Granada: 1790-1850". Informe de Investigación. Con el apoyo del Banco de la República de Colombia. Universidad de Pittsburg, Departamento de Historia. Septiembre de 1992

³ Burbano López, Galo "Reflexiones en torno a la educación jurídica en Colombia". En: La Importancia de los Estudios de Derecho frente al Siglo XXI. Ediciones UNINORTE, Barranquilla 1995.

cialmente las de origen universitario, se presentan datos específicos sobre las tendencias de creación de facultades y programas de Derecho en todo el territorio nacional. En el informe se comentan los marcos regulatorios aplicables, los que vienen siendo objeto de reformas recientes ante la preocupación del Estado frente a la proliferación y cuestionable calidad de los programas.

Finalmente, el documento presenta unas consideraciones críticas sobre la situación de la educación legal en Colombia y sugiere algunas políticas que podrían mejorar en el futuro la calidad de los programas de enseñanza del Derecho.

I. Tendencias recientes de la educación legal

En este capítulo se repasa el desarrollo de las facultades que ofrecen el programa de Derecho en Colombia, para los años de 1992, 1997 y 2002, tomando como punto de partida la mencionada Ley 30 de 1992. Los indicadores que se analizan confirman un significativo aumento del número de programas tanto de pregrado como de postgrado, como consecuencia de la proliferación de extensiones territoriales y, además, del peso que han adquirido los programas nocturnos. Estas tendencias se han manifestado en un mayor número de abogados que están ingresando al mercado laboral, ya que en Colombia no han existido requisitos adicionales al de terminación de la carrera para poder ejercer la profesión. En todo caso, debe subrayarse que a lo largo de este período, especialmente en los últimos años, han comenzado a adoptarse cambios en las regulaciones sobre contenidos de la enseñanza del Derecho y medidas incipientes para mejorar la calidad de las instituciones de enseñanza.

... un mayor número de abogados (...) están ingresando al mercado laboral, ya que en Colombia no han existido requisitos adicionales al de terminación de la carrera para poder ejercer la profesión.

A. Instituciones, programas y población estudiantil

1. Número de Facultades, extensiones, tipo de programas y afiliación institucional

En 1992 existían 32 Facultades de Derecho y en un breve lapso de diez años estas se duplicaron hasta llegar a 65 en el año 2002. Esto representa un crecimiento institucional muy superior al registrado para

el total de la educación superior. Además de la creación de 33 nuevas Facultades, el incremento en la oferta educativa fue más significativo aún en términos de número de "extensiones" que se abrieron en otras ciudades del país, así como en términos de número total de programas, tanto diurnos como nocturnos. En efecto, en el primer año mencionado existían solo 6 "extensiones", que pasaron a convertirse en 51 en el último año. Y, en total, el número de programas subió de 54 en 1992 a 177 en 2002, es decir, la oferta nacional en Derecho más que se triplicó. Ello contrasta con los programas de pregrado de toda la educación superior, que apenas se duplicaron.

A partir de 1997 se observó una dinámica impresionante de creación de extensiones, ya que el 84% de las mismas se desarrolló a partir de ese año⁴. Los incrementos mencionados demuestran que la dinámica de apertura de Facultades Derecho y sus extensiones fue, en efecto, superior a la de creación de nuevas universidades e instituciones universitarias. Este comportamiento indica que, además de las nuevas Facultades, muchas entidades universitarias ya existentes, decidieron comenzar a abrir representaciones en varias ciudades del país, así como programas nocturnos, amparándose en la gran flexibilidad y en ocasiones excesiva permisividad del Estado para autorizar nuevos programas.

De las 33 nuevas Facultades de Derecho, 9 tuvieron origen oficial y 24 privado. No obstante, la relación porcentual de Facultades privadas/oficiales se mantuvo relativamente estable en los diez años estudiados, con un 72% aproximadamente de facultades de origen privado y el resto oficiales. Esta relación es similar a la observada para las "instituciones universitarias" en toda la educación superior, pero más elevada que el promedio de participación privada en las "universidades".

Facultades de derecho según afiliación

AÑO	FACULTADES	% OFICIAL	% PRIVADO
1992	32	28	72
1997	48	29	71
2002	65	28	72

Fuente: ICFES

⁴ En especial a partir del año 2000 y hasta fines de 2002 la creación de programas se disparó, pasando de 111 a 175 programas, período en el cual también se iniciaron labores en nueve Facultades nuevas.

En cuanto al número total de programas de Derecho, en la actualidad el 70% son ofrecidos por las universidades y el restante 30% por las instituciones universitarias. Los programas de entidades de origen privado pasaron del 81% al 87% entre 1992 y 2002. Esto muestra que la oferta educativa en Derecho está relativamente más "privatizada" que la totalidad de los programas ofrecidos en la educación superior (77%). Al mismo tiempo, la tendencia en la última década ha sido la de pérdida de participación de universidades e instituciones universitarias de origen público, que pasaron de un 18.5 % en 1992, a un 12.6 % en 2002, lo cual confirma que el crecimiento en la oferta de educación en Derecho ha sido principalmente el resultado del comportamiento del sector privado. Se destaca, por otra parte, el elevado porcentaje de programas nocturnos de enseñanza con respecto al resto de la educación superior. En este caso, se pasó de un 35% de programas nocturnos en 1997 a un 40% en 2002.

... **la tendencia en la última década ha sido la de pérdida de participación de universidades e instituciones universitarias de origen público, que pasaron de un 18.5 % en 1992, a un 12.6 % en 2002, lo cual confirma que el crecimiento en la oferta de educación en Derecho ha sido principalmente el resultado del comportamiento del sector privado.**

La principal explicación del peso de los cursos nocturnos se encuentra en las "instituciones universitarias", donde casi la mitad de los programas se enseñan en las horas de la noche, con una duración de seis años. En contraste, un poco más de una tercera parte de los programas de universidades se dictan como nocturnos. En ambos casos es elevada la participación de los programas nocturnos, con relación al promedio de la educación superior.

2. La expansión regional de las Facultades y programas de Derecho

El número de ciudades y Departamentos en que se ofrecen programas de Derecho en Colombia ha venido en aumento en la última década. En 1992 los 54 programas que se dictaban tenían una cobertura territorial de 13 Departamentos y 14 ciudades, en su mayoría capitales. Cinco años después, en 1997, los 88 programas abarcaban 19 Departamentos y 24 ciudades; y en 2002 los 175 programas se habían extendido a 24 Departamentos (de un total de 32 en todo el país) y a 42 ciudades⁵. En balance, en los últimos diez años se triplicó el número de ciudades donde se enseña la carrera de Derecho en el país. Es

notorio que el número absoluto de programas aumentó sobretodo en ciertas ciudades y Departamentos. Principalmente, Bogotá pasó de dictar 19 a 40; Antioquia de 5 a 26; Santander de 2 a 15; y Valle del Cauca de 6 a 13 programas de enseñanza durante el período estudiado.

No obstante, un análisis más detallado de la distribución de las Facultades en el territorio nacional indica que no necesariamente se presentó una concentración de la oferta educativa en las principales ciudades. En efecto, es posible observar cómo Bogotá representaba el 35% de la oferta nacional de programas de Derecho en 1992 y disminuyó su participación relativa al 22.9% en los siguientes diez años. Por su parte, Medellín redujo también su contribución porcentual a la oferta de programas de Derecho desde 9% al 6.9%; Cali lo hizo del 9% al 5.7%; y Barranquilla del 9% al 6.3%. Así, el gran cambio en la localización territorial se dio en el "resto del país" donde en 1992 se ubicaba el 24% de los programas de Derecho y en 2002 el 48%. En contraste, los centros urbanos más poblados y con mayor actividad económica redujeron su aporte al total de programas, pasando de un 76% en 1992 a un 52% en 2002.

Lo anterior revela que la proliferación de programas de Derecho en Colombia no se debe sólo al aumento absoluto de programas en las ciudades más grandes del país sino, principalmente, a una más amplia distribución geográfica de los nuevos centros educativos en ciudades intermedias y pequeños municipios que ahora representan una cobertura nacional cercana el 50% de la oferta institucional⁶. De este porcentaje, un 17% corresponde a 18 municipios no capitales de diferentes departamentos, especialmente de Antioquia⁷. Pese a esta diversificación en la localización de programas, las ciudades más pobladas y con mayor actividad económica del país (Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla) todavía concentran el 58% de la población de estudiantes de Derecho.

⁵ Morcillo, Luis Gabriel. Op. Cit.

⁶ Ibid.

⁸ Antioquia es el Departamento con mejor distribución geográfica de los centros de estudio, pues cuenta con sedes educativas que abarcan desde los alrededores de Medellín hasta Turbo y Apartadó. Los demás Departamentos, a excepción tal vez del Valle del Cauca (con centros en Tulúa, Roldanillo, Cartago) presentan una concentración de sedes en su núcleo urbano más importante. Ibid.

3. Caracterización de la población estudiantil de los programas de Derecho

Los indicadores de distribución de la población estudiantil en Colombia 1990-2001 para la totalidad de la educación superior, muestran que la mayor parte de la misma se ha aglutinado, en primer lugar, en los programas de economía, administración, contabilidad y afines; en segundo lugar, en el grupo de ingenierías, arquitectura y urbanismo; en tercer lugar en las ciencias de la educación; y en cuarto lugar en ciencias sociales, derecho y ciencia política. Sin embargo, a partir de 1995, este último grupo de carreras ha ganado participación y hoy representa el tercer conjunto de carreras dentro de la población de alumnos matriculados.

En cuanto a la carrera de Derecho, ha venido perdiendo participación dentro del mencionado grupo de estudiantes del área social y política. Es así cómo la población matriculada en dicha carrera pasó de representar cerca de un 58% en 1990 a un

40%, aproximadamente, en el 2001. Sin embargo, es destacable que los estudiantes de Derecho se alcanzaron a duplicar en número, pasando de 33.760 a 63.626 entre 1992 y 2002, al igual que lo sucedido para toda la educación superior.

La participación respectiva de alumnos de Derecho dentro del total de la educación superior se mantuvo en alrededor del 6% a lo largo de la década. Llama la atención que del aumento absoluto de 10.249 alumnos entre 1992 y 1997, un total de 6.241 estudiantes correspondió a matriculados en nuevos programas; es decir, el 61% del aumento de la población estudiantil de Derecho en ese período se explicó por la dinámica del ingreso a "nuevos programas de enseñanza" (creados con posterioridad a 1992). De manera similar, el 67% de la mayor población en los años 1997-2000 se matriculó en nuevos programas (creados con posterioridad a 1997). Finalmente, entre 2000 y 2002, el 43% de los estudiantes ingresó a nuevos programas (que fueron creados a partir del año 2000).

Población estudiantil matriculada en facultades de derecho

AÑOS	TOTAL	% DEL TOTAL EDUCACIÓN SUPERIOR	% MATRICULA PROGRAMAS NUEVOS	% INCREMENTO EN NUEVAS
1992	33.760	6.3		
1997	44.009	5.7	6.241	61
2000	55.803	6.0	7.901	67
2002	63.626	6.5	3.330	43

Fuente: ICFES, cálculos propios.

Un 87.4% de los programas de Derecho tenían origen privado en el año 2002. Estos programas privados recibían en el año 2001 un porcentaje similar, equivalente al 89% de los alumnos totales de Derecho. El restante 11% se encontraba inscrito en instituciones oficiales. Cabe destacar que el porcentaje de estudiantes de Derecho en entidades privadas está treinta puntos por encima del porcentaje privado correspondiente a todos los matriculados en la educación superior, equivalente al 59% en el 2002.

Por otra parte, un 60% de los programas institucionales registrados de enseñanza del Derecho tenían carácter de diurno en el año 2002. Si se examinan estos programas diurnos en términos de estudiantes matriculados, se encuentra que recibían un porcentaje relativamente similar en 2001. Es notorio que la participación de estudiantes de Derecho

en las jornadas nocturnas es elevada y superior al porcentaje de estudiantes nocturnos de toda la educación superior (21%).

Cabe finalmente señalar que, en contraste con varios países de América Latina que cuentan con pocas pero grandes universidades que aglutinan la mayoría de la población estudiantil de carreras como el Derecho, en Colombia las Facultades de Derecho se caracterizan por su tamaño pequeño o mediano. En el año 2000 el programa diurno de mayor magnitud alcanzaba los dos mil estudiantes, mientras que el nocturno de mayor tamaño cerca de mil ochocientos, en ambos casos correspondientes a la Universidad Libre de Bogotá. El 90% de los programas, diurnos o nocturnos, tenían menos de mil estudiantes y la mayoría de ellos (60%) tenía poblaciones estudiantiles que no excedían los 500 alumnos⁸.

⁸ Ibid.

A pesar del surgimiento de nuevas facultades de Derecho que representan una mayor cobertura territorial, la capital del país y los Departamentos con mayor población y desarrollo económico y social explican todavía los mayores porcentajes de la matrícula estudiantil. Datos del ICFES para 145 programas de Derecho en 2002, muestran que sólo 4 regiones del país aglutinan el 62% de la población matriculada (Bogotá, Antioquia, Valle y Santander) donde hay mayor concentración de la actividad económica y también del número de Facultades.

4. Evolución de los postgrados en Derecho

En 1992 existían en el país un total de 46 programas de postgrado en Facultades de Derecho, divididos en 43 especializaciones de un año y 3 maestrías⁹. La distribución entre universidades oficiales y privadas, indica que 8 programas de especialización tenían origen público (18.6%), y los 35 restantes eran de origen privado (81.4%). Respecto de las maestrías, las 3 existentes tenían origen privado. El número de especializaciones diurnas era de 31 (72.1%), y de nocturnas 12 (27.9%), mientras que sólo funcionaba una Maestría nocturna. Por otra parte, la mayor proporción de especializaciones (25 programas) correspondía a estudios en derecho privado (58.1%) y el resto al derecho público. Respecto de las Maestrías, dos de ellas se dictaban en Derecho Penal y una en Derecho de Seguros.

Evolución del número y pertenencia de las facultades de derecho 1986-2004

DERECHO PRIVADO	
Comercial	7
Familia	5
Financiero	2
Laboral	4
Procesal	2
Seguros	1
DERECHO PÚBLICO	
Administrativo	7
D. Público	3
Penal	6
Tributario	2

Fuente: ICFES

Diez años después, los programas se habían multiplicado por más de diez, llegando a ofrecerse un total de 457 programas, registrándose así una dinámica muy superior a la del total de programas de postgrado en la educación superior. De este total, se estaban dictando en el año 2002 un subtotal de 438 especializaciones (12 programas estaban inactivos) de tiempos parciales o completos, con una duración de 6 a 24 meses, ofrecidas ya sea directamente o a través de extensiones de Facultades de Derecho, con convenios en los distintos municipios y ciudades del país.

Lo anterior significa que los programas de especialización en Derecho han llegado a explicar el 23% del total de especializaciones ofrecidas en la educación superior. De la oferta de especializaciones, 417 eran de carácter privado en el último año, aumentándose así durante el período el porcentaje de cursos privados, hasta un 95.2 %. Por otra parte, el porcentaje de diurnas disminuyó a un 69.4%.

Respecto de las áreas de las especializaciones ofrecidas en el año 2002, se registró un aumento proporcionalmente mayor de las de derecho público desde 1992, lo que guardaría relación con las fuertes transformaciones en el Derecho público, constitucional y administrativo que se han dado después de la Constitución de 1991 y el interés de la comunidad jurídica de actualizarse en dichos campos. En efecto, 185, es decir, el 42.2% corresponde hoy a estudios en Derecho Privado, y 253, equivalentes al 57.8% de los programas, corresponden al Derecho Público.

Dentro de las especializaciones en Derecho Privado, el 28,1% correspondía en el año 2002 a Derecho Comercial (incluyendo las áreas de negocios, empresarial, financiero y transporte). El 22.7% correspondía al derecho procesal (abarcando el tema probatorio); 14.6% a Derecho de Familia y de la infancia; y 14.6 % al Derecho laboral y de seguridad social. Finalmente, dentro del género "Otros", representativo de un 14.6%, comienzan a aparecer programas en nuevas áreas del Derecho, tales como las telecomunicaciones, nuevas tecnologías y temas internacionales especializados.

Respecto de las especializaciones enfocadas hacia el Derecho Público, el mayor número de postgrados se ofrece actualmente en el área de Derecho Penal, incluyendo las pruebas penales y el procesal penal, con 73 especializaciones, representativas del 28.9% del total. Le siguen en importancia el Derecho Administrativo con 51 programas, equivalentes al

20.2%, y el Derecho Público con 42 programas (16.6%), que abarca temas como la gestión pública, el derecho notarial, etc. Finalmente, es destacable el surgimiento de programas en el campo de los derechos humanos, con 33 programas (13%), que comprenden temáticas diversas del derecho internacional humanitario.

La distribución territorial de las especializaciones en 1992 mostraba una marcada concentración en 7 ciudades, las principales del país: Bogotá 27 programas (62,7%), Medellín 6 programas (13,9%), Bucaramanga 4 (9,3%), Cali y Caldas 2 programas (4,6%), y Nariño y Cauca con 1 programa. Las maestrías estaban ubicadas 2 en Bogotá y 1 en Cali.

En 2002 se pasó a un panorama de mucho más amplia distribución territorial de las especializaciones. En efecto, actualmente se ofrecen programas en 42 ciudades del país. De los 438 programas de especialización en Derecho, Bogotá cuenta con 133 programas, o sea el 30,4% del total, mientras que Antioquia tiene el 11,8% (52 programas), de las cuales 44 se ubican en Medellín. El Valle del Cauca tiene 33 programas, equivalentes al 7,5% del total del país, de los cuales 27 se ofrecen en Cali.

Finalmente, es preciso anotar que se pasó entre 1992 y 2002, de 3 a 15 Maestrías. De éstas, 11 eran diurnas y 4 nocturnas, la inmensa mayoría de ellas ubicadas en universidades de Bogotá y 2 en Medellín. Actualmente se está ofreciendo 1 programa diurno de Doctorado, en la Universidad Externado de Colombia, aunque inicialmente fue ofrecido junto con las Universidades Javeriana y del Rosario.

B. Consideraciones críticas sobre el control y vigilancia del Estado en materia de educación jurídica.

Antes de la expedición de la Ley 30 de 1992, los requisitos mínimos para la creación y funciona-

miento de los programas de Derecho estaban fijados por el decreto 1221 de 1990¹⁰. Aunque este Decreto no fue derogado explícitamente, se considera que ha perdido vigencia, teniendo en cuenta que, en la

práctica, a partir de 1992 los programas de Derecho se han apartado de dicha normatividad por considerar que contiene disposiciones incompatibles con el principio de la autonomía universitaria¹¹. Bajo el Decreto 1221 se requería la autorización previa del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, para iniciar un programa de Derecho, previa verificación del cumplimiento de ciertos requisitos de planes de estudio y recursos mínimos para las labores de enseñanza.

En contraste, la ley 30 de 1992 les dio a las universidades el derecho a crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, para lo cual sólo se requiere la notificación al Ministerio de Educación a través del ICFES, todo ello sin perjuicio de la inspección y vigilancia que ejerce el gobierno a través de procesos evaluativos¹².

A partir de 1999, en presencia de un crecimiento desordenado de la oferta educativa de educación superior, el ICFES comenzó a concretar la definición de requisitos de calidad para la creación y funcionamiento de programas académicos, que se tradujeron, inicialmente, en la definición de estándares exigibles para programas de Ingeniería y carreras de las áreas de Salud¹³. Recientemente, en diciembre de 2001 se emitió también el Decreto 2802 por el cual se reglamentaron las exigencias para el ofrecimiento de nuevos programas de pregrado en Derecho, así como diversos mecanismos para la evaluación de la calidad de los programas académicos que actualmente ofrecen las instituciones de educación superior¹⁴. Entre tales mecanismos se destaca la exigencia, por primera vez, de exámenes de Estado para medir la calidad de la enseñanza en los programas de pregrado.

...
de las especializaciones enfocadas hacia el Derecho Público, el mayor número de postgrados se ofrece actualmente en el área de Derecho Penal, incluyendo las pruebas penales y el procesal penal, con 73 especializaciones, representativas del 28.9% del total.

¹⁰ Este Decreto aprobó el Acuerdo 60 del 24 de mayo de 1990 del ICFES que establecía requisitos para la creación de programas, su forma de aprobación, plan de estudios, requisitos detallados de infraestructura académica y criterios de evaluación. Entre las normas comparables sobre licencia de funcionamiento de programas de Derecho que antecedieron a este Decreto en la década de los años setenta, pueden mencionarse las siguientes: Decreto 1189 de 1974; 225 de 1977; 118 de 1977 sobre especializaciones y postgrados en ciencias jurídicas; y Decreto 3200 de 1979 que fue precisamente sustituido por el Decreto 1221 de 1992. También es relevante el Decreto Ley 80 de 1980.

¹¹ También, muchos consideran que el Decreto 1221 perdió su vigencia puesto que la Ley 30 de 1992 derogó expresamente el Decreto Ley 80 de 1980 que sirvió de fundamento a la expedición de dicho Decreto.

¹² Herrera, Aleksey "Crisis de la Justicia y el Derecho en Colombia". En: La importancia de los estudios de Derecho frente al siglo XXI. Ediciones Uninorte, Barranquilla 1995.

¹³ Polo Verano, Pedro "Diagnóstico sobre los programas de pregrado en Derecho". Mimeo. Bogotá, Julio de 2001.

Entre los principales criterios que se tuvieron en cuenta para la decisión reciente de exigir estándares de calidad a los programas académicos de educación legal, además de la preocupación general del Estado por el apreciable deterioro de la calidad, están los siguientes¹⁵:

- a) El sistema de justicia del país, a pesar de algunos avances recientes a partir de la nueva constitución, muestra un panorama preocupante, donde la formación de su materia prima, es decir la formación del abogado, es crítica.
- b) La creciente globalización que experimentan todos los países tiene implicaciones importantes para el Derecho, dado que son cada vez más numerosos los principios y normas externas que deben tenerse en cuenta. Esta tendencia mundial no se refleja, en general, en la formación del abogado.
- c) Las situaciones de conflictividad en la sociedad son cada vez más complejas y exigen la cooperación interdisciplinaria. La formación en Derecho no proporciona herramientas para la comprensión integral de estos fenómenos, ni tampoco promueve el trabajo de los abogados con profesionales de otras disciplinas para aportar soluciones a problemas tales como la pobreza, la marginalidad y los fenómenos de violencia que resienten la convivencia.
- d) Se preparan predominantemente técnicos en Derecho, o personas que aprenden a leer y manejar códigos. Prima una formación enciclopédica donde cada estatuto o código constituye una asignatura, lo que se traduce en un exceso de materias que no permite a los estudiantes desarrollar una conciencia y criterio jurídicos, sino aprender legislaciones aplicables en momentos históricos específicos. La deficiencia de bibliotecas y recursos de investigación lleva a que el profesor se convierta en el límite del conocimiento de sus alumnos y que éstos no desarrollen capacidades como científicos jurídicos.

El sistema de justicia del país (...) muestra un panorama preocupante, donde la formación de su materia prima, es decir la formación del abogado, es crítica.

En general, "se piensa que en Colombia ha habido ausencia de Estado en el proceso de formación profesional en general, al amparo de una malentendida autonomía universitaria, que se ha traducido en la no necesidad de contar con la autorización oficial para la creación de nuevos programas y en la inexistencia de procesos efectivos de vigilancia"¹⁶.

1. Reglamentación sobre estándares de calidad de pregrado en Derecho

El Decreto 2802 de 2001 consagró por vez primera desde la Ley 30 de 1992 reglas obligatorias de calidad aplicables tanto para el funcionamiento de los 177 programas existentes en el país, como para los que pretendan crearse en el futuro. En adelante, los programas actualmente registrados de educación superior en derecho, que no tengan acreditación voluntaria, deberán aportar al ICFES documentación relativa a 16 factores referentes a su proyecto educativo de pregrado¹⁷. Para cada factor, las normas del Decreto establecen el tipo de criterios e informaciones que obligatoriamente deberán remitirse al ICFES dentro de un plazo máximo de dos años, que se vencen en diciembre de 2003. A su vez, el Estado dispondrá de un período máximo de diez meses para adelantar un proceso de verificación de cada programa, contados a partir de la fecha de radicación de la información.

De esta manera, cabe esperar que la totalidad de los programas actuales de Derecho en Colombia hayan sido verificados en su calidad por el gobierno a más tardar a fines del año 2004, teniendo el Estado la posibilidad de otorgar o negar un "registro calificado" que tendrá que actualizarse cada siete años por cada programa, en caso de otorgarse ese registro. De lo contrario, los programas que no demuestren el cumplimiento de los estándares de calidad, "no podrán matricular nuevos estudiantes, ni abrir nuevas cohortes"¹⁸. No se establece claramente en el Decreto cómo realizará el gobierno el proceso de revisión de la consistencia de la información recibida, pero es importante apoyarse en comu-

¹⁴ En el caso de Derecho, frente al crecimiento de programas que se comenzaba a apreciar desde mediados de los años noventa, el Consejo Nacional de Educación Superior CESU designó una comisión académica para que preparara un proyecto normativo que permitiera iniciar procesos de verificación de la calidad de la educación. No obstante, la propuesta presentada por la Comisión en 1996 fue rechazada en general por las mismas Facultades, por considerar la reglamentación intervencionista y contraria a la autonomía.

¹⁵ Polo Verano, Pedro. Op.Cit.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Estos factores son: justificación del programa, denominación académica, aspectos curriculares básicos, organización de las actividades académicas, formación investigativa, proyección social, sistema de selección, sistemas de evaluación, personal docente, dotación de medios educativos, infraestructura física, estructura académico administrativa, autoevaluación, egresados, bienestar universitario y publicidad del programa. Artículo 1, Decreto 2802 de 2001.

¹⁸ Artículo 23, Decreto 2802 de 2001.

nidades académicas, científicas y profesionales de Derecho y realizar, en ciertos casos, visitas con el concurso de pares académicos¹⁹.

En cuanto se refiere a la autorización de nuevos programas se requerirá, igualmente, obtener en el futuro un registro calificado. Para ello, la institución de educación superior presentará ante el ICFES la documentación relacionada con los estándares de calidad fijados por el Decreto, la cual será evaluada por pares académicos. Estas exigencias también se harán aplicables en adelante a las instituciones existentes que pretendan iniciar otro programa en la misma localidad o en otra ciudad, abrir una seccional o realizar convenios con otras instituciones locales²⁰.

Entre los 16 factores o indicadores de calidad que serán objeto de evaluación, sobresale el referente a los aspectos curriculares básicos que cada institución debe presentar, de acuerdo con su enfoque²¹. Al respecto, se espera que cada programa de pregrado sea coherente con la fundamentación teórica y metodológica del derecho, haga explícitos los principios y propósitos que orientan la formación desde una perspectiva integral, considerando, entre otros aspectos, las características y las competencias que se esperan del futuro abogado. Más específicamente, la norma adoptada señala que en la formación del abogado, el programa propondrá por:

- Una sólida formación jurídica, humanística y ética, que garantice un ejercicio profesional en beneficio de la sociedad.
- Capacidad analítica y crítica para la interpretación de los problemas sociales, políticos y económicos del país, así como del impacto de las normas frente a la realidad.
- La plena conciencia del papel mediador y facilitador que cumple el abogado en la resolución de conflictos.
- Suficiente formación para la interpretación de las corrientes del pensamiento jurídico.
- Las demás características propias de la formación que se imparte en la institución de acuerdo con su misión y proyecto institucional y con la tradición universal del conocimiento jurídico.

Las normas del nuevo Decreto hacen también referencia a las competencias deseadas del egresado, señalando que se buscará que adquiera las cognitivas, investigativas, interpretativas, argumentativas y

comunicativas, así como capacidades para la conciliación, el litigio y para el trabajo interdisciplinario. Y en cuanto a las áreas del saber y de la práctica que debe tener la formación de un abogado, se reglamenta que el programa cubrirá, como mínimo, los siguientes componentes básicos, que no deben entenderse como un listado de asignaturas²²:

- a) Área Jurídica, con los siguientes componentes mínimos: Derecho Civil, Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral, Comercial, Internacional, tanto en lo sustantivo como en lo procesal.
- b) Área Humanística, con componentes que complementen la formación integral del jurista, tales como filosofía del derecho, sociología jurídica, historia del derecho, e historia de las ideas políticas.
- c) Un componente transversal orientado a la formación del estudiante en el análisis lógico-conceptual, en la interpretación constitucional y legal y en la argumentación jurídica.
- d) Prácticas profesionales que se organizarán con los alumnos de los dos últimos años electivos en los consultorios jurídicos.

Reconociendo la vigencia de la autonomía universitaria, el Decreto 2802 de 2001 establece que cada institución mantiene la posibilidad de organizar dentro de su currículo estas áreas y sus componentes, así como otras que considere pertinentes, en correspondencia con su misión y proyecto institucional. Asimismo, se señala que los programas deben tener una estructura curricular flexible que permita, por un lado, ajustarse a las necesidades cambiantes del sociedad y, por otro lado, atender las capacidades, vocaciones e intereses particulares de los estudiantes.

Esta flexibilidad curricular, si bien es deseable, se enfrentará con el obstáculo de una enseñanza del Derecho en Colombia caracterizada por programas atiborrados de materias jurídicas, donde los estudiantes toman un exceso de materias cada semestre (6, 7 o más cursos) en perjuicio de la profundización, y donde los componentes interdisciplinarios que complementan la formación jurídica son muy marginales. Un análisis efectuado en las páginas web de las facultades posicionadas entre las primeras del país, muestra que, con algunas excepciones, el número de créditos para obtener el título de abo-

¹⁹ Estos procedimientos de pares y apoyo en comunidades se establecen en el Decreto para el caso de la actualización del registro calificado cada siete años. Artículo 24 del decreto 2802 de 2001.

²⁰ Artículos 19 y 20 del Decreto 2802 de 2001.

²¹ Artículo 4, Decreto 2802 de 2001.

²² Ibid.

gado en Colombia fluctúa entre 220 y 250 créditos en diez semestres o cinco años, con fuerte concentración en materias jurídicas²³.

En lo referente a las investigaciones y publicaciones, el Estado establece que, dentro de la autonomía universitaria, cada programa hará explícita la forma como desarrolla la cultura investigativa y el pensamiento crítico y autónomo que le permita a los estudiantes y profesores de derecho acceder a los nuevos desarrollos del conocimiento. Todo programa de pregrado en derecho "incluira procesos orientados a la formación investigativa básica de los estudiantes, y contará con publicaciones u otros medios de información que permitan la participación y difusión de aportes de los profesores y de los estudiantes del programa"²⁴.

Esta regulación sobre la formación investigativa enfrentará, en la práctica, el desafío de insertar la investigación en la docencia y de lograr controles académicos de calidad para producir investigaciones originales de calidad y no las usuales transcripciones de normas y de doctrina jurídicas.

En cuanto a los requisitos de grado, si bien el Decreto 2802 no regula en forma completa la materia, señala que de conformidad con el artículo 2 de la Ley 552 de 1999, el estudiante que haya terminado las materias del pènsum académico, elegirá entre la elaboración y sustentación de una monografía jurídica, o la realización de la judicatura. Esto significa que los requisitos obligatorios que continúan vigentes para graduarse de abogado en Colombia son los siguientes²⁵:

- a) Aprobación de las materias del currículo dentro de las áreas del conocimiento y de la práctica

señaladas.

- b) En cuanto al componente práctico, se mantiene la obligatoriedad de haber trabajado en el Consultorio Jurídico durante dos semestres por lo menos²⁶. La prestación del servicio en el consultorio jurídico en ningún caso es susceptible de omisión ni de homologación.
- c) Presentación de una monografía o investigación dirigida, la cual, como se indicaba, puede ser reemplazada por la judicatura, o pasantía o práctica en cargos públicos o servicios jurídicos autorizados por el legislador²⁷.
- d) Presentación de exámenes preparatorios o similares que permitan que los estudiantes puedan relacionar los conocimientos adquiridos durante la carrera²⁸.

Por último, debe anotarse que los requisitos de obtención de registros calificados basados en los estándares de calidad del Decreto 2802, no son necesarios para aquellos programas que opten por la llamada "acreditación voluntaria", comentada en el capítulo anterior de este informe. En la actualidad, esta acreditación que busca alcanzar niveles de excelencia, ha sido otorgada sólo a siete programas de Derecho, aunque es destacable que varias Facultades están en proceso de presentación de sus respectivas auto-evaluaciones ante el CNA²⁹.

La acreditación voluntaria se constituye en un proceso mediado por pares, dirigido a garantizar que las instituciones y programas de educación superior que sean acreditados cumplan los más altos requisitos de calidad y realicen, efectivamente, sus propósitos y objetivos³⁰. El proceso de acreditación contempla las siguientes etapas³¹:

²³ Aunque todavía hay diferencias en la valoración académica de los créditos entre Facultades, la comparación comentada se efectuó sobre la base de la equivalencia de un crédito a una hora de clase semanal. Por cada hora de clase se espera que el estudiante dedique como mínimo 2 horas adicionales de preparación y estudio.

²⁴ Artículo 6. Decreto 2802 de 2001.

²⁵ Un repaso histórico de los requisitos establecidos por el Estado para los estudios y grado en Derecho puede consultarse en Martínez, Yanick, "Los estudios de Derecho en la práctica", Tesis de Grado, Universidad de los Andes, Agosto de 1981. También en Ibáñez, Blasco, "Evolución histórica de la enseñanza del Derecho en Colombia", Publicado en La importancia de los estudios de Derecho frente al siglo XXI. Op. Cit. Pg.106.

²⁶ La actividad de los consultorios jurídicos universitarios, creados en el Artículo 30 del Decreto 196 de 1971, se ha reglamentado desde los años setenta, principalmente por las siguientes normas: Decreto 765 de 1977; Ley 23 de 1991 sobre creación de Centros de Conciliación en los Consultorios; y Ley 583 de 2000. Esta última establece que "los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de Facultades de Derecho, son abogados de pobres y como tales deberán verificar la capacidad económica de los usuarios".

²⁷ Entre las disposiciones que han regulado las actividades de la judicatura en los últimos años, se encuentran los Decretos 196 de 1971, 1229 de 1974, 225 de 1977, 3200 de 1979, 1862 de 1989 y Ley 552 de 1999. El Decreto 1221 de 1990 también establecía la posibilidad de realizar judicatura como homologación de la monografía de grado.

²⁸ Entre las normas relevantes en materia de preparatorios cabe mencionar los Decretos 225 de 1977 y 3200 de 1979. El Decreto 1221 de 1990 disponía que los preparatorios debían cubrir las áreas de Derecho Público, Penal, Laboral y Privado, con indicación de materias centrales para cada área. En desarrollo de la autonomía universitaria, varias Facultades han venido adaptando los preparatorios para lograr evaluar capacidades de análisis y habilidades integradoras de conocimientos a lo largo de la carrera, sin que necesariamente se coincida con las áreas indicadas en el 1221. Giraldo, María Carolina "Educación legal en Colombia: Regulación y retos". Informe Investigación Profesor. Universidad de los Andes, Diciembre de 2002.

²⁹ Los programas hasta el momento acreditados bajo este mecanismo de alta calidad son los de la Universidad Externado de Colombia (9 años); Rosario (4 años); Antioquia (4 años); Autónoma de Bucaramanga (5 años); Sergio Arboleda de Bogotá (3 años); Santo Tomás (4 años) y Andes (8 años). Para incentivar estos procesos en que las universidades libremente se acogen a la acreditación voluntaria de sus programas, el Ministerio de Educación creó el premio "Orden a la Educación Superior Luis López de Mesa", que busca exaltar a los mejores programas acreditados. Decreto 1655 de 1999.

- La autoevaluación, que consiste en el estudio llevado a cabo por las instituciones o programas académicos, sobre la base de los criterios, características, variables e indicadores definidos por el Consejo Nacional de Acreditación, CNA. La institución debe asumir el liderazgo de este proceso y propiciar la participación amplia de la comunidad académica en él.
- La evaluación externa o evaluación por pares, que utiliza como punto de partida la autoevaluación, verifica sus resultados, identifica las condiciones internas de operación de la institución o de los programas, y concluye en un juicio sobre la calidad de una u otros.
- La evaluación final que realiza el Consejo Nacional de Acreditación a partir de los resultados de la autoevaluación y de la evaluación externa.

Finalmente, los programas autoevaluados, visitados y reconocidos en su calidad por los pares, son objeto de reconocimiento público mediante una Resolución del Ministerio de Educación que decide sobre la solicitud de acreditación voluntaria, con base en el concepto técnico del CNA. Según la experiencia de acreditación de programas de pregrado, los estándares de acreditación fluctúan entre 2 y 9 años, en función de las fortalezas y debilidades identificadas, tomando en cuenta los siguientes siete factores y correspondientes características:

- Proyecto institucional
- Estudiantes y Profesores
- Procesos Académicos
- Bienestar institucional
- Organización, Administración y Gestión
- Egresados e Impacto sobre el Medio
- Recursos Físicos y Financieros

2. Exámenes de Estado de Calidad de la Educación Superior, ECAES, en los programas de pregrado en Derecho.

Otro mecanismo adoptado recientemente para fortalecer la inspección y vigilancia de la calidad de la

educación legal, es el del Examen de Estado de Calidad de la Educación Superior, ECAES. Dicho examen fue aplicado por primera vez en julio de 2002, con carácter voluntario, a los estudiantes de último año de pregrado de las instituciones que ofrecen educación legal en el país³². A partir del año 2003 estos exámenes pasaron a ser obligatorios. Los ECAES "deberán ser presentados por los estudiantes que cursen el último semestre de los programas anuales y semestrales, para lo cual las instituciones de educación superior adoptarán las medidas internas que permitan la participación de la totalidad de sus estudiantes"³³.

Según la reglamentación reciente de estas pruebas académicas de carácter oficial, su propósito es comprobar niveles mínimos de aptitudes y conocimientos, lo que permitiría, a su vez, construir indicadores para evaluar la calidad de las instituciones de educación superior, y facilitar los procesos de homologación y convalidación de títulos de estudio de la educación superior realizados en el exterior³⁴.

Entre los incentivos para la presentación de los ECAES, se establece que los resultados serán criterio para otorgar becas internacionales de distintas entidades públicas, y para el reconocimiento público del puntaje de los diez mejores estudiantes, quienes tendrán prelación en el otorgamiento de créditos educativos. Asimismo, "las instituciones de educación superior podrán exigir como uno de los requisitos para optar al título de abogado y para el ingreso a los programas de postgrado, los resultados obtenidos por los estudiantes en los ECAES"³⁵.

II. Hacia la calidad de la Educación Legal

A partir del 1 de julio de 1971, fecha en la cual se creó el Registro Nacional de Abogados, hasta octubre de 2002, se encontraban inscritos 117.601 abogados en Colombia. En 1992, al crearse el Consejo Superior de la Judicatura, CSJ, este órgano de control y gestión de la rama judicial asumió la

³⁰ El marco legal para la acreditación está constituido por la Constitución que garantiza la autonomía universitaria; la Ley 30 de 1992 que precisa como principio orientador de la acción del Estado el fomento de la calidad del servicio educativo; el Decreto 2904 de 1994 que define la acreditación, indica quienes forman parte del sistema nacional y señala las etapas y los agentes del proceso de acreditación; y el Acuerdo 04 del Consejo Nacional de Educación Superior que reglamenta y determina las funciones del Consejo Nacional de Educación Superior.

³¹ Sistema Nacional de Acreditación, Lineamientos para la Acreditación. Tercera Edición; Bogotá, febrero de 1998.

³² Para su elaboración el ICFES conformó un grupo de trabajo de alto nivel académico de 35 profesores de distintas universidades, que elaboró un cuestionario de 200 preguntas que fueron respondidas en un día por 2.804 estudiantes, representativos del 45% aproximadamente de la población potencial. El examen comprendió preguntas de Teoría General del Derecho (20); Derecho Constitucional (40); Administrativo (20); Laboral (10); Internacional Público (10); Civil y Familia (40); Comercial (20); y Penal (40). Los puntajes más altos obtenidos entre 68 programas correspondieron a los estudiantes de las Universidades Bolivariana de Medellín y de los Andes de Bogotá.

³³ Artículo 7 del Decreto 1373 de 2002 "por el cual se reglamentan los ECES de los estudiantes de los programas de pregrado de Derecho". El Artículo 16 señaló explícitamente que serán obligatorios a partir del primer semestre del año 2003.

³⁴ Para convalidar y homologar estudios de Derecho realizados en el exterior, los aspirantes deberán presentar el examen de Estado, y acreditar una práctica de consultorio jurídico en cualquiera de los programas de Derecho acreditados por el gobierno. Artículo 10, Decreto 1373 de 2002.

³⁵ Artículos 11, 12, 13 y 14 del Decreto 1373 de 2002.

función de registro de abogados y, a través de su Sala Disciplinaria, la de examinar las conductas y sancionar las faltas disciplinarias de la profesión. En Octubre de 1992, cuando el CSJ asumió el manejo del Registro, estaban inscritos 62.121 abogados, es decir el 53% de los que hasta el presente se les ha expedido tarjeta profesional. Es decir, en los últimos diez años, coincidiendo con el rápido crecimiento de facultades, programas y alumnos matriculados, se inscribió casi la mitad de la actual población de abogados en ejercicio.

Las tendencias del número de abogados inscritos oficialmente en Colombia por cada 100.000 habitantes, indican un notable incremento que ubica a Colombia entre los países con mayor número de abogados en América Latina, por encima de los indicadores correspondientes de países como Argentina, Bolivia, Chile y Ecuador. En efecto, en 1992 el país tenía una tasa de 172 abogados por cada 100.000 habitantes, tasa que se elevó en un 57% en el año 2002 al llegarse a una proporción de 268 abogados.

Respecto del número de abogados inscritos en Colombia, nuevamente se observa la concentración de abogados en ejercicio en la ciudad capital, con más de la mitad de abogados inscritos en el país. Como se veía en la distribución territorial del número de programas ofrecidos en Colombia, Bogotá contaba con el 23% del total nacional, así como con el 33% de la población matriculada, indicadores que contrastan con el porcentaje de 52,1% del total de abogados inscritos.

Por su parte, las otras ciudades más importantes del país igualmente mantienen las primeras posiciones, entre ellas Cali, que se ubica en el segundo lugar con el 10,7% del total nacional de abogados inscritos, seguida por Medellín, Barranquilla y Bucaramanga con el 9,1%, 7,6% y 3,3% respectivamente. Finalmente hay que anotar que en estas cinco ciudades se encuentra el 82,9% del total de abogados inscritos en Colombia, cifra que refleja la concentración del ejercicio de la profesión de abogado en las grandes urbes y centros económicos y sociales del país.

Independientemente del número de abogados inscritos que sugiere un problema de exceso de profesionales del Derecho y de cali-

dad de su ejercicio profesional, cabe plantear algunas reflexiones concretas en torno a las características generales de la población de estudiantes de últimos años de carrera y sobre el problema que representa un modelo de desarrollo institucional de la educación superior que favorece un número exagerado de facultades y programas.

En cuanto a la población estudiantil que está culminando su carrera de Derecho e ingresando próximamente al mercado laboral de los abogados, la encuesta realizada por el ICFES con ocasión de la primera aplicación de los ECAES, arroja algunos indicadores de interés sobre diferenciación en la calidad de la educación jurídica³⁶. Como se refería anteriormente es muy notoria la elevada participación de los programas nocturnos en el pregrado, sobre lo cual la mencionada encuesta arroja algunos elementos de juicio:

- El promedio de edad de los estudiantes de último año que se presentaron al ECAES fue de 28,04 años, 31,1 años para los hombres y 28,15 para las mujeres. Los estudiantes de programas nocturnos tienen una edad promedio al finalizar sus estudios de 32,7 años, superior a la de los estudiantes diurnos de 26,5 años. En ello incide el hecho de que la duración de la carrera es mayor en los programas nocturnos, así como las facilidades que estos dan a sus estudiantes para trabajar en jornadas diurnas completas, lo que extiende adicionalmente la carrera.
- Frente al acceso al correo electrónico, aproximadamente el 47% de los alumnos de los programas diurnos tiene dicha herramienta, mientras que de los programas nocturnos, menos del 10%.
- El 45.2% de los estudiantes afirmó estar trabajando al mismo tiempo que hace sus estudios en derecho. De esta cifra, el 37% de los estudiantes diurnos y el 77.7% de los estudiantes de jornada nocturna declaran estar trabajando. La encuesta señala además que el 85% de quienes estudian de noche trabajan tiempo completo, el 11% medio tiempo, y el 4% no suministró información. Igualmente, de los alumnos de jornada diurna que trabajan, 43.4% lo hace de tiempo completo y 44% por medio tiempo.

El 45.2% de los estudiantes afirmó estar trabajando al mismo tiempo que hace sus estudios en derecho. De esta cifra, el 37% de los estudiantes diurnos y el 77.7% de los estudiantes de jornada nocturna declaran estar trabajando.

A raíz del segundo examen ECAES en 2003, se ha debatido, por otra parte,

³⁶ La encuesta se realizó a todos los estudiantes participantes en el ECES de Derecho, es decir a un 45% aproximadamente del total de la población de último año de carrera.

la idoneidad de estas prueba como herramienta de control de la calidad de los programas, teniendo en cuenta que se trata de una medición del desempeño de estudiantes en una prueba unificada³⁷. Se señala que el diseño del ECAES debería permitir obtener criterios para el mejoramiento de la calidad de los programas de pregrado, pero sin perjuicio de la autonomía universitaria. Las recomendaciones planteadas para futuras pruebas de estos exámenes de Estado se han dirigido a tratar de mejorar la calidad pedagógica de la evaluación y, por otra parte, a minimizar el riesgo de homogenizar la preparación de los abogados conforme a ciertas líneas que inhiban la diversidad y la autonomía de cada programa educativo.

Las preguntas de ECAES son preparadas en talleres regionales y nacionales de profesores de Derecho. El desafío es lograr diseñar un examen centrado en lo "básico", en aquello que fundamenta la disciplina y el ejercicio profesional, sin pretender evaluar a los estudiantes sobre sus preferencias o en áreas donde cada facultad es "fuerte". No obstante, aún bajo este enfoque, existen interrogantes tales como precisar ¿qué es lo básico o lo esencial de la formación de un abogado en Colombia? ¿Por qué preguntar ciertos temas y otros no dentro del extenso thesaurus de cada área? ¿Cómo preguntar? ¿Se pretenden evaluar competencias argumentativas, interpretativas o propositivas?³⁸.

Otro tema que requiere reflexión dentro de la búsqueda de la calidad de la enseñanza del Derecho, es el del incremento de programas de Derecho bajo un modelo de ampliación de oferta, que en vez de centrarse en el mejoramiento de las instituciones existentes, optó por la proliferación de programas con evidentes limitaciones para garantizar resultados de calidad³⁹. Posiblemente, los bajos costos de inversión requeridos para el funcionamiento de una facultad, combinados con controles estatales laxos, han llevado a la excesiva ampliación de la oferta de educación legal⁴⁰.

Dentro de la expansión de la educación privada se identifican notorias diferencias en precios de la matrícula

entre universidades y programas, que pueden ser tan altas como de 1 a 4. Algunas matrículas muestran niveles relativos tan bajos que surgen inquietudes sobre las posibilidades de las respectivas instituciones de financiar profesores y realizar las inversiones en infraestructura que demanda una educación de calidad. Esta situación plantea "un alto contraste entre una educación privada de alta calidad, de pequeñas dimensiones, y una educación también privada pero con baja inversión y calidad y de enormes proporciones"⁴¹.

De un análisis de 33 programas de derecho (representativos del 50% de la población diurna) en las ciudades de Bogotá, Medellín y Cali, se observa cómo los precios de las matrículas semestrales de los respectivos programas diurnos fluctuaban a comienzos de 2003 entre US\$ 340 y US\$ 2.025. En principio, parece confirmarse que costos más elevados de la matrícula coinciden con programas de calidad de universidades que han logrado un alto posicionamiento y prestigio en el mercado. Por otra parte, a nivel nacional se aprecia que no necesariamente las universidades que presentan los costos de acceso más bajos son aquellas que reciben mayor número de población estudiantil, contradiciendo la hipótesis de que establecer matrículas "más baratas" permitirá canalizar mayor número de estudiantes.

Así, entonces, en un contexto de crecimiento acelerado de la oferta de programas, se han generado fuertes desequilibrios en el desarrollo académico relativo de las respectivas unidades académicas. "Algunas universidades conservan una marcada superioridad en cuanto a calidad académica, autonomía económica, innovación curricular y pedagógica, cierta especialización en la formación profesional en determinadas áreas, participación en programas de cooperación internacional y prestigio en la opinión pública, que la mayoría de las veces va acompañada de mayores costos educativos y la presencia de una población estudiantil de estratos medios y altos. En contraste aparecen muchas facultades que presentan un cuadro de baja o regular calidad académica, predominio de una visión comercial de la educación, sin prestigio profesional o, inclusive, con

Posiblemente, los bajos costos de inversión requeridos para el funcionamiento de una facultad, combinados con controles estatales laxos, han llevado a la excesiva ampliación de la oferta de educación legal.

³⁷ En noviembre de 2003 se realizó el primer ECAES obligatorio con la participación de 8.903 estudiantes de 70 facultades de Derecho del país. El examen permitió evaluar en forma desagregada los conocimientos de estudiantes de último año en las siguientes áreas: Teoría del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Internacional, Derecho Laboral, Responsabilidad Profesional, Derecho Civil y de Familia, Derecho Comercial y Derecho Penal.

³⁸ ICFES, Universidad de la Sabana. ECAES en Derecho 2003: Análisis de Resultados del Examen. CD-Room. Bogotá, 2004.

³⁹ Silva, Fernando "Educación legal en Colombia". En Criterios de Justicia. Año 1, No. 7. Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, Diciembre de 1977.

⁴⁰ Véase un completo diagnóstico sobre la calidad deficiente de la nueva oferta de educación legal en Colombia en Ministerio de Justicia, El Abogado en el Tiempo de la Gente, Bogotá 1995.

⁴¹ Ibid.

una imagen bastante negativa ante la sociedad. Tales facultades congregan, además, una población estudiantil de estratos medios y bajos. En estas circunstancias se generan condiciones de desigualdad social para los profesionales egresados de estas facultades, que luego se agravan en la también desigualdad de obtener empleo. Así, la educación no cumple una de sus principales funciones sociales, cual es la de promover la igualdad sobre la base de méritos, animando el progreso económico y social"⁴².

En lo que respecta a programas de postgrado, la proliferación de especializaciones también guarda relación con la laxitud de la legislación para su apertura, lo mismo que con la alta rentabilidad que se deriva de estos programas dadas las bajas inversiones que demandan. Así, una inflación de especializaciones de cuestionable nivel académico, combinadas con muy escasos programas de maestría y doctorado no contribuyen a la formación de profesores universitarios de altas calificaciones. Se pierde así el potencial de la educación superior de contribuir a elevar la calidad de los proyectos educativos mediante la preparación de docentes con altos estudios de postgrado.

Los interrogantes frente al futuro de este panorama de educación de los abogados en Colombia, tienen que ver en parte con la efectividad que pueda tener la aplicación de las normas gubernamentales recientes que propenden por el control de la calidad de los programas. Ciertamente, se trata, en primer lugar, de detener el crecimiento descontrolado con nuevas Facultades, extensiones y programas. El Estado cuenta actualmente con herramientas jurídicas de control para negar nuevas autorizaciones de programas, y salvo consideraciones realmente excepcionales de índole académica, no habría lugar para nuevas ampliaciones de la oferta.

En segundo lugar, es preciso abordar rigurosamente el reto de examinar la calidad de los programas existentes y tomar las decisiones correspondientes. La estrategia de calidad de la educación jurídica debería concentrarse en proporcionar herramientas para que los programas creados en los últimos diez años, hagan esfuerzos de mejorar sus aspectos curriculares básicos, desarrollar los incipientes centros de investigación socio jurídica, capacitar su personal docente y contar con mejor infraestructura y dotación de medios educativos. Al respecto, el Estado debería combinar las nuevas herramientas de intervención y control, con el desarrollo de incentivos a la investigación, formación de pro-

fesores en programas de alto nivel, creación de premios académicos, programas de cooperación entre Facultades, intercambios internacionales y otras iniciativas similares que se traduzcan en mejores desempeños académicos y creación de comunidades.

La acreditación voluntaria y el otorgamiento selectivo y fundamentado de registros calificados por parte del Estado, deberán constituir un primer paso para la evaluación y promoción de una educación de calidad. No obstante, por encima de todo "se requiere voluntad política de aplicación de los controles establecidos, de manera que las medidas correctivas no se dejen de aplicar por los padrinos políticos o por el temor que los funcionarios puedan tener de las enemistades que su actuar, consecuente con la ley, les pueda llegar a granjear"⁴³.

Finalmente, las dificultades y problemas de calidad que presenta la educación de los abogados en Colombia, llevan a plantearse la conveniencia de adoptar mecanismos o exigencias adicionales para el ingreso a la profesión legal. Los exámenes de Estado que comenzaron a aplicarse en 2002, aun con las críticas que han recibido en su inicio, son un primer paso para verificar la suficiencia y el nivel académico de los educandos.

Para ingresar al ejercicio de la profesión, cabe preguntarse si sería necesario contar con requisitos adicionales más precisos que den garantía a toda la sociedad del ejercicio competente y ético de los abogados.

La verificación por parte del Estado de la idoneidad del abogado que pretenda ejercer la profesión, podría desarrollarse a través de colegios, asociaciones de abogados o cuerpos profesionales reconocidos que den garantía de las capacidades y responsabilidades de la práctica jurídica, como sucede en muchos países del hemisferio y europeos. El ingreso obligatorio a estos cuerpos mediante exámenes especiales, no sólo daría mayores garantías a la sociedad sobre el ejercicio de los abogados litigantes o conciliadores, sino que permitiría desarrollar mecanismos como la capacitación permanente y el control ético de las actuaciones profesionales. Igualmente, el desafío del Estado colombiano de velar por el mejoramiento de la calidad académica de las Facultades de Derecho, podría también verse apoyado con la colaboración de colegios o asociaciones que respalden los esfuerzos de evaluación de los programas educativos. ■

se aprecia que no necesariamente las universidades que presentan los costos de acceso más bajos son aquellas que reciben mayor número de población estudiantil, contradiciendo la hipótesis de que establecer matrículas "más baratas" permitirá canalizar mayor número de estudiantes.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

Entrevista a

Boaventura de Sousa Santos

[Universidad de Coimbra
www.ces.fe.uc.pt/bss/index.htm]

Por Alan Iud

“Hay que politizar la formación, crear otro compromiso social en las facultades de derecho”

Boaventura de Sousa Santos nació en Coimbra (Portugal), en 1940. Obtuvo un Doctorado en Sociología del Derecho de la Universidad de Yale en 1973. Actualmente se desempeña como Profesor de la Facultad de Economía de la Universidad de Coimbra; y como profesor visitante de la Universidad de Wisconsin–Madison, de la Escuela de Economía de Londres, de la Universidad de Sao Paulo y de la Universidad de Los Andes. Desde 1978 es Director del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra.

Entre los libros que ha publicado se pueden mencionar: *Estado, derecho y luchas sociales* (ILSA, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1991); *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad* (Siglo del Hombre Editores - Ediciones Uniandes, Bogotá, 1998); *La globalización del Derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación* (ILSA, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998); *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una Nueva Teoría Social y una Nueva Práctica Política* (ILSA, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003); *Reinventar la democracia. Reinventar el estado* (CLACSO, Buenos Aires, 2005); *La universidad del siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipadora de la universidad* (Colección Libros del Laboratorio de Políticas Públicas, Miño y Dávila Editores, Buenos Aires, 2005). Otros textos pueden ser encontrados en <http://www.ces.fe.uc.pt/bss/index.htm>

► **Usted remarca la necesidad de hacer un uso contra-hegemónico de los derechos humanos, dando vuelta lo que usted llamó las "monoculturas" que marcan el uso hegemónico de los derechos humanos. ¿Qué relación ve usted entre las características que tienen los derechos humanos en su uso hegemónico y la formación que se brinda usualmente en las Facultades de Derecho?**

En las Facultades de Derecho que conozco en América Latina y en Europa, –y un poco en los Estados Unidos, donde es un poco distinto, allí hay otra tradición en las facultades de derecho–, en nuestra tradición que llamamos de derecho continental, realmente predominan estas concepciones, estas ideas de una monocultura del procesalismo, del individualismo, de la autonomía del derecho, de la exclusividad del saber jurídico, de un decisionismo dicotómico, de que alguien gana y alguien pierde, y la idea de que es científicamente correcto para el derecho estar aislado de la sociedad, estar aislado de presiones de la sociedad. Entonces se trata de una autonomía que se formula como aislamiento científico, epistemológico y político del derecho. Y esa es a mi juicio una concepción que mutila, que restringe mucho, las posibilidades emancipadoras del derecho. Porque el derecho fue un arma desde siempre muy contradictoria. Si nosotros vemos desde el siglo XII, cuando el derecho moderno empieza (por ejemplo en la Facultad de Derecho de Bologna), realmente es un derecho que busca contribuir para



la construcción de una nueva sociedad y por tanto su autonomía está vinculada a un proyecto societal, que en ese entonces era un poco el proyecto de la burguesía comercial que empezaba, y que no tenía dignidad, pero la idea que nos queda de aquí es que vamos a tener una recepción del derecho romano muy vinculada a los intereses de una clase, de un proceso social, que es un proceso que se considera –en ese entonces– progresista. Entonces el derecho desde su origen estuvo muy vinculado a objetivos sociales emancipadores, siempre controlados por una clase dominante, pero los objetivos estaban siempre presentes. Por ejemplo, desde el siglo XVII, XVIII y XIX, tenemos las escuelas de derecho natural, que también eran otra idea de no reducir el derecho al derecho positivo del estado, y tener una posibilidad de ver al derecho como marco de la dignidad humana, como un horizonte de emancipación. Y es al final del siglo XIX, por así decir, que en todos los países empieza una corriente positivista dentro de la jurisprudencia, dentro del derecho, dentro de la filosofía del derecho, que va crear todo el marco teórico que tenemos hoy, y que fue realmente la manera como el derecho recibió el cientificismo de la ciencia moderna, o sea fueron reducidas todas las posibilidades de compromiso con la realidad a las posibilidades del capitalismo por un lado –entendido de una manera que era la dominante por ese entonces, un capitalismo liberal–, y un derecho que para ser científico va a hacer dos cosas: por un lado va a reducirse al Estado –no hay derecho fuera del Estado, antes por ejemplo había mucho pluralismo jurídico, se reconocía que cada ciudad, cada localidad, cada región, tenía sus propias normas de derecho, y que se articulaba con las demás; en ese momento se va a reducir todo el derecho al marco del Estado, solamente el Estado puede

Opinión

Por Alan Iud

Las Facultades de Derecho como campo de lucha

Hace treinta años los maestros Rodolfo Ortega Peña y Eduardo Luis Duhalde denunciaron que "la enseñanza del derecho venía practicándose de una manera monocorde con el proyecto neo-colonial en el cual la Universidad toda estaba inmersa. Esa doble dimensión de transmitir la ideología de las clases opresoras y al mismo tiempo insensibilizar al estudiante a todo momento concientizador, transmitiéndole en cambio la visión de científico 'aséptico', se hizo manifiesta en la pedagogía de los juristas del derecho argentino". Hoy poco parece haber cambiado.

Nuestras facultades de Derecho reservan un espacio absolutamente marginal para los enfoques jurídicos que superan el mero análisis normativo, están signadas por la compartimentalización de la carrera y su pretendida desconexión con otras disciplinas sociales, fomentando la consideración del Derecho como algo dado y la aceptación acrítica de la vigencia de la norma prescindiendo del análisis de su contenido y razones históricas, sintetizado en la memorización de las normas como técnica de estudio. Esto es, en palabras de Boaventura, una estrategia de proletarización y derrota.

Es indispensable que nuestras facultades asuman sin temor el sentido político del Derecho y descarten definitivamente la pretensión de formar abogados asépticos o neutrales. "Hay que politizar la formación", nos dice Boaventura. Y ello solo será posible si estudiantes y profesores se deciden a reapropiarse de las facultades y así dar la disputa. Si no, continuará mutilada la capacidad transformadora del derecho, y entonces deberemos preguntarnos cuál es el sentido de que en las universidades públicas se siga dictando esta carrera.

ser una fuente del derecho— y por otro lado, el derecho va a ser considerado una ciencia, llamada la dogmática jurídica. Y es una ciencia que realmente no tiene nada de experimental como la ciencia moderna, es una ciencia de palabras, es una tecnología de palabras. Y es en ese entonces que se crea toda una dogmática jurídica con todas las construcciones analíticamente muy rigurosas, digamos así, pero cuyo rigor presupone un aislamiento total del contexto político, cultural, donde ocurre. Y eso va a ser por ejemplo el *weltanschauung*, la visión del mundo del derecho que va a predominar en el siglo XX casi siempre.

Pero, de todas formas van a haber conflictos, dentro de este marco, es un marco bastante reduccionista, porque como digo el derecho existía más allá del Estado, existía más allá de lo que está positivado. Por ejemplo, basta ver que la revolución francesa, la revolución americana fueron conducidas en nombre del derecho. O sea, esta oposición que surge más tarde entre derecho y revolución es posterior, se da con este positivismo que es una reducción del derecho al marco del Estado. La primera revolución moderna que es conducida en contra del derecho es la revolución rusa, porque ahí se razona que si el derecho es un producto del Estado, si el Estado es capitalista el derecho es capitalista y si es capitalista no tiene nada de emancipador, entonces la revolución rusa es contra el derecho. Pero al contrario, las revoluciones anteriores fueron en nombre del derecho, o sea había una concepción del derecho bastante más amplia y bastante más progresista, contradictoria.

► **Es decir que la influencia positivista fue terminante.**

Fue el marco positivista el que acabó por dominar, y dentro de ese marco con algunas contradicciones. Hubo diferentes reformismos donde el derecho tuvo un rol muy importante (la conquista de los derechos económicos y sociales, toda la lucha por la inclusión en el contrato social de las clases obreras y populares). Pero éste fue el marco que existió hasta hoy, que estamos en una situación contradictoria, donde por un lado se habla de que el derecho es la cosa más importante, o sea que no tiene ya un horizonte reformista —"mejorar la sociedad"— pero tampoco tiene un horizonte revolucionario. Lo que hay es la legalidad, el primado de la *rule of law*, el primado del derecho, y por eso, se da toda esta inversión brutal del Banco Mundial, de las agencias judiciales, en la reforma judicial y en el marco del derecho.

Este modelo positivista ha sido bastante controvertido internamente, atravesado por contradicciones, por muchas luchas, donde el derecho fue un instrumento muy importante de movilización social, era una lucha por los derechos sociales. Hoy en día, lo que tenemos es que este marco reformista, con sus contradicciones, está en crisis. Tenemos el primado del derecho, de un derecho de orden público, es un derecho para crear una legalidad para los negocios, para que el cálculo económico sea más directo: cuando tú no pagas la cuenta del teléfono es muy importante que la multinacional sepa que hay un tribunal donde puede recurrir, o sea, se trata realmente de las obligaciones contractuales, de la seguridad del derecho de propiedad, que en este momento es lo más importante. Todos los grandes modelos de la *lex mercatoria*, del derecho internacional de los negocios, están orientados a garantizar la propiedad privada, sobre todo de actores extranjeros... La idea de que todos los propietarios de un cierto país tienen que ser tratados de la misma manera, la llamada cláusula de tratamiento nacional, no puedes discriminar contra extranjeros, porque la propiedad es inviolable en sentido abstracto.

► **¿Cómo incide este contexto en las facultades de derecho?**

Esta es la situación en la que estamos, y a mi juicio las facultades de derecho reproducen este modelo. Sin embargo, creo que las facultades de derecho las últimas décadas estaban más abiertas a los problemas, pero en algunos casos, como en Brasil y Argentina, la dictadura impuso un corte entre las facultades y la realidad. Existía realmente la idea de que el derecho tenía una tensión emancipadora en sí misma, y condensaba las contradicciones de la sociedad, y por eso las facultades de derecho reproducían. ¿Cómo reproducían? Reproducían en general a través de una distinción entre lo que llamamos la currícula formal y la currícula informal, o sea, el plan de estudios, que es lo que tu estudias en las clases, y todo el trabajo estudiantil informal de las agrupaciones de estudiantes, trabajo político que se hacía dentro de las agrupaciones con algunos profesores progresistas, y que creaba de alguna manera una currícula informal donde se organizaba mucha movilización con los movimientos, con las asociaciones de vecinos, que partía por la facultad por debajo de la formación formal que tú tenías. Estos dos currículos, estos dos planes, existían en paralelo, y los profesores y los estudiantes se movían de uno a otro. Esto fue después realmente muy mutilado y muy destruido por las dictaduras, y no se ha reconstruido después, éste es el problema. Y hoy en día

tenemos una currícula formal de una relación cada vez más de tipo mercantil entre estudiantes y profesores, porque los profesores también están siendo estimulados a impartir clases en más de una universidad, a tener más que una actividad, porque sus salarios son bajos para el nivel de vida que una clase media quiere tener, y los estudiantes a su vez están muy preocupados con una inseguridad de empleo que las generaciones anteriores no tenían. Es decir que una persona que salía de la facultad de derecho sabía que tenía un empleo de clase media garantizado, entonces tenían una gran libertad para organizar políticamente su vida (además de su formación técnica), y por eso esta contradicción resultaba muy creativa. Hoy en día no es así. En los Estados Unidos es todavía peor, porque como ya no hay becas sino préstamos, un estudiante sale de la facultad de derecho endeudado de 50 mil dólares. Entonces, cuál es su posibilidad de involucrarse en una lucha política solidaria, si tiene que tener un empleo y ganar su vida, y por lo tanto una mentalidad competitiva, individualista, contractualista, totalmente separada de un compromiso social político. Esto es lo que me parece que las facultades de derecho, hoy en día, están reproduciendo. Y esto junto con otro proceso de mercantilización de la universidad a través de la emergencia de la enseñanza universitaria privada, en la que realmente la universidad es un mercado, y el diploma es un mercado, es un diploma basura, casi que lo compras.

▶ **¿Cómo piensa que debería orientarse la enseñanza del derecho en este contexto?**

Esto es una caricatura de lo que realmente debería ser una formación de una clase que era políticamente consciente, además de ser técnicamente preparada. Por eso me parece realmente que hay que enfrentar esta situación y renovar, reinventar un poco las facultades de derecho, con lucha política. Los estudiantes tienen que apropiarse de nuevo de las facultades de derecho, junto naturalmente con

... **hoy (...) tenemos una currícula formal de una relación cada vez más de tipo mercantil entre estudiantes y profesores, porque los profesores también están siendo estimulados a impartir clases en más de una universidad, a tener más que una actividad, porque sus salarios son bajos para el nivel de vida que una clase media quiere tener, y los estudiantes a su vez están muy preocupados con una inseguridad de empleo que las generaciones anteriores no tenían.**

muchos profesores progresistas. El problema es que ahora esta división hace que los profesores progresistas hagan su política fuera de la facultad y a veces son muy conservadores técnicamente y po-

líticamente progresistas, hay una esquizofrenia porque no quieren confundir las cosas, tienen miedo de que sus estudiantes los consideren los ideólogos. Entonces por eso mismo comparan interpretaciones del derecho que vienen de la derecha, que vienen de todos los principios de una teoría pura del derecho, sistémica, totalmente aislada, y después trabajan con algunos movimientos, con los piqueteros, pero tienen una esquizofrenia total. Y además de eso no transmiten su trabajo político a los estudiantes, quedan totalmente separados. Yo pienso que hay que politizar la formación, hay que crear otro compromiso social en las facultades de derecho. En todos los países, en la transición democrática, las facultades de

derecho fueron las que menos se reformaron. Las facultades de economía –para mal o para bien– se reformaron bastante, las de ciencias sociales también, y el derecho casi mantuvo esa tradición positivista, que había sido condenada. Por ejemplo, en Alemania después del nazismo se había concluido con Radbruch diciendo (en su famoso libro “El hombre en el Derecho”) “el positivismo nos dejó en las manos del nazismo”. ¿Entonces cuál era la fuerza del derecho? Ninguna. ¿Por qué? Porque si el derecho está en la ley, y la ley es injusta pero el derecho es legal, entonces viene la cuestión de la legitimidad y la legalidad, o sea la idea de un nuevo derecho

El problema es que ahora esta división hace que los profesores progresistas hagan su política fuera de la facultad y a veces son muy conservadores técnicamente y políticamente progresistas, hay una esquizofrenia porque no quieren confundir las cosas, tienen miedo de que sus estudiantes los consideren los ideólogos.

natural, que sea un derecho socialmente comprometido, se trata de una tensión entre derecho positivo y la posibilidad emancipadora del derecho. No un derecho abstracto, religioso, o de la naturaleza humana, sino un derecho que viene del compromiso social, de los sujetos colectivos que emergen de la sociedad por una transformación social. Eso desaparece totalmente.

► **¿Usted piensa que las facultades de derecho como institución tienen alguna potencia de transformar, de dejar de reproducir este discurso del derecho, esta práctica, esta reproducción, o cabe esperar de ellas solo resistencia a los intentos de transformación?**

Estamos en un tiempo en el que no podemos desperdiciar nada, no podemos decir esto ya no puede contribuir en nada a una emancipación social, porque los instrumentos que tenemos no son muchos. Estamos políticamente en una democracia de baja intensidad, en una sociedad moralmente repugnante por sus desigualdades sociales, con un autoritarismo cultural social y político muy grande, con una corrupción naturalizada. Hay que utilizar todo lo que tenemos, y yo pienso que las facultades de derecho son contradictorias, como el Estado. Entonces tienen que ser utilizadas como un campo de lucha. Claro que cada campo de lucha tiene sus especificidades. Tú tienes que luchar por un plan de estudios más progresista, tienes que luchar para que los derechos humanos dados de una manera contrahegemónica -que es una manera alternativa de ver los derechos humanos- sean realmente impartidos y dictados y enseñados a los jóvenes cuando llegan y no cuando parten, y además crear realmente otra lógica de entrenamiento que te abra a todos los problemas políticos y sociales que tenemos en nuestros países. A mí lo que me sorprende es que tenemos estudios, diagnósticos maravillosos de lo que sucede en nuestra sociedad, pero después no se traduce en nada en la enseñanza jurídica. Un profesor puede estar enseñando, diciendo cosas sobre la sociedad que no tienen nada que ver con lo que se escribe hoy. Entonces este aislamiento es total, hay una separación muy grande. Me parece que una nueva formación jurídica es posible en las facultades de derecho, como un campo de lucha que debería empezarse con este compromiso. Por ejemplo, se podrían dar créditos por todo el trabajo que se puede hacer en los barrios, con los desocupados, con las asociaciones de vecinos. En Europa hay algunas experiencias interesantes en las que los estudiantes tienen créditos si adoptan un proyecto social con profesores de diferentes disciplinas, porque normalmente el problema de la enseñanza jurídica clínica es que no puede ser solamente la legal, se necesitan sociólogos, antropólogos en el barrio, que entiendan un poco de las luchas. Por ejemplo, yo vengo de visitar un proyecto muy interesante de mediación en las *favelas* más pobres de Belo Horizonte en Brasil,

...
lo que me sorprende es que tenemos estudios, diagnósticos maravillosos de lo que sucede en nuestra sociedad, pero después no se traduce en nada en la enseñanza jurídica.

organizado por la gente de la Facultad Derecho, donde han creado un programa -que me parece muy novedoso y muy interesante- que se llama "Polos de ciudadanía", en el cual estudiantes y profesores de derecho van a los barrios y organizan proyectos junto con profesores de la facultad de ciencias sociales. Un proyecto es de dar servicios de mediación de conflictos, mayormente de familia, que cuenta con autorización (son oficiales, a través de un acuerdo con la Alcaldía) y puede ser visto como si fuera un trabajo jurídico, pero es de mediación. Después, lo que resulta más interesante, es que el derecho de esta mediación es parte de un proyecto más amplio donde hay, por ejemplo, cooperativas de mujeres costureras, cooperativas de recicladores, educación popular (donde por ejemplo se hace educación por los derechos humanos). En este caso trabajaban con muchos de los conceptos que uso en "De la mano de Alicia", donde intento articular los conceptos de ciudadanía, de subjectividad y emancipación. Entonces hay que crear, capacitar sujetos de su propia autonomía... No puedes como estudiante de derecho, técnico de derecho, resolver el problema para la gente, y resolver el problema individual sin cuidar del colectivo. Es muy importante dar servicios que la gente necesita, por ejemplo en situaciones de violencia doméstica o de una lucha de vecinos, donde es necesario hacer una mediación hoy, no se puede esperar al socialismo para que se resuelva eso, hay que hacerlo hoy. Pero hay que intentar de resolver este corto plazo, esta resolución individual y micro de los problemas de la gente (por los cuales tú te legitimas, porque produces algo útil), y al mismo tiempo hacer capacitación, educación popular: "¿por qué ustedes están así?, ¿por qué viven acá? ¿por qué es este sistema injusto? Y, ¿por qué no hay educación pública, por qué no hay vivienda? Porque se va a pagar la deuda, ¿la deuda no es una violación de los derechos humanos, sobre todo por encima de un cierto nivel?". Y así comenzamos, y politizas a través del derecho.

► **¿Cómo piensa que se puede implementar?**

Esto se puede hacer de dos maneras. Una es paralela de la facultad, como iniciativa de estudiantes, que se ha hecho en muchos países, pero a mi juicio no cambia nada en la facultad. Incluso hablas con los profesores, los decanos, y te dicen "ah, nosotros tenemos estudiantes muy progresistas", pero no cambian el programa de estudios, no te molestan las

clases que es lo que no quieren, preguntas que sean un poco inconvenientes, políticamente incorrectas, y lo que quieren es que domesticadamente sigas tu curso y hagas tu trabajo político por fuera. Es como hacen muchos profesores.

Lo que estoy proponiendo es que este enfrentamiento jurídico-político tiene que estar en el centro de la enseñanza jurídica. No puedes evacuar los conflictos sociales, ni nacionales, ni locales. Necesitamos de una justicia de proximidad. ¿Cómo puedes hacer una justicia de proximidad si realmente no te relacionas con los problemas? Y los problemas no son solamente jurídicos, son siempre sociales. Si hay una pareja que está mal, muchas veces hay un desempleo que ha creado un problema que desemboca en un divorcio. Entonces no se puede mirar solamente el divorcio y no hablar un poco del desempleo, de la desocupación. Si la desocupación sube de un 5% hasta un 25%, como sucedió en la Argentina, se trata de un cambio político y sociológico muy fuerte, y no se puede seguir con las categorías jurídicas como si no pasara nada.

Si la desocupación sube de un 5% hasta un 25%, como sucedió en la Argentina, se trata de un cambio político y sociológico muy fuerte, y no se puede seguir con las categorías jurídicas como si no pasara nada.

► **Planteos similares al que usted realiza, que postulan un proyecto de formación socialmente comprometida, suelen ser rechazados institucionalmente, desde los órganos de gobierno de las facultades de derecho, bajo el amparo de la libertad de cátedra y las demandas del mercado laboral. ¿Cabe entender alguna diferencia entre una universidad pública y una universidad privada que indefectiblemente está regida por las leyes del mercado, para dar una respuesta a estos planteos institucionales?**

Es una cuestión muy importante, porque realmente en este momento muchas universidades públicas van en el sentido de que para salvar la universidad pública es necesario que sea cada vez más como una universidad privada, especialmente en cuanto a su “eficacia” y su manera de posicionarse en el mercado de trabajo, y esto es el fin de la universidad pública. Porque la universidad pública en nuestros países ha sido muy importante para mantener un proyecto de país, y un proyecto de país es un proyecto de calificación de un país dentro de un marco de globalizaciones contradictorias. Las privadas son capital, son capital educacional, no se van a preocupar por un proyecto nacional, incluso mi previsión es que dentro de 10 años van a estar todas

globalizadas (las universidades privadas van a tener franquicias, van a ser universidades globales, que venden, compran, patentan sus cursos, sus programas, etcétera). A mi juicio hay que combatir esta posición con la idea de que la universidad pública es un bien público y tiene que tener otra lógica. Con respecto a la libertad de cátedra, libertad nunca ha significado irresponsabilidad social. De la misma manera que independencia judicial no debe ser irresponsabilidad social. Nosotros debemos defender la independencia del sistema judicial, pero siempre con la idea de que hay una responsabilidad social de los jueces. No pueden recibir tanta plata para mantener sus privilegios corporativos. Y justamente es muy importante pagarles bien porque su trabajo es para promover la ciudadanía, la democracia, los derechos. Entonces la cultura de ciudadanía, de democracia, va de par con independencia del sistema judicial. Y lo mismo sucede con la libertad de cátedra. No puede ser irresponsabilidad social, al contrario.

En cuanto a la segunda idea, a las necesidades del mercado laboral, se trata de una trampa. En primer lugar, el mercado laboral es una cosa muy compleja, es un mercado que cambia mucho. Si se organiza un plan de estudios para responder a determinadas necesidades del mercado laboral, cuando egresan los primeros estudiantes —que salen 5 años después— el mercado ya no está. Esto se ha discutido mucho en la tecnología por ejemplo, porque se trata de un mercado muy volátil. Entonces aún desde un punto de vista de la lógica de preparar para el mercado, en otras facultades de derecho se piensa que lo mejor es preparar gente con una formación general, una cultura general, muy fuerte. No puedes especializar, decir “ahora vamos a dar derecho de esto, esto y esto porque el mercado lo necesita”, porque cuando llegas al mercado ya está todo lleno. Es necesaria una cultura política, jurídica general, donde por ejemplo la filosofía y la sociología a mi juicio son importantes. ¿Por qué hay tanta resistencia a la entrada de una sociología crítica dentro de las facultades de derecho? Porque realmente hay un temor de que la sociología destruya la autonomía del derecho, yo lo he visto y lo he vivido, y por eso me pasé después a la Facultad de Ciencias Sociales. Lo que a mí a veces me perturba un poco es que los estudiantes en los países más desarrollados (en facultades de derecho como la mía, en Madison—Wisconsin) aprenden sociología del derecho, psicología, van a hacer clínica

y proyectos por ejemplo en este continente para terminar su curso. Los países dominantes están enseñando a sus estudiantes a conocer el mundo más allá de una concepción estrecha del derecho. ¿Por qué? No es por solidaridad, es porque piensan que para dominar el mundo, estos abogados que mañana van a ser abogados de grandes empresas tienen que entender el mundo. Saben que si van a hacer negocios en China, tienen que entender un poco de la cultura china. En mi Universidad se enseña cultura china a los estudiantes de derecho. Se ampliaron bastante, exactamente porque saben que su proyecto de dominación global del derecho en el mundo no puede ser hecho simplemente con normas jurídicas y con contratos. Entonces me pregunto porqué —si los del Norte, las clases, los países dominantes están haciendo eso— los países menos desarrollados insisten en una autonomía jurídica, en una dogmática jurídica totalmente autónoma, totalmente cerrada a los cambios. Es una estrategia de proletarianización global. Mañana estos técnicos serán muy débiles ante los técnicos que saben no solamente de la técnica jurídica. Entonces yo pienso que es una estrategia de derrota global y que élites jurídicas piensan que pueden ganar algo de este sistema, aún si van a ser proletarianizadas. Mi problema no es ese, mi problema es lo que va a pasar con el país, lo que va a pasar con las luchas sociales, con un proyecto de país que luche por una sociedad mejor. Con la idea que nosotros trabajamos mucho en el Foro Social Mundial de que otro mundo es posible. Ese otro mundo, ese otro derecho, es posible, otra enseñanza jurídica es posible, un otro compromiso del derecho con la sociedad es posible, entonces hay que empezar un poco por ahí.

Los países dominantes están enseñando a sus estudiantes a conocer el mundo más allá de una concepción estrecha del derecho. ¿Por qué? No es por solidaridad, es porque piensan que para dominar el mundo, estos abogados que mañana van a ser abogados de grandes empresas tienen que entender el mundo.

► **¿De qué se trata el proyecto de “La universidad popular de los movimientos sociales”? ¿Qué espacio cabe esperar que las prácticas jurídicas alternativas de enseñanza del derecho tengan en un proyecto así?**

El proyecto de la universidad popular parte de la idea de que por un lado la teoría social, no solamente la jurídica, está muy aislada de las novedades de la práctica social. El Foro Social Mundial ocurrió a pesar de la teoría, no por la teoría. La teoría no esperaba algo que no viniera de un partido comunista o una clase revolucionaria, sino de un conjunto de gente que emerge con problemas nuevos de lucha por un concepto más amplio de justicia social

y de inclusión social. Por otro lado, los líderes de los movimientos sociales tienen muchos problemas de articulación política, de dar continuidad a los movimientos, porque un movimiento puede estar muy fuerte en un mes, pero estar en reflujo en el mes siguiente, por falta de articulación política, si hay por ejemplo una represión (si no hay una articulación política esta represión puede ser fatal para el movimiento social). Entonces necesitan de nuevos conceptos, nuevos instrumentos, nuevas herramientas teóricas. Tampoco las tienen. Entonces la idea es poner en contacto científicos sociales, juristas, gente que viene del medio académico, de la cultura erudita, en contacto directo con los líderes de los movimientos sociales. Claro que esto se puede hacer dentro de la universidad, en mi país después de la revolución del '74 hicimos eso, había gente de los movimientos, estaban enseñando en mis clases, por ejemplo en las clases de derecho civil, venía gente de una cooperativa y era algo nuevo porque las cooperativas no estaban en nuestro marco de código civil. Nadie enseñaba cooperativas. Entonces mi idea es, como será difícil hacerlo en las facultades, y aunque sea posible en las facultades convencionales, hay que crear otra estructura que tiene el nombre de universidad pero es una transgresión total, porque no necesitas de certificación para estar ahí. Se trata de poner a científicos sociales, juristas, con los dirigentes de muchos movimientos (piqueteros, feministas, ecologistas, de derechos humanos, de indígenas), para que empiecen a conocerse sus conceptos, sus maneras de luchar, sus ideas de una lucha exitosa, y los científicos sociales se articulen con ellos. La idea es de discutir serenamente lo que no es posible discutir en el Foro Social Mundial, que son 4 días de fiesta.

Con respecto al derecho, es muy importante discutir cuál es el rol del derecho en las luchas sociales. No discutirlo en abstracto, sino con la gente de los movimientos, con abogados populares, con la gente que ha utilizado de otra forma el derecho. Algunos van a decir que “el derecho es una trampa, en nuestra práctica recurrir a los tribunales es lo mismo, porque realmente no da ningún resultado, los abogados cuando entran desmovilizan al movimiento, tienen un discurso distinto”, y otros dirán “al contrario, nosotros fuimos muy exitosos en garantizar la propiedad de una tierra a través de una lucha judi-

cial con nuestros abogados”. Entonces hay una lucha, una discusión, sobre el rol del derecho. En qué condiciones el derecho puede ser útil, en qué contextos, por qué puede haber contexto social donde es útil y contexto donde no lo es. Y eso hay que discutirlo en concreto a través de historias concretas de fracasos y de éxitos. Si por ejemplo te digo que el Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), en Brasil, tiene un departamento jurídico enorme. Y a veces usa el derecho, pero usa el derecho siempre en conexión con las invasiones, o sea, nunca una lucha legal exclusiva, con la lucha legal va la lucha ilegal. Yo soy un adepto a esto. Otro trabajo que estoy haciendo, es cómo se pueden articular las luchas legales con las luchas ilegales pacíficas (porque yo como opción estoy en contra de la lucha armada como medio y por la carta de principios del FSM, que dispone que todas las posibilidades de lucha son posibles excepto la lucha armada, y yo creo en eso, en nuestro tiempo por lo menos, no estoy hablando de algunas otras situaciones coloniales, como Irak, eso es otra cosa, estoy hablando en nuestras sociedades). En nuestras sociedades realmente debemos caminar por ahí, hay que ver cuáles son las posibilidades de articular luchas legales con luchas políticas. Luchas legales, institucionales con acción directa, sincronizadas con las luchas judiciales. Por ejemplo, organizas una marcha antes de que el tribunal decida, para hacer una presión por fuera. Esto exige instrumentos analíticos y algún cálculo estratégico, que debe ser discutido. Yo lo he aprendido con activistas, y trabajando con ellos, como con el obispo de Recife que hace exactamente esto: movilizaba a la gente políticamente, después iba a tribunales, por ejemplo traía a la gente a los tribunales, a las audiencias públicas, y la gente empezaba a cantar muy suave canciones religiosas, y era una presión enorme sobre los jueces. Hasta que una vez un tribunal dijo “no más canciones, ustedes tienen que salir”, y don Elder sale para afuera, toma el micrófono de los medios de comunicación social –que es otra cosa muy importante para las luchas–, y dice, “una justicia que nos quita el micrófono para que cantemos suavemente es una justicia que está

totalmente divorciada del pueblo, esta justicia no nos sirve”. Hace una denuncia enorme aprovechando simbólicamente el silenciamiento a que fue sujeto en el tribunal.

La complejidad de una lucha jurídica progresista articulada con una lucha política es algo que tiene que ser muy bien estudiado, no puede ser muy espontáneo en ese sentido, hay que tener dirigentes preparados, conceptos, estrategias. Entonces la universidad popular va a exactamente estudiar estas cuestiones, elaborarlas, sobre todo porque realmente nadie tiene una receta para estos problemas. Y todas las generalizaciones son falsas. No puedes decir en general “el derecho no sirve”, o “la lucha es solamente jurídica”, los dos son falsos, son errados... en algunas condiciones sí, en algunas otras no. Vamos a estudiar los contextos, ver las condiciones, analizar informes directos de acciones que fracasaron y acciones jurídicas que tuvieron éxito, y así iremos comenzando a ver en qué condiciones se puede utilizar el derecho.

Este es el marco.

Se crea una universidad popular por afuera de una universidad convencional, pero el objetivo es que mañana las universidades convencionales empiecen a hacer lo mismo, a través de sus estudiantes, de sus profesores progresistas, que se unan para relegitimar la universidad en el mundo, para defenderlas del negocio de las universidades privadas. Y para relegitimarla hay que involucrarla más en los problemas sociales, con un compromiso más directo con los problemas sociales.

En nuestras sociedades (...) hay que ver cuáles son las posibilidades de articular luchas legales con luchas políticas. Luchas legales, institucionales con acción directa, sincronizadas con las luchas judiciales. Por ejemplo, organizas una marcha antes de que el tribunal decida, para hacer una presión por fuera.

... hay dos cambios que están en curso y que son contradictorios. Uno es un cambio cuyo objetivo es hacer que la justicia esté más disponible para la seguridad de los negocios, y otro cambio que es que la justicia sea más orientada por la ciudadanía, para los derechos de los ciudadanos.

► Usted decía que el derecho no tiene un horizonte reformista, y al mismo tiempo en el marco de este contexto que describía tampoco aparenta ver un horizonte de estudiantes o abogados o futuros abogados que estén en condiciones, salvo unas pequeñas minorías, de superar esto. ¿Usted cree que es posible en este marco cambiar los sistemas de justicia o piensa que en realidad hace falta cambiar el contexto?

Claro que hay que cambiar el sistema de justicia. Pero hay dos cambios que están en curso y que son contradictorios. Uno es un cambio cuyo objetivo es hacer que la justicia esté más disponible para la seguridad de los negocios, y otro cambio que es que la justicia sea más orientada por la ciudadanía, para los derechos de los ciudadanos. Esta es la contradicción, en este momento, dentro de todos los sistemas judiciales que conozco. Por ejemplo en Mozambique, donde estoy trabajando ahora, estamos luchando por la reforma del sistema judicial, donde esta contradicción es muy clara. Por ejemplo, ¿cuáles son las políticas de acceso al derecho?, ¿cómo se hace asistencia judicial a las clases pobres?, ¿a través de defensores públicos o a través del trabajo de los abogados? Es decir, hay opciones que tomar para permitir dos cosas. Por un lado, un acceso cada vez más extendido a la justicia cuando la necesitan. Segundo, cambio del derecho. Me acuerdo de los debates en Chile al inicio de los '70, cuando decíamos "si el derecho es injusto, es totalmente hostil al interés de la clase obrera, de las clases populares, para que tener acceso a este derecho, mejor que el derecho no se aplique". Entonces hay que hacer una lucha conjunta de cambio progresista del derecho y también de cambio de la justicia, tornarla más accesible. En segundo lugar pienso que todo el sistema judicial, la evaluación del desempeño de los jueces tiene que ser cambiada totalmente. En ningún país funcionan muy bien los concejos judiciales, son una forma hoy de protección corporativa, que a veces pune a un juez más demócrata, más abierto políticamente. Entonces hay cambiar esto, dar mucha atención al sistema judicial y no caer en la trampa de que como es una cosa muy esotérica, muy distante, nosotros no vamos a entrar en eso. En Europa, hoy en día, los jueces están organizados políticamente en asociaciones y son conflictivas. Hay asociaciones conservadoras y asociaciones de izquierda. Y eso se nota en su trabajo directo, su trabajo judicial, porque la ley nunca es neutra. La interpretación tiene que ser siempre creativa, al contrario de lo que Berlusconi quiere, hay siempre posibilidades de hacer creatividad jurídica. Entonces el entrenamiento y después la presión sobre el judicial es muy importante. Los trabajos de los abogados populares, en algunos países donde hay un enfrentamiento violento muy grande, como por ejemplo en Colombia, han sido muy positivo, porque organizan argumentos sofisticados teóricamente, en términos técnicos, que resulta casi imposible a un juez decir "eso es ideología".

En ningún país funcionan muy bien los concejos judiciales, son una forma hoy de protección corporativa, que a veces pune a un juez más demócrata, más abierto políticamente.

Y si pierdes porque el juez de primera instancia dice "está muy conectado con los intereses locales, políticos, económicos", va arriba, en recurso de apelación, y puedes ganar, y hay casos muy interesantes en estos países. Hay una gran ambigüedad, porque a veces ganas, a veces pierdes. Por otro lado, la estrategia judicial es siempre un poco tramposa un poco difícil, porque tiende a desmovilizar a la gente. Hay estudios muy interesantes. Por ejemplo, algunos de mis estudiantes analizaron qué pasó cuando el movimiento gay de Chicago decidió preferir la lucha judicial en detrimento de la lucha directa. Realmente hubo un cambio muy interesante. ¿Quiénes son entonces los líderes más importantes? Son guiados por los abogados. Los abogados dicen "ahora no organicen esta protesta, porque tenemos el caso en tribunales, si la prensa viene con una noticia hostil eso va a influenciar a los jueces", y de inmediato el tiempo judicial se sobrepone al tiempo político. Por eso tienes que manejar las contradicciones. Pero esto que pasa en Chicago puede no pasar acá. Depende, por ejemplo, de cómo son los medios de comunicación social. Entonces ahí tienes que analizar sociológicamente las condiciones. Análisis concretos de situaciones concretas.

► **Usted se refería a una manera contrahegemónica de enseñar derechos humanos, ¿qué significa exactamente?**

Es un campo que para mí es muy importante porque pasa por diferentes trabajos políticos sobre los derechos humanos. Lo primero por ejemplo es pasar de derechos humanos individualistas a colectivos, derechos de campesinos, de mujeres, de afrodescendientes. Esta es una discusión que por ejemplo en el marco hegemónico de los derechos humanos raramente se tiene, porque se dice que los derechos colectivos son una cosa que no se entiende muy bien, que es peligroso reconocerlos, que no es derecho. Ese es un primer trabajo político. El segundo trabajo tiene que ver con las distintas concepciones que existen en la sociedad de dignidad humana, lo que llamo el trabajo multicultural. El tercer trabajo es un trabajo de redistribución social: las políticas sociales tienen que ser parte de los derechos humanos. La idea de indivisibilidad es muy importante. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en una conferencia, sostuve que hay un ataque a los derechos sociales y económicos, y una persona contestó diciendo que estamos salvando los civiles y políticos. Pero no es cierto, los

derechos políticos y civiles están en peligro hoy en día también, con la represión, con lo que llamo el estado de excepción. Entonces tienes que tener una educación para la indivisibilidad de los derechos humanos. Por otro lado, los derechos humanos tienden a privilegiar acciones institucionales dentro del marco del derecho, y como decíamos antes, para mí la movilización política es importante. En quinto lugar, los derechos humanos tienden a ser muy micro. Por ejemplo, Amnistía Internacional, trabaja sobre, por ejemplo, el caso de un preso político que está en este preciso instante... eso es muy importante, no estoy diciendo que no sea importante,

pero yo también quiero trabajar el problema de la privatización del agua, el problema de la deuda, toda la cuestión del ajuste estructural que está destruyendo los países, quiero discutir por ejemplo porqué el Fondo Monetario Internacional comete un error tremendo en Indonesia en el 97, lo admite, dice “nuestra política en Indonesia fue equivocada”, pero no va a pagar por los daños, no va a pagar indemnizaciones por un error que reconoce. Entonces estas son las nuevas fronteras del derecho de los derechos humanos. Por ahí vamos. ■

Alberto M. Binder

[Vicepresidente del INECIP
inecip@inecip.org]

El mercado de los servicios legales y la crisis de la abogacía



Attorneys form a community of professionals that influences various political spheres and plays a key role in valuing legality in a given society. As a result, if we admit to a judicial crisis and, in a broader sense, to a crisis in the legal system, we must assume that there is also a crisis in the legal field. Though various factors come into play in this scenario, one is decisive: the crisis in the legal services market, which refers to the discrepancy between supply and demand in the area of technical assistance. There is a need to consider two models in this area: that of legal services for clients with economic means and that of assistance for those who have absolutely no economic resources. Much less work is being done in the latter area, a deficiency that should be resolved through the creation of a new system or the reorganization of an existing one, which must not come from the "invisible hand of the market" but through specific government actions.

Ya se ha convertido en tema habitual de nuestras conversaciones la crisis de la administración de justicia, la debilidad del Estado de Derecho, el escaso cumplimiento de las leyes o la falta de preparación de jueces y fiscales pero rara vez vinculamos todos esos fenómenos con el ejercicio mismo de la abogacía como tal. Sin duda, los fenómenos antedichos exceden el marco del trabajo de los abogados, pero también es cierto que lo que hacemos los abogados mucho tiene que ver con esos males. Hasta tal punto llega esa disociación que suele ocurrir que son los mismos abogados los peores críticos del funcionamiento del sistema judicial y legal como si ellos fueran simples espectadores y no actores centrales en la actuación de la ley y los tribunales.

Sin embargo, los abogados son jueces -y rara vez anuentes a facilitar la incorporación de jurados-, fiscales, defensores y su actuación es determinante para configurar el desempeño del sistema judicial. Ellos son asesores de los Poderes Ejecutivos, Legislativos y ocupan posiciones importantes en esos lugares. En términos generales se trata de una

comunidad profesional influyente en los ámbitos políticos y determinante a la hora de calibrar el valor de la legalidad en una sociedad.

Si admitimos una crisis judicial y en el sistema legal es evidente que también existe una crisis en la abogacía. En aquellos casos en los que admitimos esa crisis solemos asignarle un valor moral (falta de responsabilidad o de ética de los abogados) o de preparación producto de las deficiencias de la enseñanza del derecho. Esos factores existen y tienen influencia, pero además de ellos existe una *crisis en el mercado de los servicios legales* que no suele ser advertida y menos aún afrontada.

En términos generales se trata de una comunidad profesional influyente en los ámbitos políticos y determinante a la hora de calibrar el valor de la legalidad en una sociedad.

El ejercicio de la abogacía es antes que nada un ejercicio liberal. Se trata de una profesión que se ejerce en forma privada. Este carácter de la abogacía no es menor ya que en la evolución de la defensa de los derechos individuales poder contar con un abogado (un asesor técnico) independiente, no vinculado al poder público y leal a los intereses de su defendido ha sido un avance y una conquista.

Es, precisamente por ese carácter liberal, que los abogados se han agrupado en colegios y asociaciones que permiten defender el ejercicio profesional cuando debe enfrentarse a intereses que buscan doblegarlo a él y a su cliente. Es cierto -por fortuna- que también se ha avanzado en clarificar la obligación del Estado de facilitar la asistencia jurídica cuando las personas carecen de recursos o de convertir la presencia activa del defensor en una condición de legitimidad del proceso penal. Pero, en todo caso, lo que no debemos olvidar es que el derecho fundamental no es a contar con un defensor público (en materia penal o civil) sino a contar con un *defensor de confianza*. Analizar, en consecuencia, las variables que dificultan el acceso a un defensor de confianza es un problema central. Cuando ese acceso está dificultado por razones de pobreza ya es un tema de la defensa pública, sus modos de organización, etc. No es ese el tema de esta nota. Pero *no todos los problemas vinculados a las dificultades para acceder a un defensor de confianza son un problema de defensa pública y es en ese segmento donde aparece la crisis del mercado de servicios legales*.

Esa crisis se pone en evidencia cuando destacamos las siguientes variables:

- a) Existe en la mayoría de nuestros países un número creciente de abogados.
- b) Se ha producido un crecimiento sin control de las escuelas de leyes, de tal manera que la incorporación de nuevos abogados es permanente y en aumento. Hay un aumento también de la oferta de estudios de abogados, con costos elevados y muy dispar nivel de calidad.
- c) Existe un fenómeno creciente de desocupación, subempleo o falta de rentabilidad del ejercicio de la abogacía, en especial de los jóvenes abogados.
- d) La sociedad, en especial el mundo urbano, genera nuevas complejidades e interacciones que reclaman asesoramiento técnico tanto para prevenir conflictos como para resolverlos.
- e) Por lo tanto, existe un creciente número de personas indefensas, no sólo cuando están en situación de pobreza crítica sino sectores de clase media o clase media baja, para quienes acceder a un abogado de confianza y de buena calidad es cada día más difícil.

En definitiva, cada día más abogados, con menos trabajo, cada día mayores dificultades para que los abogados jóvenes puedan montar sus oficinas, una creciente necesidad de asesoramiento técnico y, finalmente, cada día más gente indefensa. Es decir, hay una crisis en el mercado de servicios legales o, mejor dicho aún, en un segmento determinado no se logra constituir un mercado de servicios legales,

donde se conecten la oferta de servicios y la demanda de asistencia técnica. Así como el Estado debe encarar la solución de parte de este problema a través de la defensa pública, hoy es necesario encarar la solución de *otra parte del problema* mediante ayudas para normalizar o directamente crear el mercado de servicios legales en áreas o segmentos determinados. Es necesario insistir en esta idea porque existe una tendencia muy marcada a sostener que todos los problemas y dificultades en el acceso al asesoramiento técnico (uno de los problemas de acceso a la justicia) deben ser resueltos mediante los mecanismos de defensa pública o sostenida por el Estado. Ello no sólo no es posible en el plano fáctico -ya tenemos una defensa pública sobrecargada con las causas penales donde juegan otros factores y siempre está en juego la libertad personal- sino que tampoco es deseable porque debilita el carácter de profesional libre que debe tener el abogado y también debilita el valor central del principio de confianza en la selección del defensor, ya que no le es exigible a nuestros Estados de escasos recursos que faciliten de un modo absoluto la elección de un defensor de confianza, aunque la tendencia de todo sistema de defensa pública debe ser acercarse al modelo del defensor de confianza.

Por lo tanto hay un segmento del problema, hemos dicho, que debe ser resuelto en el plano del mercado de la abogacía. Usar la palabra "mercado" es correcto porque el abogado presta sus servicios a cambio de una remuneración y el cliente paga sus honorarios. El mercado de servicios legales tiene dos dimensiones -vinculado con las dos grandes dimensiones del ejercicio de la abogacía-. Por un lado, el conjunto de actividades vinculadas a la prevención de conflictos, es decir, el asesoramiento que permite que las actividades de cooperación adquieran formas estables que faciliten su desarrollo y eviten su distorsión en conflictos (por ejemplo, todo lo vinculado a la realización de contratos); por otro lado, el asesoramiento técnico cuando un conflicto se ha desatado y debe ser resuelto en cualquiera de las instancias previstas hasta llegar al sistema judicial. La primera dimensión de ese mercado acompaña a los distintos circuitos sociales, comerciales o comunales (comercio, familia, emprendimientos colectivos, etc.). El segundo acompaña al sistema institucional de resolución de conflictos (desde los ámbitos de conciliación al sistema judicial). Es decir, que el mercado de servicios legales es siempre un mercado secundario, que se superpone a otras actividades que ya tienen reglas propias o a circuitos de trabajo fuertemente institucionalizados.

Es evidente que no se puede tomar al ejercicio de la abogacía como un todo, ya que es muy diferente

cómo actúa hoy el asesoramiento legal a las empresas (en ambas dimensiones) a la actuación que tiene respecto de otros sectores sociales. Un abogado que es asesor de inversiones sabe que él debe darle forma jurídica a negocios complejos o debe anticiparle al inversor los conflictos que pueden afectar a su inversión. También sabrá cómo litigar en sistemas de arbitraje porque tiene clara conciencia de que debe evitar ingresar al sistema judicial ordinario. En el otro extremo, la defensa pública explora nuevas formas organizativas tratando de sobreponerse a la sobrecarga endémica que le produce la creciente incapacidad de sectores sociales de acceder a la asistencia jurídica. Quizás el problema comienza con el hecho de que los dos grandes paradigmas de comprensión del ejercicio de la abogacía están precisamente en *ambos extremos*. El modelo de la abogacía para clientes con recursos y el modelo de asistencia al que carece absolutamente de recursos. En medio de ambos, hemos trabajado mucho menos en desarrollar un modelo de ejercicio de la abogacía para personas de escasos recursos, es decir, que tienen alguna capacidad -pero limitada- de contratar los servicios de la abogacía. Claro que el problema no es nuevo y se han desarrollado instrumentos (el pacto de cuota litis por ejemplo o ciertas formas de gratuidad.) pero actualmente, las condiciones de muchos de los circuitos de base (comercio, familia, etc.) y, en especial, las condiciones de funcionamiento del sistema judicial, han distorsionado o vuelto insuficientes esos pocos instrumentos.

La primera afirmación, en consecuencia, es que el acceso a la asistencia técnica de un abogado por parte de los sectores medios, medio-bajos y algún segmento de los sectores bajos de la sociedad (según bajo qué parámetros estemos realizando esta clasificación) *no es un problema de defensa pública sino de reorganización del mercado de servicios legales*.

Por supuesto, algunos sostendrán que esa reorganización debe darse por acción de la "mano invisible" del mercado que llevará, tarde o temprano, a un equilibrio de máxima eficiencia en la asignación de los recursos. Dejando de lado la discusión sobre la ingenuidad o el carácter ideológico de esa premisa, lo cierto es que ella tampoco puede actuar cuando existen factores institucionales de alta incidencia en la distorsión de ese mercado.

En primer lugar, en la gran mayoría de los países no existen mecanismos de control de la cantidad de abogados que pueden recibirse. Es discutible también que deban existir esos controles, pero el modo

Es evidente que no se puede tomar al ejercicio de la abogacía como un todo, ya que es muy diferente cómo actúa hoy el asesoramiento legal a las empresas a la actuación que tiene respecto de otros sectores sociales.

en como se han desarrollado las escuelas de derecho y la ausencia de controles de calidad no es una forma razonable de resolver este debate. De todos modos, ante la crisis de indefensión que produce el estado actual del mercado de servicios legales, la cantidad de abogados es un problema menor, si es que llega a ser un problema. De mucho mayor peso e influencia es el estado de burocratización del sistema judicial que produce un aumento inmenso del costo del ejercicio de la abogacía, lo que se traslada inexorablemente a los usuarios. En la gran mayoría de nuestros sistemas, la mora judicial y el exceso de ritualismo hacen que la cantidad de tiempo y trabajo que se le deba poner a un caso sean excesivos en relación a la importancia de ese caso y a las posibilidades económicas de los clientes. En la actualidad estas dos variables -mora y ritualismo- constituyen las dos principales causas del encarecimiento del trabajo del abogado. Pongamos un ejemplo simple: si un cliente solicita el asesoramiento para encarar un incumplimiento de contrato, si éste no puede ser resuelto por vías informales o conciliatorias -lo que es deseable y por ello hay que expandir esos servicios-, las posibilidades de contar con un ámbito donde resolver este litigio en una sola audiencia son muy remotas. El costo del asesoramiento para un caso que se resuelve rápido y en una sola audiencia es uno; otro será si por lo menos el abogado debe calcular varios meses de tramitación. Por otra parte, una es la forma de organizar el trabajo para el abogado que puede asumir muchos casos (en los que cobrará poco, pero finalmente por la sumatoria le permiten generar un ingreso razonable) y otra será la situación del abogado que para lograr ese efecto acumulativo debe tomar cientos de casos, porque ello implica una inversión en la organización de su bufete u oficina que normalmente -sobre todo los abogados jóvenes- no pueden asumir. Asimismo, esta situación ha impedido que mecanismos de uso común como los seguros médicos o las obras sociales puedan ocuparse de ampliar sus servicios hacia estas áreas. Imagínese el lector qué sistema de seguros médicos resistiría si para cada atención menor se necesitara de un año de internación en un hospital. El ejemplo es burdo, pero nos muestra la distancia que existen entre unas y otras prestaciones de servicios.

En esta dimensión la crisis del mercado de servicios legales es el reflejo del bloqueo que produce un determinado grado de burocratización del sistema judicial para ciertos sectores de la sociedad. Lo que ocurre -y es aquí donde el círculo se convierte en vicioso- es que ese grado de burocratización del sis-

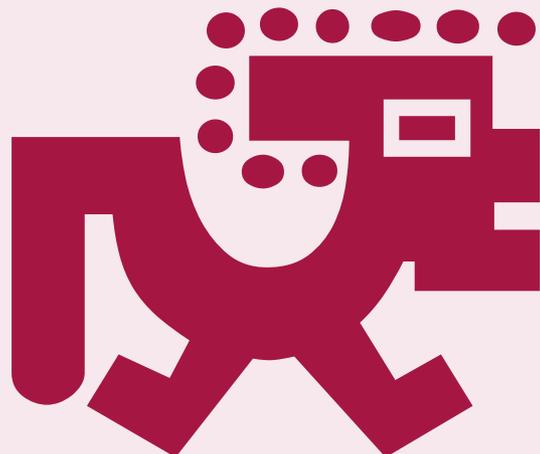
tema judicial lo producen -en gran medida- los propios abogados. Otro ejemplo simple nos ayudará: para lograr un funcionamiento judicial sobre la base de audiencias únicas y simples se necesita un tipo de abogado que sepa preparar el caso, que no litigue sobre cuestiones formales, que respete ciertas reglas de juego sobre la demora, que no busque la frustración o la suspensión de las audiencias, etc. Aquí encontramos otra dificultad: el abogado que está en capacidad de hacer eso no es precisamente el que produce la gran mayoría de nuestras escuelas de leyes, mucho más preparados para el trámite y la complicación que para el litigio y la simplicidad. ¿Por qué razón el conjunto de los abogados no reaccionan frente a este fenómeno? Sin duda por muchas razones (que van desde la falta de percepción de este problema hasta las características centrales de la cultura jurídica) pero la ilusión de que en algún momento se ingresará al segmento de mayor rentabilidad del ejercicio de la abogacía cumple también un papel. Ilusión que se desmiente por los miles de abogados que quedan en el camino y que produce situaciones masivas de indefensión.

Cuando se produce una situación de parálisis de este tipo (algo así como las "tablas" en el ajedrez) es necesario utilizar instrumentos externos. En este caso, se necesita la conjunción de acciones de política judicial que lleven adelante el Poder Ejecutivo y los órganos de gobierno del Poder Judicial, acciones

de acompañamiento de los Colegios Públicos de abogados, allí donde existan. Tengamos en cuenta además que dado el monopolio de actuación que reclaman los abogados (quienes han sido muy activos en defender el monopolio de sus competencias en nuevos ámbitos como la conciliación o mediación, la actuación ante jueces de paz o tribunales vecinales, etc.) produce un fenómeno de falta de acceso a la justicia. Aquí los abogados actuamos como el perro del hortelano, que ni prestamos un servicio ni dejamos que otros lo presten.

La conformación de un mercado allí donde no existe o la reorganización de un mercado distorsionado requiere de acciones estatales y subsidios (entendiendo por subsidios algo mucho más amplio que la inyección de dinero en ese mercado de un modo artificial).

La conformación de un mercado allí donde no existe o la reorganización de un mercado distorsionado requiere de acciones estatales y subsidios (entendiendo por subsidios algo mucho más amplio que la inyección de dinero en ese mercado de un modo artificial). Ayuda para simplificar el sistema judicial, para modificar la cosmovisión de los abogados, para organizar el trabajo, para regularizar y asegurar los honorarios, para estructurar las oficinas, para establecer controles de litigio que no arruinen un plan de simplificación, en fin, respuestas complejas para un problema complejo, pero que finalmente permitirá volver mas eficientes grandes cantidades de recursos sociales que hoy están subutilizados y producen tanta indefensión como frustración en la comunidad profesional. ■



Francisco Cox

*Abogado de la Universidad Diego Portales,
Socio del Estudio Jurídico Balmaceda, Cox y Piña.*

fcox@balcop.cl

El ejercicio de la profesión en un sistema acusatorio



Chile's criminal procedure reform is a multifaceted process. This article analyzes the shift from an inquisitorial system to an adversarial one in regard to the significant impact that the reform has had on attorneys' daily work and the skills that they need in order to adequately protect their clients' interests.

Se ha dicho de manera insistente que la reforma procesal penal es para Chile, sino la más, una de las más importantes de las reformas legales del siglo XX. Quienes así lo afirman generalmente se refieren a los cambios institucionales y normativos que implican el paso de un sistema inquisitivo a uno acusatorio. Sin embargo, pocas veces en dicho análisis se consideran los cambios que implican dicha reforma para las dinámicas de trabajo de los abogados dedicados al Derecho Penal.

El paso de un sistema inquisitivo a uno acusatorio tiene implicaciones de considerable envergadura tanto para el trabajo diario de un abogado como respecto de las habilidades requeridas para defender de manera adecuada los intereses de sus clientes. Resulta obvio que hay ciertas destrezas que son similares en ambos sistemas. Así, por ejemplo, el diseño estratégico es vital para el éxito de cualquier defensa sea cual sea el sistema en donde se ejecute.

mayor cantidad de información posible sobre su caso para desarrollar una estrategia adecuada para los intereses comprometidos. De igual forma podrá detectar si el diseño estratégico se condice con las diversas aristas que su caso tiene.

Sin embargo, en un sistema acusatorio el cliente observará de primera mano el desempeño de su mandatario. La estructura del proceso acusatorio es tal que ya desde las primeras decisiones

La transparencia que el sistema acusatorio propugna desde sus inicios, sobre todo en la etapa judicial, permiten una fiscalización del desempeño del ejercicio de la profesión.

que tome su abogado, el cliente podrá observar la calidad de su reciente contratación. La transparencia que el sistema acusatorio propugna desde sus inicios, sobre todo en la etapa judicial, permiten una fiscalización del desempeño del ejercicio de la profesión.

Supongamos que la primera entrevista de la abogada con su cliente es en la celda del tribunal diez minutos antes de la audiencia de control de detención. Ella deberá ser capaz de recopilar la mayor cantidad de antecedentes respecto de la historia personal y familiar de su representado. De igual forma, tendrá que obtener información relativa a la razón por la cual fue detenido; condiciones en las cuales fue detenido, hora, tiempo y lugar; qué le dijeron los policías al momento de detenerlo; qué les dijo él, etc. Toda esa

Relación cliente - abogado

Tanto en un sistema inquisitivo como uno acusatorio un cliente perceptivo podrá detectar las destrezas de su abogado en las primeras reuniones que se realicen entre ambos. En las primeras entrevistas el cliente verá si el abogado está recopilando la

información recopilada, y sin confrontar, será vital para las decisiones que la abogada tendrá que tomar en un par de minutos.

La abogada deberá decidir, por ejemplo, si cuestiona la ilegalidad de la detención. Imaginemos que entre los hechos imputados a su representado y su detención han transcurrido 10 horas. Ella deberá decidir, en ese momento, si va a cuestionar o no la ilegalidad de la detención intentando consecuentemente excluir cualquier prueba que sea una derivación directa de dicha detención. Alguien podrá decir que en realidad el debate sobre la exclusión de prueba solo se tendrá en la audiencia de preparación de juicio oral. Al respecto se pueden decir al menos dos cosas. Primero, si no se cuestiona la legalidad de la detención en esta primera etapa entonces se debilita, al extremo de desaparecer, el argumento de la defensa en la etapa de audiencia de preparación de juicio oral. Por otra parte, el discutir la legalidad de la detención en esta etapa puede tener efecto sobre el otorgamiento o no de las medidas cautelares que pueda solicitar el fiscal.

Todo este proceso de toma de decisiones y su implementación será presenciado por el cliente. La oralidad inherente al sistema acusatorio permite tanto al cliente como al público fiscalizar el desempeño del abogado de una forma que no era conocida en el sistema inquisitivo. La dinámica inquisitiva y la cultura de secretismo que en él imperaba hacía que muchas veces el cliente tuviera que hacer fuertes actos de confianza en el abogado respecto de la ejecución de la estrategia diseñada.

Por otra parte, la escrituración que rige en un sistema inquisitivo permite que quien litigue el caso no sea la misma persona que ha sido contratada, siendo esto ignorado por el cliente, ya que puede ser que quien redacte los escritos y quien los firme no sea la misma persona.

Cada uno de estos cambios redundará en un fortalecimiento del poder del cliente frente al abogado al tener más acceso a información que en el sistema inquisitivo controlaba de manera privilegiada el abogado. Obviamente que el conocimiento técnico que posee el abogado lo siguen posicionando de manera aventajada en el manejo de información frente al cliente.

Con todo lo dicho no quiero decir que en un sistema inquisitivo el cliente esté en total indefensión frente al abogado; esa visión pone al abogado y al representado en posicio-

nes antagónicas cuando debiera existir una relación de plena cooperación y transparencia. Bien sabemos que los mandatos éticos del abogado le imponen la obligación de informar a su representado del estado de la investigación penal, ya sea que se siga en su contra o la que promueve como querellante. Por las mismas razones el abogado no puede anteponer sus intereses a los del cliente, sea cual sea el sistema bajo el cual esté ejerciendo la profesión. Sin desmerecer lo anterior, el sistema acusatorio permite que un representado que ha caído en manos de algún abogado inescrupuloso pueda tener mayor control sobre su caso.

Por lo expuesto, una primera forma en la que se ve un cambio en el ejercicio de la profesión es en la dinámica en la relación cliente-abogado encontrándose aquel en una mejor posición para reclamar por el correcto cumplimiento del encargo que ha efectuado al abogado.

Negociación

En la gran mayoría de aquellos países en los cuales se ha pasado de un sistema acusatorio a uno inquisitivo se produce un cuestionamiento, reconocido en los propios códigos, a la aspiración ilusoria de investigar todo hecho que revista caracteres de delito. Algún margen de discrecionalidad es entregada al Ministerio Público. En virtud de lo expuesto en la mayoría de los casos se abre una puerta para negociar directamente con quien tiene el monopolio de la acción penal y lleva a cabo la investigación criminal.

En el sistema inquisitivo con su ilusoria aspiración no existía un reconocimiento formal a la negociación dentro del proceso penal. Es cierto que en los procesos abiertos por delitos económicos en los cuales no habían comprometido intereses fiscales, los abogados negociaban desistimientos de querrelas. Sin embargo, en la mayoría de los casos la negociación era inexistente e imposible.

Qué duda cabe de que los grandes abogados del sistema inquisitivo son grandes negociadores. Esa elite es llamada abogados comercialistas cuando la inminencia de la quiebra de una empresa augura un camino tortuoso que puede terminar en la calificación de la quiebra o cuando una desavenencia societaria hace que los que eran grandes amigos piensen en mutar su relación a la de contrapartes judiciales. En ese contexto aparece casi siempre un abogado penalista para "destrabar" el impasse en la negociación y mostrarse los dientes.

Cada uno de estos cambios redundará en un fortalecimiento del poder del cliente frente al abogado al tener más acceso a información que en el sistema inquisitivo controlaba de manera privilegiada el abogado.

Como he dicho anteriormente, lo novedoso desde el punto de vista del ejercicio de la profesión en el sistema acusatorio es que este reconocimiento de la etapa de negociación se generaliza. El sistema al reconocer que no tiene la capacidad de procesar todos los casos requiere que los abogados estemos preparados para negociar con el ministerio público y/o con la víctima del delito o con el imputado si representamos a la víctima del delito. De manera tal que el sistema exige que el abogado desarrolle dichas destrezas tanto para permitir el correcto funcionamiento de aquel como para representar adecuadamente los intereses de su mandante.

Al momento de tomar un caso y diseñar una estrategia como abogado uno debe tener presente que en este sistema existe la opción de explorar junto con el fiscal y con la víctima un acuerdo que evite el juicio como sería el llegar a una suspensión condicional o un acuerdo reparatorio. La forma de abordar las reuniones con el fiscal y la víctima dependerá obviamente de las características del caso. Sin embargo hay ciertos elementos comunes a cualquier caso.

En primer lugar uno debe saber bien cuál es la postura del cliente frente a las distintas alternativas que tiene. Uno es un mero representante; son los intereses del cliente lo que está en juego. Por ello la decisión última es siempre de él o ella. Algunos clientes no quieren llegar a ningún tipo de acuerdo con la contraparte porque estiman que puede haber algún tipo de reconocimiento implícito de responsabilidad. Por ejemplo, la suspensión condicional implica algún tipo de afectación de derechos por lo que un cliente que desea probar su inocencia puede querer desechar esa opción.

La función que uno cumple aquí es delicada; siempre existe un frágil equilibrio entre decisiones estratégicas que deben ser tomadas por el abogado y decisiones de fondo que corresponden al cliente. Es dable pensar que un abogado quiera llegar a una suspensión condicional para terminar con el caso y que vea que no hay ningún daño puesto que al cumplirse el período determinado y satisfecha la condición o condiciones impuestas, la causa es sobreseída.

Para algunos esta decisión puede ser desde el punto de vista estratégico la más adecuada. Ello porque, por un lado, en un juicio siempre existirá el riesgo de una condena en tanto que por el otro se asegura al final del camino un sobreseimiento. Para

otros esta será una decisión de fondo que afecta directamente los intereses del cliente. En mi opinión, salvo casos de inimputabilidad, la decisión última es del cliente cumpliendo uno con informarle de los riesgos que implica ir a un juicio oral.

...
este reconocimiento de la etapa de negociación se generaliza. El sistema al reconocer que no tiene la capacidad de procesar todos los casos requiere que los abogados estemos preparados para negociar con el ministerio público y/o con la víctima del delito o con el imputado si representamos a la víctima del delito.

Si bien es cierto -como se dijo más arriba- que el cliente en este sistema tiene más acceso a la información que en uno inquisitivo, no lo es menos que el abogado se encuentra en una situación de privilegio. Esa posición aventajada del abogado se da, entre otros factores, porque conoce mejor los aspectos procesales, maneja el lenguaje técnico y sostiene contacto permanente con los agentes del sistema lo que le permite tener una relación que probablemente el cliente no tendrá. El sistema acusatorio al reconocer mayor discrecionalidad, unido a la sobrecarga de trabajo que un abogado

defensor tiene, crea nuevos problemas éticos en el ejercicio de la profesión.

El conflicto ético surge cuando los intereses del abogado no van en el mismo sentido que los del cliente. Así por ejemplo, puede ser que el abogado tiene una sobrecarga de trabajo y quiere despachar la mayor cantidad de casos con la menor dedicación de tiempo en tanto que el cliente obviamente busca la mejor solución para su caso. Este tema cobra gran importancia al momento de negociar con el fiscal toda vez que éste puede ofrecer alguna solución que implique afectación de derechos para el imputado y que el abogado considere que dicha afectación es más bien menor comparada con el riesgo de una condena en un juicio. Junto con lo anterior, el abogado lo ve desde el punto de vista de la eficiencia para la administración de su tiempo.

Si la situación descrita anteriormente es problemática, lo son más aún aquellas en las cuales la "solución" que ofrece el fiscal es un procedimiento abreviado. A través del procedimiento abreviado el imputado reconoce los hechos de la investigación como aparecen descritos en la acusación pudiendo discutir su calificación jurídica. De lo anterior se deriva que es posible que el tribunal absuelva al imputado, pero si el fiscal ha redactado de manera adecuada a su rol persecutorio los hechos, es más probable que exista una condena. En estos casos las consecuencias de esta aceptación pueden ser mucho más graves que en la aceptación de una suspensión condicional o un acuerdo reparatorio toda vez que las posibilidades de condena son muy altas. Aquí el

abogado tiene que resistir la tentación de una solución relativamente rápida, pero incluso puede que deba resistir la presión del propio imputado quien quizás quiere aceptar dicha alternativa, aun siendo inocente, porque se asegura un máximo de pena aplicable y algún cumplimiento de pena alternativo. El abogado debe siempre explicarle al imputado las consecuencias de su decisión: que existe un alto grado de probabilidad de que el fallo sea condenatorio, que quien decide sobre cumplimiento alternativo de penas privativas de libertad es el juez, etc.

La decisión de aconsejarle o no a un cliente tomar una salida distinta a un juicio oral es una de las más difíciles de tomar. Uno es consciente de que al aceptar ir a un procedimiento abreviado es muy probable que el representado sea declarado culpable; la otra cara de la moneda es que uno se asegura una pena máxima aplicable. Uno sabe que si rechaza dicha oferta, el Ministerio Público pedirá una pena más alta.

Aunque parezca obvio resulta fundamental para el éxito del proceso de negociación el recopilar la mayor cantidad de información del caso y estar preparado para ir a juicio. El fiscal no puede sentir que el abogado está ahí para hacer las veces de un amigable componedor y que por ningún motivo va a ir a juicio con el caso. La actitud del tipo "lleguemos a un acuerdo rápido" muestra al abogado como temeroso del juicio perjudicando la posición del cliente.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, uno como abogado debe estar conciente de que el caso, en último término, es del cliente. Por lo tanto, si él o ella quieren una solución distinta a un juicio oral, como ser un procedimiento abreviado, la obligación del abogado es informarle de las consecuencias de su decisión y dejar que el cliente tome la oferta. En casos extremos el abogado podría renunciar al patrocinio y poder si el acuerdo contraviene sus convicciones personales.

La primera regla para negociar una salida justa es que el abogado, no parte presumiendo la culpabilidad de su representado. Los abogados corremos el riesgo de burocratizarnos en el ejercicio de la profesión asumiendo que el cliente es culpable. Dicha actitud puede llevar a que el abogado esté ansioso por aceptar una solución distinta a luchar por la absolución en un juicio oral.

La conducta de un abogado diligente es realizar una investigación acuciosa de los hechos que puedan llevar a una absolución o la aplicación de la pena menos rigurosa posible en caso de condena.

Solo una vez que el abogado ha logrado recopilar suficientes antecedentes puede diseñar una estrategia adecuada que puede incluir un acuerdo con la Fiscalía. Si como producto de su investigación independiente el abogado defensor llega al convencimiento de que el Ministerio Público tiene un caso fuerte, solo entonces debe discutir con el imputado la posibilidad de un abreviado u otra salida. Si esa conversación se da sin el conocimiento de los hechos y elementos del caso por parte del abogado, puede redundar en una pérdida de la confianza del cliente y en una pésima asesoría.

Si el abogado se convence de que la mejor estrategia de defensa es llegar a un acuerdo, debe informar al cliente y obtener su consentimiento para lograr dicho acuerdo. Este consentimiento debe ser informado, por lo cual deben comunicársele al cliente las distintas consecuencias que se derivan de su aceptación. Uno debe explicar porqué un procedimiento abreviado es la mejor alternativa de defensa. Simplemente dejar que un imputado decida ir a juicio con un mal caso con altas posibilidades de ser condenado a una pena más alta que aquella que se podría obtener a través de un procedimiento abreviado, es sin duda un mal desempeño profesional. Si acceder a un procedimiento abreviado es la mejor alternativa, entonces uno debe tratar de convencer al cliente de lo positivo que resulta aceptar una solución acordada. Sin embargo, la última palabra es siempre del cliente.

Con el propósito de cumplir fielmente el encargo profesional, uno debe tener claridad sobre la extensión del mandato que el cliente le entrega a uno para negociar. En otras palabras, qué se está dispuesto a entregar para llegar a una solución que satisfaga a ambas partes.

Hay quienes aconsejan que quien negocie no sea la misma persona que litigaría el caso; sin embargo eso no siempre es posible por la escasez de abogados en un estudio. Por otra parte, hay otros que señalan que el abogado litigante debe negociar porque en ese proceso puede salir información sobre la estrategia de la Fiscalía y podrá ver los puntos débiles del caso del Ministerio Público.

Como se ha dicho previamente, la recopilación de información es crítica para el éxito del encargo profesional. Una primera fuente de información es el cliente. La información por él proporcionada no debe limitarse solo a los aspectos del caso sino también a su situación personal. Sin duda que el cliente maneja datos fundamentales relacionados con la causa, pero también es necesario saber quién es, qué hace, para poder responder las preguntas del fiscal referentes a su situación laboral, sobre su arraigo social, etc.

Los fiscales están más dispuestos a ofrecer mejores condiciones a quienes no muestran compromiso delictivo previo, mantienen alguna fuente de trabajo, tienen vínculos fuertes en la sociedad. Todos antecedentes que hacen parecer el delito por el cual se investiga al imputado como un episodio aislado en su vida, sirven a las veces de obtener un buen acuerdo.

En cuanto a la estrategia de negociación que se emplee, dependerá de las fortalezas y debilidades del caso del fiscal. Sin embargo, al menos un autor sugiere que existe una estrategia válida para todos los casos: moverse de una estrategia de confrontación a una de cooperación.¹

Me parece importar señalar las distintas alternativas que existen para enfrentar un proceso de negociación ya que, como se ha dicho, esta función es una de las principales que debe cumplir un abogado en un sistema acusatorio. Todas las estadísticas muestran que la mayoría de los casos no terminan en un juicio oral, por lo que negociar constituye una parte importante del trabajo que uno desarrolla en un sistema acusatorio. Las distintas estrategias de negociación se pueden agrupar en tres:

- 1) La estrategia competitiva;
- 2) La estrategia cooperativa; y
- 3) La estrategia integrativa

Estrategia competitiva

La estrategia competitiva consiste en maximizar los beneficios de nuestra postura. Para ello se debe convencer a la otra parte de que arregle por menos de lo que hubiese estado dispuesta a aceptar originalmente. La premisa detrás de este tipo de estrategia es que existen intereses antagónicos entre las partes. En un sistema acusatorio existe una inclinación casi natural por optar por este tipo de estrategia. Sin embargo, dado que los jugadores de este "juego" se repiten, puede ser que adoptar una estrategia de esta naturaleza redunde en una afectación de las relaciones y comprometa los intereses del cliente.

Las tácticas que generalmente se utilizan en este tipo de estrategia son comenzar con una demanda bastante más alta que lo que realmente se espera,

mostrar la menor cantidad posible de información en cuanto a los hechos y las preferencias de la parte, efectuar unas cuantas concesiones, presentar argumentos y amenazas y, por último, la defensa férrea de la postura.

Al presentar una propuesta muy alta, esto le permitirá por una parte ocultar su verdadera pretensión y aparecer como otorgando concesiones, lo que a su vez tiende a generar concesiones de la parte contraria. Por otra parte, si la contraria sabe cuál es su verdadera pretensión, entonces no tiene incentivos para hacer más concesiones que dicha pretensión y uno ha entregado en bandeja a su cliente sin obtener nada a cambio.

El problema está en que como ya todos conocen esta táctica, ella se ha tornado poco efectiva y lleva a que se pierda tiempo en supuestas muestras de fuerza entre el fiscal y el defensor. Hoy en día probablemente nadie se toma en serio la primera oferta de la parte contraria, salvo que exista una relación profesional más asentada en el tiempo.

Un aspecto problemático de esta estrategia en Chile es que la suspensión condicional tiene que ser aprobada por el juez de garantía. Por lo tanto, si en la formalización, primera instancia donde tiene que mostrar fuerza el fiscal, formaliza en exceso, será difícil después venderle al juez el acuerdo. Por otra parte, puede ser un incentivo para el imputado para negociar especialmente si observa que existe un gran número de cargos en su contra.

En cuanto a la necesidad de no develar mayor información, pues bien, eso es evidente. Mientras más tenga que "bailar en la oscuridad" la contraria, mejor para uno. Sin embargo, algunos aconsejan revelar cierto tipo de información: aquella que favorece a su cliente o parte. Pero hay que cuidarse de esto también. Si uno comienza a mostrar su mano, entonces nuevamente ha debilitado su posición. Efectivamente, si la contraria es advertida de los puntos débiles de nuestro caso, entonces puede intentar reforzar esos puntos débiles, siempre que ello sea posible.

Como he dicho anteriormente, en los procesos de negociación siempre se espera que se hagan concesiones. Alguien que opta por la estrategia competitiva hará las menores concesiones posibles y cuan-

Todas las estadísticas muestran que la mayoría de los casos no terminan en un juicio oral, por lo que negociar constituye una parte importante del trabajo que uno desarrolla en un sistema acusatorio.

¹ Ver Gifford Donald, "Context based theory of strategy selection in legal negotiation", en 46 Ohio State Law Journal 41, 1985, página 82.

do las haga intentará hacerlo respecto de puntos que realmente no le interesan. Para que esa concesión surta el efecto de lograr algo a cambio, entonces debe haber sido defendida con convicción anteriormente. La otra forma de hacer concesiones, si se opta por esta estrategia, es que parezca como que se concede algo, pero en realidad no se hace.

Ahora bien, si uno no quiere hacer concesiones, la otra tampoco va a querer. ¿Cómo lograr, entonces, que se hagan? Aquí es donde hay que argumentar y amenazar, pero sin producir el efecto de alertar sobre una debilidad salvable o provocar un endurecimiento de las posiciones sin que ello sea necesario. El lograr esto puede ser sumamente difícil y puede afectar las relaciones personales. Aquí se hace aplicable lo que dije: entre jugadores que se volverán a encontrar, como son el defensor y el fiscal, esto puede afectar sus negociaciones futuras.

Por último, el negociador debe ignorar tanto los argumentos como las amenazas de la contraria. Para ello debe tener mucha confianza en su caso y en sus destrezas como litigante. También ayudará tener una cierta reputación en el medio.

La estrategia competitiva puede ser muy efectiva en ciertos casos y para ciertas personas. Nuevamente si el caso es muy fuerte entonces puede surtir el efecto de lograr un muy buen acuerdo y ahorrar recursos, tanto al sistema como al imputado. Sin embargo, en otros casos puede alejar posturas y dar la apariencia de imposibilidad de llegar a acuerdo cuando en realidad las posiciones no estaban tan lejos. Por otra parte, este tipo de negociación puede tener efectos muy negativos de relación entre los actores del sistema y como he dicho anteriormente, las buenas relaciones, al menos para el defensor, pueden ser muy importantes para futuros casos.

Estrategias no competitivas

La alternativa a las estrategias competitivas son las no competitivas. Estas se dividen en dos: la cooperativa y la integrativa.

La estrategia cooperativa intenta lograr un acuerdo que sea justo para ambas partes, para ello éstas buscan crear un ambiente de confianza mutua. Se considera que un arreglo es justo para ambos cuando se llega a, lo que en teoría de juegos se llama, un equilibrio de Nash. Ello ocurre cuando se opta por la mejor estrategia utilizable en razón de la estrate-

gia utilizada por la otra, por lo que ninguna de las partes cambiaría su postura una vez que la ha revisado y toda la información está disponible.

En el contexto del proceso penal, el ambiente de confianza se puede haber construido a lo largo de una relación de trabajo entre el fiscal y el defensor o incluso por ciertas características de las partes. Por ejemplo, en los Estados Unidos los fiscales tienden a confiar más en abogados defensores que fueron fiscales. Pero para aquellos que no han tenido esa suerte, la técnica que se emplea es la de otorgar concesiones bajo la expectativa de que ellas sean correspondidas por la parte contraria. Si el defensor o el fiscal considera que no es probable que vuelva a encontrarse con ese abogado, entonces podrá tomar esos gestos y utilizarlos en contra de la otra parte adoptando una estrategia competitiva. Claro está que ese defensor o fiscal no volverá a ser confiable en futuras negociaciones, pero quizás haya un cliente que valga la pena ese daño.

Una debilidad de esta estrategia es que abre un flanco al hacer una concesión si el abogado del frente ha decidido adoptar una estrategia competitiva. Hay que recordar que hace caso omiso a las concesiones, amenazas y argumentos, y más aún puede interpretar dicha concesión como un signo de debilidad. La pregunta es qué hacer en ese caso. Obviamente dejar de hacer concesiones hasta que exista reciprocidad, pero para evitar un daño muy grande hay que comenzar con una propuesta que, sin ser el óptimo que se busca, sea más aceptable y suene razonable para la contraria, de tal forma que no exista una pérdida tan grande si la otra se aprovecha. También lo que hay que lograr es que quien no ejerce reciprocidad pague un costo alto de forma tal que no tenga incentivos para hacerlo.

Esta estrategia tiende a producir buenos resultados en aquellas situaciones como la del proceso penal, pero siempre dependerá del poder relativo que cada parte tenga. Por último, los abogados defensores y las fiscales se pueden sentir más cómodos utilizando esta estrategia antes que la competitiva. Mal que mal son “colegas”.

En tanto que la estrategia integrativa busca una solución que tome en cuenta los intereses de las partes involucradas. Este modelo perfeccionado, según Gifford, por los profesores Fisher y Ury² intenta evitar centrarse en las posturas. De manera tal que se pueda adoptar una actitud de resolución de problemas, logrando que ambas partes queden satisfechas

² Ver Gifford Op. Cit. página 54.

con el resultado y que no quede la sensación de que uno ganó y el otro perdió.

De acuerdo a los profesores Fisher y Ury, existen cuatro puntos centrales en esta estrategia de negociación:

- “Personas: Separar las personas de los problemas.
- Intereses: Centrarse en los intereses, no en las posturas.
- Opciones: Generar distintas opciones para decidir qué hacer.
- Criterio: Insistir en que los resultados estén basados en algún estándar objetivo”³.

Respecto del primer punto, recordarán que un factor común de la estrategia competitiva y la cooperativa era que la relación con la persona era determinante para el resultado. En efecto, la primera se basa en relaciones de poder con el otro: someterlo a nuestras demandas. Por el contrario, la segunda se construye sobre la base de crear un ambiente de confianza. Pues bien, la integrativa dice que no hay que convertir a la negociación en algo personal.

Sin perjuicio de ser un consejo útil al momento de elegir una estrategia, me parece poco realista. La gente se toma de manera muy personal su trabajo; es cierto que hay ciertas personas que podrán distinguirlo, puede ser que si uno no busca humillar o derrotar a la contraria sea más factible no convertir la negociación en algo personal. Ya he insistido en la importancia que se le da a los intereses en esta estrategia: a veces la negociación se trava porque las partes se obsesionan con sus posturas o posiciones, olvidando que lo importante es lograr satisfacer los intereses de cada uno. En mi experiencia, los fiscales y los defensores se involucran fuertemente en las negociaciones llegando en casos a dañar relaciones de amistad.

Para romper barreras es necesario comprometer al fiscal en la negociación. Una forma de hacerlo es darle distintas alternativas y preguntarle al fiscal qué opina de ellas y qué ha pensado sobre el caso.

Por último, resulta importante recordar que es necesario establecer criterios objetivos de resultado. Supuestamente las personas deberían actuar de manera racional; estos criterios objetivos deberían servir de motivadores del acuerdo.

¿Qué estrategia usar?

Es obvio que las particularidades de cada caso darán la pauta respecto de qué estrategia escoger y en qué factores poner mayor énfasis.

El primer factor a considerar son las fortalezas y debilidades del caso de cada parte. En la medida en que el caso de uno sea más fuerte, tendrá menos incentivos para negociar.

Entiendo que un caso es fuerte para la fiscalía cuando tiene a la persona que cometió el delito y tiene suficientes pruebas como para convencer a los jueces.

Por el contrario, el caso de la defensa es fuerte cuando el de la fiscalía es débil ya sea porque no tienen a la persona correcta, o teniendo a la persona correcta no tienen cómo probarlo, o teniendo prueba, ella fue obtenida con violación de garantías constitucionales y por lo tanto no pueden ser usadas en juicio.

Si el caso de uno es lo suficientemente fuerte, quizás sea más apropiado adoptar una estrategia competitiva. O incluso en este caso es posible que sea mejor negociar para obtener información del caso de la contraria, pero pensando en ir a juicio. Si se tienen los recursos y el tiempo suficiente, puede ser una buena oportunidad para comenzar a construir una reputación de buen litigante. Esto será especialmente cierto para los fiscales. Por ejemplo, en los Estados Unidos gran parte de su poder negociador está dado por sus altos porcentajes de condenas en juicio. Ello podrá ser criticable, pero lo que no se puede negar es que fortalece su posición al negociar. Esta fortaleza puede ser usada de buena o mala manera. Sin embargo, parece raro que en un sistema adversarial y

contradictorio, una de las partes desee voluntariamente ceder dicho terreno.

El problema, con la estrategia sugerida es que habrá arruinado su reputación como un negociador que actúa de buena fe. La reputación que uno tenga en el medio tiene gran impacto en cómo se relacionan con uno el resto de los actores del sistema. Una mala reputación no solo afectará su percepción en los procesos de negociación sino para cualquier etapa del proceso.

La reputación que uno tenga en el medio tiene gran impacto en cómo se relacionan con uno el resto de los actores del sistema. Una mala reputación no solo afectará su percepción en los procesos de negociación sino para cualquier etapa del proceso.

³ Idem.

Como se ha dicho de manera reiterada, el contar con la mayor cantidad de información posible es fundamental. Generalmente la defensa se demora más en obtener información. Lo anterior no es del todo cierto respecto de delitos de cuello blanco donde el imputado ha contratado tempranamente a un abogado que se ha encargado que la fiscalía no pueda acceder a la información necesaria. Estos son elementos que influirán en la decisión de qué estrategia seguir en una negociación: si una competitiva, de no colaboración o una de cooperación. Ambas tienen costos. Probablemente el fiscal sospeche que hay algo mal si el imputado no quiere colaborar. Por el contrario, el fiscal puede interpretar como una debilidad que el defensor quiera colaborar, aun cuando él sabe que no tiene mucha información sobre el sujeto de la investigación.

Lo anterior nos lleva a otros dos factores de suma importancia, esto es el poder relativo que tiene cada parte y la estrategia de negociación de la contraria.

En cuanto al poder, obviamente quien se sienta más poderoso tendrá menos incentivos para colaborar. Es importante señalar que no se trata de poder real, sino más bien de qué cree la contraria. Si ésta cree que la otra tiene mucho poder entonces estará más abierta a negociar y a hacer concesiones. El poder no necesariamente tendrá que ver con las fortalezas del caso; hay distintos factores que pueden influir en esa percepción.

Frente a lo recién manifestado, es importante destacar que es fundamental conocer la estrategia de negociación que la contraria usa o está usando. De lo contrario las señales que se envíen pueden ser interpretadas equivocadamente y puede distanciar la negociación. Por ejemplo, puede ser que un fiscal o un defensor no obstante ser percibido como muy poderoso por personalidad, normas internas o prácticas, utilice una estrategia de cooperación. Por lo tanto, puede estar esperando una concesión. Sin embargo el defensor cree, porque el fiscal es poderoso, que está en un escenario de estrategia competitiva, por lo tanto recuerda que no debe ceder a las presiones, amenazas o concesiones. Convirtiéndose en definitiva en un diálogo entre personas que hablan distintos idiomas.

La forma de saber la estrategia que la persona está usando es considerar qué haría uno en su postura, cómo se han comportado sus colegas en situa-

ciones similares, qué dicen las normas o prácticas internas y el historial de la persona que se tiene enfrente.

También se debe tener en mente que los jueces deberán refrendar estos acuerdos; de lo contrario, todo el tiempo dedicado a un acuerdo puede irse al tarro de la basura si no se satisface con las exigencias del juez.

La personalidad en general, tanto del defensor como del fiscal, son vitales al momento de considerar qué estrategia adoptar. Uno debe conocer su personalidad ya que la actuación tiene sus límites. Resulta difícil que alguien pueda transformarse completamente para negociar.

La personalidad en general, tanto del defensor como del fiscal, son vitales al momento de considerar qué estrategia adoptar. Uno debe conocer su personalidad ya que la actuación tiene sus límites. Resulta difícil que alguien pueda transformarse completamente para negociar. Quizás en ciertas ocasiones será mejor ceder el caso a algún colega si la estrategia apropiada es incompatible con la personalidad del abogado; de ahí, entre otras, es la importancia de trabajar en equipos. De esta forma nadie es imprescindible y hay otros colegas que

están al tanto del caso. Dentro de la personalidad, el sentido de justicia que tenga el fiscal es fundamental. Muchos fiscales ven que su rol es hacer justicia en el caso concreto; aludiendo a ese sentido parece ser más apropiada una estrategia integrativa o cooperativa. Salvo que dentro de la estrategia competitiva la forma de debilitar al oponente sea la invocación a la falta de justicia del caso.

Por último hay que saber cuándo debe intervenir el abogado defensor. Generalmente será mejor que entre en los inicios de la investigación. Una cosa que resulta bastante evidente es que la estrategia de defensa debe estar diseñada desde los primeros momentos de la investigación. El dejar dicha definición para el juicio oral es altamente riesgoso ya que muchas de las decisiones que se tomaron en la etapa de investigación o en la etapa intermedia tienen efecto directo sobre las posibilidades de éxito en el juicio. Cosa distinta es cuándo debe hacer su aparición el abogado penalista. Una aparición demasiado temprana puede levantar sospechas en el fiscal. Para evitar ese efecto se pueden utilizar a otros intermediarios para responder solicitudes de información. Por ejemplo, en solicitudes de información tributaria si responde un conocido abogado penalista las sirenas de la fiscalía explotarán, si responde un contador es más normal.

El fin del Lobo Estepario

En el sistema inquisitivo, los grandes abogados penalistas, con contadas excepciones, eran verdaderos lobos esteparios. Personas que generalmente tenían bajo ellos algún procurador o abogado joven para hacer los escritos de trámite. Pero quien definía la estrategia y quien aparecía ante el tribunal era el abogado estrella. El sistema inquisitivo con su principio de la escrituración permitía esta dinámica. Los escritos podían ser redactados por una persona distinta de quien los firmaba. En tanto que las audiencias ante el tribunal y los alegatos ante los tribunales superiores eran más bien breves, por lo cual no requerían la presencia permanente del abogado defensor.

Junto con preparar la estrategia de defensa, lo que tomaba más tiempo eran las declaraciones de testigo o del sujeto investigado. Sin embargo, ello no siempre se traducía en tiempo consumido por el reconocido penalista ya que generalmente el testigo era acompañado por alguno de los abogados más jóvenes del estudio y solo si había problemas graves que él no pudiese solucionar se llamaba al abogado destacado para que concurriera al tribunal.

La situación descrita es diametralmente opuesta a lo que ocurre en el sistema acusatorio, ya que el abogado debe presenciar la declaración de su representado, asesorarlo sobre cuáles preguntas responder y cuáles no. Por otra parte, en el juicio oral se espera que aparezca él. Como todas estas tareas consumen bastante tiempo efectivo, es difícil que una sola persona pueda cumplirlas todas por lo cual requerirá construir equipos de trabajo.

Por ejemplo, las declaraciones ante el fiscal -lo más parecido a la etapa de sumario y con esto no desconozco lo radicalmente distinto que tiene el sumario con la etapa de investigación-, aunque no tienen valor probatorio, son sumamente relevantes. En efecto, una mala declaración ante el fiscal puede ser fatal en el juicio oral, ya que al declarar en estrados el testigo podrá ser confrontado con su declaración anterior. Para ello se va a requerir a gente que tenga tiempo y dedicación para preparar esos testimonios; el escenario en el cual se rinde esta declaración es mucho más hostil que en un tribunal del crimen. Un fiscal que hace bien su trabajo no va a iniciar una declaración con "sabe usted por qué está aquí". El o ella tendrá preguntas precisas sobre la investigación que dirige; por lo tanto una preparación por encima, sobre temas generales no será suficiente. Sin duda que los buenos abogados penalistas del sistema inquisitivo realizan esta preparación de manera adecuada y exhaustiva, pero la gran mayoría no lo puede hacer por la cantidad de causas en las cuales se tiene

patrocinio y poder. Por lo tanto, para poder cumplir bien esta función se necesitará preparar gente que sea capaz de cumplir esa función, debiendo ser interrogado el testigo por quien lo preparó.

Del mismo modo, la preparación de testigos para un conainterrogatorio en un juicio requiere una simulación completa de ese escenario. El abogado deberá ser incluso más agresivo de lo que en realidad vaya a ser un fiscal, de forma que el testigo esté realmente en condiciones de responder a las preguntas para que sirvan a la defensa o no debiliten su testimonio entregado bajo directo.

Por otra parte, como ya fue dicho, respecto de la declaración del imputado, el abogado tiene derecho a presenciar dicha declaración asesorando a su defendido si es que tiene que responder tal o cual pregunta. Respecto de otros testigos la presencia del abogado del imputado es discrecionalidad del fiscal. Si ese testigo pudiese llegar a ser imputado entonces puede solicitar que su abogado esté presente.

Asimismo, como lo dicho en referencia a la negociación, es necesario contar con la mayor cantidad de información para poder evaluar y diseñar la estrategia de defensa. Para lograr ese objetivo es útil contar con alguien como un investigador quien se dedica a recopilar antecedentes de la supuesta víctima, los testigos de la fiscalía, los peritos, etc. Este investigador que no debería ser un abogado sirve también para ser testigo de lo que dijo otro testigo para el evento que cambie su versión. Algo así como lo que hace de manera habitual la fiscalía con la policía. También resulta útil contar con peritos que revisen las conclusiones de los peritos de la fiscalía y así develar sus posibles debilidades del caso.

Esto de alguna forma también se hace en el sistema inquisitivo, pero la investigación se canaliza a través del tribunal. Es éste al que se le piden las diligencias porque como el sumario es la etapa procesal en la cual el tribunal se forma su convicción, se aporta toda la prueba en esta etapa. En cambio en el sistema acusatorio no necesariamente se va a entregar toda la prueba al fiscal. Por ejemplo, cuando se siente que se ha formado ya su convencimiento para acusar y no se quiere revelar la estrategia de defensa antes de tiempo no se ve por qué habría que mostrarle la línea argumental de la defensa. Es posible que en muchos casos se aporte alguna prueba para intentar convencer al fiscal que no tiene un caso, pero en los delitos comunes muchas veces el fiscal va a tener el convencimiento que tiene a la persona correcta y que existe delito. Sin embargo, se puede creer necesario aportar prueba en la etapa de investigación para fines de la prisión preventiva.

Quizás donde más se ve la necesidad de contar con un equipo es en el juicio oral. En esta etapa una sola persona no podrá dar abasto para darle la mejor atención a su cliente. Mientras uno está interrogando o contrainterrogando tiene que haber otro que esté atento anotando la información que el testigo proporciona para el alegato de clausura. Junto con ello, la necesidad de contar con personas que tengan las destrezas necesarias para cada uno de los actos dentro del juicio también evidencian la necesidad de contar con un equipo de abogados y otros profesionales como integrantes del equipo de defensa.

Quizás sea probable que un abogado reúna en sí todas las habilidades necesarias para hacer un buen alegato de apertura, interrogar a testigos, interrogar a peritos, contra examinar, realizar y fundamentar objeciones y hacer un buen alegato de clausura. Sin embargo, en la mayoría de los casos probablemente un abogado reúna alguna de estas características y no todas por lo cual se debe producir una división del trabajo para lograr brindarle una asistencia de calidad al defendido.

El juicio oral

El escenario en el cual el abogado desempeña su trabajo es radicalmente distinto en cada uno de los sistemas. En uno es un expediente y en el otro un juicio oral donde el tribunal escucha de primera mano los testimonios y la prueba pericial o documental. Es difícil transmitir la gran diferencia que eso produce. En el sistema inquisitivo los testimonios al estar mediatizados por un actuario y por el papel resultan menos impactantes que si se escucha a la víctima o a la madre de la víctima. En varias ocasiones uno siente que ahí perdió el juicio, que los jueces, contrario a la creencia que por ser profesionales no se van a conmovir, muchas veces deciden condenar a alguien porque fueron afectados por el testimonio de la víctima.

Lo anterior también es válido para los peritos. Cualquier abogado defensor que ha estado frente a un tribunal profesional se da cuenta de que la presunción de inocencia no es más que un "saludo a la bandera", que los tribunales tienden a creerle a la fiscalía. Y en aquellos pocos casos en que el defensor siente que ha logrado sembrar alguna duda razonable con los testigos que ha presentado la fiscalía, siente que todo se derrumba cuando aparecen los

Quizás donde más se ve la necesidad de contar con un equipo es en el juicio oral. En esta etapa una sola persona no podrá dar abasto para darle la mejor atención a su cliente.

peritos médico legistas. Con su lenguaje científico maravillan a los jueces y le confirman su primera aproximación: si la fiscalía acusa, será por algo. Por eso absolutamente necesario contar con peritos de la defensa para al menos empatar el lenguaje científico y desacreditar las conclusiones de los peritajes del Ministerio Público.

Otro cambio en la forma de ejercer la profesión está dado por el hecho de que en un sistema acusatorio hay que rendir la prueba de una sola vez. Podrán existir diversas audiencias de prueba, pero se debe contar con la prueba en un determinado momento, a saber: el juicio. El acortamiento de los plazos pone presión en el abogado para tener disponible su prueba. El juicio oral podrá durar, el que más, unas dos semanas o incluso más, pero en la mayoría de los casos no dura más de uno o dos días. Con lo cual se debe contar con esa prueba; en caso contrario el tribunal no podrá usarla para fundar su sentencia.⁴

En el sistema acusatorio hay un momento clave en el que se resuelve el caso y que involucra directamente al abogado: el juicio. Se podrá decir que en el sistema inquisitivo también lo hay: el dictamen de la sentencia o la vista del recurso de casación ante la Corte Suprema. Sin embargo, esos eventos procesales no implican el nivel de copiamiento de la agenda del abogado. Incluso el alegato ante la Corte Suprema que requiere la presencia del abogado no durará más de 4 horas en el peor de los casos. Por otra parte, el desgaste que produce el juicio no es comparable. Es más, los alegatos más controvertidos no alcanzan el nivel de contradictoriedad que se vive en un juicio oral.

La inmediatez y rapidez del juicio exige que la persona tenga los conocimientos frescos, tanto procesales como de derecho penal sustantivo. En el sistema inquisitivo los lapsos permiten meditar mucho acerca de un argumento de la contraria. El juicio oral no permite ese decantamiento.

En cuanto a las destrezas necesarias para un juicio, no quisiera detenerme en aquello que ya es parte de los manuales de litigación como: "nunca haga una pregunta para la cual no sabe la respuesta", "no salga a pescar", "evite pedirle explicaciones al testigo por sus contradicciones"; eliminará una contradicción que hubiese sido excelente de utilizar en el alegato de clausura.

⁴ Ello sin perjuicio de la facultad que tiene el tribunal de suspender la audiencia para traer al testigo, facultad que raramente es utilizada por el tribunal.

Sí me parece pertinente mencionar lo difícil que puede resultar hacer preguntas abiertas al pasar de un sistema inquisitivo en el cual las preguntas se formulan en la fórmula: "para que diga el testigo" a uno acusatorio en el cual se prohíben las preguntas sugestivas durante un interrogatorio directo. Igualmente complicado resulta ser capaz de sacar información en un escenario que se tiene a otra persona que está objetando. Mantener claridad respecto de lo que se quiere obtener de cada testigo en este escenario adversarial no es tarea fácil. Confabula contra ese objetivo el ego y el temperamento. Resulta difícil desestimar la oportunidad de entrar en una pelea con el fiscal. Muchas veces el ego a uno le juega una mala pasada. Por ganarle una objeción a un fiscal se puede entrar en un debate que nada aporta a la defensa y que ofusca al tribunal. Incluso uno se puede olvidar lo que quería preguntar. En suma, no siempre se logra mantener la frialdad para dejar pasar ataques que hacen que uno pierda la concentración y el norte de la estrategia de defensa.

En el mismo sentido, uno necesita saber cómo desacreditar a un testigo o a un perito sin que el tribunal empiece a sentir empatía con la situación que está viviendo la persona que está declarando. Recuerdo un juicio en el cual declaraba una perito y el abogado defensor a través de sus preguntas hizo que se pusiera a llorar, básicamente la humilló. Si el abogado hubiese parado las preguntas justo antes de que la mujer se pusiera a llorar, hubiese sido un gran contrainterrogatorio. Al insistir en un tema que no tenía mayor impacto en su defensa, el defensor logró que el tribunal interviniera parándolo y que empatizara con ella. De más está decir que su cliente fue condenado.

El querellante

Hasta ahora solo he hablado del abogado defensor. Sin embargo, también existen cambios en la forma de ejercer la profesión como abogado querellante.

No obstante los intentos por revalorizar el rol de la víctima en el proceso penal, los agentes del sistema acusatorio se sienten incómodos cuando esa víctima decide nombrar un abogado. En el sistema inquisitivo el querellante muchas veces es el que mueve el proceso, el que está pidiendo las diligencias, el que le aporta prueba al tribunal, lo que hace que éste en la práctica descansa en el querellante.

En cambio, el abogado querellante es mirado con desconfianza y cierto recelo por los miembros del Ministerio Público. Existe el prejuicio de que

quien hará todo el trabajo será el fiscal y que el representante de la víctima se limitará a cobrar un honorario. Derribar ese prejuicio es particularmente difícil en los casos de delitos comunes, la forma en la cual se desarrolla el juicio oral hace a ratos parecer que el querellante sobra, que está demás, que efectivamente solo está ahí para cobrar sus honorarios. En efecto, el querellante siempre interviene después que lo hace el fiscal de manera que muchas veces se repite lo que ya ha hecho el fiscal o incluso algunas veces se limita a adherir a lo que él dijo o hizo. Por lo que no se logra observar qué es lo que aporta al caso el querellante.

En mi opinión dicha visión es un tanto superficial de la función que cumple en el proceso el querellante. Es él quien tiene el contacto directo con la víctima y qué duda cabe que la fiscalía necesita a ésta para construir su caso. Tener una mala relación con la parte querellante es una pésima estrategia. Incluso respecto de aquellos casos en los cuales luego de una investigación la fiscalía llega a la convicción de que no hay delito, el haber involucrado al abogado de la víctima en la investigación permitirá que la víctima no se sienta engañada y que el abogado avale la decisión del Ministerio Público de sobreseer o no perseverar. En caso contrario se produce una profunda desconfianza hacia el sistema.

Por otra parte, en el juicio, por la relación que existe entre el abogado y su representado, me parece que debería ser el abogado querellante quien lo interroga en el juicio. Ello porque con él o ella, la víctima se sentirá más cómoda para hablar de su experiencia y de lo que sabe. Como dije anteriormente, los jueces se dejan influenciar por un relato emotivo por lo cual contar con una víctima a bordo del caso va en directo beneficio de la fiscalía.

Además, quien sostiene la demanda civil es el querellante. Por ejemplo, la mujer que ha perdido su marido que era el sustento de la familia le es sumamente relevante que el proceso penal no solo sirva para reafirmar el valor de la norma o el bien jurídico infringido sino que también le sirva para paliar sus necesidades económicas.

Otra diferencia respecto de la labor del querellante es que en el sistema acusatorio quien tiene la llave de acceso a los tribunales es la fiscalía. En el sistema inquisitivo un querellante podía lograr acceder directamente al tribunal y mantener abierto un sumario por un tiempo prolongado e incluso lograr obtener alguna medida cautelar, como un arraigo, para forzar una negociación. En cambio, en el acusatorio, si la fiscalía decide no formalizar el querellante está más bien imposibilitado de lograr un pro-

nunciamento judicial. Con lo cual hay un nuevo actor que debe convencer al querellante para lograr satisfacer las necesidades de su cliente: el o la fiscal.

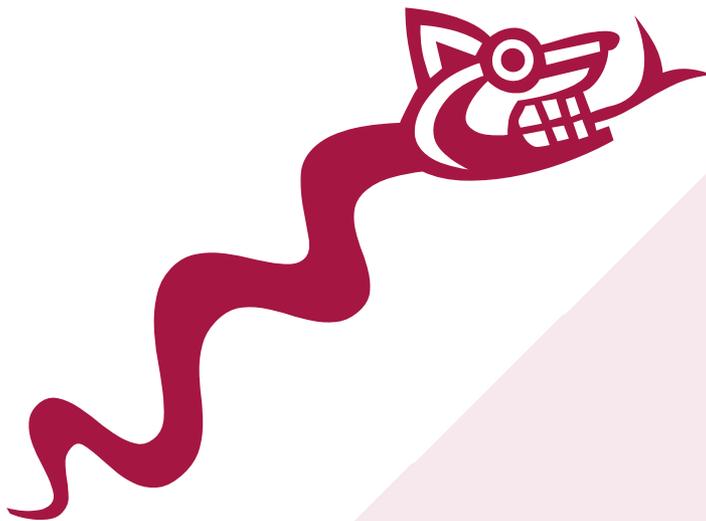
Por lo anterior, parece claro que desaparecerán las querellas que se arman, aquellas que uno presenta en el sistema inquisitivo solo para lograr un mejor acuerdo comercial tratando de penalizar una disputa civil. El fiscal se convierte en un efectivo filtro al estar socializada la idea de que hay que racionalizar los recursos.

En definitiva, me parece que la forma de abordar la relación fiscal /querellante es que éste se muestre y aquél lo perciba como

El fiscal se convierte en un efectivo filtro al estar socializada la idea de que hay que racionalizar los recursos.

un insumo más al que se puede recurrir para la investigación. Esto es particularmente cierto respecto de los delitos económicos; el querellante es una herramienta que debe ser usada por la fiscalía para fortalecer su caso. Así por ejemplo, el proveer de peritos idóneos es algo que debería hacer el querellante. Un querellante que no entienda que los

delitos económicos no están en el lugar más alto de la agenda de la fiscalía está destinado al fracaso. Uno tiene que lograr convencer a la fiscalía de que en los hechos que se denuncian hay un delito y que formalizar no le va a significar una sobrecarga excesiva de trabajo. ■



Interview with

Edna Udobong

[Vice-Chair of the American Bar Association Section of International Law's Committee on Non-Governmental Organizations and Not-For-Profit Organizations edna.udobong@post.harvard.edu]

By Luciana Sánchez

"Human Rights and Investments Have Some Issues in Common"

Edna Udobong is Vice-Chair of the American Bar Association (ABA) Section of International Law's Committee on Non-Governmental Organizations and Not-For-Profit Organizations. She is also a member of the ABA's African Committee. Udobong, a Nigerian attorney, practices in Atlanta, where she has specialized in representing international organizations, investors in the United States, and developing countries in multilateral and bilateral investment negotiations. She holds a master's degree from Harvard University, where she specialized in Law and Public Policy, and has taught at the University of Georgia and George Marshall Law Schools. In the context of her efforts with the ABA, she works with a global network of experts in policy, international trade, science and technology and the rule of law.

► **You have been practicing law in the U.S., Nigeria and at international level. What are the main differences that you have observed in the practice of law in these three environments?**

My law practice in Nigeria was remarkably different from my practice in the United States. My first experience is that in the United States, the dress code is formal. There are no British-styled robes requirements to appear before a judge. In Nigeria, lawyers wear the wig and gown but that is not the case in the U.S. Secondly, the calendars move faster

in the United States, possibly due to technology and resource availability. Finally, Nigeria and the United States are both common law jurisdictions and the laws are simply modified to suit modern legal issues.

► **You have been working in the fields of human rights and investments. Do clients demand different skills from you in each field? Do you find that these fields share a great deal or that they are very different?**

I have not done much work in the fields of human rights and investments, but I have done work on human rights and the environment. However, I know that those two fields require different skills. To understand the impact of human rights on investments, one has also to understand the relationship between economics and human rights. For example, human rights violations in some countries do affect their economies through foreign investment. Corporate responsibility and accountability are issues of modern day investment for multinational corporations operating in foreign countries. Environmental damages caused as a result of foreign investments have, in some cases, led to human rights abuses. There are several cases on this issue currently in United States courts. Human rights and investments have some issues in common.

... **human rights violations in some countries do affect their economies through foreign investment. Corporate responsibility and accountability are issues of modern day investment for multinational corporations operating in foreign countries.**

▶ **What are the main challenges of working at the international level as compared to the local level?**

A major challenge for an international lawyer is the ability to understand transnational issues in litigation and judgment enforcement. An attorney's ability to practice in a particular environment depends on the laws of the jurisdiction.

▶ **You have represented international organizations, investors in the United States, and developing countries in multilateral and bilateral investment negotiations. Can you tell us about the main tasks involved in this kind of legal work?**

The main task in representing an investor is serving your client's needs. My work with the United Nations helped me to represent the interests of the international community, as a body, in compliance with international agreements.

▶ **How does the legal environment of developing countries affect investors' decisions? Which aspects of the laws of the country receiving the investment do you have to look at? For example, does criminal law matter, or just provisions on capital mobility?**

The legal system of a foreign country is important to an investment environment. The independence of the judiciary and the enforcement of judgments are essential for economic growth. The legal system of any country reveals the level of stability and the respect that system has for the rule of law. If a legal system is inadequate and does not respect the rule of law, an investor would be running the risk of spending capital in that country. The professional population and the educational system are relevant to sustainable investment. Where the educational system is inadequate and with few resources for skills development, the investor must develop a program for improving the skills and education for the country's young population. Security is important as well as law and order. The laws of the country and a host of other issues may be considered but a legal system without the independence of the judiciary is not an environment for long-term investment.

The legal system of any country reveals the level of stability and the respect that system has for the rule of law. If a legal system is inadequate and does not respect the rule of law, an investor would be running the risk of spending capital in that country.

▶ **If you were to make suggestions regarding reforms in the law and court system of a country that is trying to attract foreign direct investment, what would you recommend that is good for both the country and foreign investors? Does "rule of law" really matter?**

Respect for the rule of law matters and that is a good place to begin a reform program.

▶ **You are also a law professor. What are the key skills that legal education has to provide for prospective lawyers? What qualities make a U.S.-educated lawyer different from others, particularly those who work at the level that you work at?**

Knowledge of the law and the ability to think and write as a lawyer are important qualities for any prospective lawyer. The ability to communicate knowledge of the law in an analytical and logical fashion is important.

▶ **Do you think that practicing law is different for women? If so, how? Does the entry of more and more women into the legal profession change how law is practiced? Are women changing the law?**

Women are definitely changing the law in many ways. Practicing law is different for women lawyers because of the aggressive nature of the profession. However, the role of women in our modern society makes it more and more important that women speak up and join in diverse discussions on issues that concern their future and the society. If women have the ability to shape the way their families are viewed in public, they do an even better job of imposing discipline in a community where they can impose legal values. The role of women lawyers is invaluable to our current day society.

▶ **What is your role in the ABA Section of International Law?**

I am currently the Vice-Chair of the Section's Committee on Non-Governmental Organizations and Not-For-Profit Organizations. I am also an active member of the African Committee.

▶ **What kinds of services do American lawyers request of the Section of International Law?**

U.S. lawyers look to the Section for networking opportunities. U.S. lawyers look to foreign lawyers for advice on local laws and enforcement issues. The section is also a place to learn about foreign legal systems and how to work in them.

▶ **You were also able to work for the bar association in Nigeria. Once again, are there differences between the services that law associations provide and lawyers look for in both countries? If so, can you mention the most relevant ones?**

I cannot think of any differences. All legal associations, in most countries that I am familiar with, have a policy to promote and advance the rule of law in that country. The services that lawyers demand are similar. Any difference would probably be on what may be available to the association and how they accomplish that goal. The bar associations are a network group and continuing legal education community.

▶ **Why do you think that those differences and similarities exist?**

I cannot think of any major differences.

▶ **In your opinion, what role do lawyer's associations play in a country's legal environment? Do these associations provide services beyond the legal community?**

The role of a bar association is to develop the legal society and enhance the legal system of that country. Some legal societies also provide pro bono work for the community and education programs. Definitely, there are services a bar society should provide its community to better build the knowledge of the community on their rights and responsibilities.

▶ **What services does ABA provide in terms of the "lawyers' market" in the U.S. and what are its goals in this regard?**

The ABA website www.abanet.org has a variety of information on what the ABA does and how it accomplishes its goals. The ABA is an accomplished bar

association and one with a good model to work from. It provides a variety of services to lawyers in the United States.

▶ **And regarding the "judges' market"? Does ABA play any role in their appointment or dismissal?**

The ABA gives its opinion but appointments are political, in my view.

▶ **In your opinion, is judicial compensation an issue in attracting qualified candidates to the bench?**

Not necessarily. I do not think that compensation is an issue because an appointment to the bench is an honor and a great service to any country. I think security should be a major issue, from what we now know.

▶ **The ABA is very influential in the U.S., particularly in that it provides a certain "unification" of legal rules in a federal country. For example, in the field of corporate law, as well as in other fields, the ABA has provided guidelines that help bring uniformity to the country's legal environment. Does the Section of International Law aspire to provide the same kind of services at the international level? In which fields do you think it is more critical to provide some legal uniformity (trade, corporate governance, human rights, etc.)?**

The international section of the ABA has worked and continues to work to provide codes of conduct and model rules of practice at the international level. For example, in my committee, we have discussed issues like model codes for non-governmental organizations and compliance issues.

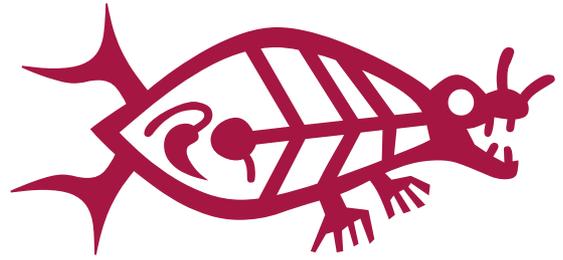
▶ **In your legal career, what has made you feel proud of yourself?**

I am proud that my legal career offers me the opportunity to assist my community and transfer knowledge to the legal community in other countries, as needed. It is a place of service for me, and I am humbled by the opportunities it offers me.

Some legal societies also provide pro bono work for the community and education programs. Definitely, there are services a bar society should provide its community to better build the knowledge of the community on their rights and responsibilities.

► **What advice would you offer to someone who is contemplating a career in the legal profession?**

My advice to anyone who contemplates a career in the legal profession is that the legal profession is a career of service and belongs to those who are interested in human development. It is a rewarding profession when appropriately applied to community needs. ■



Dossier

La abogacía de las Américas en números

En esta edición de Sistemas Judiciales, dedicada a la Abogacía y la educación legal, se ofrece al lector como dossier un repaso de la realidad del ejercicio de la abogacía en cada país del continente traducida en números. Qué proporción de abogados hay por habitante, cuántos estudiantes, cómo son la colegiación y el control disciplinario.



* ARGENTINA

Número de abogados

Para el año 2001 había en Argentina un total de 128.000 abogados (353 por cada 100.000 habitantes)¹.

Formación universitaria

El número de estudiantes de Derecho matriculados, para el año 2000, en alguna de las instituciones del país, fue de 157.259 (434 por cada 100.000 habitantes), distribuidos en 19 universidades nacionales y 20 privadas. Según las estadísticas oficiales, ese año egresaron 5.905 estudiantes de las Escuelas de Derecho².

Colegios de abogados

En Argentina es obligación, para ejercer la profesión legal, estar inscripto en un colegio de abogados.

Al respecto, existen un total de 76 colegios de abogados en el país. Según la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), que agrupa a todos los colegios de abogados excepto el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) el número de abogados registrados en los colegios que aglutina alcanza los 64.000 profesionales. El CPACF, localizado en la ciudad de Buenos Aires, tiene registrados a 64.438 abogados, convirtiéndose en el colegio de abogados más grande de Argentina³.

Control disciplinario

En Argentina, tanto en el ámbito de la Capital Federal como en el de las provincias, son 2 las entidades que ejercen el control disciplinario de los abogados.

Por una parte, los Tribunales de Justicia, que en virtud de la Ley 24.289 (en el caso de la Capital Federal) detentan la potestad sancionatoria respecto de los abogados, procuradores, litigantes u otras personas que obstruyeren el curso de la justicia o que cometieren faltas en las audiencias, escritos o comunicaciones de cualquier índole, contra su auto-ridad, dignidad o decoro⁴.

En segundo lugar, ejercen esta potestad sancionatoria los Tribunales de Disciplina de los colegios de abogados del país, quienes velan por la observancia de las reglas de ética profesional. Vale decir que esta facultad -en el ámbito de la Capital Federal- les está conferida en virtud de la Ley 23.187, que rige el ejercicio de la profesión legal.

¹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Secretaría de Justicia y Asuntos Legislativos, Argentina: el sistema judicial 2001/2002

² CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002 - 2003.

³ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Secretaría de Justicia y Asuntos Legislativos, Argentina: el sistema judicial 2001/2002

⁴ www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=23709

* BAHAMAS

Número de abogados

Llegaban a 587 el año 2000. Eso implica que por cada 100 mil habitantes había, aproximadamente, 197 abogados⁵.

Formación universitaria

Es provista, excluyentemente, por la Eugene Dupuch Law School en Nassau, Bahamas. En esta universidad se cursan sólo los dos últimos años de la carrera. Los tres primeros años se cursan en la University of the West Indies, en Barbados⁶.

Colegios de abogados

Todos los abogados deben ser parte de la Bahamas Bar Association. El Bar Council -órgano ejecutivo de los abogados- es la entidad encargada de autorizar el ejercicio profesional de quienes pretenden ejercer como abogados.

Control disciplinario

Está a cargo del Ethics Comité de la Bahamas Bar Association.

⁵ http://www.lexbahamas.com/overview_of_the_bahamian_legal_s.htm#Legal%20Education

⁶ Ibid.

* BOLIVIA

Número de abogados

A fines del año 2004 había en Bolivia un total de 6.375 abogados, lo que representa una tasa de 77 abogados por cada 100.000 habitantes⁷.

Colegios de abogados

En Bolivia la colegiación de los abogados es obligatoria. Así lo dispone el artículo 3° del Decreto Ley 16.793, más conocido como Ley de la Abogacía⁸.

Relacionado con esto, el artículo 31 de esta ley dispone que en cada distrito judicial debe existir un Colegio de Abogados.

Además, el artículo 53 creó el Colegio Nacional de Abogados de Bolivia, cuya función es coordinar la labor de los colegios distritales.

Control disciplinario

Son los colegios de abogados, a través de su respectivo Tribunal de Honor, quienes detentan el control disciplinario de los abogados que infrinjan el Código de Ética Profesional.

Para más datos, el artículo 43 de la Ley de la Abogacía prescribe que "ningún abogado podrá ser juzgado por los jueces ordinarios civiles o penales por hechos relativos al ejercicio profesional, si antes no lo hubiera sido por el Tribunal (la alusión es al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados respectivo), y éste le concediera licencia para el indicado juzgamiento".

Al respecto, el Colegio de Abogados de La Paz sancionó, durante el año 2004, a 15 abogados⁹.

⁷ <http://www.icalp.org.bo>

⁸ www.ferjus.bizland.com/abogado.htm

⁹ Fuente: Colegio de Abogados de La Paz.

* BRASIL

Número de abogados

De acuerdo con datos del Conselho Federal da Ordem dos Advogados, en el año 2004 había un total de 492.380 abogados¹⁰. Es decir, 281 profesionales de esta orden por cada 100.000 habitantes.

De ellos, 175.498 trabajaban en el Estado de Sao Paulo y 95.422 en Río de Janeiro.

Formación universitaria

Según el Ministerio de Educación, al año 2000 había un total de 370.335 estudiantes de Derecho (211 por cada cien mil habitantes) y 442 Facultades y Escuelas que impartían esa carrera a lo largo del país¹¹. La misma fuente indica que los egresados de Derecho a ese año sumaban 41.857.

Colegios de abogados

La colegiación de los abogados en Brasil es obligatoria. La Ordem dos Advogados es la entidad que afilia a los abogados brasileiros. Por esta razón, en cada uno de los Estados existe un Consejo Seccional de la Ordem¹².

Control disciplinario

Lo ejerce el Tribunal de Ética y Disciplina de cada uno de los Consejos Seccionales de la Orden de los Abogados. Corresponde, además, al Consejo Seccional, juzgar, en grado de recurso, los asuntos decididos por el Tribunal de Ética y Disciplina.

¹⁰ <http://www.oab.org.br/relatorioAdvOAB.asp>

¹¹ CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002 - 2003.

¹² <http://www.oab.org.br/cfoabEspanhol/estatuto.pdf>

* CANADA

Número de abogados

En el año 2004 había, aproximadamente, 70.613 abogados en Canadá (224 por cada 100.000 habitantes)¹³.

De ellos, 30.000 laboraban en Ontario, 19.000 en Québec, 9.000 en British Columbia y 7.000 en Alberta. Manitoba -la provincia con menos abogados- sólo contaba con 1.700¹⁴.

El año 2003 fue aprobado el acuerdo de movilidad nacional (*National Mobility Agreement*) mediante el cual los abogados pueden, con pocas restricciones, ejercer profesionalmente en la mayoría de las provincias de Canadá. (Con anterioridad sólo podían hacerlo en la provincia en que estuvieran matriculados).

Formación universitaria

Existe un total de 22 facultades de Derecho en el país.

Colegios de abogados

En Canadá, la entidad que cumple el rol de los colegios de abogados es la Sociedad Legal (o Law Society). Existe una en cada provincia de la nación. Su principal mandato es cautelar el interés público promoviendo altos estándares en la entrega de los servicios legales -y la conducta profesional de los abogados- a través del gobierno y la regulación del ejercicio de la profesión legal. Cualquier abogado que desee ejercer la profesión debe estar inscrito en la Sociedad Legal de su provincia¹⁵.

Control disciplinario

En Canadá los abogados deben actuar en concordancia con la Ley de la Profesión Legal (Legal Profession Act), el Código de Conducta Profesional (Code of Professional Conduct) y las reglas de la respectiva Sociedad Legal (Rules of the Law Society).

El organismo encargado del cumplimiento de esta normativa es el Comité de Disciplina (Discipline Committee o Practice Standards Committee) de la Sociedad Legal en que se haya inscrito el abogado. Dependiendo de la falta en que haya incurrido el profesional, éstos pueden ser sancionados con una amonestación, multas que pueden llegar a los 20 mil dólares, la suspensión de la práctica profesional o, en casos muy graves, la expulsión de la Sociedad Legal, con lo que quedan inhabilitados para ejercer la profesión.

Por lo general, el abogado sancionado puede apelar la decisión del Comité de Disciplina ante el Consejo de Directores de la Sociedad Legal (full benchers) o la Corte de Apelaciones provincial.

En términos estadísticos, durante el año 2003 la Law Society of Alberta sancionó a 22 abogados por razones de orden disciplinario¹⁶. Por su parte, la Barreau du Québec, durante ese mismo año, sancionó a 128 abogados por faltas en el ejercicio de la profesión¹⁷.

¹³ <http://www.advocatesinternational.org/pages/global/northAmerica/canada.php>

¹⁴ <http://www.umanitoba.ca/faculties/law/Courses/esau/lppr/outline1.htm>

¹⁵ Por ejemplo, ver www.lawsocietyalberta.com o www.lawsociety.bc.ca

¹⁶ <http://www.lawsocietyalberta.com/resources/lareport.cfm>

¹⁷ <http://www.barreau.qc.ca/barreau/rapportsannuels/ra0304.pdf>

* COLOMBIA

Número de abogados

En 2004 había aproximadamente 150.000 abogados¹⁸. Es decir, 342 por cada 100.000 habitantes.

Formación universitaria

En 2001 cerca de 45.000 estudiantes cursaban estudios de Derecho en las 118 facultades del país que impartían la carrera. Ese año, 8.000 alumnos culminaban sus estudios¹⁹. Por cada 100.000 habitantes, se registraban 103 estudiantes de Derecho y 18 nuevos abogados.

Colegios de abogados

En Colombia la colegiación de los abogados no es obligatoria.

Sin perjuicio de lo anterior, existen diversos colegios de abogados que aglutinan a sus afiliados por localidad (colegios de Bogotá o Medellín), por especialización (Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundimarca o el Colegio de Abogados Comerciantes) o por una formación universitaria común (Colegio de Abogados Universidad Sergio Arboleda o Colegio de Abogados Javerianos).

Control disciplinario

Lo ejerce la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Esta sala fue instituida en el año 1991 por la Constitución, con el fin de garantizar la existencia, al interior de la propia rama judicial, de un organismo autónomo, imparcial e independiente

* COSTA RICA

Número de abogados

De acuerdo con cifras del Colegio de Abogados de Costa Rica, había un total de 13.909 abogados inscritos en ese colegio en diciembre de 2002. De ellos, 13.051 ejercían activamente la profesión²¹. Se registraba así una tasa de 343 abogados (incorporados al gremio y en ejercicio activo) por cada 100.000 habitantes.

Formación universitaria

En el año 2004 existían, aproximadamente, 24 universidades que ofrecían la carrera de Derecho en Costa Rica, de las cuales sólo una -la Universidad de Costa Rica- era pública²².

Colegios de abogados

El único colegio de abogados que existe en el país es el Colegio de Abogados de Costa Rica. Los aboga-

dos que deseen ejercer la profesión deben, obligatoriamente, inscribirse en la entidad²³.

Control disciplinario

Es el Colegio de Abogados, a través de su Junta Directiva, la encargada de aplicar las sanciones en los casos establecidos en el Reglamento del Colegio de Abogados.

Al respecto, el colegio mantiene en su página web una lista con los profesionales que se encuentran sancionados.

²¹ CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002 - 2003.

²² http://www.abogados.or.cr/revista_elforo/foro2/brevesnotas2.htm

²³ Ley Orgánica del Colegio de Abogados N° 13, 28 de octubre de 1941.

* CHILE

Número de abogados

Según la Advocates Internacional, el número de abogados en Chile, durante el año 2004, ascendía a 20.000, lo que importa una tasa de 133 abogados por cada 100.000 habitantes²⁴.

Formación universitaria

En 2001 se matricularon 24.478 estudiantes de Derecho en las universidades chilenas. Esto equivale a una tasa de 163 estudiantes de leyes por cada 100.000 habitantes²⁵.

Colegios de abogados

Chile es uno de los pocos países americanos en que la colegiación de los abogados es voluntaria. El D. L. N° 3.621 -dictado en 1981- disolvió los colegios profesionales transformándolos en "asociaciones gremiales" de derecho privado.

El Colegio de Abogados de Chile es el más importante del país. Cuenta con, aproximadamente, 6.500 abogados inscritos en sus filas²⁶. Además, en la mayoría de las ciudades ubicadas en provincias existe un colegio de abogados que aglutina a los abogados de la orden. Así, por ejemplo, existe el Colegio de Abogados de Valparaíso, de Talca o de Concepción.

Control disciplinario

A partir del D. L. N° 3.621 el control disciplinario de la profesión recae en los Tribunales de Justicia, a quienes está entregado el conocimiento de todo "acto desdoroso, abusivo o contrario a la ética, cometido por un profesional en el ejercicio de la profesión". Sin perjuicio de esto, hasta la fecha no se registran condenas por faltas a la ética profesional.

Los abogados que, voluntariamente, están inscritos en un colegio de abogados, están sujetos al control disciplinario de su colegio. Las sanciones aplicables pueden ir desde la amonestación hasta la expulsión del colegio, pero en ningún caso inhabilitan para ejercer la profesión.

con funciones de naturaleza jurisdiccional, que tuviera a su cargo la tarea de administrar justicia en materia disciplinaria respecto de los funcionarios judiciales y, por fuera de la rama, en relación con los abogados²⁰.

¹⁸ <http://www.advocatesinternacional.org/pages/global/latinAmerica/colombia.php>

¹⁹ CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003.

²⁰ http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idstio=21

²⁴ <http://www.advocatesinternacional.org/pages/global/latinAmerica/chile.php>

²⁵ Ibid.

²⁶ <http://dirigible.tercera.cl/2001/02/04/pag07.htm>

* ECUADOR

Número de abogados

Según la Advocates International, el año 2004 había un total aproximado de 30.000 abogados en el país; o sea, 247 abogados por cada 100.000 habitantes²⁷.

Formación universitaria

Según el Banco Mundial, al año 2000 existían 19.600 estudiantes de Derecho matriculados en las universidades ecuatorianas (161 por cada 100.000 habitantes). Indica, además, que existían 17 Escuelas de Derecho en el país.

Colegios de abogados

Por expresa disposición del Decreto Supremo 201 - A (Ley de Federación de Abogados del Ecuador) en cada provincia existe un colegio de abogados que aglutina a los profesionales de la orden.

La afiliación de los abogados a los colegios provinciales es obligatoria. De esta forma, sólo la inscripción en un colegio de abogados autoriza el ejercicio de la profesión²⁸.

Debe tenerse presente que, actualmente, se encuentra en trámite legislativo la nueva Ley de Federación de Abogados del Ecuador, que, entre otras reformas, pretende darle carácter voluntario a la colegiación de los abogados.

Control disciplinario

La potestad sancionatoria la ejercen los distintos colegios de abogados a través de su respectivo Tribunal de Honor.

²⁷ <http://www.advocatesinternational.org/pages/global/latinAmerica/ecuador.php>

²⁸ www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Colegio.12.htm

* EL SALVADOR

Número de abogados

El año 2004 había, aproximadamente, 8.000 abogados ejerciendo la profesión en El Salvador²⁹. Es decir, 125 por cada 100.000 habitantes.

Formación universitaria

En 1999, último año del que se tienen cifras globales, el número de estudiantes de Derecho era 19.759 (309 por cada 100.000 habitantes), cursando la carrera en las 23 universidades que impartían la carrera en el país. Ese año hubo un total de 831 graduados.

Al año 2002, las facultades y Escuelas de Derecho en funcionamiento se habían reducido a 21, de las cuales sólo 1 es estatal³⁰.

Colegios de abogados

En El Salvador la colegiación de los abogados no es obligatoria. Sin perjuicio de ello, los profesionales de la orden se aglutinan en 6 asociaciones que, a su vez, conforman la Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador.

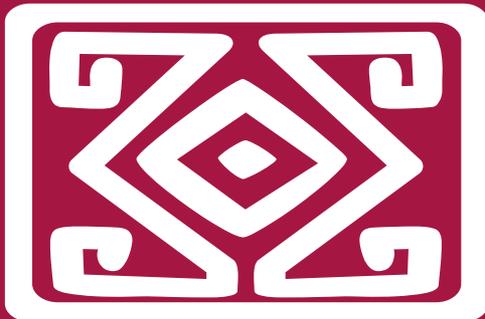
Control disciplinario

De conformidad al artículo 182 N° 12 de la Constitución Política, le corresponde a la Corte Suprema de Justicia "practicar recibimientos de abogados y autorizarlos para el ejercicio de su profesión; suspenderlos por incumplimiento de sus obligaciones profesionales; por negligencia o ignorancia graves, por mala conducta profesional, o por conducta privada notoriamente inmoral: inhabilitarlos por venalidad, cohecho, fraude, falsedad y otro motivo que establezca la ley y rehabilitarlos por causa legal. En los casos de suspensión e inhabilitación procederá en la forma que la ley establezca, y resolverá sólo con robustez moral de prueba"³¹.

²⁹ <http://www.advocatesinternational.org/pages/global/latinAmerica/elSalvador.php>

³⁰ http://www.fusades.com.sv/investigacion_economica/dlegal/documentos/boletin3.html

³¹ <http://www.constitution.org/cons/elsalvad.htm>



* ESTADOS UNIDOS

Número de abogados

El año 2003 existían 1.058.662 abogados en Estados Unidos. El año 2004 éstos aumentaron a 1.084.504 (385 por cada 100.000 habitantes)³².

A nivel estatal, New York es el Estado que más abogados registra (197.157). Lo siguen California (188.501), Pennsylvania (87.814), Illinois (80.662), el Distrito de Columbia (77.892) y New Jersey (77.500)³³.

Formación universitaria

A Agosto de 2004, 189 Escuelas de Derecho (*Law Schools*) han sido acreditadas por la *American Bar Association*. De éstas, 80 son escuelas públicas y 109 privadas³⁴.

Los alumnos matriculados en Escuelas de Derecho, el año 2003, fueron 145.088 (52 por cada 100.000 habitantes)³⁵.

Colegios de abogados

Hay Estados en los que pertenecer al colegio de abogados estatal es obligatorio y otros en que no lo es. Así, en Illinois pertenecer a la Barra de Abogados es voluntario, pero en otros Estados es obligatorio y se debe ser parte del colegio para poder ejercer³⁶.

Control disciplinario

Lo ejerce la Corte Suprema de cada Estado. Estas cortes tienen dependencias administrativas encargadas del control disciplinario del ejercicio profesional. De esta forma, en Illinois esta tarea le corresponde a la *Attorney Registration and Disciplinary Commission*. Por su parte, en New Jersey, esta labor recae en manos del *Office of Attorney Ethics*.

Las sanciones difieren, pero en general van desde una amonestación escrita a la revocación de la licencia. Al respecto, los Estados han desarrollado un sistema informático donde pueden verificar si un abogado ha sido sancionado en otro Estado. Lo normal es que teniendo una sanción disciplinaria no se le conceda licencia para actuar³⁷.

En términos estadísticos, durante el año 2003 el Office of Attorney Ethics of the Supreme Court of New Jersey impuso 193 sanciones por irregularidades en el ejercicio de la profesión legal³⁸. Por su parte, la Attorney Registration & Disciplinary Commission of the Supreme Court of Illinois decretó 137 sanciones a los abogados de su jurisdicción³⁹.

³² <http://www.abanet.org/marketresearch/resource.html>

³³ http://www.judiciary.state.nj.us/oea/annual_report03.pdf

³⁴ Main Page for List of Approved Law Schools, American Bar Association / www.abanet.org

³⁵ Legal Ed and Bar Admissions, American Bar Association / www.abanet.org

³⁶ Entrevista a Macarena Tamayo-Calabrese publicada en Otros N° 29, agosto - septiembre de 2001.

³⁷ Ibid.

³⁸ http://www.judiciary.state.nj.us/oea/annual_report03.pdf

³⁹ http://www.iardc.org/AnnualReport03/2003annual_report.html

* GUATEMALA

Número de abogados

Según cifras de la *Advocates Internacional*, en el año 2004 había en el país un total aproximado de 8.000 abogados, con una tasa de 68 profesionales de esa orden por cada cien mil habitantes⁴⁰.

Formación universitaria

En 2002 la carrera de Derecho era impartida en siete universidades del país, una de las cuales -la Universidad de San Carlos- era pública y el resto privadas⁴¹.

El número de estudiantes, en tanto, llegaba a los 21.000 (180 por cada 100.000 habitantes), concentrándose buena parte de ellos (15.000) en la Universidad de San Carlos⁴².

Colegios de abogados

En Guatemala, la Constitución Política de la República dispone en su artículo 90 la colegiación obligatoria para todas las profesiones universitarias.

El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala es la institución gremial que asocia a todos los profesionales del Derecho, tanto abogados como notarios, que ejercen su profesión en el territorio nacional⁴³.

Control disciplinario

Lo ejerce el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

⁴⁰ <http://www.advocatesinternacional.org/pages/global/latinAmerica/guatemala.php>

⁴¹ CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003.

⁴² <http://www.aals.org/2000international/english/guatemala.htm>

⁴³ www.infovia.com.gt/cang/

* HONDURAS

Número de abogados

Para el año 1998 existían 4.447 abogados en Honduras, lo que representa una tasa de 67 abogados por cada 100.000 habitantes⁴⁴.

Formación universitaria

Existen en Honduras cuatro universidades que imparten la carrera de Derecho. Se trata de las facultades de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Universidad José Cecilio del Valle, Universidad Católica de Honduras y la Universidad Tecnológica Centroamericana⁴⁵.

Colegios de abogados

El único que existe es el Colegio de Abogados de Honduras. La inscripción en este colegio es obligatoria para todos los abogados.

Control disciplinario

Esta función recae en el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Honduras.

⁴⁴ Peña González, Carlos, Características y desafíos de la enseñanza legal latinoamericana.

www.aals.org/2000international/spanish/chile.htm

⁴⁵ CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003.

* JAMAICA

Número de abogados

Según lo señala el Indicative Caribbean Justice Sector Information del informe del BID, Policy Document, el año 2000 había 2.500 abogados en Jamaica, lo que equivale a una tasa de 96 abogados por cada 100.000 habitantes⁴⁶.

Formación universitaria

Hay una sola universidad -la University of the West Indies- que imparte la carrera de Derecho en Jamaica⁴⁷.

Colegios de abogados

En Jamaica, la colegiación de los abogados es voluntaria. Sin perjuicio de lo anterior, la Jamaican Bar Association es la organización que más abogados aglutina en la isla. En marzo de 2002 contaba con 946 miembros⁴⁸.

Control disciplinario

El control disciplinario de los abogados está a cargo del General Legal Council, organismo público encargado de regular la profesión legal⁴⁹.

⁴⁶ CEJA, Reporte Sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ http://www.jambar.org.jm/pages/jamaican_bar_association.htm

⁴⁹ <http://www.oecd.org/dataoecd/18/35/23731217.pdf>

* MÉXICO

Número de abogados

Según el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de México, al año 2004 existían 191.000 abogados en el país, lo que equivale a una tasa de 196 abogados por cada 100.000 habitantes⁵⁰.

Formación universitaria

El año 2001 se matricularon 190.338 alumnos de Derecho en las universidades mexicanas (195 por cada 100.000 habitantes)⁵¹.

Colegios de abogados

En México no es obligatoria la colegiación de los abogados.

Pese a ello, existe un sinnúmero de colegios que asocian a los abogados por ciudad o Estado. El Colegio de Abogados de Ciudad de México, con sus 2.000 miembros, es el mayor del país.

Control disciplinario

En México, la única forma de impedir a un abogado que siga ejerciendo es por mediación del Ministerio de Educación, que puede revocar su licencia; pero en la práctica es un procedimiento complejo que no se aplica⁵².

⁵⁰ <http://www.inegi.gob.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/contenidos/estadisticas/2004/abogados04.pdf>

⁵¹ Pérez Perdomo, Rogelio, Abogados, Escuelas de Derecho y globalización en la perspectiva latinoamericana.

www.conlajusticiaysociedad.net/ponencias/PONENCIA06.pdf

⁵² Organización de las Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. 2002.

* NICARAGUA

Número de abogados

Según datos del Banco Mundial, al 30 de octubre de 2001 había un total de 7.559 abogados (143 por cada 100.000 habitantes) registrados en el país (incluidos los notarios públicos)⁵³.

Formación universitaria

La misma fuente señala que el país contaba a esa fecha con doce instituciones académicas que impartían la carrera de Derecho⁵⁴.

Colegios de abogados

En Nicaragua aún no se ha instituido un colegio de abogados. Pese a ello, los abogados están reunidos en distintas asociaciones, entre las que destacan la Barra de Abogados, la Asociación de Juristas Democráticos y la Asociación de Mujeres Juristas.

Control disciplinario

Está entregado, en virtud del artículo 164 N° 8 de la Constitución Política, a la Corte Suprema de Justicia.

De esta forma, durante el año 2003 fueron sancionados 23 abogados por irregularidades cometidas en el ejercicio profesional⁵⁵.

⁵³ Banco Mundial, **Worldwide Legal and Judicial Indicators**.

⁵⁴ Peña González, Carlos, Características y desafíos de la enseñanza legal latinoamericana. www.aals.org/2000international/spanish/chile.htm

⁵⁵ Fuente: Corte Suprema de Justicia. Oficina de Registro y Control de Abogados y Notarios Públicos.

* PANAMÁ

Número de abogados

Según la Alianza Ciudadana Pro Justicia, en marzo de 2003 había 7.191 abogados en ejercicio en Panamá, lo que importa una tasa de 248 abogados por cada 100.000 habitantes⁵⁶.

Colegios de abogados

Para ejercer la profesión legal se debe ser miembro del Colegio Nacional de Abogados de Panamá, el único del país⁵⁷.

Control disciplinario

Lo ejerce la Corte Suprema de Justicia; más específicamente la Cuarta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema.

⁵⁶ CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003.
⁵⁷ <http://bd.organojudicial.gob.pa/app/infovir/leyes-2.asp?cr=11/08/2004%209:38:24>

* PARAGUAY

Número de abogados

Al año 2002, según el registro de abogados, JUDISOFT, había 9.081 profesionales del Derecho en Paraguay (174 abogados por cada 100.000 habitantes)⁵⁸.

Formación universitaria

En el país existen, actualmente, 9 facultades que imparten la carrera.

Colegios de Abogados

En Paraguay la colegiación de los abogados es voluntaria⁵⁹. Actualmente se tramita un proyecto de ley que, entre otras modificaciones, busca establecer la obligatoriedad de la colegiación entre quienes ejercen la profesión legal.

El Colegio de Abogados del Paraguay es el más importante del país.

Control disciplinario

En virtud del artículo 259 numeral 7 de la Constitución Política y el artículo 4° de la Ley N° 609/95 le corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

⁵⁸ CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003.

⁵⁹ <http://www.monografias.com/trabajos16/deontologia-juridica/deontologia-juridica.shtml>

* PERÚ

Número de abogados

En el año 2004 existían en Perú, aproximadamente, 70.000 abogados ejerciendo la profesión⁶⁰.

Para el ejercicio de la abogacía en Perú, se exige la inscripción en uno de los colegios departamentales de la profesión correspondiente. Esto los habilita para patrocinar en todo el territorio nacional⁶¹.

Formación universitaria

En el año 2004 existían 47 universidades peruanas que impartían la carrera de Derecho. De éstas, 18 eran públicas y 29 privadas⁶².

En cuanto al número de estudiantes de Derecho existentes en el Perú, para 2003 era de 44.153; es decir, 165 por cada 100.000 habitantes.

Colegios de abogados

En Perú, la colegiación de los abogados es obligatoria⁶³. Existen 26 colegios de abogados, correspondiendo cada uno de ellos a un distrito judicial⁶⁴.

Control disciplinario

Está en manos de los colegios de abogados. El sitio web del Colegio de Abogados de Lima entrega una lista de los profesionales que, actualmente, están inhabilitados para ejercer la profesión por razones disciplinarias.

⁶⁰ <http://www.advocatesinternacional.org/pages/global/latinAmerica/peru.php>

⁶¹ Decreto Ley 25.873 de 1992, artículo 1. (*)

⁶² Pásara, Luis. La enseñanza del Derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia. Ministerio de Justicia. Perú. 2004.

⁶³ Artículo 285, inciso 4°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁶⁴ http://www.cal.org.pe/junt_decperu.htm

* PUERTO RICO

Número de abogados

En el año 2000 existían, aproximadamente, 11.072 abogados activos en el país (283 por cada 100.000 habitantes)⁶⁵.

Formación universitaria

Existen 4 universidades que imparten la carrera de Derecho. De ellas, 1 es pública y el resto privadas⁶⁶.

Colegios de abogados

En Puerto Rico la colegiación de los abogados es obligatoria. Por ello, para ejercer la profesión los abogados deben inscribirse en el Colegio de Abogados de Puerto Rico, el único del país⁶⁷.

Control disciplinario

El Tribunal Supremo de Puerto Rico es el órgano facultado para imponer sanciones por las irregularidades cometidas en el ejercicio de la profesión legal⁶⁸.

⁶⁵ http://www.prma.com/espanol/NegociosPR/ventaja_competitiva.asp

⁶⁶ <http://www.lexjuris.com/LEXMATE/Lexabogacia.htm>

⁶⁷ <http://www.capr.org/>

⁶⁸ <http://www.capr.org/index.php?mod=dcd&cmd=estandard&sid=47>

* TRINIDAD Y TOBAGO

Número de abogados

El número de abogados que durante el año 2004 ejercía la profesión en Trinidad y Tobago, ascendía a 1.600, lo que importa una tasa de 122 por cada 100.000 habitantes⁶⁹.

Formación universitaria

Existe una universidad que imparte la carrera de Derecho. Su nombre es Hugh Wooding Law School. En la generación del año 2001 se graduaron 129 personas de la escuela⁷⁰.

Colegios de abogados

En Trinidad y Tobago la colegiación de los abogados es obligatoria. Así, quienes ejerzan la profesión deben pertenecer al Law Association of Trinidad and Tobago⁷¹.

⁶⁹ <http://www.advocatesinternacional.org/pages/global/northAmerica/trinidadTobago.php>

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ http://www.iso.org/iso/en/commcentre/presentations/wkshps-seminars/copolco/copolco2002/cop2002proceedings/cop2002_91KennethMunroe-Brown.pdf

* URUGUAY

Número de abogados

En 2004 existían, aproximadamente, 14.200 abogados en Uruguay, lo que se traduce en una tasa de 420 abogados por cada 100.000 habitantes⁷².

Formación universitaria

Son 5 las universidades que en Uruguay imparten la carrera de Derecho. Una sola de ellas, la Universidad de la República, es estatal⁷³.

Colegios de abogados

En Uruguay la colegiación de los abogados es voluntaria.

Existen diversos colegios de abogados. El más importante es el Colegio de Abogados del Uruguay. En su página web se pueden encontrar links a 23 colegios del interior.

Control disciplinario

Actualmente lo ejerce la Corte Suprema de Justicia. Ello no impide que los tribunales de honor de los diversos colegios ejerzan facultades disciplinarias respecto de sus afiliados.

En perjuicio de lo anterior, es inminente la promulgación de la Ley de la Abogacía, que en su artículo 2º reza lo siguiente: "Para juzgar imputaciones de irregularidad en la actuación de los abogados -sin perjuicio de las potestades disciplinarias de la Suprema Corte de Justicia y las competencias de Derecho común-, tendrá jurisdicción general el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados del Uruguay. Sin embargo, las partes involucradas podrán acordar someterse al tribunal equivalente del Colegio o Asociación de abogados del Departamento o localidad en que haya nacido la causa de la imputación". Esta entidad, por ende, ejercerá el control disciplinario de todos los abogados uruguayos, siendo indiferente el hecho de que se halle afiliado a un colegio⁷⁴.

⁷² <http://www.advocatesinternational.org/pages/global/latinAmerica/uruguay.php>

⁷³ <http://www.colegiodeabogados.org/portada/entrevista.htm>

⁷⁴ www.presidencia.gub.uy/proyectos/2003101711.htm



* VENEZUELA

Número de abogados

De acuerdo al Instituto de Previsión Social del Abogado (INPREABOGADO), al año 2000 existían 98.370 abogados a nivel nacional (o sea, por cada 100.000 habitantes, había 385 profesionales del Derecho)⁷⁵.

Formación universitaria

En 1999 se matricularon 37.650 estudiantes de Derecho en las universidades venezolanas (147 por cada 100.000 habitantes)⁷⁶.

Colegios de abogados

En Venezuela la colegiación de los abogados es obligatoria.⁷⁷ Al respecto, existe un colegio de abogados en cada estado (además del Distrito Federal), por lo que estas entidades suman 25 en el país. Además, de cada colegio de abogados depende un número variable de delegaciones.

Control disciplinario

Está en manos del Tribunal Disciplinario del respectivo colegio de abogados.

⁷⁵ CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002 - 2003
⁷⁶ Pérez Perdomo, Rogelio, Abogados, Escuelas de Derecho y globalización en la perspectiva latinoamericana.

www.conlajusticiaysociedad.net/ponencias/PONENCIA06.pdf

⁷⁷ Ley de Abogados.

<http://www.defensoria.gov.ve/imprimir.asp?sec=150411&id=259&plantilla=1>

LINKS

<http://comunidad.derecho.org/ejuridicos/colegios.htm>
www.ag.gov.tt/links/associations.asp
www.jurisint.org
www.iaba.org
www.abanet.org
www.aals.org/2000international/index.html
www.law.stanford.edu/library/perezperdomo/AbogadoslatinLIBRO11.pdf
www.law.stanford.edu/library/perezperdomo/AshtonLawFirmsinChile.pdf
www.conlajusticiaysociedad.net/ponencias/PONENCIA06.pdf
www.law.stanford.edu/library/perezperdomo/Monteros-profesionlegalenchile.pdf
www.minjusticia.cl/Comunicados/2003/Agosto/agosto11b.htm
www.abogados-valparaiso.cl/ensayos2.htm
www.abogados.cl/revista/13/articulo4.htm
http://www.bibliotecal.org.pe/libros/Etica_Abogado.pdf
<http://www.lexjuris.com/LEXMATE/Lexabogacia.htm>
<http://www.juridicas.unam.mx/navjus/esc/>
<http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/MacLeanOctubre.pdf>
http://www.cal.org.pe/cons_eti_prof.htm
http://www.auyantepui.com/Web/negocios_economia/asistencia_legal/colegios_de_abogados/
<http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/codigoeticaprofesionalabogadovenezolano.pdf>
<http://www.defensoria.gov.ve/detalle.asp?sec=150411&id=259&plantilla=1>
<http://elmundo.com.ve/ediciones/2002/08/02/p1-5s4.htm>
<http://www.terra.com.ve/actualidad/articulo/html/act135361.htm>
<http://historico.notitarde.com/2001/06/16/valencia/valencia5.html>
<http://www.justicia.net/canales/opinion/?aid=76>
http://www.ramajudicial.gov.co:7777/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=6&ruta=../prensa/detalle.jsp?id=4370
<http://www.colproba.org.ar/mercosur/53.asp>
http://www.lexisnexis.cl/Contenido/Legal/Doctrina/Doctrina_ArturoPradoPuga01.asp

Debate

El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal de las Américas

En esta sección, Sistemas Judiciales reproduce el intercambio de ideas que se produjo en el Foro sobre el Ministerio Público organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), y que tuvo como punto de partida el artículo “El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios”, de Mauricio Duce, Coordinador de Capacitación del CEJA. La discusión en el foro estuvo coordinada por el mismo Duce y por Cristián Riego, Director Académico de la misma institución.¹

Mauricio Duce: Estimados amigos y amigas, reciban a nombre de CEJA y de los docentes que participan en este Foro Virtual la más cordial bienvenida. En los próximos días tendremos un espacio para intercambiar opiniones e ideas que creemos es vital para el mejoramiento de nuestros sistemas de justicia criminal. Queremos agradecerles el interés por participar que se ha reflejado en sus intervenciones aún antes del inicio formal del Foro.

Hasta la fecha cerca de 150 personas se han registrado al foro lo que nos obliga a ponernos de acuerdo en algunas cuestiones procedimentales de cómo operar en estos días. Lo primero tiene que ver con los límites del tema propuesto. Se trata de un foro sobre el Ministerio Público o Ministerios Públicos fiscales, es decir, acerca de fiscales y persecución penal. Reconocemos la importancia que el trabajo de otros actores, pero este formato no nos permite abordar todo al mismo tiempo. En un futuro cercano organizaremos otros foros virtuales sobre ellos. La segunda limitación tiene que ver con la capacidad de los docentes de abordarlo todo. La metodología de trabajo es que nosotros propondremos durante el curso de la semana algunos temas para el debate utilizando como base el documento que ustedes han tenido oportunidad de revisar escrito por mí. Nosotros esperamos que estos temas sirvan para impulsar debates en los que exista un numeroso intercambio de opiniones entre ustedes y en el que las experiencias de los distintos países sea ilustrativa de lo que debatimos. Los

docentes apoyaremos el debate con nuestras opiniones y lo dirigiremos proponiendo nuevos temas, pero el Foro en una medida significativa está constituido por sus propios aportes.

Vamos a lo sustantivo. Un primer tema que queremos sugerir para el debate se vincula en parte a algunas de las opiniones ya expresadas en el foro. Se trata de ver algunas cuestiones referidas a las facultades de investigación de los fiscales y la eficacia en el trabajo del Ministerio Público. Es común escuchar en nuestros países que los magros resultados en el esclarecimiento y sanción de delitos obedecen a una baja capacidad investigativa instalada en fiscales o policías. Detrás de ello se esgrimen razones que van desde la falta de recursos para llevar adelante la investigación hasta la falta de capacitación de fiscales y policías, pasando entre medio por el no desarrollo de una relación fluida de trabajo entre fiscales y policías, entre otras. Muchos de estos problemas son reales y existen con distinta intensidad en todos nuestros países. Sin embargo, cuando se intentan justificar los magros resultados del sistema como un puro problema investigativo se están escondiendo otros problemas aún más básicos. En efecto, si se observa lo que ocurre en la realidad de nuestros sistemas existe una gran cantidad de casos que ingresan en situaciones de flagrancia o equivalentes a flagrancia y que no son esclarecidos nunca. Es decir, se trata de casos en que desde el primer momento de la persecución penal existen elementos de convicción sólidos o en los que las tareas investigativas para

¹ Por cuestiones de espacio, el foro ha sido editado y resumido, procurando mantener las principales líneas de discusión.

cerrarlos son muy secundarias o menores. Estos casos, que representan el universo que naturalmente los sistemas de justicia criminal deben esclarecer y sancionar (cuestión empíricamente válida en países desarrollados también) son resueltos en porcentajes escandalosamente bajos. Aquí la explicación no tiene que ver con las carencias investigativas, por lo mismo poner acento en esto puede hacernos olvidar que aquí estamos en un problema aún previo y de base. Si el Ministerio Público es capaz de aumentar su capacidad de procesar este tipo de casos, los resultados del sistema podrían cambiar de manera significativa. Planteado el tema nos interesaría que ustedes puedan opinar acerca del mismo y exploremos las razones que explican el porqué se da y qué caminos de solución son posibles. Bienvenidos al debate,

Victor Burgos Mariños: Estimado Mauricio y colegas participantes del foro: mi parecer al planteamiento del problema hecho para este primer día, se debe entre otros factores, a la excesiva formalización de la investigación, que muchas veces necesita de la repetición de actos de investigación, impuestos por la necesidad de garantías, las mismas que son alimentadas por la desconfianza de los operadores penales llamados a la primera intervención. En mi país por ejemplo, frente a los cuestionamientos que se hacía de la labor policial, se impuso como garantía la participación del Fiscal durante la realización del acto de investigación, sólo así, podía tener valor probatorio. Posteriormente se cuestionó que los fiscales no participaban efectivamente del acto de investigación, se exigió por ley, que sólo tendría valor probatorio aquel acto de investigación donde participe el fiscal y no haya sido cuestionada por la Defensa. Como se verá, la desconfianza en nuestros operadores penales de la investigación preliminar, ha generado un conjunto de formalismos, que sin duda limitan fuertemente la realización de una investigación eficaz. A ello se suma una investigación judicial aun imperante en nuestro país, donde se imponen fuertemente criterios de origen inquisitivo.

Bajo este contexto es muy difícil que un caso en flagrante delito, al menos por ahora, pueda concluir rápidamente. Sin embargo, cabe mencionar que a partir de una reforma legal se posibilita la conclusión anticipada por conformidad, en casos de flagrante delito.

Considero que parte de la solución estará en la medida de recuperar la confiabilidad en los funcionarios penales, la que se obtendrá sólo si se demuestra a la sociedad mayor transparencia y eficiencia, con resultados observables y medibles

que indiquen éxito en la persecución penal. Otro aspecto sería como ya lo han indicado varios colegas, la desformalización de la investigación, y el alejamiento de los criterios inquisitivos de la búsqueda de la verdad y el principio de investigación oficial. De poco valdría prever en el Código Procesal procedimientos simplificados por flagrancia, si es que no superamos los problemas conceptuales y culturales que por tiempo han impuesto los sistemas escritos (acta), como el dogma de la búsqueda de la verdad y la investigación oficial. Este es uno de los retos que Mauricio señala le corresponde al Ministerio Público, superar los rezagos inquisitivos.

Daniel Rodolfo Pablovsky: En Argentina a veces nos encontramos con demoras basadas en cuestiones "formales" que en realidad (aquí me meto en un tema difícil) postergan y en algunos casos perjudican al imputado. Hay casos -y muchos- que el defensor en vez de hacer un descargo ante el fiscal piden que se les tome declaración indagatoria para extender el proceso, en la creencia (y no están equivocados) de que con paciencia se consigue la prescripción.

La actuación policial diría que es igual de rutinaria y mecánica que en otros delitos. Tal vez depende de la motivación que ponga el fiscal, pero si esa policía no depende de él creo que no hay forma real de conseguir resultados. En la mayoría de los casos hay problemas con los secuestros de los bienes por parte de la policía, como también hay problemas en la conservación de los medios de prueba o preservación del lugar, problemas para encontrar testigos, todo ello relacionado por un lado con la actitud rutinaria frente al hecho y por el otro con la actitud del fiscal. Generalmente el policía hace su rutina sobre la base de la formación que han tenido, no piensan en que ese caso puede llevarse a juicio, y que si se hacen las cosas con criterio, el juicio será rápido y ellos habrán cumplido su trabajo. De todas formas, la ley procesal federal da 15 días al fiscal para sobreseer o elevar a juicio, plazas que nunca se cumplen por la cultura escrita que se mantiene, y los juicios a veces demoran 1 año o más en realizarse. No se puede trabajar sin una coordinación, un motivo claro, capacitación y dedicación. No se resuelve todo con recursos pero sin recursos hay problemas, no creo que por ahora la solución sea trabajar los fiscales en las comisarías (la experiencia que vi en Venezuela no fue positiva), hay fiscales que deben subirse al caballo del cargo y otros sacarse el uniforme policial, ya que nosotros sólo dirigimos jurídicamente el caso. Por eso es tan importante ver el problema policial o de investigación policial desde un lugar que no sea de arri-

ba, de abajo, o con soberbia, o con prejuicios o teóricamente sin estar en el campo de juego.

Cesar Adalid Siles Bazan: Particularmente creo que la razón fundamental para que ciertos casos de supuesta flagrancia no sean satisfactoria y oportunamente concluidos es la ausencia total de coordinación investigativa entre el director funcional de las investigaciones -fiscal- y el investigador asignado al caso. Deben generarse mecanismos y canales adecuados de comunicación entre estos actores, quienes aún creen, en su mayoría, que siguen siendo protagonistas de un sistema inquisitorio a todas luces obsoleto para la actual coyuntura. Entre estos mecanismos, Bolivia apostó por la novedosa idea de que los policías investigadores dediquen su trabajo a tiempo completo y de manera exclusiva a determinadas investigaciones emprendidas por equipos multidisciplinarios de investigación. Lo que se pretende con este proyecto piloto es que la relación fiscal - investigador sea más fluida y sin límites u obstáculos de índole administrativo, como la existencia de burocracias intermedias. El investigador y el fiscal, amén de que pertenecen a instituciones diferentes, unan sus esfuerzos por un objetivo común: la investigación asignada al equipo.

Marcelo José Hidalgo: Soy de Córdoba, República Argentina e integro el Ministerio Público Fiscal en la provincia. Mi opinión sobre el tema propuesto por Mauricio Duce es que -sin perjuicio de un análisis de política criminal y de estrategias y tácticas de investigación- la situación descripta revela en todo caso una clara ineficacia del sistema de persecución penal. Creo que en muchas ocasiones esto se debe por una lado a la falta de "manuales de prácticas en los procedimientos" y a un inadecuado seguimiento del ingreso de causas en el sistema. En relación con lo primero, para completar las tareas que deben realizarse de manera exhaustiva y adecuada en cada lugar. Respecto a lo segundo, no existe un control de flujo de trabajo que monitoree de manera específica y detallada la carga de trabajo, que permita detectar estas falencias.

Gustavo Eduardo Palmieri: Antes de comparar cualquier tipo de "debate", aprovecho para presentarme. Me desempeño como defensor oficial penal, en el fuero "penal juvenil", y estamos involucrados en un "modelo adversarial", que en general ha representado una "experiencia altamente positiva". Sobre el "punto de debate", se me ocurren algunas "reflexiones" (más que "buenas explicaciones"). Quizás la más importante tenga que ver con la consideración subjetiva

(producto de tantos años de cultura inquisitiva) de evaluar el trabajo de los fiscales sin considerarlo como un "servicio público", lo cual supone (como la realidad así lo demuestra) innecesariedad de obtener "buenos resultados" (ausencia de control mediante). También, y en los supuestos de "flagrancia" respecto a "hechos considerados graves", a partir de la utilización "automática" (como "pena anticipada") de la "PRISIÓN PREVENTIVA", lo cual transforma el tiempo de duración del proceso penal como un "bien no significativo", las más de las veces impuesta "sin contradicción alguna", "sin justificación adecuada". En dicho marco, la "demora" no representaría "peligro procesal alguno". En cuanto a los "hechos" considerados "no tan graves", creo que una explicación podría ser el hecho de que se considera que la "respuesta penal" no representa un "aporte significativo" a la "solución del caso", convencimiento mediante de que sólo la "privación de la libertad" resulta una "herramienta eficaz de política criminal".

Victor Burgos Mariños: Mi nombre es Víctor Burgos Mariños, soy Vocal Superior Titular de la Corte de Justicia de La Libertad (magistrado de juzgamiento y de apelación) en Perú. Y, como sabrán, en nuestro país se ha promulgado el año pasado el nuevo CPP que adopta el modelo acusatorio, actualmente en vacación legal, el mismo que entrará en vigencia en febrero de 2006 en dos ciudades de provincia, siendo una de ellas la de Trujillo.

Daniel Rodolfo Pablosky: Me pregunto si la policía está capacitada para trabajar un caso haciendo las preguntas que haría el fiscal, entendiendo a éste como una estructura de pensamiento formada (teóricamente) de otra manera. Me explico: Si hablamos de policía en Latinoamérica nos referimos a una institución de tipo militar, caracterizada más para efectuar un control represivo y disuasivo con su sola presencia, pero sin capacitación para enfrentar intelectualmente un problema. Decía un alto jefe policial en nuestro país que él no quiere que la policía estudie, ya que él los necesita para que cumplan sus órdenes, que aclaro no siempre es para que formulen criteriosamente, motivadamente, orientadas para sustentar la prueba que el fiscal necesita para un juicio oral. Aclaro que no conduzco mis opiniones con prejuicios, pues como ya lo he informado en otra aparición en este Foro, estoy trabajando institucionalmente con un equipo de fiscales con las policías desde el Ministerio Público Fiscal. Creo que la única posibilidad de trabajar con ella (ya que es una

pata de la mesa del sistema penal) es creando una policía de investigaciones pero que dependa funcionalmente del MP. Estoy de acuerdo las dificultades que entraña al sistema acusatorio la actitud refleja al poder judicial tradicional que han adoptado varios Ministerios Públicos Fiscales. Creo que la definición del rol del fiscal está en asumirlo capacitándose para no ser un reflejo espejado del viejo juez instructor, sino mirando el sistema penal con los ojos que requiere la democracia en el siglo XXI. El punto sobre mejorar el trabajo con las fuerzas policiales es fundamental, y en ello estamos trabajando en el Ministerio Público Fiscal Nacional hace cuatro años con el Proyecto Sinfonía en la Fiscalía General de Capacitación y Estudios Superiores, ello es que para una buena sinfonía hacen falta buenos intérpretes, y por ello para un buen código procesal penal hacen falta buenos intérpretes operadores del sistema penal.

Juan José Lima Magne: El caso boliviano sí puede catalogarse de dramático, pero creo que no precisamente por la falta de "capacidad material" ni por la existencia de comunidades indígenas, países como el nuestro en el cual la falta de recursos es un problema generalizado requiere soluciones imaginativas y sobre todo sistemas de gestión que exploten al máximo los escasos recursos con los que contamos.

El sistema de cartera de causas o la inexistencia de criterios uniformes de admisión de causas y el establecimiento de estructuras que copian a la de los antiguos jueces de instrucción son problemas reales que no tienen mucho que ver con la falta de recursos, el discurso de algunas de las nuevas autoridades del Ministerio Público en el sentido de que no se puede hacer mucho sin más recursos me parece que no es totalmente cierto.

Sobre las comunidades y el derecho aplicable, entiendo que una de las características de este tipo de derecho es que no existe una "normativa" como es entendido este término corrientemente y entiendo además que el reconocimiento del Derecho aplicado por las comunidades alcanza a las autoridades naturales que lo aplican por lo que quizá el Ministerio Público no debería ingresar a "aplicar" normas de Derecho comunitario.

José Rodolfo Payés Reyes: Un pequeño comentario y lo pongo en discusión, es que en Guatemala, aún el Ministerio Público no ha asimilado bien su papel de órgano acusador en la etapa preparatoria penal. Consideran bastantes fiscales que la imputación inicial la debe hacer el juez como en el procedimiento escrito o inquisitivo.

Daniel Rodolfo Pablosky: La postura de esos fiscales creo que se encuadra en una falta de ubicación en el sistema al cual deben integrarse. No hay duda que generar la imputación es el inicio del problema si ella se hace por rutina.

El juez sólo debe decidir lo que el fiscal le trae y es allí donde éste aplica la jurisdicción. No se entiende en el siglo XXI que el juez sea parte del conflicto, es el tercero ajeno que resuelve de acuerdo a las pruebas que presente el fiscal y las que en su caso realice la defensa. Es más, en los países donde está vigente el principio de oportunidad, se pueden aplicar los sistemas alternativos de pena o de solución y atención hacia la víctima, sin necesidad de estigmatizar al victimario y obteniendo de éste -sea por mediación penal u otra salida- una mejor respuesta hacia el futuro. Claro, sería de esa manera si no entendemos la pena sólo como castigo o mera expiación. No olvidemos lo que pasa en las cárceles en Latinoamérica.

Maruquel Arosemena Velasco: Sin pretender ser una especialista en Penal, pues de paso no lo soy, creo estar en capacidad de indicar muy humildemente que en mi país, Panamá, el Ministerio Público sí tiene claros poderes inquisitivos al punto de que estamos propensos a estar en manos arbitrarias si no sabe el Fiscal administrar la potestad de la cual está investida. Me atrevo a señalar igualmente, que nuestro juez al momento de ponderar o valorar los elementos acusatorios, lleva la peor parte de la comprensión ciudadana, ya que en un país como el nuestro con más de dos décadas de dictadura militar hay varias generaciones que aun no alcanzan a entender el rol del juez como elemento de balance en la recta aplicación de la ley. Nuestro juez no es parte, resuelve, pero al haber imperfecciones en la etapa sumarial suele ser duramente criticado por defender el interés de la ley. Ante una sociedad un tanto inmadura en esto no cabe otra cosa que seguir bregando como dirían los dominicanos y puertorriqueños. Tenemos el Principio de Oportunidad vigente, un instituto de defensa pública que cumple su rol pese a limitaciones y una Oficina de Atención a Víctimas, pero aun así hace falta un largo trecho en cuanto a que aprendamos que los Ministerios Públicos de las dictaduras no tienen cabida en la democracia.

Víctor Eduardo Hortel: Estimado Colega, haciendo la salvedad que no conozco al detalle el marco jurídico en Guatemala, podría asegurarle que si el Ministerio Público Fiscal no tiene en claro su rol de actor penal y pretende que un juez de garantías tenga a cargo la primera imputación,

van a estar en serios problemas. Al menos aquí en la Argentina, la Corte Suprema de la Nación, ya ha sostenido que ningún pronunciamiento condenatorio puede ser válido si no fue originado en una acción penal o imputación criminal ejercida por el Ministerio Público Fiscal.

Mauricio Duce: Sigamos avanzando con otros temas problemáticos. Uno de ellos es que la organización tradicional de nuestros Ministerios Públicos ha privilegiado la construcción de una institución o corporación integrada casi exclusivamente por abogados en las diversas funciones. Esta es sin lugar a dudas una de las causas que explican la poca innovación en el desarrollo de formas de organización y en el diseño de procesos de trabajo que permitan a los fiscales responder adecuadamente a las crecientes y complejas demandas que enfrentan nuestros países. En más de un país me ha correspondido ver cómo las oficinas de fiscalías están conformadas solamente por abogados (salvo el mesonero y el tipo que lleva la correspondencia). Se trata de profesionales que no cuentan ni con la formación ni con las herramientas para producir cambios relevantes en la gestión del sistema y que tienden más bien a reproducir las estructuras y procesos de trabajo tradicionales. En cambio en países que han avanzado en la introducción de profesionales distintos responsables de la gestión de la institución uno puede observar un mucho mayor dinamismo e innovación. No se trata de contratar a un ingeniero para que sea un empleado más de la fiscalía, sino que profesionales expertos en administración que puedan tener efectivamente un espacio real junto con los fiscales en la construcción de nuevas formas de organizar y gestionar recursos materiales y humanos de las fiscalías, como también los procesos de trabajo de fiscales y personal de apoyo. En mi opinión, este resulta un tema central para repensar la forma en que estamos estructurando nuestros Ministerios Públicos. ¿Qué les parece esto? ¿Podrían compartir experiencias en este sentido?

Víctor Burgos Mariños: Sobre el control de productividad, creo que el problema central se centra -tomando la situación actual en Perú-, en la falta de identidad del Ministerio Público, lo que trae consigo los problemas de falta de liderazgo y falta de confiabilidad. Actualmente no sería posible que nuestra sociedad admita y comprenda por ejemplo que un Fiscal en ejercicio de su función decida renunciar a la persecución penal. Lamentablemente, nuestro sistema de justicia -y también el MP- son organismos débiles política y socialmente hablando.

Hay diversos factores que impiden que el MP encuentre su identidad, y se convierta en líder de la persecución penal y la defensa de los intereses de las víctimas. Parece contradictorio, pero es necesario sopesar estos dos intereses, pero en modelos mixtos inquisitivos, como el nuestro, con toda una cultura de la persecución penal obligatoria, parece muy difícil. Si no veamos, desde el año 91 se encuentra vigente el principio de oportunidad, el cual ha tenido una muy baja aplicación y aceptación, por la falta de condiciones culturales para ello, y porque nadie se ha tomado de hacer un estudio sobre los efectos de costo beneficio de perseguir todos los delitos o de resolverlos vía oportunidad, pero intuimos que mejor es seleccionar la mayor parte de los casos penales, para dedicarse a investigar los casos más importantes. Pero si bien esto contribuye indudablemente a la disminución de la carga procesal, en qué medida puede contribuir a favor de las víctimas, si la mayoría de los acuerdos reparatorios fracasan por las desigualdades sociales existentes en nuestra región latinoamericana que hacen inviables estos acuerdos.

Me gustaría saber, si alguno de los colegas me pudiera contar como es que el MP ha logrado encontrar su verdadera identidad, y de qué forma ejerce liderazgo, y de cómo va su aceptación social en aquellos países donde se encuentra vigente el modelo adversarial y la investigación desformalizada.

César Adalid Siles Bazan: Creo que en la mayor parte de nuestros países ya existe conciencia sobre la necesidad de incorporar profesionales de otras áreas para el manejo administrativo, financiero y logístico de los Ministerios Públicos. Sin embargo, creo que la situación se torna débil, cuando nos referimos a profesionales que no sean abogados y que pueden aportar en el diseño de estrategias y en la propia investigación de los casos que nos sean asignados. Sin desmerecer ni desconocer que a los fiscales se nos reconoce la calidad de directores funcionales del proceso investigativo, la intervención de auditores, analistas y otros, podría traducirse en investigaciones más prolifas y eficientes, puesto que desde las áreas del saber que dominan estos profesionales, podría generarse productos investigativos más creíbles, coherentes y convincentes. No me refiero a peritos o profesionales temporalmente contratados para desempeñar un determinado trabajo ordenado por el fiscal, sino que éstos forman parte del Equipo de Investigación desde el primer hasta el último momento, es decir, desde la recepción de la denuncia hasta el desarrollo del juicio, en funciones de peritos, asesores y consultores especializados.

Wilder Manuel Castillo Subirana: Respecto al texto de Mauricio Duce, es realmente impresionante la exactitud con la que se han descrito los problemas que atraviesan los Ministerios Públicos luego de la puesta en vigencia del proceso oral y contradictorio y creo que estos problemas aquejan a todos los países que están envueltos en este cambio, pero además creo que este cambio era necesario ya que el anterior sistema era totalmente inquisitivo y no permitía una defensa justa de los derechos humanos del imputado ya que las personas entraban a juicio como culpables y debían demostrar su inocencia, violando así hasta los más elementales derechos humanos. Los problemas que se tienen son subsanables y como todo cambio trae sus falencias que poco a poco se van subsanando, con esfuerzo de los miembros del Ministerio Público y con la voluntad que muestran sus autoridades para apoyar las buenas iniciativas y el buen desenvolvimiento de algunos Fiscales ya que, como en toda Institución, existen malos componentes pero son los menos. Creo que con el apoyo de los Gobiernos en el aspecto de implementación tecnológica y reitero, con la buena voluntad de los miembros del Ministerio Público, se va a poder sacar adelante un sistema oral que me parece muy adecuado en pro de la defensa de los derechos humanos.

Mirta Norma Siedlecki: Coincido fundamentalmente en el tema del control de productividad, creo que es la base para el funcionamiento del sistema. Donde no existe control queda todo librado a la voluntad ("ganas") -que muchas veces no es tan buena- y contracción de cada funcionario, y en definitiva se traduce en anarquía, desigualdad -en la visión individual- y fracaso -en la colectiva-. En cuanto al término "productividad", con la instalación de las salidas alternativas en los sistemas procesales vigentes, el Ministerio Público ocupa su mayor tiempo -en tanto no existen unidades especializadas que aborden puntualmente las entrevistas con las víctimas, las conciliaciones- en estas diligencias, en especial en las jurisdicciones donde los delitos menores superan ampliamente en cifras a los de mayor envergadura. Por lo tanto dicha productividad va a estar conformada esencialmente por respuestas distintas a la sentencia condenatoria. En cuanto a la publicidad, no nos olvidemos que conformamos un Poder del Estado y estamos en definitiva ejerciendo actos en tal carácter.

Pablo Adrián Cistoldi: Coincido en lo básico. Agregaría algo más: hablar de sistemas organizacionales de "clasificación de casos" tal vez no sea

lo suficientemente exacto. Si, como sucede en la provincia de Bs. As, Argentina, compete al Ministerio Público intervenir en defensa de "los intereses de la sociedad", sería mejor hablar de un sistema complejo de "relevamiento de demandas" (casuísticas y globales). En otras palabras, una organización orientada a la satisfacción de demandas individuales y colectivas debe aprender a escuchar qué se le pide (como sucede con los mozos de los restaurantes), y recién luego elaborar los productos y/o servicios. De otro modo, los "índices" de productividad y satisfacción (internos y/o externos) podrían ser distorsionados por los patrones de respuesta tácitamente preestablecidos en nuestras culturas. Como dicen quienes trabajan en el área de solución de conflictos, es necesario poder distinguir entre "posición" (demanda explícita) e intereses reales de los justiciables y de "la sociedad". Posición, por ejemplo, puede ser el clamor de "cárcel" (la única respuesta social y mediáticamente instalada), e intereses podrían ser reparación, tranquilidad, disculpa, prevención, esclarecimiento público, entre otros. Si no existe una desformalización (o adecuación de formas) en el relevamiento de las demandas sociales e individuales, las respuestas y evaluaciones podrán ser engañosamente satisfactorias, al basarse en meras posiciones reactivas, social e institucionalmente estereotipadas.

Cristian Riego: Déjenme cambiar el tema e instalar uno nuevo. Hoy día se plantea con mucha fuerza que un problema de los MP en todo el mundo es que se ha avanzado mucho en cuanto a su independencia pero no hay una adecuada "accountability", es decir no responden de su labor ante la población y eso los transforma en burocracias bastante impermeables frente a las necesidades sociales. Frente a esto hay diversas propuestas pero una que me parece interesante es la que plantea Binder, que dice que tenemos que crear un control de productividad, es decir: el MP produce en favor de la comunidad tantas respuestas y de tales calidades y características y en relación con tales delitos. Según Binder, este padrón de productividad debiera ser público y debiera ser utilizado para todas las decisiones que se tomen, por ejemplo las de reformas legales o las de gasto. Asimismo tendría influencia para la evaluación de las unidades del MP a nivel regional o local. Atención, cuando hablamos de respuestas no hablamos de condenas solamente, sino de diversos tipos de respuesta de calidades variables. Una categoría serán las condenas, otra las salidas alternativas, pero también se incluye las atenciones de las víctimas con una cierta cali-

dad, medidas de protección, etcétera. Lo importante sería ver qué produce este aparato en favor de la comunidad y cómo podemos hacer que produzca más y mejor. ¿Qué les parece?

Napoleón Armstrong Salas Velásquez: Comparto plenamente el tema sobre el control de productividad, considero que si bien los Ministerios Públicos son órganos autónomos, esa calificación constitucional no le da derecho a actuar sin licencia en todos sus actos, debe existir un mecanismo de control, para dar cuenta de sus resultados de gestión ante la sociedad, y retroalimentarse con las exigencias sociales que demanda la comunidad a los Ministerios Públicos. En este sentido, considero que como mecanismo de control debe institucionalizarse las "Audiencias Públicas de Gestión Judicial y Fiscal" al cierre de cada año, actualmente en el Perú se realizan ceremonias de cierre y apertura del año judicial, que no son más que rituales de lectura de discursos memorias; con las Audiencias Públicas de gestión los ciudadanos a través de sí y/o de sus organizaciones representativas podrán hacer críticas, sugerencias, acuerdos y convenios sobre el funcionamiento del sistema de administración de justicia y de seguridad ciudadana (no es para cuestionar o evaluar casos individuales), el objetivo es que los ciudadanos, nuestros clientes, mejor dicho usuarios, se sientan parte activa del sistema de Administración de Justicia, con derecho a voz por lo menos. Asimismo como mecanismo de protección de los justiciables considero que en una reforma procesal deben implementarse las "Defensorías del usuario judicial", que podría ser una sección de la Defensoría del Pueblo, que funcione como órgano de supervisión ciudadana y observatorio directo del comportamiento de los operadores del sistema judicial y fiscal, que además garanticen a las víctimas su participación activa en el proceso, la debida protección de sus derechos y otras medidas de protección.

A través de estos mecanismos de control, los Ministerios Públicos deben rendir cuenta de su gestión ante la sociedad, e involucrar a esta en el sistema; por ejemplo en el Perú, conforme al Art. 159.3 de la Constitución Política se establece que: "Corresponde al Ministerio Público(...) representar en los procesos judiciales a la sociedad", en consecuencia ese representante llamado Ministerio Público está en toda la obligación de rendir cuenta de su gestión ante sus representantes, la sociedad misma.

Patricia Soria: Me parece excelente la propuesta de control de productividad y de evaluar el tra-

bajo de los fiscales. Esto es bueno para la sociedad que va a conocer el alcance del trabajo del fiscal, para la transparencia del sistema en orden a la obligación de rendir cuentas y para el conocimiento de las respuestas que es capaz de dar el MP y lo que la sociedad en general y las víctimas en particular requieren. En este punto pienso que debe ser flexible el MP en ir adaptando sus respuestas a las circunstancias y complejidades que plantea el delito, siempre haciendo públicas sus decisiones facilitando el control de las mismas. Que el MP se haga cargo de la información, asistencia y protección de las víctimas es fundamental. En Córdoba, Argentina, hemos vivido recientemente una situación que provocó un cambio muy positivo en el MP en cuanto al trato y consideración a las víctimas. Con motivo de la existencia de un "violador serial" (casi 70 hechos en dos años) que tuvo a mal traer a las mujeres y por el accionar de algunas víctimas que se atrevieron a hablar y describir la victimización secundaria sufrida por el sistema durante la denuncia y luego de ella, el MP creó una oficina, en su ámbito, para la "información a la víctima y al querellante", como así también la Unidad Judicial de la Mujer que abarca la problemática de género y proceso penal.

En Córdoba contamos desde los años '90 un Centro de Asistencia a la Víctima del delito, pero dependiente del Ministerio de Gobierno. El hecho de que el MP tome conciencia de que debe hacerse cargo de esta cuestión me parece un buen comienzo.

Marcelo José Hidalgo: Sobre la resolución de casos de flagrancia observo que la línea persecutoria presenta dificultades para llevar adelante en sus distintos segmentos la misión para la que está creada. Y no tan sólo en los casos de flagrancia. Uno de los factores que determinan esta cuestión es la desorganización. No hay controles de calidad estándares de trabajo. Deberíamos empezar por tener la capacidad y organización para dejar terminados estos casos, sin perjuicio de las salidas alternativas a la pena de prisión si corresponden que pudieran llevarse adelante, teniendo a la pena de prisión como última ratio del sistema. Otro de los factores de importancia entiendo, tiene que ver con la falta de continuidad en la línea persecutoria, que posibilite una economía re recursos materiales y evite el dispendio de horas de trabajo. Esto quiere decir que quien empezó un trabajo, debe continuarlo.

Patricia Soria: Sobre la resolución de casos de flagrancia, coincido con Mauricio en que la imposibilidad de administrar la carga de trabajo que

significan los casos en flagrancia no se justifica con la falta de principio de oportunidad. En Córdoba, justamente lo que mejor hacemos es cumplir con la "legalidad" ocupándonos "especialmente" de estos casos.

Considero que el problema de la incapacidad para controlar la carga de trabajo obedece, entre otras razones, a la organización del MP. Marcelo Hidalgo lo ejemplifica claramente. Si bien el M.P. trabaja con el criterio de "unidad de actuación", el hecho de que haya un Fiscal para la etapa de la investigación y otro para la del juicio, sumado a la falta de coordinación, hace que ninguno perciba como propio el trabajo del otro, lo que conspira contra la capacidad de DECIDIR Y LITIGAR, que en términos tan simples y claros los pone Cristián. Si además todo el trámite gira alrededor de la rutina y burocracia que genera la lógica del expediente, el resultado puesto en números es más elocuente: tenemos un promedio de 11 meses de prisión preventiva, incluso en casos de flagrancia. A su vez estos casos llegan a la etapa del juicio y se terminan mediante el trámite del "juicio abreviado". El 60 % de las causas que llegan a juicio terminan así. O sea, sólo abreviamos dos o tres días de audiencias, es decir que nos tomamos casi un año para resolver estos casos que podrían haber quedado terminados en la primera etapa, con el juicio abreviado inicial, con el consiguiente perjuicio.

Daniel Rodolfo Pablovsky: Sobre la resolución de casos de flagrancia, Patricia, me pregunto si el tema pasa por mantener el principio de legalidad en el Código Penal nacional (a pesar de la introducción de la "Probation" que en el fondo y tácitamente lo deprecia) o insistir en sancionar el Principio de oportunidad que también -al margen de la Probation- se aplica de hecho en la no investigación de casos de poca incidencia criminógena en la sociedad. Creo que uno debe administrar los casos pensando obviamente que lo hace sobre personas y no sobre cosas (como dice W. Hassemer), y son esas personas que una vez que ven o le aconseja su defensa que están acorraladas por el peso de las pruebas (obtenidas legalmente y con los límites en la investigación que el Estado tiene para ello) piden el juicio abreviado, y no antes por el natural derecho a vivir en libertad (entendiendo que alguno podrá sentir la necesidad de confesar su delito, pero teniendo cuidado de no considerar o seguir considerando la pena como la expiación de los pecados sociales). También me pregunto si es necesario tanto tiempo (1 año en una flagrancia) para obtener las pruebas manteniendo detenido al imputado, tal vez una de las razones es que al existir fiscal de

instrucción y fiscal de juicio como compartimientos estancos, en realidad lo que se consigue es mantener la cultura escrita de la causa penal. Creo que debe superarse esa división. Creo que el juicio abreviado aunque reduzca 2 o 3 días de audiencia oral, tiene muchos más beneficios: 1) No se convoca con los perjuicios que ello apareja a los testigos, peritos, etc.; 2) Muchas veces el damnificado se despreocupó de la causa o porque cobró lo que reclamó o le pagaron o al pasar tanto tiempo se olvidó o le restó importancia, y a veces el propio damnificado se siente revictimizado al tener que comparecer al juicio.

Mauricio Duce: Algunas vueltas de tuerca. Buenas y muy interesantes todas las opiniones. Dejen poner algunas ideas para profundizar el debate. Me parece que el problema de la falta de capacidad de trabajar la flagrancia no pasa necesariamente por el tema del principio de oportunidad. Es cierto que la falta de un principio de oportunidad (Vgr. Córdoba) afecta al sistema para organizar razonablemente la persecución penal, pero aún en contextos de legalidad sigue siendo medio inentendible la incapacidad para procesar adecuadamente esos casos. Procesos por flagrancia son una forma efectiva de hacer cumplir el principio de legalidad.

Creo que no es bueno confundir temas. Efectivamente los procedimientos por flagrancia no pueden hacerse en un escenario que afecte derechos individuales. Pero la experiencia en Latinoamérica no me parece ser esa. No creo que los imputados tengan un derecho a un sistema ineficiente y que por esa vía indirectamente se beneficien, de hecho como apunta Gustavo Palmieri muchas veces esas ineficiencias se traducen en prisiones preventivas extensas en contra de imputados, absolutamente ilegítimas y desproporcionadas. Entonces el punto es generar capacidad para resolver rápido y en los casos que la rapidez excesiva deje en indefensión establecer mecanismos que se hagan cargo del problema, pero no bloquear la posibilidad de avanzar en casos en donde dicho problema no se genera, que en mi experiencia práctica son muy por lejos los mayoritarios.

Cristián Riego: Hola, quiero seguir en la línea de Mauricio haciéndome cargo del problema de la flagrancia. ¿Por que si en todos los países o en la mayoría se han introducido procedimientos simples, simplificados, salidas alternativas y otros para casos de flagrancia estos se usan poco y tarde? Quiero plantear que uno de los problemas tiene que ver con que seguimos pegados al concepto de "investigación". Mi planteamiento es

que por definición en la flagrancia no hay investigación. Dicho de otro modo si necesita investigar entonces no hay flagrancia.

En la flagrancia lo que hay es un trabajo policial de vigilancia o de respuesta a un llamado y en ese contexto la prueba se manifiesta en el acto, cuando el policía llega y detiene a alguien allí esta toda la prueba. Déjenme ponerlo así, si tuviéramos un mecanismo que permitiera al tribunal de juicio asistir virtualmente al momento de la detención flagrante, se acabó el juicio. Vería el hecho o parte de él, vería y oiría a la víctima identificar al imputado, vería y oiría a otros testigos, vería como las especies se encuentran en poder del imputado, y eventualmente oiría el reconocimiento del imputado. Entonces no hay nada que investigar, entonces no tiene sentido abrir una investigación ni convocar investigadores. Lo que hay que hacer es DECIDIR sobre el curso del caso y luego LITIGAR para obtener una condena.

Patricia Soria: Siguiendo con el planteo de Mauricio, considero que el Ministerio Público podría procesar este tipo de casos (flagrancia) y otros, los más graves y los menos graves, si cuenta con una política de persecución penal, una organización eficaz y la posibilidad legal de administrar los casos conforme a esa política. En Argentina, y en Córdoba particularmente, existen obstáculos normativos que tienen que ver con el respeto al famoso "principio de legalidad". El Ministerio Público no puede -por este obstáculo- construir una administración clara y transparente de las causas en función del principio de oportunidad, dando prioridad a la investigación de determinados hechos delictivos. En la realidad, aparte de existir una discriminación arbitraria de las causas, el MP realiza una especie de "lista de prioridades" con la que sus funcionarios se deben manejar para optimizar los recursos. Esto, además de la discrecionalidad "no reglada", genera una hiperinflación de causas que quedan sin resolver con la consiguiente falta de una respuesta eficaz y transparente del sistema. Es bueno destacar que a pesar de que existen herramientas que posibilitan descongestionar el cúmulo de causas y dar una mejor respuesta al conflicto penal (Juicio abreviado inicial, en la etapa previa al juicio para los casos de flagrancia; la suspensión del juicio a prueba, etc, nosotros no tenemos "acuerdos reparatorios") no se utilizan o se utilizan poco, de manera restringida que impiden que cumplan con los objetivos que llevaron a su implementación.

Juan Lucas Finkelstein: Otra cosa. Una chiquita en relación a los casos de flagrancia. Está bien, es cierto que en algunos casos las pruebas pueden estar a la vista, pero también es verdad que el imputado puede haber obrado bajo coacción, con error de tipo, en legítima defensa, en un estado de necesidad justificante o disculpante, bajo error de prohibición directo, etc. Ello requeriría, tal como suele decirse, mayor debate y prueba. Nuevamente, la dinamización no puede conducirnos a anular el derecho de defensa.

Napoleón Armstrong Salas Velásquez: Es cierto que existe una gran cantidad de casos penales en flagrancia o en cuasi flagrancia, donde existen elementos sólidos de convicción, con un nivel de certeza probatoria, donde ya no es necesario buscar más medios probatorios por existir los elementales o determinantes; al respecto en el Perú en un intento de dinamizar estos juzgamientos, se vienen implementando diferentes Juzgados de Paz Letrados en las dependencias policiales, y conocen los casos de flagrancia y cuasi flagrancia, contamos con una Ley que establece que en los casos de flagrancia, que originen la detención de agente por presumirse la comisión de delito, la policía comunicará de inmediato el hecho al Juez de Paz Letrado y pondrá al detenido a su disposición, con el respectivo parte de remisión, tan pronto aquel se constituya en la dependencia policial. Esta norma en teoría permite actuar, denunciar y resolver la situación jurídica del imputado con mucha rapidez, que sería aplicable también en algunos casos de delitos de lesiones y de hurto; dicho proyecto piloto, sobre el funcionamiento de Juzgados en el interior de las Comisarías Policiales es aun incipiente y no se cuenta con resultados que permitan ver su eficacia; me gustaría saber si en sus países existen normas similares o tratamiento especial en aquellos casos de flagrancia.

Delma Brigida Carpio Arias: Abogaditis. Tuve la oportunidad de participar en la fundación de una institución 16 años más joven que el MP en mi país y recuerdo haber escuchado al primer Defensor del Pueblo Dr. Santistevan de Noriega su preocupación porque se estaba contratando sólo abogados y él tomó la decisión de incorporar al equipo de trabajo: sociólogos, educadores, antropólogos, asistentes sociales, psicólogos, periodistas, historiadores, politólogos y hasta filósofos que daban soporte al tratamiento de quejas ciudadanas y al análisis y tratamiento de casos macro o globales.

Esta gama de profesionales, ¿no serían necesarios para robustecer y reorientar el trabajo del Ministerio Público? ¿Y en los órganos de decisión intermedios?

He trabajado también en el Poder Judicial y allí tanto como en el Ministerio Público he percibido que se han diferenciado marcadamente 2 equipos de trabajo: sistema fiscal / judicial y administrativo, el primero copado de abogados y éste último con otros profesionales como administradores, contadores, economistas, empero dirigidos a sustentar el trabajo operativo Fiscal en proveerle de recursos, controlar su asistencia, procesar planillas de sueldos. La altas direcciones institucionales tienen asesores de otras profesiones pero que en el trabajo directo cotidiano no se reflejan mucho por ejemplo en la planificación estratégica en cuanto a política criminal.

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen: Ministério Público no Brasil.

No Brasil existem possibilidades de mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal. Não é possível desistir ou deixar de propor a ação na hipótese de colaboração, por exemplo, mas existem alguns institutos como a transação penal para delitos considerados de pequeno potencial ofensivo (pena máxima de dois anos). Nestes casos não há ação penal se o acusado aceita os termos da transação como composição do dano. Essas transações correm nos chamados Juizados Especiais Criminais que existem tanto no âmbito federal como estadual. Para você compreender melhor o instituto, te indico as leis que o rejeim: Lei nº 10.259 de 12/07/2001 e Lei nº 9.099 de 26/09/1995. A Lei 9.099/95 regulamenta também a suspensão condicional do processo (pena mínima igual ou inferior a 1 ano) e neste caso há denúncia, mas não processo (não é o sursis, que é a suspensão da pena). E os crimes ambientais têm regras próprias (Lei nº 9.605 de 12/02/1998). Todas as leis brasileiras estão disponíveis em um sítio chamado www.planalto.gov.br. Em outros diplomas legais como a Lei nº 9.613 de 03/03/1998 que pune a Lavagem de Ativos prevê reduções de pena e substituição por penas restritivas de direitos (que são várias no nosso sistema) se houver colaboração. Essa previsão está prevista em outras leis como a relativa à Tráfico Ilícito de Entorpecentes (Lei nº 6.368 de 21/10/1976 com as alterações subsequentes).

Bom, acho que, assim, você pode ter um panorama geral do quadro legislativo brasileiro quanto ao princípio da indisponibilidade da ação penal.

Marcelo José Hidalgo: Estimada Luiza, te escribe Marcelo Hidalgo, desde Córdoba, República Argentina. En este país, también por la organización federal, tenemos MP en el ámbito federal y provinciales. Creo que si no existe una instancia de organización, esto dificulta seriamente la persecución de los delitos mas graves, que muchas veces son interprovinciales y federales. Una pregunta, quisiera que me digas si existe la posibilidad de disponer de la acción penal y en qué formas.

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen: Aqui no Brasil como somos uma federação temos diversos ramos do Ministério Público, como o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos Estaduais, como carreiras e concursos separados. Desde a Constituição Federal de 1988 que o Ministério Público detem grande autonomia administrativa e orçamentária. Isso significa que as carreiras se autoorganizam e se autoadministram segundo as regras da Constituição e de suas leis orgânicas. Não fazemos, portanto, parte do Executivo ou do Judiciário. Outra característica é que nossas atribuições não são restritas à proposição das ações penais, mas também temos atuação na proteção dos chamados direitos difusos e coletivos como o patrimônio público, meio ambiente, direito do consumidor, crianças e adolescentes e outros, mas nestes casos defendemos o interesse coletivo e não o individual. O instrumento processual básico de atuação para a defesa de tais direitos é a ação civil pública. No âmbito penal, no Brasil temos um grande debate sobre a possibilidade da investigação direta pelo Ministério Público que não excluiria aquela feita pelas Polícias. Esse é um assunto que está hoje no Supremo Tribunal Federal (que é a nossa Corte Constitucional). Espero que esse forum seja um espaço de aproximação entre membros de diversos Ministérios Públicos na América Latina, essencial para o combate aos crimes transnacionais que existem em nosso continente.

Napoleón Armstrong Salas Velásquez: Gracias por sus comentarios, me gustaría precisar dos temas: A) como Ud. dice los abogados que integran los actuales Ministerios Públicos, Poderes Judiciales, Defensorías del Pueblo, y demás entidades del ámbito jurídico son reacios a compartir espacios de poder con otros profesionales. Va a costar un tiempo el cambio de esa mentalidad, pero tenemos que ser conscientes de que como abogados tenemos una deformación profesional, de ver las cosas desde una óptica jurídica solamente, como lo tienen otros profe-

sionales en ver sólo desde el punto de vista de sus profesiones; pues ha llegado creo el momento de trabajar con otros colegas no abogados, y compartir nuestro back ground en temas jurídicos con otros conocimientos en beneficio de la sociedad. B) Además considero que las facultades o escuelas de Derecho de las Universidades deben cambiar sus currículas, agregar a estas temas sobre todo de administración, economía, comunicación, informática, que nos permitan operar con nuevas herramientas para aumentar nuestra capacidad de innovar constantemente procesos, tomas de decisiones, simplificación de conflictos, medios alternativos de solución, conciliaciones, principios de oportunidad; de igual modo nosotros, abogados de hoy, debemos ampliar nuestros conocimiento extrajurídicos, adquirir un valor agregado sobre nuestra profesión, ello nos permitirá mayores ventajas competitivas y diferenciales a nosotros mismos, y liderar en el mercado profesional.

Gustavo Eduardo Palmieri: Creo que no cabe dudas de que un "plan de implementación exitoso" de la reforma procesal penal hacia un "modelo adversarial" debe suponer - necesariamente - la integración con profesionales de otras disciplinas, entre otros supuestos para deslindar las "funciones administrativas" de las "jurisdiccionales, o de toma de decisiones o de litigación", y con ello avanzar hacia "modelos de gestión" de mayores niveles de eficiencia. Al menos en el caso de mi país (y de mi Provincia Neuquén) la gran mayoría de los colegas del Poder Judicial con quienes conversé este tema, se mostraron más que "reacios" a ponerlo en práctica, probablemente desde la idea de que "abandonan espacios de poder", sin advertir - quizás sin interesarles demasiado - qué repercusión ello podría tener en la "calidad" del servicio que se presta a los usuarios del subsistema penal.

Precisamente en los "modelos de oralidad" (en ambas etapas del proceso) ello se advierte con mayor elocuencia, en la medida en que se "malgastan" una cantidad importantísima de "recursos humanos" en funciones fácilmente reemplazables por otros "especialistas", que incluso podrían asegurar la obtención de "mejores resultados" (me refiero a la cantidad de audiencias que efectivamente se llevan a cabo, disminuir al máximo las que fracasan, etc.), con lo cual la "productividad" del modelo directamente incide - entre otros supuestos - en el "tipo de respuesta", y seguramente en el "aspecto subjetivo" del remanido "fenómeno de la inseguridad". Precisamente ésta resulta a mi modo de ver una de las "falencias" del "modelo adversarial" que

aplicamos hace más de 4 años en mi Provincia, y sobre cuya resolución nos resulta sumamente difícil avanzar.

Napoleón Armstrong Salas Velásquez: Pienso que el elemento más importante de esta reforma, más que normas y recursos logísticos, son los recursos humanos. No estoy de acuerdo con que los Ministerios Públicos estén integrados únicamente por Abogados, ya que como otros profesionales adolecen por defecto de tener una visión sesgada únicamente en su profesión, ello limita la capacidad de innovación en los sistemas y reformas judiciales, por cuanto los abogados generalmente no han sido preparados académicamente por ejemplo para la creación de procesos de gestión o de toma de decisiones, por ende se requiere también de profesionales en Economía, Administración, Comunicación, Sociología, Psicología para que integren las unidades de Gestión Fiscal y/o Administrativa de los Ministerios Públicos. Sin perjuicio de lo antes mencionado considero que nosotros los abogados, también debemos formarnos para adquirir destrezas y herramientas de otras disciplinas, para por lo menos estar en capacidad de poder implementar con criterios organizacionales, la gestión de procesos, la administración de recursos materiales y humanos en el Despacho Fiscal y/o Judicial, la toma de decisiones, la búsqueda de rentabilidad social de las decisiones judiciales, la creación del valor "Justicia" por los Despachos Judiciales y Fiscales, el marketing para el liderazgo y fortalecimiento institucional, la elaboración de estrategias y los análisis FODA para cada Despacho, la creación de una misión, visión, tácticas y estrategias para una nueva cultura organizacional, armonizando una visión jurídico-gerencial, por cuanto no son temas ajenos a los abogados y magistrados. También requerimos destrezas de las ciencias de la comunicación para mejorar los niveles de comunicación con los ciudadanos, producir empatía en la comunicación de las decisiones y resoluciones, procurando la retroalimentación del proceso, aplicar técnicas para una adecuada atención del usuario judicial, entre otros. Con estas nuevas herramientas podremos estar en capacidad de crear valor en la Administración de Justicia y aproximarnos a una exitosa reforma, la cual requiere urgentemente de un cambio de mentalidad, dejar de pensar tubularmente o unidireccionalmente -sólo en el universo jurídico-, pues la realidad es mucho más compleja que sólo normas, procesos y abogados. Por otro lado sugiero que para una mejor comprensión de la magnitud de la reforma, los Ministerios Públicos y entidades afines deberían

organizar pasantías internacionales en países donde se haya consolidado el sistema acusatorio-garantista exitosamente, que asimismo las academias o instituciones encargadas de la formación de Magistrados o las Escuelas de Formación del MP, deban de crear y monitorear Foros Virtuales, en las que se intercambien las experiencias en la aplicación del nuevo modelo, con participación merituada de magistrados, más aún en mi país, donde la reforma procesal entrará en vigencia en Febrero de 2006 y la capacitación recién se viene implementando.

Marcelo José Hidalgo: Un jurista y periodista argentino dice que en América Latina existe un importante ingrediente cultural que debilita al Estado y que los países anglosajones no han tenido: la lejanía de la ley. Pensemos en el rey de España, que legislaba desde Madrid cómo debía ser el trato a los indios, mientras el encomendero les hacía pasar las de Caín. La concepción subyacente a esta actitud es la de la ley como un ideal colectivo puro, maravilloso, pero en definitiva remoto e inaplicable. El modelo anglosajón, en cambio, consiste en no promulgar la ley que no puede ser cumplida. Aristóteles decía que la ley no se sanciona cuando se promulga sino cuando se convierte en colectiva. Nunca dictes leyes, aconsejaba a los legisladores, que no tengan una casi certidumbre de poder convertirse en costumbre colectiva. Si lo haces, desprestigias el concepto de ley. Un Estado que no puede hacer efectivo lo que exige se debilita poco a poco: la lejanía de la ley se vincula pues con el estado de corrupción y éste frena el crecimiento económico. Sin Estado no hay desarrollo: el Estado blando es común a todo Mundo subdesarrollado; el Estado duro es común a todo el mundo desarrollado. Pienso que estas ideas se deben trasladar a la necesidad de organización y control de la actividad de los Ministerios Públicos. En especial a los países a donde todavía existe el principio de legalidad, "todo se debe perseguir y penar", para darnos cuenta de que este ideal cuestionable sólo genera de manera encubierta la "cifra dorada", esto es la de aquellos que por poder nunca van a ser perseguidos.

Cristian Riego: Quisiera comentar que me parece muy positiva la orientación con que todos han comentado porque en general dan cuenta de una gran orientación a la innovación. Yo pienso que en el fondo hay dos puntos de vista sobre el MP, una que esta muy orientada hacia la tradición, es

decir que mira fundamentalmente hacia lo que el MP es y ha sido. Por otra parte creo que una visión más moderna se vincula más con la idea de que hay nuevos desafíos y que esos se están replanteando cada día y que para darles respuesta es necesario innovar de manera permanente. Por otra parte creo que el tema del MP se vincula también muy fuertemente a la visión que tenemos del Estado. Esto es, quienes pensamos que el estado es muy importante y hay que reforzarlo para que cumpla sus tareas estaremos de acuerdo en que ese reforzamiento pasa por la capacidad de innovar, porque las entidades que se anquilosan pierden fuerza y se desprestigian en un mundo en que las personas están acostumbrada a la innovación permanente porque la experimentan en diversas áreas como la salud, el comercio, etcétera.

Mauricio Duce: Estimados Amigos y Amigas: La semana pasó volando y se nos acaba el tiempo previsto para este foro. A nombre de los docentes que hemos participado en él y también a nombre del Centro de Estudios de Justicia de las Américas quisiera agradecerles su interés y excelentes participaciones. Creo, como fue mencionado por varios de ustedes en el curso de la semana, que el Foro nos va a quedar chico. Los desafíos de instalar Ministerios Públicos capaces de responder eficazmente, con calidad y con respecto a los valores de un Estado de Derecho y a un sistema acusatorio moderno son todavía gigantescos en nuestra región. Esperamos que este intercambio de ideas nos permita avanzar, aun cuando sea en pasos pequeños, en esta dirección y, además, a construir una comunidad de trabajo compuesta por personas dispuestas a apoyar tal proceso. ■



Financiamiento Privado de la Justicia: las Tasas Judiciales

Juan Enrique Vargas Viancos*

Abogado, Magíster en gestión y políticas públicas.

Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

juan.vargas@cejamericas.org



This report addresses the structure and operation of the court fee system in the Latin American countries that have introduced this method and in Spain. The author explores the main justifications for these systems, contrasting them with the criticisms that are most frequently presented by their opponents. The article ends with a discussion of key issues that should be considered when adopting a system that involves private financing of part of the cost of judicial services.

I. Introducción

El presente informe ha sido preparado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas en cumplimiento del encargo que le formularan los presidentes de las Cortes Supremas de Centroamérica, el Caribe y México, en el curso de su XIII Reunión ordinaria realizada en el año 2003 en Santo Domingo, República Dominicana. En él se da cuenta de la forma en que se ha estructurado y opera el sistema de tasas judiciales en diversos países de las Américas que lo han establecido, a los que hemos agregado España. Adicionalmente, ahonda en las principales justificaciones a las que se recurre para su consagración, contrastándolas con las críticas que al respecto se esgrimen más comúnmente. El informe termina con algunas conclusiones pertinentes a la hora de adoptar un sistema que incluya el financiamiento privado de parte del costo de los servicios judiciales.

Entendemos por Tasas Judiciales, para los efectos de este informe, todo cobro que se les hace a las partes litigantes en un juicio, con el fin de que contribuyan, al menos en alguna medida, a los costos que importa lle-

Entendemos por Tasas Judiciales, para los efectos de este informe, todo cobro que se les hace a las partes litigantes en un juicio, con el fin de que contribuyan, al menos en alguna medida, a los costos que importa llevar adelante...

var adelante la tramitación procesal de su asunto. No incluimos entonces dentro de las tasas judiciales las multas que se les cobran a las partes, las costas que deben solventar dentro del juicio ni aquellas consignaciones que no están directamente vinculadas a solventar el costo de la justicia, sino que operan simplemente como un desincentivo para el uso de una determinada institución (por ejemplo, interponer un recurso).

II. Análisis del Diseño y operación de las tasas

A continuación expondremos someramente la forma en que se han diseñado y operan los sistemas de tasas en diversos países de la región, a los que hemos agregado, como se ha dicho, a España por su afinidad con nuestros países y por ser también un país que ha repuesto las tasas en el año 2003. Una descripción más detallada de la situación de cada uno de ellos se encuentra en el anexo de este documento.

* Para la realización de este trabajo se contó con la colaboración de Mauricio Gutiérrez, asistente de proyecto de CEJA y de Shaina Aber, estudiante Georgetown University y pasante CEJA, año 2004.

Como podrá verse, existe gran heterogeneidad en los sistemas de tasas que aplican los países en los que hemos recogido información, lo que da cuenta de la diversidad en los objetivos de política que se han tenido en cuenta al momento de crearlas; aparentemente, en algunos casos las tasas operan solamente como mecanismo recaudatorio, en otros tienen por finalidad desincentivar cierto tipo de litigación.

1. ¿En cuáles materias se aplican?

Por regla general las tasas se aplican sólo en materias civiles y comerciales. Así sucede en Argentina, Puerto Rico, Uruguay y Brasil (aunque allí se exigen de ellas los juicios por pequeñas causas).¹

Existen países, como Bolivia y Paraguay, en que se gravan todas las materias, incluyendo las penales (con la sola excepción de la defensa en esas causas); lo mismo sucede en Québec, Canadá, aunque en este caso son más bajas que las aplicadas a los asuntos civiles. Asuntos de familia también son gravados en Estados Unidos y en Paraguay se incluyen las demandas por divorcio.

2. ¿Qué actos o trámites se gravan (oportunidad)?

En términos generales, existen dos formas distintas para establecer el cobro. En algunos países se cobra una sola vez y, en otros, se carga además cada actuación. Se encuentran en la primera situación Argentina, Paraguay, Brasil, Ecuador y España (aunque en estos tres últimos países por la interposición de recursos se paga una tasa independiente), donde el cobro se realiza al inicio de la acción judicial.

En los casos de Bolivia, Uruguay y Canadá se cobra tanto una tasa por el inicio de la causa, como también una cantidad adicional por la realización de cada uno de los actos o trámites procesales (se exige en algunos casos adherir timbres judiciales y en otros, utilizar papel judicial, es decir, formularios valorados y numerados). En Canadá, adicionalmente, los jueces pueden exigir tasas de seguridad para distintas situaciones, como por ejemplo, cuando el actor reside fuera del territorio de la corte o tiene un juicio pendiente por no haber pagado otras tasas judiciales.

3. ¿Cuál parte debe soportarlas?

Por regla general, deben pagar las tasas los actores o demandantes (es lo que sucede, por ejemplo, en Brasil), aunque también ello se hace extensivo en

muchos casos a los demandantes reconventionales (Argentina). En Ecuador, Estados Unidos, Puerto Rico y Uruguay, los demandantes deben también pagarlas por el hecho de contestar la demanda. En los casos en que lo que se grava son trámites, como en Bolivia y Canadá, la parte que efectúa o solicita el trámite debe pagarla.

En todo caso, en algunos países se dispone expresamente que el litigante perdedor que deba pagar las costas del juicio debe también hacerse cargo de restituir a su contraparte el importe que haya pagado por este concepto (Argentina, Brasil, Estados Unidos, Paraguay y Perú)

La mayoría de los países han establecido beneficios de pobreza o de litigar sin gastos, lo que implica que las personas carentes de recursos quedan exentas de ellas (Argentina, Bolivia, Estados Unidos y Perú).

En España, país donde recientemente se reestablecieron las tasas judiciales, se excluyen del pago de ellas, entre otros, a las personas físicas y a las entidades sin fines de lucro, pues la voluntad del legislador ha sido que sólo las paguen las grandes empresas, que son los mayores litigantes en ese país.

También en algunos casos se exonera de ellas al fisco (Argentina y Paraguay). En Perú están liberados los litigantes de determinadas zonas del país (Arequipa, Huancavelica y Puno).

4. ¿En cuánto se grava?

Los países que establecen un sólo cobro lo determinan en algunos casos en función de un porcentaje del monto de lo disputado o bien estipulando una suma fija, en los términos que pueden apreciarse en las siguientes tablas:

¹ En Brasil, como en otros países federales estudiados, cada Estado tiene la atribución de fijar sus propias tasas judiciales.

Pais	Porcentaje
Argentina	3% de lo demandado
Brasil (ej. Cobranza de U\$ 3.000) Estado de Amazonas Estado de Río de Janeiro Estado de Sao Paulo	U\$ 284 (9,5%) U\$ 133 (4,4%) U\$ 33 (1,1%)
Bolivia	4% de lo demandado
Ecuador (juicios ejecutivos)	1% de lo demandado
España (ej. proceso Monitorio)	Variable más suma fija (el total no puede exceder de U\$ 7.330)
Paraguay	0,6% de lo demandado (si excede U\$ 6.600)

Pais	Suma Fija (U\$)
Canadá Estado de Alberta Estado de Ontario	Entre U\$ 100 y 200 U\$ 157
España (ej. proceso Monitorio)	U\$ 110
Estados Unidos Estado de Maine Acción familiar Acción por negligencia médica Estado de New Jersey Demanda civil Contestación demanda	U\$ 150 promedio en el país U\$ 60 U\$ 200 U\$ 200 U\$ 135
Puerto Rico (presentación demanda)	U\$ 40

En donde se cobra por trámites específicos, las posibilidades son mucho más amplias. El cuadro

siguiente intenta resumirlas para algunos de los casos estudiados:

Pais	Cantidad (U\$)
Bolivia Aranceles judiciales Valores judiciales	Entre U\$ 0,6 y 6,2 Entre U\$ 0,25 y 2,1
Canadá (apelación ante Corte Federal)	Entre U\$ 250 y 550
Ecuador Inspección judicial Recusación	U\$ 20 U\$ 50
Perú (depende de cuantía) Apelación de autos Apelación de sentencia Casación Corte Suprema Medidas cautelares	Entre U\$ 9,5 y 87 Entre U\$ 38 y 372 Entre U\$ 165 y 890 Entre U\$ 95 y 1.180

En el caso de Canadá, el juez tiene discrecionalidad para reducir o aumentar los costos establecidos por la ley en los casos que lo estime necesario.

Alberta en Canadá y Estados Unidos), o bien deben comprarse estampillas de impuestos que deben adherirse a la solicitud (Bolivia, Chile y Paraguay).

5. ¿Quién y cómo se cobra?

Lo más común es que su depósito deba hacerse en cuentas especiales en bancos (Brasil, Chile, Ecuador y Perú), pero en algunos casos las tasas las cobra directamente el Poder Judicial (Argentina,

6. ¿Quién se beneficia del cobro?

Mayoritariamente lo recaudado por las tasas revierte en el propio Poder Judicial. Así sucede en Argentina desde 1990, en donde se destinan a un "Fondo Nacional de la Justicia", que administra la

Corte Suprema de Justicia. Lo mismo sucede en Río de Janeiro.

En Bolivia, estos recursos son manejados por el Consejo de la Judicatura. Otro tanto ocurre en Ecuador, pero allí los recursos son distribuidos en un 60% al distrito judicial donde se devengaron y en un 40% a la Caja General de la Función Judicial.

En Estados Unidos estos recursos pertenecen directamente a la Corte que los recauda.

En Paraguay existe una distribución compleja, destinándose un 60% de ellas al Poder Judicial, un 19% al Ministerio Público y un 21% a otros fines, entre ellos, la construcción y el funcionamiento de centros penitenciarios. También se les da un destino específico dentro del Poder Judicial a las tasas cobradas en Perú, donde un 80% se destina a mejorar las remuneraciones de los jueces (hoy en día, aproxima-

damente la mitad de la remuneración de éstos proviene de un bono financiado con cargo a las tasas).

En Uruguay, la recaudación del "Timbre Palacio de Justicia" está destinada al pago de un crédito que recibió el Poder Judicial para la construcción de ese edificio hace más de 40 años y que aún se encuentra sin terminar.

En otros casos los recursos son destinados al presupuesto global del país, como en España, razón por la cual se ha sostenido que allí no se estaría realmente frente a una tasa, sino a un tributo.

En el caso de las tasas recaudadas por los tribunales federales del Brasil, un 50% ingresa a un Fondo Penitenciario que administra el Ministerio de Justicia y el 50% restante va al tesoro nacional.

7. ¿Cuánto se recauda?

País	En U\$	Como % del presupuesto judicial
Argentina Federal (2003)	2.678.571	9,5%
Brasil (2003)		
Federal	21.300.000	
Río de Janeiro	63.000.000	
Bolivia (promedio 1997-2000)	3.800.000	10% (aprox.)
Canadá, Alberta (2003)	15.133.000	16,5% (aprox.)
Ecuador	5.000.000	4 %
Estados Unidos		
Missouri (2003)	17.480.000	11%
New Jersey (proyección 2004)	59.500.000	9%
Paraguay (2003)	7.380.000	19 %
Perú (estimativo 2004)	18.000.000 (aprox.)	13% (aprox.)
Puerto Rico (2002-2003)	6.400.000	3%
Uruguay (2002)	2.270.000	6%

III. El Debate en torno a las tasas judiciales: justificaciones y críticas

En lo que sigue se hará una exposición resumida de los principales argumentos, motivaciones y críticas que alimentan la discusión sobre las Tasas Judiciales en la región. No pretendemos con esta exposición ser exhaustivos, sino simplemente dar cuenta de los criterios que deben considerarse a la hora de tomar una decisión de política pública en el sentido de incorporar alguna modalidad de financiamiento privado de los servicios que brindan los tribunales de justicia.

1. Las Tasas Judiciales como respuesta a la necesidad de captar nuevos recursos para los Poderes Judiciales

En los últimos años los presupuestos judiciales han crecido considerablemente en la región. Aunque el nivel desde el que se partió haya sido muy bajo en algunos países, no es posible dejar de reconocer el esfuerzo que estos aumentos han significado para nuestros Estados y el efecto que han generado en el funcionamiento de su justicia. Estas alzas se han traducido en un aumento significativo en la participación que el sector justicia tiene tanto dentro de los presupuestos públicos. Así, por ejemplo, en el caso de Argentina el presupuesto judicial que el año 1995 representaba un 2,5% del gasto público, al año 2000

alcanzaba a un 3,15% de ese gasto (www.justiciaar-gentina.gov.ar). En Ecuador, entre 1990 y 1995 la participación del presupuesto de la Función Judicial en el del gobierno central creció de un 0,6% al 1,6%. (Comisión Andina de Juristas, 2000). En Chile, el Gasto Judicial Ejecutado representaba en 1990 el 0,59% del presupuesto público neto, el año 1995 había subido a un 0,79% y el año 2002 al 0,93 (Vargas, 1999 y CEJA, 2003). En el caso de Argentina, la incidencia del gasto judicial consolidado² ya no en el presupuesto público, sino en el Producto Interno Bruto Nacional subió del 0,65% en 1991, al 1,09% el año 2002 (Gershanik, et. Al., 2003).

Todo indica que en el futuro ya no será posible acceder con igual facilidad a aumentos tan significativos a los presupuestos judiciales vía recursos fiscales. La justicia deberá competir con otras áreas relevantes del quehacer público sin encontrarse ya en la situación tan desmejorada como aquella en que estaba hace algunos años atrás. Por otra parte, no puede desconocerse que la crisis económica de los últimos años ha ocasionado también fuertes restricciones presupuestarias en nuestros países.

De tal suerte que ha surgido un vivo interés en la región por allegar nuevas fuentes de recursos a la función judicial, distintas al tradicional financiamiento estatal. En alguna medida ello explica el aumento de las operaciones de endeudamiento en el sector, pero ni siquiera ésta parece ser una vía suficiente en el mediano plazo, ya sea porque, por una parte, esos créditos igual deberán ser pagados en el futuro, como, por la otra, porque ellos no sirven para el financiamiento del gasto operativo de los tribunales, sino tan sólo el de inversiones que a la larga se convierten en un necesario aumento de ese mismo gasto operativo no cubierto.

Las Tasas Judiciales se plantean así como una nueva vía para allegar recursos al funcionamiento de la justicia, que supera las limitaciones fiscales y que tiene por ventaja adicional que una vez establecidas su funcionamiento es independiente de decisiones y negociaciones políticas con autoridades ajenas al Poder Judicial como las que requieren los presupuestos judiciales en aquellos países en que no están constitucionalmente garantizados.

Las Tasas Judiciales se plantean así como una nueva vía para allegar recursos al funcionamiento de la justicia, que supera las limitaciones fiscales y que tiene por ventaja adicional que una vez establecidas su funcionamiento es independiente de decisiones y negociaciones políticas con autoridades ajenas al Poder Judicial...

La principal objeción al establecimiento de estas Tasas con una finalidad puramente recaudatoria es de tipo político. Desde el punto de vista del ciudadano, ¿resulta justificado cobrarle por los mismos servicios que siempre ha recibido gratis? Sobre todo si esos servicios son muchas veces percibidos como de mala calidad, especialmente en cuanto a su oportunidad. En la mayoría de los países el establecimiento de Tasas no ha venido acompañado de mejoras sustantivas a la justicia, ni ha quedado claro cómo se determina el monto de las tasas, ni mucho menos a qué exactamente se destina lo que produce de ellas se obtiene³.

Para poder aplacar estas resistencias lo más indicado debería ser vincular estrechamente el establecimiento de Tasas con mejoras perceptibles por parte de los usuarios de la justicia que reciben. Particularmente necesario es ello en las áreas donde comúnmente, según hemos visto, se aplican estas tasas: las de la justicia civil y comercial, que son precisamente las áreas donde el impulso reformador de la justicia ha sido más débil en la región. Luego de los esfuerzos hechos en la mayoría de los países de la región por cambiar sus sistemas de enjuiciamiento penal escritos por otros de corte oral, pareciera imprescindible dar pasos en la misma dirección en estas otras jurisdicciones para terminar con Poderes Judiciales en que sólo una parte de ellos se ha modernizado, funcionando a través de audiencias orales sin delegación de funciones, en lo que constituye un estándar que debería extenderse a todas las áreas. Hemos aprendido estos años que hacer de manera seria y eficaz esas reformas demanda la inversión de importantes recursos económicos, ya sea para ampliar cobertura judicial, fundamentalmente el número de jueces, o bien para infraestructura y gastos de operación. Sabemos que no ha sido fácil obtener estos recursos para las reformas penales (y, de hecho, en muchos países de la región ellos han sido claramente insuficientes), pero podemos estar seguros que será aún mucho más difícil obtenerlos para el área civil. Las tasas bien pueden ser una vía para ello, en la medida en que a los ciudadanos les sea evidente que con ello obtienen una ganancia.

² El gasto consolidado comprende la suma del gasto del Poder Judicial de la Nación (Federal) y el total de las provincias argentinas.

³ Para ello se hace imprescindible contar con estudios desagregados y precisos sobre el costo de la justicia.

2. Justificación de las tasas judiciales desde una perspectiva económica

En la base de la justificación para el establecimiento de un sistema de tasas se encuentra un cuestionamiento al carácter de bien público que tendría la justicia civil y comercial. Desde un punto de vista económico sólo es justificable que se provea un bien o un servicio con cargo a rentas generales y sin cobrar a nadie por su uso cuando se trata de lo que en esa disciplina se conoce como un bien público. La principal característica de los bienes públicos, que los diferencia de los privados, es que no se consumen por su uso y es imposible, o muy costoso, restringir su acceso a una persona determinada. En tal situación se encuentran, por ejemplo, las luces que iluminan las calles o la defensa nacional. Frente a este tipo de bienes el mercado falla como mecanismo eficiente de asignación de los recursos, puesto que los privados no tienen incentivos para proveerlos en cantidad eficiente, ya que todos esperan que lo haga otro y así aprovecharse gratis de ellos. En economía este fenómeno se denomina del "*free rider*" o del "polizón".

Un examen de la justicia civil y comercial -de la composición del litigio y de su comportamiento- pondría de manifiesto que, en esas áreas, la justicia no constituye un bien público. No sería verdad que en estos casos la incorporación de un nuevo litigante careciera de costos, o que no existiera rivalidad por acceder al aparato de justicia, o que no fuera posible excluir a un nuevo consumidor. Ninguno de esos rasgos -propios de un bien público- los presentaría la justicia civil y comercial. Al contrario, ese tipo de justicia constituiría un bien privado, cuyos beneficios se internalizarían predominantemente en los litigantes. Este carácter de bien privado parecería serle reconocido a los conflictos civiles y comerciales en nuestros países desde el momento en que en ello no sólo se permite, sino incluso se incentiva el uso de la mediación y del arbitraje como medios para su solución, alternativas generalmente entregadas al financiamiento directo por las partes. Curiosamente, ello no se entiende de la misma manera cuando estos conflictos llegan hasta los tribunales, donde muchas veces se asume el criterio inverso, es decir, que ellos deben financiarse con recursos públicos.

Al proveerse ese tipo de justicia como si fuese un bien público, es decir, financiándolo con cargo a rentas generales, se produciría un resultado socialmente ineficiente: como los litigantes no pagarían la totalidad de los costos asociados a ese bien, su tasa de bienestar asociada al litigio se acrecentaría. Los sujetos tenderían, entonces, a litigar más, incluso más allá de aquello que resulta eficiente desde el

punto de vista del bienestar social. Aunque los costos asociados al litigio sean superiores al beneficio que con él se obtiene, de todas suertes los sujetos tenderían a demandar. Existiría, dicho en términos técnicos, una divergencia entre los costos sociales y privados del litigio.

Sostener que la justicia civil y comercial no constituye propiamente un bien público no implica desconocer que ella sí puede generar externalidades que beneficien al resto de la sociedad más allá del interés de las partes en el litigio. Decir que tras el cobro de una deuda, por ejemplo, está primordialmente el interés del acreedor, no impide sostener que la vida económica general de una sociedad se ve favorecida si son eficaces y operativos los sistemas de cobro de deudas con que cuenta, pues ello opera como una señal amplia que disuade conductas oportunistas y, en este caso concreto, disuade a eventuales deudores que ante la conciencia de un sistema de cobro realmente operativo, que incluso castiga al deudor moroso, estarían más dispuestos a pagar oportunamente. La existencia de este tipo de externalidades llevaría a que situar los costos de estos litigios exclusivamente en los acreedores pudiera derivar en una cantidad menor de cobranzas de las que socialmente sería conveniente. Algún grado de subsidio estatal debería permitir equilibrar esta situación de forma tal que, en los hechos, se internalicen tanto los beneficios privados como los públicos de litigar.

La situación que hemos descrito para la justicia civil y comercial no es la misma tratándose de otras áreas de la justicia, como por ejemplo la penal, donde sí es posible reconocer un carácter de bien público por parte de la justicia. Naturalmente, la sanción impuesta al delincuente beneficia a la víctima del delito, pero también lo hace al resto de la sociedad ya sea tanto si miramos los efectos de una condena penal desde la perspectiva retributiva o de la prevención general o especial. Ello justificaría en este caso que no sólo la labor de juzgar, sino incluso la de investigación y sustentación de la acción penal, se hiciera por instituciones públicas (Policía y Ministerio Público), financiadas con cargo al presupuesto nacional.

En principio podría construirse una escala para clasificar los distintos tipos de jurisdicciones en función del mayor o menor contenido de bien público presente en las respectivas materias. Así, probablemente la más cercana a un bien público puro, sería la jurisdicción constitucional (todos indistintamente nos beneficiamos cuando los tribunales especifican cuáles son nuestros derechos constitucionales), luego la penal, la de familia, la laboral, la civil y finalmente la comercial, la más cercana a un bien puramente privado.

No hacer las distinciones indicadas y tratar entonces indistintamente como bien público toda la actividad de la justicia, financiándola amplia e irrestrictamente con cargo al presupuesto público, tendrían bajo estas premisas las siguientes consecuencias negativas:

a. La falta de un sistema de precios impediría equilibrar la oferta por justicia con la demanda por la misma

La ausencia de un sistema de precios para la justicia civil y comercial limitaría las políticas en el sector exclusivamente a incidir en una sola de las variables relevantes para el nivel de justicia. Usando el instrumental económico más básico es fácil entender que un óptimo en la provisión del bien justicia se alcanza cuando se encuentran equilibrados la oferta por el mismo con su demanda. En un mercado cualquiera esto se consigue precisamente a través del precio del bien. El equilibrio se obtiene en un precio en el cual los oferentes están dispuestos a entregar el bien y los demandantes a comprarlo. Así, si un bien cuesta 100, sólo lo van a comprar aquellos demandantes cuyo beneficio esperado con la compra de ese bien (disposición a pagar) sea equivalente o mayor a ese precio.

¿Qué pasa cuándo el bien está subsidiado o derechamente carece de precio? Bueno, sucede que pueden acceder a él personas que tienen un beneficio esperado inferior al coste del bien, en el caso del ejemplo, inferior a 100. Se produce en tal situación un resultado ineficiente.

Esto explicaría por qué la medida más tradicional para enfrentar la congestión judicial, esto es, el aumentar la cobertura judicial, tiene efectos limitados y muchas veces decepcionantes en el mediano plazo. La creación de más tribunales aumentaría la oferta judicial, pero esto no se limitaría a satisfacer la demanda ya existente en el sistema, sino que atraería nuevos asuntos que antes, por los costos en términos de lentitud en los procesos, no estaba llegando a los tribunales.

Es por ello que comúnmente vemos que los nuevos juzgados que se crean, rápidamente se congestionan a los mismos niveles que sus predecesores. Así, por ejemplo, en Chile, entre los años 1982 y 1992 más que se cuadruplicaron los tribunales civiles en Santiago, a consecuencia de lo cual la duración de los procesos, en vez de disminuir, aumentó. Un juicio ordinario que en promedio tardaba

805,59 días pasó a demorarse 1.009 días. Igualmente, pese al aumento en un 34% en la cobertura de tribunales en el período 1980-87, la carga de trabajo de cada uno prácticamente no disminuyó (Cerda, 1992).

Bien podría sostenerse que el sólo hecho de aumentar la oferta judicial es positivo, aunque no se logre equilibrar por esa vía la oferta y la demanda por justicia, porque eso mejora las posibilidades de acceso a la justicia. Sin embargo, tal afirmación desconocería tres efectos negativos desde el punto social, que se producirían también en esta situación: la llegada de demanda ineficiente, la llegada de demanda oportunista y el desincentivo al uso de mecanismos alternos de resolución de conflictos.

...
un óptimo en la provisión del bien justicia se alcanza cuando se encuentran equilibrados la oferta por el mismo con su demanda. En un mercado cualquiera esto se consigue precisamente a través del precio del bien.

- El caso de la *demanda ineficiente* se refiere a aquellos en que el beneficio esperado por el demandante supera los costes de seguir el juicio. Pero como ese demandante no internaliza tales costos (que le subvenciona el Estado) está dispuesto a seguir adelante con un proceso que, en términos sociales, consume más riqueza de la que produce. Hay que pensar que en esta área, como en todas, las necesidades superan a los recursos que existen para satisfacerlas; que la

cantidad posible de litigios en una sociedad es infinita y que sería absurdo e irreal pensar que todos ellos, hasta los más mínimos, debieran solucionarse ante los tribunales. No hay economía del mundo que pudiera soportar subsidiar todo ello, por lo que de alguna forma hay que poner límites. Cuando no existen tasas, los límites los pone la congestión (con su consecuencia, la lentitud) que opera como un precio sombra que disuade la litigación. El problema es que esa disuasión puede ser ineficiente, dejando fuera litigios que sí era racional ingresar a los tribunales y aceptando otros en que no lo era.

- El caso de la *demanda oportunista* es algo diverso. Se trata del litigante que no pretende realmente obtener algo directamente del sistema judicial y que lo utiliza con otros fines: presionar para un arreglo, ganar tiempo, entre otros. Sin duda la ausencia de un precio que opere como un desincentivo alienta a un mayor número de este tipo de conductas.
- Finalmente, al Estado muchas veces le interesa que los particulares utilicen otras vías distintas a la judicial para resolver sus conflictos. Los *mecanismos alternos de conflictos* son promovidos como política pública en el área judicial no sólo

por ser menos costosos (caso en el cual se relacionan con lo que ya hemos dicho sobre la demanda ineficiente), sino también porque proporcionan soluciones de mejor calidad que la adjudicación judicial en determinados tipos de conflictos, típicamente en aquellos en que las partes deben mantener o reconstruir una relación en el futuro, como sucede en los conflictos de tipo familiar, vecinal o laboral.

Por los mismos argumentos antes expuestos, en caso de que las tasas sean cobradas a los demandados, podría desincentivar la litigación puramente dilatoria por su parte.

b. La falta de un sistema de precios incentiva a fijar montos demandados excesivamente altos

Cuando no existe restricción, ni se paga ningún costo por ello, lo común es demandar cifras lo más altas posibles, sin que necesariamente guarden relación con el monto real de los perjuicios que se intentan sean resarcidos. En un juego estratégico, los actores tienden a extremar sus posturas ya que ello mejoraría sus posibilidades de obtener en definitiva una cifra mayor.

En los casos en que las tasas son calculadas como un porcentaje del monto de lo demandado o una cantidad progresivamente ascendente en función de él, se generan fuertes incentivos para que las partes fijen su pretensión en un monto realista y no desmesurado como sucede en el caso anterior. Se facilita así la posibilidad de lograr acuerdos entre las partes y que las sentencias se acerquen de mejor manera a los perjuicios reales.

3. Justificación de las Tasas Judiciales desde una perspectiva social

Las personas que hacen uso, en la práctica, de los servicios judiciales, particularmente en las materias civiles y comerciales, no son los más pobres en nuestros países, sino más bien gente con recursos, particularmente, entidades financieras y grandes empresas. Estudios realizados en los últimos años dan cuenta de esta situación. Así, los bancos y otras instituciones financieras equivalen, por sí solos, al 50 % de los usuarios de los juzgados civiles de Ecuador (Hammergren, 2002). En Chile, una muestra de causas de cobranzas indicó que en un 72,6% de ellas los demandantes eran bancos, instituciones financieras, casas comerciales o sociedades. (Vargas, et. al., 2001).

Tal situación, por lo demás, guarda estrecha relación con la composición del litigio civil y comercial en nuestros países, el cual en forma mayoritaria se concentra en la cobranza de deudas, materia que marginalmente tiene a personas pobres como actores, e incluso tampoco los tiene en forma significativa como sujetos pasivos, dado que los beneficiarios de los créditos en la región no son las personas pobres, sino cuando más lo es, la clase media. En Chile, para el período comprendido entre 1990 y 1997, las demandas relativas a cobranzas judiciales representaron el 75 % del total de causas civiles contenciosas que ingresaron a los tribunales (Vargas, et. al., 2001). Por su parte, en Argentina, el 45 % de las causas presentadas ante el fuero Civil Patrimonial el año 2000 correspondió a juicios ejecutivos (Garavano, et. al., 2001), mientras que en el fuero Comercial dicho porcentaje alcanzó al 67 % en el año 2003 (Gershanik, et. al., 2003).

Siendo que mayoritariamente las partes que intervienen en estos litigios no son pobres, el financiamiento de los gastos de la justicia con cargo a rentas nacionales vendría a constituir un subsidio en beneficio de quienes más tienen, lo que, dicho en otras palabras, constituiría un gasto público no focalizado o regresivo, que atentaría contra el contenido ético y redistributivo que deben tener las políticas públicas.

La razón por la que se produce esta situación -que sean las personas con recursos las que se aprovechan de una gratuidad pensada precisamente como una vía para no levantarle barreras de entrada a los más pobres-, reside en que las posibilidades de acceder a la justicia no dependen solamente de los costos judiciales. La decisión de judicializar o no un conflicto depende de una serie de factores entre los que se encuentran los culturales y de otros impedimentos que si bien también pueden ser solucionados con dinero, la gratuidad judicial en principio no los alcanza. Nos referimos, por ejemplo, a las dificultades físicas de acceso (costos de transporte) o de disponibilidad (tiempo o permisos necesarios para efectuar gestiones judiciales) o, lo que constituye el obstáculo más común, la posibilidad de contar con una adecuada asistencia jurídica. Si bien es cierto que la mayoría de los países de la región ofrecen servicios de asistencia jurídica gratuita, también lo es que el común de ellos tienen escasa cobertura y mala calidad. De allí que en gran medida sólo quienes poseen recursos económicos personales que les permiten abordar todos estos costos (el de su tiempo, el de abogados, etc.), son los que llegan efectivamente con sus problemas ante los tribunales, o pueden defenderse activamente cuando es otro el que los impele a ir⁴.

⁴ Un estudio realizado en Chile demostró que el gasto por habitante en justicia era superior en las comunas clasificadas como "no pobres", en comparación con las "pobres" y "prioritarias" (extrema pobreza). Vargas, et. al., 2001.

Estas ideas chocan frontalmente con la concepción de que la justicia debe ser gratuita precisamente para favorecer con ello a las personas más pobres. Se sostiene que impartir justicia es uno de los fines principales del Estado, donde además existe claramente un interés público comprometido, razón por la cual ella debería financiarse como lo hace el común de las actividades públicas: con cargo a los impuestos que recauda el fisco. Se agrega que la incorporación de tasas constituye una barrera para el ingreso de causas al sistema de justicia, algo que al Estado no le interesa que suceda, barrera que, adicionalmente, perjudicaría a las personas de más escasos recursos, pues las personas adineradas siempre contarán con fondos para cubrirlos, lo que puede no suceder en el caso contrario, ya que no siempre funcionan bien en tales casos los sistemas de subsidios directos.

En la región y particularmente en América del Sur, se detecta una clara tendencia en los últimos años hacia el establecimiento de tasas judiciales.

Se dice también que las tasas pueden generar incentivos perversos al interior de los sistemas de justicia, incentivos que pueden llevar a privilegiar a los tipos de asuntos o de usuarios que sean más "rentables" para el sistema, confiriéndoles a su vez a estos usuarios, un cierto poder superior al del común de los ciudadanos.

Se afirma adicionalmente que aunque las tasas les sean cobradas a los litigantes con recursos, por ejemplo, los bancos e instituciones financieras, lo que ellos harán será simplemente traspasar los costos que por ellas deban incurrir al precio de sus servicios, por lo cual en definitiva, quienes deberán soportar esas tasas no serán esas instituciones, sino sus clientes.

En todo caso, para que esta afirmación cuestione el efecto distributivo o localizador del gasto que tendrían las tasas, deberían concurrir dos supuestos: (i) que la elasticidad de la demanda por los bienes o servicios de que se trate fuera absoluta, de forma tal que los oferentes de ellos pudieran trasladar los costos a precios. En general, ello rara vez ocurre (y sería necesario un estudio específico del mercado del crédito para saber si allí sucede), por lo que el traslado generalmente es parcial, es decir, una parte debe asumirla el oferente del bien o el servicio y sólo una porción puede trasladarse a precios, pues de otra forma pierde a sus clientes. Tratándose de alzas de impuestos, se ha acreditado que el traslado es sólo parcial. (ii) que los beneficiarios de los créditos son efectivamente las personas pobres, pues si no lo son y forman parte, por ejemplo de grupos medios o

altos, igual el traslado tiene algún efecto distributivo y focalizador del gasto.

IV. Consideraciones Finales

En la región y particularmente en América del Sur, se detecta una clara tendencia en los últimos años hacia el establecimiento de tasas judiciales. En tal sentido, parecería haber quedado algo de lado una visión ideológica del tema de la gratuidad de la justicia, para dar paso a una más pragmática. Incluso el financiamiento privado se ha extendido en Chile a la defensa de oficio en materia penal, en los casos en que el Estado deba proveerle un defensor público a un imputado que, pese a contar con recursos económicos suficientes, no desea contratar un defensor de confianza. En tales casos los costos del servicio les son cobrados a éste con posterioridad, incluso en montos superiores a los del mercado, para incentivar así a quienes pueden que nombren sus propios abogados⁵.

Sin embargo, todo indica que la principal motivación para el creciente establecimiento de tasas judiciales ha sido más la de acceder a una nueva fuente de recursos, que la de desincentivar un cierto tipo de litigación o el financiamiento de programas específicos de reforma judicial. La desvinculación que es posible advertir entre lo que se cobra por justicia y el servicio que se brinda puede ser una fuente de deslegitimidad futura para este sistema de financiamiento de la justicia.

Lo anterior es particularmente relevante en aquellos países o materias donde los tribunales actúan como un proveedor monopólico, es decir, no hay una alternativa para los ciudadanos (como puede serla el arbitraje) que les permita comparar tanto precio como calidad del servicio. Hay que tomar en cuenta que las políticas públicas modernas aconsejan en aquellas áreas monopólicas o de competencia restringida -como sucede en muchas partes con la salud- diferenciar claramente los roles de financiador, prestador y supervisor, para evitar precisamente que sea el mismo sujeto que brinda el servicio el que determine su precio y sea el encargado de velar por su correcta ejecución. Esta separación no existiría en el caso de la justicia.

Se constata una enorme heterogeneidad en los países estudiados en la forma en que han diseñado sus sistemas de tasas. Aún así es posible concluir que

⁵ Paradójicamente, ese mismo país, como se ha visto en este texto, no ha desarrollado paralelamente un sistema propio de tasas judiciales.

la tendencia más moderna -y donde se obtienen las mayores recaudaciones- es la de gravar el hecho de iniciar acciones judiciales, más que el cobro por la realización de trámites específicos, aunque existen varios países en que se mezclan ambas modalidades.

Los cobros únicos además simplifican enormemente los sistemas recaudatorios. En algunos casos de cobros por trámites, cuando los montos son muy bajos, es posible sospechar que la administración del sistema puede ser más costosa de lo que se recauda.

Por lo general se tiende a gravar la interposición de acciones civiles y comerciales, excluyéndose otras materias. Los demandados son también sujetos pasivos de los cobros, ya sea cuando reconviene o, en algunos casos, por el sólo hecho de contestar la demanda. Ello sin perjuicio de los países que cobran por la realización de trámites específicos, donde quien lo realiza debe pagar, sin distinciones.

En general, las personas pobres están exentas de su pago, pero ello depende de decisiones administrativas que, aunque no fueron objeto de este estudio exploratorio, se sabe que en muchos casos presentan problemas, tanto por el rango de personas que cubren como por la forma práctica en que operan. El principal fundamento de las tasas judiciales se cae si no van acompañadas de subsidios directos que efectivamente aseguren un acceso equitativo a la justicia.

Lo recaudado por concepto de tasas generalmente beneficia directamente a los Poderes Judiciales, aunque existe escasa información sobre los destinos específicos que tienen esos recursos. Ello es cuestionable en países en que todos los gastos ordinarios de funcionamiento del sistema judicial ya se encuentran cubiertos por el presupuesto judicial, pues puede dar la impresión que las tasas se destinan a gastos superfluos. En la situación inversa se encuentra Perú, donde buena parte de las tasas se destinan a la remuneración de los jueces. Lo problemático en este caso es que el monto de esas remuneraciones quede condicionado por el nivel de la recaudación (aunque se genera un incentivo poderoso para una fiscalización adecuada del pago). Parece mejor la opción de destinar el producto de las tasas a inversiones judiciales en innovación, claramente determinadas y públicamente evaluables.

En todo caso, y cualquiera sea la política que se siga, debe tenerse presente que las intervenciones posibles sobre la variable demanda por justicia no se limitan a la fijación de un sistema de tasas, pues

paralelamente puede influirse sobre los niveles o volúmenes de demanda a través de políticas de desjudicialización, de sistemas eficientes de costas, de sanciones efectivas a la litigación dilatoria y de creación de sistemas alternos de resolución de conflictos, entre otras. ■

V. Bibliografía

- Cerda, Carlos, *Duración del procedimiento civil ordinario en los juzgados de Santiago*, FONDECYT, Santiago, 1992.
- Eguiguren, Francisco, *La Reforma Judicial en la Región Andina: ¿Qué se ha hecho? ¿Dónde Estamos? ¿Adónde vamos?* Comisión Andina de Juristas, Lima, 2000.
- CEJA, *Reporte Sobre el Estado de la Justicia en las Américas*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, 2003.
- Garavano, Germán; Chayer, Héctor; Ricci, Milena y Cambelotti, Carlos, *Los Usuarios del Sistema de Justicia en Argentina*, 2001. <http://www1.worldbank.org/publicsector/legal/ponencias/Germ%20Garavano.doc>
- Gershanik, Martín; Garavano, Florencia y Gambaro, Natalia, *Información & Justicia. Datos sobre la Justicia Argentina*, Unidos por la Justicia, Buenos Aires, 2003.
- Hammergren, Linn, *Uses of Empirical Research in Refocusing Judicial Reforms: Lessons From Five Countries*. World Bank. Borrador en poder del autor, Washington, 2002.
- Vargas, Juan Enrique, *Gasto en Justicia*. Informes de Investigación, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999.
- Vargas, Juan Enrique; Peña, Carlos y Correa, Jorge, "El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia" en *Cuadernos de Análisis Jurídico N°42*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2001.

El principal fundamento de las tasas judiciales se cae si no van acompañadas de subsidios directos que efectivamente aseguren un acceso equitativo a la justicia.

de la Evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una perspectiva de género

(PRIMERA FASE: CHILE, ECUADOR, HONDURAS, GUATEMALA)

Farith Simon C.

simon@uio.telconet.net

Lidia Casas (colaboradora)



This comparative report brings together the results of what could be called a "second generation" study. JSCA's objective for its studies in Chile, Ecuador, Guatemala and Honduras was to determine the criminal procedure reforms' impact on the area of gender by studying the system's responses to crimes that tend to affect women and children, namely sex crimes and crimes against physical integrity. The report contains two sections. The first explains the methodology used in the country studies and the second presents the most important results in regard to four key areas: the system's effectiveness and productivity, attention to cases, expert investigation and services for victims.

Introducción

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas ha venido desarrollando, desde el año 2001, una serie de estudios de seguimiento de la reforma procesal penal especialmente dirigidos a verificar las nuevas prácticas que se han instalado a partir de la vigencia de éstas en la región.

El presente informe comparativo recoge los resultados de lo que podríamos llamar estudios de "segunda generación", los mismos que indagan la forma en que estos sistemas procesales penales han respondido a temas específicos. El objetivo de CEJA con estos estudios es determinar el impacto que la reforma procesal penal ha tenido en materias de género, al examinar el funcionamiento del sistema procesal penal al tratar aquellos delitos en los que las principales víctimas son mujeres, niños y niñas: delitos sexuales y otros delitos que afectan la integridad física.

Los estudios buscaban determinar aspectos positivos y negativos de la reforma en el tratamiento de estos delitos; una primera etapa se desarrolló en Chile y posteriormente se replicó en tres países: Ecuador, Guatemala y Honduras.

En los cuatro países se han implementado procesos de reforma importantes. Asimismo, han sido parte del proyecto de seguimiento de las reformas procesales penales desarrollado por CEJA; por lo tanto se cuenta con información del funcionamiento general del sistema con independencia del tipo de delitos y sus víctimas.

La reforma en el caso de Guatemala se aprobó en el año 1992 y se encuentra vigente desde el año 1994¹. En el caso del Ecuador, la reforma se aprobó en el año 2000 y entró en vigencia en julio de 2001². Honduras aprobó la reforma en diciembre de 1999, publicada como ley en mayo de 2000, y

¹ La evaluación desarrollada por CEJA da cuenta que la reforma en Guatemala presenta una serie de problemas de aplicación del sistema acusatorio. Hasta el momento se han dado 6 reformas legales que acercan al procedimiento penal al sistema inquisitivo, además de mantener prácticas inquisitivas, especialmente en la investigación.

² En el Ecuador por problemas –inclusive en el diseño de la ley– se han tenido inconvenientes en el desarrollo del sistema acusatorio, como se puede verificar de los resultados de la evaluación procesal.

entró en vigencia a escala nacional el 20 de febrero de 2002. En Chile la reforma se encuentra en vigencia desde enero del año 2001. A diferencia de los otros países, la implementación se desarrolló en forma progresiva, la que se espera que se complete a fines del año 2005.

Algunos rasgos generales de estas reformas son la sustitución de sistemas de corte inquisitivo por sistemas acusatorios encargando la persecución penal al Ministerio Público, introduciéndose los principios de oralidad y publicidad de las audiencias y juicios, creando nuevas instituciones o fortaleciendo algunas de ellas, dando mayor importancia a las partes involucradas en el proceso, y en algunos casos creando mecanismos alternativos en la solución de los conflictos.

Un elemento diferenciador importante de estos estudios nacionales es que los mismos centran su mirada en el funcionamiento del sistema procesal en las fases previas al juicio y por tanto abordan temas específicos como las limitaciones de acceso de las mujeres a la fiscalía, la culpabilización de las víctimas de estos delitos, la identificación de "filtros" de selección de casos en delitos sexuales y de violencia intrafamiliar, y la carencia o inexistencia de formas adecuadas de atención y tratamiento de mujeres víctimas por parte de las entidades involucradas. Esto, a diferencia de las evaluaciones de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina, que se desarrollaron en relación con el contenido de la reforma procesal penal general, su implementación, el funcionamiento de la misma en la práctica, se centró en la dinámica de los juicios orales.

Un hecho importante a resaltar es que si bien la reforma procesal penal no contempló de manera específica objetivos vinculados al mejoramiento del tratamiento de estos delitos o la superación de algunos de los problemas señalados como relevantes en el sistema de justicia respecto de las mujeres, la discriminación de género en el acceso a la justicia o la victimización secundaria; sin embargo varios de los objetivos propuestos para los procesos de reforma eran que tuvieran un impacto importante en estos ámbitos, sin mirar a las consideraciones de género, pero que sin duda mejoraría la situación de las mujeres involucradas en el sistema de justicia penal, tanto víctimas como imputadas. Ejemplos de ello son la disminución de la duración de los procesos, el mayor respeto a las garantías del debido proceso y el mejoramiento del trato que se da a las víctimas.

Estas reformas fueron miradas en algunos países como una oportunidad para fortalecer, en lo procesal, los cambios sustantivos introducidos en el tratamiento de los delitos sexuales y de la violencia en contra de la mujer, promovidos por la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), suscrita por todos los países en que se desarrolló el estudio.

Si bien estos estudios no se dirigían a evaluar la eficacia de las reformas normativas sustantivas (y de algunas procesales derivadas de estas soluciones) los estudios dan cuenta de la manera en que los sistemas han reaccionado en la práctica a la introducción de ciertas soluciones "estándar" como la aprobación de "leyes contra la violencia doméstica" que han puesto énfasis en los aspectos civiles de estos fenómenos o en el desarrollo de medidas de protección para las víctimas.

Cada estudio fue desarrollado por un equipo nacional responsable del relevamiento de la información y de la elaboración del informe en el ámbito local³. Estos equipos fueron coordinados por Lidia Casas y Alejandra Mera en Chile; Patricia Esquetini de la Fundación Esquel en Ecuador; Andrea Diez del INECIP-Guatemala en Guatemala; y, Margarita Puerto en Honduras. Cada informe local es responsabilidad del equipo local⁴. La coordinación general de los estudios desarrollados en Ecuador, Guatemala y Honduras estuvo a cargo de Farith Simon, con la asesoría académica de Lidia Casas y el apoyo del equipo central del CEJA⁵.

Este informe contiene dos secciones diferenciadas. En la primera se explicita la metodología utilizada para el desarrollo de los estudios nacionales, en la segunda sección se presentan los resultados comunes más relevantes centrándose en cuatro aspectos: eficacia y productividad del sistema, atención de casos, peritajes, y atención de víctimas.

Metodología

En la metodología debemos diferenciar entre la utilizada por las autoras del estudio realizado en Chile y la de los países restantes.

El estudio de Chile⁶, al ser el primero de los cuatro -y exploratorio- diseñó los instrumentos que

³ Copias completas de los informes nacionales se puede encontrar en la página web de CEJA <http://www.cejamericas.org>

⁴ La selección de los equipos locales estuvo a cargo de CEJA.

⁵ En un primer momento Luciana Sánchez y, posteriormente, Mildred Hartman.

⁶ Es estudio abarcó las dos primeras etapas de implementación de la reforma procesal penal en ese país, es decir las II, III, IV, VII y IX regiones.

posteriormente fueron adecuados para el resto de los países del estudio⁷. En él se recogió una gran cantidad de opiniones⁸ de los distintos actores involucrados en el sistema penal; luego, estas opiniones se contrastaron con datos cuantitativos para complementar y corroborar la información obtenida. Finalmente se desarrolló un estudio de los criterios jurisprudenciales en materia de delitos sexuales con base en el análisis de fallos de tribunales orales.

En los tres países restantes la primera fase del estudio se centró en la recolección de información relevante por medio de tres pautas elaboradas especialmente para el efecto y posteriormente se desarrollaron las entrevistas para profundizar en los hallazgos cuantitativos.

La primera pauta estuvo dirigida a recoger información sobre la evolución de la legislación penal referida a los delitos sexuales y a los casos de violencia intrafamiliar, así como de la legislación procesal penal aplicable a estos delitos, tratando de identificar la existencia o no de reglas procesales específicas aplicables a los delitos materia del estudio.

La segunda pauta sirvió para recolectar la jurisprudencia que en un período de 12 meses se había dictado en relación con los delitos materia del estudio, tratando de identificar en la misma datos sobre las víctimas y su relación con el imputado por tipo de delito, la forma en que las normas penales fueron aplicadas por los tribunales en cada uno de los distintos tipos penales, poniendo especial énfasis en indagar sobre las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y las penas aplicadas, establecer si en los casos de condena hubo beneficios alternativos a la privación de la libertad, revisión de las condenas y absoluciones en relación con las pruebas producidas en el juicio y los fundamentos entregados por los jueces, y la existencia de medidas de protección para la víctima durante el juicio.

...
estos delitos, al tener como principales víctimas a las mujeres y a los niños, reflejan las relaciones de poder imperantes en la sociedad, relaciones que consideran que el hombre se encuentra en una posición de superioridad frente a los demás miembros de la misma. La violencia contra la mujer refleja una consideración social que trata a las mujeres como si tuvieran una posición de inferioridad y sumisión.

La tercera pauta estaba dirigida a la recolección de información cuantitativa, complementando, cuando estuviera disponible, una serie de indicadores sobre violencia contra la mujer, desarrollados por la CEPAL; establecer en qué medida se recogía en cada país información estadística desagregada por género en las instituciones que operan en los casos de delitos sexuales y violencia intrafamiliar; contar con información lo más certera posible acerca de los recursos asignados al tratamiento de estos casos por estas instituciones, y de su cobertura geográfica; y dar cuenta de la duración estimada del tratamiento de los casos desde su denuncia hasta una de las salidas posibles ofrecidas por el sistema⁹. En todos los casos los períodos de recolección de información fueron de 12 meses¹⁰.

La cuarta pauta, de entrevistas, se diseñó en función de profundizar o verificar los hallazgos hechos por los equipos locales en la aplicación de las pautas señaladas anteriormente.

Luego se realizó una visita de seguimiento a cada uno de los equipos locales con la finalidad de discutir con los expertos/as locales la implementación de las pautas de entrevistas y sus necesidades de adecuación; definir el ámbito territorial de aplicación de las pautas de entrevistas; tomar contacto con el sistema de justicia; visitas a autoridades locales; y definir las políticas para la solicitud de entrevistas.

Las entrevistas se dirigieron fundamentalmente a jueces, fiscales, policías, servicios de salud y otros operadores y auxiliares de la justicia.

En función de la información recolectada en las pautas y las entrevistas realizadas cada equipo elaboró su informe local¹¹.

Los Delitos contra las mujeres y los niños/as

Varias son las razones que justifican el desarrollo de un estudio específico de la forma en que el sistema procesal penal enfrenta los delitos sexuales y la violencia con-

⁷ Copia de los mismos están disponibles en la página web de CEJA <http://www.cejamerica.org>

⁸ El proyecto desarrolló entrevistas a más de 70 personas entre abril y octubre de 2003.

⁹ Las forma de terminación de las causas pueden variar de un lugar a otro, pero las principales son: no inicio de la investigación por aplicación del principio de oportunidad; archivo; suspensión condicional del procedimiento; acuerdo reparatorio; procedimiento simplificado o abreviado; juicio oral y sentencia absolutoria.

¹⁰ En este sentido es relevante señalar que los sistemas de registros de los países estudiados, en menor medida Chile, son precarios, pocas veces se desagregan las estadísticas por sexo o se advierten sistemas paralelos que no son complementarios. Ello no permite hacer un seguimiento adecuado de las tendencias, ni de la revisión o formulación de políticas públicas apoyadas en evidencia que avalen dichas medidas.

¹¹ Un detalle de las personas entrevistadas y del número de entrevistas se puede encontrar en cada informe local.

tra las mujeres, pero consideramos que la principal tiene que ver con que estos delitos, al tener como principales víctimas a las mujeres y a los niños, reflejan las relaciones de poder imperantes en la sociedad, relaciones que consideran que el hombre se encuentra en una posición de superioridad frente a los demás miembros de la misma. La violencia contra la mujer refleja una consideración social que trata a las mujeres como si tuvieran una posición de inferioridad y sumisión.

Producto de estas concepciones, la actuación del sistema de administración de justicia no ha sido relevante al enfrentar estas manifestaciones de la violencia contra la mujer y los niños/as, ya que en la casi totalidad de los casos ha hecho abstracción de las consideraciones de género al enfrentar los delitos y en general ha sido un reflejo, al igual que las normas penales, de estos antecedentes socio-culturales.

Los últimos años el movimiento de mujeres ha hecho importantes contribuciones para visibilizar la existencia del problema en todas sus expresiones, así como para poner de manifiesto la actuación del aparato judicial al tratar estas conductas. Estos esfuerzos han dado como resultado una serie de reformas legales dirigidas a sancionar la violencia intrafamiliar y a modificar el tratamiento normativo de los delitos sexuales¹².

En la actualidad la violencia en contra de la mujer es considerada una forma de discriminación, ya que ella se manifiesta en actos dirigidos a las mujeres por el hecho de ser tales o que las afecta desproporcionadamente como grupo y que provoca daño o sufrimiento físico, mental o sexual¹³. En 1993 la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que se llevó a cabo en Viena reconoció que la violencia contra las mujeres es una violación de sus derechos humanos, que puede ser producida en el ámbito público como en el privado. En 1994 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer aprobada en Belem do Pará define lo que se considera violencia contra la mujer señalando que es cualquier acción o conducta que esté basada en su género y que le cause algún daño o sufrimiento de cualquier índole: físico, psicológico y sexual, o que le cause la muerte.

Las particularidades de estos delitos, por ejemplo, la relación de cercanía existente entre la mayoría de víctimas y los victimarios, la dependencia afectiva y económica que existe en muchos casos, las consideraciones culturales en que la violencia en contra de la mujer es tolerada y que rodean estas conductas, la actuación de las autoridades, los problemas probatorios que presentan los mismos, etc., comportan serios desafíos para las entidades del sector justicia, desafíos que superan la reforma normativa, que ha demostrado una eficacia relativa para enfrentar estos problemas dado el trasfondo cultural que también permea a los operadores de justicia.

Visión general del tratamiento normativo de los delitos sexuales y de violencia intrafamiliar

De los cuatro países en que se desarrolló el presente estudio, únicamente Honduras considera la violencia intrafamiliar como un delito independiente. En los tres países donde se desarrolló un estudio detallado de la evolución normativa (Ecuador¹⁴, Guatemala¹⁵ y Honduras¹⁶) se puede verificar que en un lapso de dos años, entre 1995 y 1997, se aprobaron leyes especiales para tratar la violencia intrafamiliar¹⁷ (en Honduras la ley civil se refiere a violencia doméstica). En el caso de Chile, la ley que sanciona la violencia intrafamiliar se dictó en 1994 y su competencia está radicada en tribunales civiles.

Si bien la violencia intrafamiliar no está tipificada como delito salvo en Honduras, en los demás países estos casos se tratan bajo otras figuras penales, por ejemplo lesiones. En ninguno de los países se cuenta con estadísticas desagregadas por sexo o por edad, por tanto no se puede determinar cuáles de estos son producto de violencia intrafamiliar o tienen como víctimas principales a mujeres o a niños/as.

En el Ecuador a partir de las reformas legales de años recientes, se considera a todos los delitos sexuales como delitos contra la integridad física, seguridad y libertad sexual, antes se los trataba como delitos contra el honor o la familia. En Honduras los actos de lujuria, el estupro, el rapto, el ultraje al

¹² Los informes nacionales desarrollan desde diferentes perspectivas estas consideraciones. Especialmente interesante en este punto es el informe de Chile que desarrolla un importante análisis del tema.

¹³ Párrafo 6, Recomendación General N° 19 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 11ª Sesión, 1992, UN Doc.A/47/38. Citado por el informe local de Chile.

¹⁴ La Ley de Violencia Contra la Mujer y la Familia fue aprobada en diciembre de 1995; se trata como una contravención, se establece un procedimiento especial y una serie de medidas cautelares.

¹⁵ En 1996 se aprueba la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar en la que establece una serie de medidas de protección a la víctima de violencia intrafamiliar; en el año 2000 se puso en vigencia el Reglamento de la Ley.

¹⁶ En 1997 se aprueba la Ley contra la Violencia Doméstica, estableciendo un procedimiento especial en el ámbito civil. En ese mismo año se crea la figura de delito de violencia intrafamiliar.

¹⁷ En los tres casos estas legislaciones establecen procedimientos o autoridades especiales para tratar estos delitos; asimismo se contemplan medidas de protección especiales.

pudor se consideran delitos contra la honestidad, el incesto se considera una violación al vínculo familiar. En Guatemala la violación, el estupro, los abusos deshonestos, violentos y agravados, el rapto, la corrupción de menores y el proxenetismo aun se consideran delitos contra el pudor o la honestidad.

En Ecuador, Honduras y Guatemala se mantiene el matrimonio con la víctima como eximente de responsabilidad de algunos delitos sexuales. En Ecuador en el caso del delito de rapto; en Guatemala en los delitos de violación, estupro (mediante engaño, inexperiencia y confianza), abusos deshonestos y rapto cuando la víctima es mayor de 12 años y exista consentimiento del Ministerio Público; en Honduras en el caso de estupro y rapto. En Chile, ello fue modificado en 1999.

Cobertura del sistema

Como lo confirman los cuatro estudios, las denuncias recibidas por el sistema son una pequeña parte de los hechos de violencia (física o sexual) en contra de las mujeres que se producen en cada país. La naturaleza de estos delitos, las percepciones sociales respecto de los mismos, la manera en que los operadores actúan frente a estos casos, las condiciones de recepción de las denuncias, los criterios de selección y persecución, la forma en que se practican los exámenes periciales, el (no) acompañamiento a las víctimas, las dificultades para acceder a las instituciones, la vulnerabilidad de las víctimas en el sistema, la poca respuesta que reciben, la duración de los casos, etc. son algunas de las razones que explican esta "cifra negra", que creemos que mayor a la que se presenta en otros delitos.

Las denuncias recibidas por delitos sexuales en los Ministerios Públicos en un lapso de 12 meses en el año 2003 corresponden en Ecuador¹⁸ a un 3,75%; en Guatemala a un 1,95%, en Honduras a un 5,64% de todos los casos que ingresaron al sistema. Para el caso de Chile, en el año 2002, los delitos sexuales representaban un 1,3% del universo de las denuncias que ingresaron.

Un tema especialmente relevante, identificado por los estudios nacionales, es la carencia de información sobre los casos de violencia en contra de la mujer (no sexual) en los sistemas de justicia penal. En general la información disponible se refiere a los

casos de violencia intrafamiliar tratados por vía civil o contravencional (como es el caso del Ecuador), que tienen por objetivo la toma de medidas de protección o de amparo. Sin embargo, en las estadísticas de recepción de denuncias en materia penal no aparece la referencia a las víctimas o a la naturaleza de los hechos denunciados, lo cual impide identificar en los delitos de lesiones, por ejemplo, qué denuncias son producto de los casos de violencia doméstica o intrafamiliar. Como veremos más adelante, un problema de gran magnitud es la indeterminación de competencias para tratar estos casos, indeterminación que ha tenido como efecto una situación de mayor indefensión de las víctimas de violencia.

En el caso de Honduras donde existe el delito de violencia intrafamiliar, en 2003, se registró un total de 1255 denuncias de este delito, representando un 2,44 % del total de las denuncias.

Productividad del sistema

Una de las ofertas más importantes hecha por los impulsores de la reforma procesal penal era la de incrementar la productividad del sistema, productividad mirada como la capacidad del mismo de dar respuestas¹⁹ a los casos denunciados y el tiempo que se toma para resolverlos²⁰.

No aparece de los estudios nacionales información suficiente para presentar una comparación sobre la mayor o menor productividad al tratar estos casos con el anterior sistema y con los otros casos conocidos en el sistema; sin embargo son notorias las exigencias que plantean los fiscales para llevar un caso a juicio. Como veremos más adelante (en lo referente a la recepción de denuncias y a los criterios de persecución), existe un "estándar" mayor de prueba para decidir llevar estos casos a juicio, además de depender estos de la existencia de ciertos informes periciales que en un muchos ocasiones no se entregan o son de baja calidad como se analizará en la sección pertinente de este informe.

Esta imposibilidad de presentar información relativa a la eficiencia del sistema, en comparación al sistema anterior, tiene que ver con la inexistencia de información que permita realizar estas comparaciones.

En lo que se refiere al tiempo de duración de un caso entre la denuncia y el juicio oral solamente

¹⁸ Septiembre 2003 a septiembre 2004.

¹⁹ Una respuesta es una decisión que toman las autoridades respecto del caso de acuerdo con el marco normativo aplicable y las circunstancias. La respuesta puede variar entre una decisión de aplicación del principio de oportunidad (archivo) hasta una sentencia (sea absolutoria o condenatoria).

²⁰ Estamos de acuerdo con el informe de Chile que estima que "también se encuentran dentro de la noción de eficacia aspectos que dicen relación con la efectiva protección y vigencia de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso, tanto imputado como víctima".

contamos con información de Chile y Ecuador. En el primer país la duración de un caso se situaba antes de la reforma entre los 6 y los 48 meses (año 2000). Después de la reforma el promedio por caso es de 6 meses (se incluyen las desestimaciones). En cuanto al Ecuador el promedio de duración de los casos que llegan a juicio en el nuevo sistema es de 12 meses y 13 días²¹, no contándose con información que permita comparar la duración de los mismos en el anterior sistema.

El porcentaje de casos de delitos sexuales llevados a juicio es notoriamente bajo en tres de los países estudiados: Guatemala, Chile y Ecuador. Para el caso de Chile, en las regiones estudiadas el promedio de casos que llegan a juicio en el año 2002 significó un 3,89 % de las denuncias recibidas. En el caso de Ecuador, el porcentaje de casos que llegaron a sentencia (por tanto a juicio) en 12 meses fue de 2,75 %. En Guatemala el porcentaje de casos que llegaron a juicio representó un 0,33 % (incluyendo aquellas dictadas en juicios abreviados). En Honduras, el porcentaje de casos llevado a juicio representa en el año 2003 un 6 %, siendo el porcentaje más alto de los cuatro casos estudiados. Para efectos de comparación, en Guatemala²² el número de homicidios llevados a juicio²³ representó un 23,65 % del total de denuncias recibidas; en Honduras en 2003 se llevaron a juicio el 12 % de las denuncias de homicidios; en Ecuador el 5,31 % de las denuncias son llevadas a juicio.

Algunas de las razones que explican el bajo número de casos de acuerdo a los informes nacionales serían, entre otros: la "ineficaz investigación llevada a cabo por parte del Ministerio Público"; la tendencia a llevar a juicio solamente aquellos casos que se considera que cuentan con suficientes pruebas para lograr sentencias condenatorias. Como claramente se explica en el informe de Guatemala, "este criterio de persecución penal es válido para todo tipo de delitos, resulta perjudicial en el caso de delitos sexuales, por cuanto las circunstancias y características de su comisión son muy difíciles de probar. Es reprochable, además, que con frecuencia el Ministerio Público se conforma con pruebas casi rutinarias como informes médicos y testimoniales, sin llevar a cabo una eficiente recopilación de medios probatorios para la comprobación y reconstrucción fáctica del delito"; el sistema trata de manera diferenciada los casos de mayores y menores de edad, dando prioridad a los casos de estos últimos;

falta de protección a las víctimas y a los testigos (cuando existen), ya que por la naturaleza de estos delitos las víctimas están sujetas a permanente presión que persigue la retractación o el abandono de los casos, no considerando el sistema ninguna medida para asegurar la continuación de los casos a pesar de la falta de comparecencia de las víctimas, como una opción posible. Por supuesto aquí se pone en juego uno de los elementos centrales del debate respecto de los delitos sexuales, la autonomía de la víctima para decidir el destino que da a su caso el Ministerio Público.

Otro elemento que aparece como limitante para la realización de juicios orales es la necesidad de contar en el debate con la presencia del médico que efectuó el informe pericial. En el caso de Chile es notoria la resistencia de estos profesionales para asistir como peritos a juicio, o como se explica en el informe de ese país, "...intentan soslayar (los médicos) su obligación de atender a víctimas de estos delitos en servicios de urgencia, u obligan al Ministerio Público a solicitar un segundo peritaje al SML (Servicio Médico Legal), ya sea por su negativa a asistir al juicio o por la mala calidad de los informes evacuados. A partir de lo anterior se puede sostener que más allá de las reformas legales, existen graves problemas de operatividad y capacidad de responder a las demandas de la justicia criminal de los organismos auxiliares, como también importantes vacíos de capacitación que puedan lograr superar factores de cultura institucional e individual". Algo parecido aparece en el informe de Guatemala.

En los estudios se sugiere que muchos de los casos no son llevados a juicio por los fiscales debido a las valoraciones que hacen de la posición de los jueces en estos casos, es decir la percepción de que el juez sería "conservador" al evaluar los casos es un fuerte criterio de selección de los mismos. De hecho en los informes nacionales existe un importante estudio de las consideraciones jurisprudenciales en los casos que confirma una actuación judicial cargada, en muchos casos, de prejuicios.

Atención de los casos

Por las particularidades de los delitos sexuales, un elemento central en el mejoramiento de la atención de estos casos es la recepción de las denuncias. Esta funciona como puerta de ingreso al sistema en la

²¹ Este promedio se obtuvo al analizar los casos que llegaron a juicio entre septiembre de 2002 y septiembre de 2003.

²² Un tema que realmente llama la atención en Guatemala es el referido al asesinato de mujeres, en el período comprendido entre el 1 de enero y el 18 de diciembre de 2003 se reportaron un total de 358 casos. De éstos, 32 fueron investigados y solamente 1 fue llevado a juicio. En los primeros 4 meses del año 2004 se reportaron 174 casos.

²³ En el año 2001.

cual se pueden reproducir una serie de prejuicios sobre las víctimas (de hecho la información recolectada por los estudios nacionales da cuenta de la persistencia estos prejuicios, especialmente las mujeres adultas que se atreven a presentar denuncias); se recoge información clave para la investigación de los casos; en muchos casos la recepción de las denuncias actúa como un primer “filtro” de casos, es el primer contacto de la víctima con el sistema, etc.

La mayor parte de delitos sexuales contra menores de edad se perpetran por parte familiares o conocidos y son reiterados a lo largo del tiempo. Muchas veces son conocidos por familiares u otros allegados y no son denunciados o éstos protegen a los perpetradores. En cambio, en el caso de las mujeres adultas, la mayor parte de estos delitos (denunciados) son cometidos por personas desconocidas para la víctima, o en el contexto doméstico el responsable es el cónyuge o la pareja de la víctima. En el primer caso en condiciones que hacen difícil la identificación del agresor; o con serias dificultades para recoger los medios de pruebas, que hacen, sumado a los factores antes señalados, que la denuncia sea muy difícil; en el segundo caso existe una serie de dificultades derivadas a la relación de dependencia (económica y muchas veces afectiva), y de cercanía entre la víctima y el perpetrador.

De los informes nacionales se puede concluir que como resultado de la acción de los movimientos de mujeres se crearon una serie de “puertas” de entrada al sistema con la finalidad de asegurar un mayor acceso a la justicia. Ello contrasta con el cambio que introdujo la reforma procesal penal, la que ha tratado de centralizar la recepción de denuncias en el Ministerio Público. El extremo de este sistema “multipuertas” es la experiencia de Guatemala, país en el que existe la posibilidad de presentar las denuncias en las Oficinas de Atención Permanente, en las Oficinas de Atención de Víctimas del Ministerio Público, en las Oficinas de Atención de Víctimas de la Policía Civil Nacional o en las delegaciones policiales, en los juzgados de paz penales, en las delegaciones policiales. En el Ministerio Público es posible presentar las denuncias en la fiscalía de la mujer o en las fiscalías distritales. Y, finalmente, ante los tribunales penales y los jueces. En el caso del Ecuador las denuncias pueden ser presentadas en las oficinas policiales, las comisarías nacionales o de la mujer, los tribunales penales y los jueces penales. En el caso de Honduras las denuncias pueden ser presentadas en el Ministerio Público (a los fiscales comunes o en la fiscalía especial de la mujer), la policía preventiva, en los juzgados especializados en violencia doméstica y ante los jueces penales. En el caso de Chile las denuncias se pueden

recibir en el Ministerio Público, por parte de los jueces o en las dependencias policiales.

En todos los casos las denuncias deberían ser remitidas al Ministerio Público para que inicie la investigación (en algunos países y en determinadas ciudades existen fiscalías especializadas). La existencia de multipuerta en el caso de Ciudad de Guatemala de permite que la Oficina de Atención Permanente por medio de su unidad de análisis revise los casos y determine cuáles presentan méritos suficientes para ser remitidas a la fiscalía correspondiente.

Más allá de que un sistema multipuerta pueda provocar problemas como la inexistencia de una política común de recepción de casos o la re-victimización por la necesidad de repetir en varias ocasiones lo hecho, etc., se detectaron varios otros en la recepción de denuncias. Estos los podemos resumir en los siguientes aspectos: los sistemas de registro de casos son deficientes: en algunos casos como en Guatemala el registro de casos no concuerda totalmente con los tipos penales vigentes; no existen protocolos o procedimientos comunes para la recepción de las denuncias de violencia sexual lo que hace que las víctimas sean tratadas sin considerar las particularidades de los delitos sexuales, que se expongan a una serie de prejuicios o a una re-victimización por la necesidad de relatar varias veces los hechos; la lentitud para recolectar información clave; la no aceptación de las denuncias en ciertas instituciones (especialmente en zonas de difícil acceso). También se señalan problemas vinculados a la falta de infraestructura, especialmente por la ausencia de condiciones de privacidad para la recepción de denuncias; y en el caso de Guatemala (situación que podría ser similar en algunas zonas del Ecuador aunque no se reportó en el informe local), la carencia de funcionarios que hablen las lenguas nativas.

Concordamos con la conclusión contenida en el informe de Guatemala en el que se señala que los problemas con la denuncia contribuyen a la existencia de “prácticas de expulsión selectiva por parte del sistema de justicia penal hacia las víctimas de violencia sexual que quieren realizar la denuncia, ya sea por negativa de recepción de la misma e inadecuadas derivaciones o por exponer a las denunciadas a situaciones revictimizantes como el tener que relatar el hecho ante muchas personas. La expulsión selectiva es uno de los problemas que contribuye a la persistencia de la impunidad, al reforzamiento de los ciclos de violencia contra las mujeres y a su victimización secundaria. En el caso de delitos sexuales, el efecto de las prácticas de expulsión institucional es que las víctimas abandonan definitivamente el reclamo reparatorio ante la Justicia”²⁴.

24 Informe local Guatemala.

Un tema a considerar es el papel de la policía en la recepción de las denuncias. De los informes nacionales surge el hecho de que no se encuentran debidamente capacitados para realizar este trabajo, ya sea por falta de especialización o de entrenamiento adecuado para atender (y posteriormente) investigar estos casos de acuerdo a sus particularidades. En países como Guatemala y Ecuador aparecen evidencias de que la policía suele promover la no presentación de denuncias y, en muchos casos, la no continuación de los casos (esto por supuesto impacto en la re-victimización).

Criterios de derivación y procedimientos de atención de casos

A excepción de Chile, que cuenta con varios instructivos para la atención de delitos sexuales, en los restantes países no existen procedimientos, instructivos o protocolos de atención para estos delitos; esto provoca que la atención quede librada a la voluntad de cada funcionario que tiene contacto con el caso. Esto implica, por ejemplo, que no necesariamente las denuncias sean derivados para el desarrollo de las pericias correspondientes que en muchos casos son esenciales.

En todos los países se han establecido fiscalías especializadas (Honduras, Ecuador, Guatemala) o fiscales especializados en delitos sexuales como en el caso de Chile. Esto en principio es una solución adecuada; sin embargo, se puede constatar que en los países donde existen unidades especializadas, éstas únicamente funcionan en las ciudades principales (por ejemplo en Guatemala el 70 % de los casos se producen en ciudades donde no existen estas unidades); no se encuentran debidamente capacitados; no cuentan con recursos humanos y la infraestructura suficiente para responder a una demanda cada vez más creciente, por lo que en apariencia puede ser evaluado como un avance, en los hechos resulta insuficiente para entregar respuestas no sólo adecuadas sino oportunas del sistema.

En Honduras, todos las denuncias de delitos sexuales se remiten para la realización de exámenes

forenses, y todas las restantes actuaciones de investigación se encuentran a cargo de la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC) de la Policía a quien remite el caso el fiscal. El estudio da cuenta que únicamente se remite a investigación un 50 % de las denuncias recibidas (no se explican las razones para este número) y únicamente se recibe informe en un 31 % de los casos remitidos.

En Guatemala las oficinas de atención permanente, o en su defecto los fiscales auxiliares, precalfican los casos sin contar el resultado del informe médico. Cuando el caso se remite para la elaboración del informe forense, éste tarda entre "cuatro y seis días hábiles". En consecuencia, la calificación inicial de los casos se basa en el contenido de la prevención policial o en la opinión escrita de un auxiliar de la ventanilla de recepción de denuncias o del fiscal auxiliar.

A excepción de Chile, que cuenta con varios instructivos para la atención de delitos sexuales, en los restantes países no existen procedimientos, instructivos o protocolos de atención para estos delitos; esto provoca que la atención quede librada a la voluntad de cada funcionario que tiene contacto con el caso.

En el Ecuador los casos que se dan a trámite son remitidos a la Policía Judicial para la investigación (la unidad policial que se encarga de la investigación es la de homicidios) y a los peritos acreditados para la elaboración de los informes respectivos. De acuerdo con los datos contenidos en la investigación en un período de 12 meses (septiembre de 2002 a septiembre de 2003), se recibieron 5176 denuncias de delitos sexuales; de éstas, 4915 se encuentran en la fase de indagación previa, es decir un 94,9 % de los casos.

Selección de casos

No existe duda de que el nuevo sistema procesal penal funciona a partir de la premisa de que no toda denuncia será investigada, por lo cual requiere de mecanismos que garanticen que aquellos casos que no son considerados especialmente graves o de especial relevancia social, o en los que no se cuente con suficientes antecedentes para llevar una investigación con alguna probabilidad de éxito, no se los continúe.

En los países estudiados, a excepción del Ecuador²⁵, los fiscales tienen a su disposición varios mecanismos para seleccionar estos casos. En Chile²⁶, los principales mecanismos son: el archivo provisio-

²⁵ En el Ecuador la figura equivalente es la desestimación, que es una posibilidad procesal que tiene el fiscal y consiste en solicitar al juez el archivo de la denuncia, mediante un requerimiento debidamente fundamentado, cuando sea manifiesto que el acto no constituye delito, o cuando existe algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso. Del total de denuncias recibidas por delitos sexuales y violencia intrafamiliar entre enero y septiembre de 2003, se utilizó la desestimación en un 7,39 % de los casos. No se tiene la información de los delitos en general para compararla.

²⁶ Adicionalmente existe la incompetencia y anulación administrativa, los sobreseimientos y la facultad de no perseverar.

nal²⁷, el principio de oportunidad²⁸ y la facultad de no iniciar la investigación²⁹. En Guatemala estas facultades son el "criterio de oportunidad", desestimación³⁰ y archivo³¹. En Honduras es el criterio de oportunidad³².

De estos tres países en el que se aplican de manera extensiva las facultades discrecionales es Chile. En las regiones estudiadas se puede verificar que se aplica el archivo provisional en un 49,39 % de los casos de delitos sexuales, frente a un 90 % de los casos de robo y un 14 % en los de homicidio.

Esto, de acuerdo a las autoras del estudio, se explica por tres razones: "la ausencia de buenos informes periciales, prejuicios en cuanto a la credibilidad y, especialmente cuando se trata de mujeres púberes o adultas, un mayor porcentaje de delitos con un imputado desconocido, son estas víctimas las que deben, en gran medida, estar viendo desestimadas sus causas de manera temprana". El efecto de esta actuación es incrementar la sensación de impunidad y por tanto se envía un mensaje para desestimar la presentación de denuncias.

Como señalan las autoras del estudio chileno, "sobre la base de estos datos, el número de archivos en caso de delitos sexuales puede estar siendo algo elevado, si se considera que generalmente se trata de delitos con imputado conocido (familiar o persona muy cercana a la familia) y además son delitos que por su naturaleza e impacto deberían presentar incentivos para ser investigados por parte de la fiscalía, al menos en una etapa inicial, lo que tendería a excluir el archivo (...) esta salida se hace más fre-

cuente, de acuerdo a las entrevistas realizadas, porque el Ministerio Público considera que los abusos cometidos en contra de niños constituyen delitos de gran gravedad, es posible aventurar que el porcentaje de archivos se esté concentrando mayoritariamente en casos en que las víctimas son mujeres adultas". Esto pone en evidencia "(...) una serie de prejuicios que tienden a descreer las versiones de las adultas y adolescentes agredidas. Así, constatamos que cuando se trata de víctimas mujeres, y en mayor medida mientras más adultas son, tanto de parte de las policías, como también de algunos fiscales, existen más cuestionamientos sobre la veracidad del relato de la víctima, lo que muchas veces puede incidir en que no se siga adelante con el proceso".

...
constatamos que cuando se trata de víctimas mujeres, y en mayor medida mientras más adultas son, tanto de parte de las policías, como también de algunos fiscales, existen más cuestionamientos sobre la veracidad del relato de la víctima, lo que muchas veces puede incidir en que no se siga adelante con el proceso.

El principio de oportunidad es poco utilizado en las regiones materia del estudio; lo más relevante es que en Chile existe un instructivo para la aplicación de este principio en los delitos sexuales, instructivo que diferencia la aplicación del mismo para el caso de los niños y niñas y los adultos o adultas. En lo que se refiere a la "facultad de no iniciar" su uso es más extenso³³, utilizándose principalmente para aquellos actos con

connotación sexual que los fiscales consideran irrelevantes y no constituyen delito. Entre éstos se enumeran los "agarrones" en los autobuses o pasillos, o ciertos toqueteos "por encima".

En Guatemala, el criterio de oportunidad es poco utilizado. La referencia que se tiene es la aplicación por parte de la Fiscalía de la Mujer en 46 de los 12108 casos que conoció en el año 2003 (incluyen delitos sexuales y los casos de violencia intrafamiliar), es decir a un 0,37 %. Un número bastante

²⁷ Es la facultad que tiene el fiscal de no investigar un delito cuando estima que no cuenta con los antecedentes necesarios para orientar una investigación, si surgen antecedentes que hagan posible continuar con la investigación, ésta puede reabrirse. Esta facultad caduca una vez formalizada la investigación ante el juez de garantías.

²⁸ Es la facultad que tienen los fiscales de no iniciar la investigación o terminarla una vez iniciada bajo la consideración de que el hecho no compromete gravemente el interés público, siempre que la pena mínima asignada al delito no exceda de presidio o reclusión menor en su grado mínimo o no se trate de un delito de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

²⁹ Es la facultad que tiene el fiscal de no iniciar el proceso en caso de encontrarse frente a hechos que no sean constitutivos de delito, o bien, que de los antecedentes se concluya que la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida. Siempre que no haya intervenido el juez de garantía.

³⁰ Es la solicitud que hace el fiscal para no continuar el caso cuando se ponga de manifiesto que el hecho no es punible o cuando no se puede proceder por algún obstáculo legal.

³¹ Se aplica cuando no se haya individualizado al imputado y debe notificarse a las partes de la resolución.

³² El fiscal puede abstenerse de ejercitar total o parcialmente la acción penal, limitarla a alguna de las infracciones o alguno de los imputados en los casos siguientes: i) Cuando la pena aplicable al delito no exceda de 5 años, la afectación del interés público sea mínima y de los antecedentes y circunstancias personales del imputado se infiera su falta de peligrosidad; ii) Cuando el imputado haya hecho cuanto estaba a su alcance, para impedir la consumación de los efectos del delito y de los antecedentes y circunstancias personales se infiera su falta de peligrosidad; iii) Cuando el imputado, su cónyuge o la persona con quien hace vida marital o de un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de adopción haya sufrido, como consecuencia directa de un delito culposo, un daño físico o moral grave; iv) Cuando la pena a aplicar por un delito sea de menor importancia en comparación con la que se le impuso o se le debe imponer a la misma persona por otro delito conexo; v) Cuando se trate de delitos de delincuencia organizada, de criminalidad violenta y el imputado colabore eficazmente con la investigación

³³ En la segunda región representa un 6,22%, en la cuarta región un 9,38%, seguida de la novena con un 10%, la tercera con un 12,5% y finalmente la séptima región un 13,46%.

menor al porcentaje aplicado para el conjunto de las denuncias sobre todos los delitos en el mismo año que representa un 2,27 %. En cuanto al archivo, su utilización es amplia en Guatemala, ya que representa un 33,24 % del total de las denuncias recibidas, pero en el caso de las causas conocidas por la Fiscalía de la Mujer (incluye delitos sexuales y casos de violencia intrafamiliar) el archivo representa un elevado 67,71 % de los casos. Una de las explicaciones posibles para este alto número de archivos, de acuerdo a las autoras del estudio nacional, es que "la mayoría son denuncias por violencia intrafamiliar, las que son expresamente desistidas por las víctimas o bien son abandonadas de hecho, tanto porque obtuvieron medidas de seguridad como porque entran en la fase del círculo vicioso de la violencia intrafamiliar (reconciliación) y ya no quieren continuar con el proceso".

En el Ecuador, como se advirtió, no se cuenta con salidas anticipadas o el principio de oportunidad. Sin embargo, tomando las estadísticas se puede determinar que un 94,96 % de casos se encuentran en investigación (indagación), sabiéndose (por la investigación sobre el funcionamiento del sistema procesal) que muchos de estos en la práctica se encuentran archivados.

Para el caso de Honduras el estudio nacional no da información sobre la utilización del criterio de oportunidad para el caso de delitos sexuales. En los casos de violencia intrafamiliar, este criterio se utilizó en un 2 % del total de las denuncias de 2003.

Salidas alternativas

Las salidas alternativas implican la posibilidad de dar soluciones diferentes al enjuiciamiento tradicional y por tanto responder de mejor manera a la diversidad de situaciones que se presentan y a las particularidades de las víctimas.

Al margen de la específica normativa que presentan estas salidas en cada país, las investigaciones demuestran que son utilizadas de manera diversa, pero que su uso es debatido por la naturaleza de los delitos sexuales, los cuales son considerados de particular gravedad, pero especialmente como se señala en el informe de Chile "porque tanto en materia de delitos sexuales como, en general, en todos aquellos delitos que se cometen en el marco de violencia intrafamiliar, se cuestiona que la víctima tenga una real posibilidad de manifestar su voluntad de manera libre y espontánea, debido a las condiciones que generan los efectos de la violencia reiterada, la que distorsiona la voluntad para acceder a un acuerdo

que renuncie a la posibilidad de llegar a un juicio. Asimismo, cuando se trata de menores de edad, ello es aún más complejo por los intereses, muchas veces encontrados, de los familiares, los que a la vez son generalmente los representantes del niño". Sin embargo, en este país la suspensión condicional del procedimiento no requiere de consentimiento de la víctima; ésta es una decisión del fiscal cuando se cumplen los requisitos legales. De acuerdo al informe chileno, este mecanismo es utilizado de manera más significativa en los delitos sexuales que en el resto de los delitos: para los primeros representa un 5,96 % y para los restantes delitos apenas un 0,94 % del total de respuestas frente a los casos.

El uso extensivo de la suspensión condicional, en el caso de Chile, se explica por cuatro razones: la primera, por la cantidad y calidad de la prueba disponible para ir a juicio que exigen los fiscales en estos casos; la segunda, en consideración de la capacidad de la víctima para comparecer en juicio; la tercera, en función de considerar los fiscales que las penas aplicables al caso son muy bajas; y por último, como se señala en el informe chileno "por una errada o prejuiciada calificación de los antecedentes, renuncian a ir a juicio en favor de una suspensión, porque descreen de la veracidad de los hechos relacionados por la víctima, o bien, le restan de inmediato credibilidad a la víctima que se retracta en algún momento durante el proceso, abandonando la investigación, no perseverando, o acordando una solución sin manejar la situación en lo que exige su complejidad. Así, como se ve cuando se trata el archivo provisional, estas consideraciones operan en mayor medida respecto de víctimas mujeres, más si son adultas". Un instructivo de la fiscalía de agosto de 2003 reduce la posibilidad de usar la suspensión condicional en delitos sexuales y prohíbe totalmente que éste sea utilizado a cambio de dinero.

En Guatemala no se cuenta con datos sobre el uso de estos mecanismos de salida, pero como veremos más adelante, lo que se maneja ampliamente es la figura del desistimiento.

En Honduras la utilización de salidas alternativas es escasa para el caso de los delitos sexuales; se cuenta con limitada información sobre las consideraciones de su uso, pero para el año 2003 representaban un 9 % de las respuestas para los delitos sexuales y un 2,32 % para las denuncias de violencia intrafamiliar.

Otras formas de terminación

En Guatemala, una forma relevante y extendida de terminación anticipada es el desistimiento³⁴, que en la práctica se concreta en el archivo de los procesos. De acuerdo con la investigación, los desistimientos pueden deberse a: decisión de la víctima que se traduce en un abandono del caso; por la acción de los agresores o su defensa, quienes ejercen "diversas formas de presión y convencimiento", aprovechan de los prejuicios sociales existentes con relación a las mujeres víctimas de delitos sexuales provocando presión desde el propio grupo familiar, por lo que en muchos casos "...quienes terminan resolviendo el desistimiento son los abuelos, padres o hermanos"; una tercera vía identificada por la investigación es la del desistimiento "...impulsado y promovido por el órgano de persecución penal". Como se cita en el estudio, "...muchas de las denuncias que concluyen como archivadas obedecen en realidad a acuerdos extrajudiciales efectuados por diferentes agencias fiscales, sin intervención del juez, y en consecuencia ilegales: los acuerdos extrajudiciales también son una forma de concluir el proceso. En algunas ocasiones se identifica el expediente archivado como 'archivo por acuerdo' o simplemente acuerdo. (...) Debido a que éstos carecen de validez jurídica por no ser autorizados por juez competente, dejan en desventaja a las víctimas y atentan contra el Estado de Derecho. (...) En el análisis de casos se evidenció que cuando desistió la parte agraviada fue por la celebración de un acuerdo extrajudicial elaborado en la Fiscalía o directamente con su agresor. (...) El procedimiento a seguir es que las partes suscriban un acuerdo (del cual ya existe un formato, como si todos los casos de violencia contra la mujer fueran uniformes). Luego de establecido el acuerdo, sin mayor participación de las víctimas o de las partes, la víctima tiene que firmar una solicitud de desistimiento de la acción, en la mayoría de los casos, o de solicitud de aplicación del criterio de oportunidad"³⁵.

De acuerdo con el informe "... la figura del desistimiento (originalmente denominado retractación de instancia) fue incorporada por el movimiento de reforma específicamente para los casos de delitos sexuales, y constituye un punto central del debate entre el movimiento feminista de América Latina y los referentes de la criminología crítica.

...
la figura del desistimiento (...) constituye un punto central del debate entre el movimiento feminista de América Latina y los referentes de la criminología crítica.

Desde el movimiento de reforma se consideraba que la víctima de tales delitos era, más que una víctima desprotegida, una 'víctima penalizada' por lo cual el sistema penal, mediante la investigación de acción pública 'castigaba aún más a la mujer que se atrevía a denunciar a un hombre. De allí que la retractación de instancia y conversión de la acción son las dos instituciones sostenidas por el proceso de reforma para permitirle a la víctima salir de la victimización secundaria. La acción pública en caso de delitos sexuales nunca respondió a los intereses de la víctima de delitos sexuales'³⁶. Para el movimiento feminista, en cambio, la no persecución pública de los delitos sexuales reforzaba el desinterés del Estado en la violencia contra las mujeres y favorecía su impunidad. (...) El uso del desistimiento en el caso de delitos sexuales, de acuerdo a las entrevistas realizadas, no ha contribuido en muchos casos a una devolución del conflicto a la víctima, sino que por el contrario ha sido el mecanismo de presión para obtener acuerdos que no son fundados en la libre decisión sino en la extorsión, lo que refuerza las condiciones de sometimiento. (...) En el transcurso de la investigación, los fiscales consultados negaron realizar este tipo de acuerdos. No obstante, sí confirmaron la promoción del desistimiento por parte del MP -con o sin acuerdo extrajudicial- otros operadores judiciales, incluso en casos de delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Esta práctica es ilegal"³⁷.

En nuestra opinión, la existencia de la figura del desistimiento como tal no es el problema central, sin embargo coadyuva significativamente. Los resultados de la investigación muestran que el uso inadecuado de la "retractación" tiene que ver con la inexistencia de una política clara de persecución de los delitos sexuales por parte del Ministerio Público (política que existe en Chile y que pesar de las posibles contradicciones que existen entre los instructivos intenta establecer una línea de acción), la falta de acompañamiento a la víctima de estos delitos, que por las condiciones en que se dan estos delitos o las consideraciones sociales respecto de los mismos se encuentran en un estado de mayor vulnerabilidad, y la completa ausencia de una cabal comprensión de parte de los operadores sobre la violencia de género y sus implicancias, por lo cual las víctimas quedan expuestas al ejercicio de presiones de todo tipo para que abandonen los procesos.

³⁴ Significa el abandono de la causa por parte del querellante, el que puede ser ejercitado en cualquier etapa del proceso. El efecto del desistimiento es la imposibilidad de persecución penal posterior por el mismo hecho. En caso de menores de edad, se requiere de autorización judicial para la aceptación del desistimiento.

³⁵ Almendarez, G. & Alcántara, A. (2002). Aplicación del criterio de oportunidad a casos de violencia contra la mujer. Guatemala: Programa de Justicia. USAID. pp. 107-112-71. Citado en el informe de Guatemala.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Informe Guatemala.

Otra forma de terminación de estos casos que se presenta en tres de los países estudiados es la extinción de la acción penal por el casamiento del victimario con la víctima. Ninguno de los informes determina la ocurrencia estadística de esta forma de extinción especialmente por problemas de registro (en realidad por que esto no se registra), pero como consta en el informe de Guatemala esto es considerado como "parte de la estrategia de la defensa de este tipo de delitos". Mantener estas disposiciones en los códigos significa en la práctica reafirmar la justificación de la violencia en contra de las mujeres. Estamos de acuerdo con la conclusión de ese informe, ya que "La vigencia de este artículo se contradice absolutamente con los tratados de derechos humanos a los que ha adherido Guatemala. Su uso, aunque legal, podría ser desalentado como parte de una política criminal que contribuya a la erradicación de la violencia contra las mujeres y las niñas, hasta tanto sea eliminado del CP (Código Penal)".³⁸

Criterios de persecución

De la información disponible en los estudios nacionales se puede encontrar que existen diferentes criterios de persecución de estos delitos cuando se trata de mujeres adolescentes o adultas y cuando se trata de niños y niñas. Como veremos, esto tiene un impacto importante en las decisiones que toman los fiscales para la persecución de los delitos, o como hemos visto antes, para promover otras salidas.

Como vimos en secciones anteriores, una de las explicaciones para el reducido número de casos de delitos sexuales llevados a juicio oral, de acuerdo a las investigaciones nacionales, es que los fiscales tienen consideraciones más exigentes para llevar estos casos a juicio, por lo tanto buscan una nivel de "certeza" imposible de lograr por la naturaleza de estos delitos, como lo explica claramente el informe de Chile: "...los fiscales parecen estar llevando a juicio oral solamente aquellos casos en que consideran que existe la certeza de obtener una condena. En consecuencia, las consideraciones del fiscal para ir a juicio podrían recaer en la mayor o menor aptitud de la prueba de un caso frente a la perspectiva de ser ganado, más que en la gravedad de los hechos investigados, criterio que es muy cuestionable, ya que por ejemplo en el caso de los delitos sexuales, por las características de su comisión, nunca constituyen un caso a ser ganado con certeza. De esta forma, el interés de obrar sobre seguro no ha empujado a la institucionalidad a resolver en forma más adecuada estos delitos, que por su naturaleza, son distintos al

resto. (...) Esta situación es más problemática aún cuando los criterios utilizados para determinar si existen antecedentes suficientes dicen más acerca de factores de selección que implican discriminación de género, que a una objetiva evaluación sobre los antecedentes...", esto debido a que, como se explica anteriormente, existe "una serie de prejuicios que tienden a descreer las versiones de las adultas y adolescentes agredidas. Así, constatamos que cuando se trata de víctimas mujeres, y en mayor medida mientras más adultas son, tanto de parte de las policías, como también de algunos fiscales, existen más cuestionamientos sobre la veracidad del relato de la víctima, lo que muchas veces puede incidir en que no se siga adelante con el proceso". A esto se suma la idea generalizada de que la retractación se produce por que la denunciante o el niño/a ha "mentado".

Como se puede concluir de los informes nacionales, es más probable que el mal manejo de los casos y la deficiente recolección de pruebas tenga mayor impacto en la retractación, si tomamos en cuenta que generalmente son delitos cometidos en condiciones en las cuales no se cuenta con testigos, además de la propia víctima, o la víctima tiene relaciones de dependencia económica o afectiva con los perpetradores o sus conocidos, familiares o vecinos. Además, como vimos anteriormente (y vamos a revisar más ampliamente más adelante), existen serios problemas con los informes periciales, pruebas muchas veces esenciales en este tipo de casos.

Esta opinión respecto de qué casos se llevan a juicio, se confirma con la revisión de la jurisprudencia de estos delitos, ya que la mayor parte de los casos que llegan a esta instancia tienen como víctimas a personas menores de edad o cuando son adultas las características del delito tienen algunas particularidades como por ejemplo violaciones por varios sujetos. En Ecuador los casos de menores de edad víctimas representaban un 62,68 % de los casos llevados a juicio; en Guatemala, de 19 sentencias condenatorias 17 correspondían a casos de personas menores de 18 años; en Honduras representan un 67 % de los casos llevados a juicio.

Como se señala en el informe de Chile la credibilidad tiene relación con el imaginario de la "víctima legítima" y por tanto se considera que su denuncia es real "...en la medida en que conforme los patrones socioculturales de superioridad moral que se le atribuye a las mujeres. En los sistemas acusatorios, muchos fiscales cuando reciben la denuncia se preguntan a sí mismos, cómo percibirá el juez o el jurado a la víctima; lo mismo hace la policía, por lo

38 Informe Guatemala.

que se convierten en filtros de aquellas agresiones al ordenamiento penal que requiere intervención, de allí que al centro del debate no esté la infracción a las leyes sino la credibilidad de la víctima”.

Peritajes

Por las condiciones en que se producen estos delitos sexuales se da mucha importancia a la existencia de informes periciales, tanto médicos como psicológicos. Esto se puede comprobar,

por ejemplo, con el hecho de que en la totalidad de los casos llevados a juicio se presentaron como prueba central los informes periciales. Éstos plantean algunos aspectos sensibles que vamos a examinar en esta sección.

En los cuatro países materia del estudio aparece como un tema sensible lo relativo a los peritos, ya sea por el déficit de estos servicios, por falta de entrenamiento para atender este tipo de causas, por la reducida infraestructura con la que cuentan, por las dificultades de acceso, por las resistencias de los médicos privados o de los servicios de salud a realizar los exámenes periciales, etc.

En Guatemala³⁹ los informes periciales pueden ser elaborados por profesionales independientes o por miembros de los servicios forenses. En este país existen dos servicios forenses públicos, uno dependiente del Ministerio Público, y el otro del organismo judicial (esto se considera una herencia del sistema inquisitivo). Los principales problemas que se señalan en el caso de Guatemala para las pericias son: la existencia de estos dos servicios (por las diferentes lógicas con las que los dos funcionan); que no existen instructivos escritos que establezcan la obligatoriedad de parte de las oficinas receptoras de la denuncia de derivar a la víctima al peritaje forense; difícil acceso a los servicios periciales, sea por deficiencias en la organización de estos servicios (se atiende fundamentalmente en horarios de oficina y son turnos limitados fuera de esas horas y en fines de semana), por la distribución geográfica (que en el interior de la República solo están presentes en ciertas ciudades) que implica la necesidad de traslado de la víctima asumiendo el costo de movilización, por el hecho de que los médicos forenses realizan todo

“...
muchos fiscales cuando reciben la denuncia se preguntan a sí mismos, cómo percibirá el juez o el jurado a la víctima; lo mismo hace la policía, por lo que se convierten en filtros de aquellas agresiones al ordenamiento penal que requiere intervención, de allí que al centro del debate no esté la infracción a las leyes sino la credibilidad de la víctima”.

tipo de pericias por tanto no siempre están disponibles para las pericias de delitos sexuales o de violencia intrafamiliar. Un problema muy serio que se presenta con las pericias de servicio médico forense es que éste clasifica los resultados de los peritajes de violación como “desfloración” y “desfloración con violencia”. Esto demuestra una concepción tradicional de los delitos de violación y de abusos deshonestos en que el bien jurídico protegido es el honor, la honestidad sexual y no la libertad sexual. Finalmente, en la investigación no se pudieron encontrar peritajes médicos reali-

zados a los sindicatos (por ejemplo de sangre y semen). En las sentencias revisadas aparecen tres casos de exámenes, pero siempre psicológicos o psiquiátricos; como se establece en el informe, “el cuerpo de la víctima se convierte en la mayoría de los casos en el único medio de prueba”.

Otros problemas identificados en el informe de Guatemala son: los peritos no se encuentran capacitados para la realización de peritajes en delitos sexuales; no se cuenta con protocolos para la realización de los informes periciales; se considera un avance la existencia de plantillas para el registro de datos mínimos de la víctima y del agresor (información que ha permitido la elaboración de reportes anuales). En relación con los servicios de salud se presentan una serie de problemas tales como el condicionamiento de la prestación de atención médica a que la víctima no presente la denuncia, o la negativa de realización de exámenes médicos si no se cuenta con la presencia de personal de medicina forense. Se presenta como un avance importante el acuerdo firmado entre servicio médico forense del Ministerio Público con los hospitales privados, acuerdo que se limita a los casos de delitos sexuales cometidos contra menores de edad y que facilita un nivel de coordinación en la atención.

En el caso del Ecuador solamente pueden actuar como peritos aquellos profesionales acreditados por el Ministerio Público⁴⁰. La Policía Judicial tanto en Quito como en Guayaquil cuenta con un Departamento Médico Legal, donde se realizan los respectivos peritajes. Actualmente la Unidad de delitos sexuales y de violencia intrafamiliar del Ministerio Público de Quito, Guayaquil y Cuenca tienen un

³⁹ La importancia de los peritajes se demuestra en que el año 2003 el Ministerio Público recibió 3339 denuncias por violación y se hicieron 2190 peritajes.

⁴⁰ Una excepción a esta regla es que en las ciudades donde no existan peritos se puede posesionar a cualquier profesional para que practiquen las pericias.

médico legista especialista en este tipo de delitos⁴¹ y el CEPAM -Centro de Promoción y Apoyo a la Mujer- cuenta también con uno. Esta es la única ONG que ofrece este servicio. Si bien el Código de Procedimiento Penal determina que si se tratare de exámenes corporales, la mujer a la cual deban practicárselos, podrá exigir que quienes actúan como peritos sean personas de su mismo sexo. Según datos de la Fiscalía hasta noviembre de 2003, existen 16 médicos acreditados, de los cuales 3 son mujeres y se encuentran en 3 provincias del país (de 22).

No se cuenta con información sobre la capacitación de los peritos. El Ministerio Público a través de la Dirección Nacional de Política Penal y el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses elaboró un protocolo médico legal en delitos sexuales, en violencia intrafamiliar y protocolo de informe psicológico pericial. El lanzamiento de estos protocolos se hizo en 2003, pese a que no se lo está utilizando a nivel nacional como lo señalan en las entrevistas.

En Chile se autoriza a que cualquier profesional de la medicina, de cualquier establecimiento de salud, pueda emitir informe pericial. Esto se pensó como una respuesta a la limitada cobertura de los servicios de medicina forense. De acuerdo al informe local es uno de los organismos auxiliares de la justicia que menos avances ha tenido después de la reforma, cuentan con unos 600 funcionarios -de los cuales unos 100 realizan peritajes-, muy pocos a tiempo completo, lo que tiene un impacto serio en las víctimas ya que para practicarse los exámenes deben esperar por largos períodos o realizar largos viajes.

Otros problemas detectados en el informe de Chile respecto de los peritos son: escasa especialización o capacitación de los servicios de medicina forense, las bajas remuneraciones no incentivan el interés en la formación, tampoco existe esta formación en la universidad; inexistencia de equipos para la realización de los peritajes; baja calidad de los informes periciales, especialmente en los casos en que el informe ha sido elaborado por el personal de los servicios de salud, lo que exige la realización de nuevos exámenes periciales. Esto, además de responder a una escasa capacitación, de acuerdo al informe es producto de la resistencia de estos profesionales a participar en los juicios orales, especialmente por temor a ser ridiculizados por falta de una preparación adecuada.

Existen instructivos tanto del Ministerio Público, como del Servicio Médico Legal, para la realización de estos peritajes, sin embargo se reporta un limitado uso debido a que no son debidamente conocidos.

En el caso de Honduras la situación no es muy diferente en lo que se refiere a la cobertura de los servicios médicos legales. En el informe se resalta que esta es la única institución que cuenta con un "manual interno sobre el procedimiento para la atención de delitos sexuales". Sin embargo, se reconoce que la calidad de estos servicios es especialmente deficiente en las zonas rurales ya que no se cuentan "con recursos básicos y procedimientos claros para garantizar la prueba científica necesaria en juicio, lo que pondría en entredicho los protocolos de atención, según se expresa en algunos de los testimonios".

Un dato importante sobre los servicios de medicina forense en Honduras es que una reducción presupuestaria del año 2003 implicó la disminución de estos servicios en un 40 % a inicios de 2004.

Sobre el peritaje nos interesa resaltar que los informes dan cuenta de que estos siguen siendo considerados como único medio, en todos los casos, para acreditar el "cuerpo del delito"; por ejemplo, se los mantiene a pesar de que exista evidencia visual de violencia que se podría probar por otros medios (la propia observación directa). Esto parece ser una "herencia" del sistema inquisitivo en cuanto al valor de la "prueba tasada", incompatible con el sistema de libre valoración de la prueba del sistema acusatorio.

Otro elemento, que aparece especialmente en Chile, es el uso permanente de peritajes de credibilidad de las víctimas, y en menor número del imputado, lo que refleja el uso de respuestas estandarizadas que han tendido a "burocratizarse", y por tanto se ha perdido de vista las particularidades de cada caso. Esto no significa negar la importancia de los peritajes, pero sí cuestionar que su uso es indispensable y automático en todos los casos.

Se puede ver que los dos modelos de peritajes, el de peritos acreditados formalmente por el sistema como en el caso de Ecuador y Honduras, y el de profesionales independientes, como en Chile y Guatemala, presentan complejidades propias. En el primer caso, por el limitado número de profesiona-

⁴¹ En cuanto a los honorarios según el Reglamento de Escala de Fijación de Remuneraciones y Honorarios de los Peritos que intervengan en los Procesos Penales, emitida por el Consejo Nacional de la Judicatura, señala que: "los profesionales o técnicos que sean designados como peritos en un proceso penal y pertenezcan al servicio activo de la Policía Judicial o a instituciones u órganos públicos, no percibirán remuneración alguna por los informes que emitan o por las actuaciones que en esa calidad cumplan...". Los peritos particulares o privados que no formen parte de la Policía Judicial percibirán únicamente las remuneraciones que se fija en esta Resolución. Cualquier acto contrario a esta disposición por parte de personas directa o indirectamente interesadas en la causa dará lugar a enjuiciamiento penal y a la pérdida de la acreditación como perito.

les disponibles, el difícil acceso a estos exámenes, ya que solo existen en ciertas ciudades, o porque no siempre están disponibles. En el segundo caso, por la resistencia de los profesionales a asistir a los juicios y por los problemas que estos tienen por falta de entrenamiento.

Atención a víctimas

Un aspecto central en la reforma procesal es la preocupación por las víctimas. Este es uno de los temas centrales en los informes nacionales, en los que se demuestra que existe un avance en esta materia en comparación con el anterior sistema, avance que se refleja fundamentalmente en la existencia de oficinas o unidades de atención a víctimas en todos los países y en unidades especializadas de fiscales para estos delitos, pero como veremos a continuación, todavía los sistemas reformados no responden a la demanda de atención adecuada a las víctimas de delitos en general y, en especial, a las víctimas de delitos sexuales o de violencia intrafamiliar.

En los cuatro países la responsabilidad de la protección y atención a las víctimas y testigos es del Ministerio Público. En Chile, que sería el ejemplo del sistema de atención a víctimas que mejor funciona, se ha creado la Unidad Nacional de Atención a Víctimas y Testigos y las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos. La opinión del informe local es que "Tanto en la división nacional, como en las regionales, trabajan profesionales que se encuentran capacitados, por su trayectoria profesional antes de incorporarse al trabajo del Ministerio Público, como también a través de diferentes capacitaciones llevadas adelante por el organismo, razón clave que explica, a nuestro juicio, el interesante trabajo llevado adelante con respecto al trato de víctimas de delitos sexuales". En el estudio se citaron algunos resultados sobre la percepción de los usuarios que dan cuenta de un importante nivel de satisfacción del servicio: atención en las Unidades (6,7), trato entregado (6,5) y la entrega de información (6,6)⁴². Se reporta que las unidades han tenido incidencia en el mejor funcionamiento del sistema, una mayor participación de la víctima y en disminuir los efectos del proceso en ella.

En Chile la atención a la víctima se encuentra centrada en la promoción de los intereses del ofendido/a por el delito, en la protección (entendida como resguardo de los derechos de la víctima de este a salvo de hostigamientos, amenazas o atentados), y en la atención (considerada fundamentalmente como pre-

vencción de la victimización secundaria) que se da en dos niveles: promoción de la participación y de las reparaciones. Las víctimas son derivadas a las Unidades de Atención en función de cuatro criterios: necesidad de atención integral, medida de protección, suspensión condicional y acuerdo reparatorio. La atención integral implica contención emocional a la víctima, derivación a la red asistencial, realización de informes, acompañamiento a diferentes instancias del proceso, asistencia a la realización de exámenes en el servicio médico legal, asistencia al fiscal en la entrevista a la víctima, preparación para enfrentar el caso (que incluye preparación para el juicio oral) y acompañamiento durante el juicio. Los instructivos con los que cuenta el Ministerio Público determinan que es el fiscal quien deriva los casos a las unidades de víctimas y testigos (en casos de emergencia pueden ser atendido por la propia unidad). En general las víctimas de delitos sexuales cumplen con las condiciones de los instructivos para ser derivadas a las unidades de atención, pero estadísticamente se puede verificar que existe un menor número de derivaciones que de denuncias.

El Ministerio Público entiende que la labor principal de estas unidades es dar apoyo para la persecución de los delitos, lo que en sí mismo genera una tensión con la concepción que entiende a estos procedimientos como dirigidos principalmente a brindar apoyo a la víctima. Pero en la investigación se da cuenta que la atención que brindan estas unidades va más allá de un servicio funcional a la persecución. Un problema central en el caso de Chile es la localización de estos servicios, los mismos que al encontrarse solo en ciertas ciudades son lejanos y por tanto de difícil acceso.

En el Ecuador, el Programa de Atención de Víctimas y Testigos, fue creado reglamentariamente en 2002 y se lanzó oficialmente en los primeros meses del año 2004. Este programa tiene su sede en Quito (no cuenta con unidades a nivel local) por lo tanto toda petición de apoyo se debe dirigir a la Dirección del Programa en Quito. Al momento de la investigación únicamente había recibido tres peticiones de apoyo a víctimas (dos de estos eran de delitos sexuales). La lógica del programa está dirigida fundamentalmente a la protección de la víctima. Los procedimientos para recibir apoyo son complejos existiendo para aprobar las solicitudes un Consejo que cuenta con representantes de varias instituciones (entre ellos el Ministerio Fiscal y la Procuraduría). En los casos de protección inmediata (entendida como atención en circunstancias de inminente riesgo) esto se da en forma provisional y

⁴² La nota máxima es 7, Informe Chile.

sin procedimiento alguno. No se cuenta con instructivos o manuales para la atención de víctimas y la acción principal ha sido el desarrollo de una campaña de difusión de la existencia del Programa.

En Guatemala existe la Oficina de Atención a Víctimas (OAV), la misma que funciona en la capital y actúan por petición de los fiscales. En general, se da cuenta que el nivel directivo de la OAV se encuentra capacitada en temas de género. En el caso de las víctimas de violencia sexual estas se derivan a la OAV luego de la realización del examen médico forense para una entrevista psicológica (manejo en crisis) y posteriormente reciben atención médica (se prescribe anticoncepción de emergencia y se realizan exámenes de análisis de enfermedades de transmisión sexual), dependiendo esto de la existencia de medicamentos. La OAV solamente atiende en horarios regulares de oficina (8 horas diarias). Se reportó la existencia de dos albergues a nivel nacional y la Procuraduría de Derechos Humanos ha promovido la creación de grupos de autoayuda entre las víctimas de delitos sexuales.

La Policía Nacional ha promovido la creación de oficinas de atención a víctimas en las comisarías, especialmente para la atención de víctimas de violencia intrafamiliar. No se cuenta con información sobre la extensión o modalidad de este servicio.

En Guatemala existe un protocolo de atención para víctimas de abuso sexual. En el mismo se incluyen las medidas necesarias de atención médica, psicológica, legal, social y la caracterización de la víctima por diferentes variables.

En Honduras el informe da cuenta de la inexistencia de un sistema de atención a víctimas, estando a cargo una porción de este servicio en manos del área de psicología y trabajo social de la Fiscalía Especial de la Mujer, quienes ofrecen atención a las mujeres que interponen denuncias por distintos tipos de violencia, y se encargan de la elaboración de dictámenes y evaluaciones. De acuerdo al informe la asistencia a las víctimas se encuentra principalmente en manos de las organizaciones no gubernamentales.

Otro aspecto de la protección de las víctimas son las medidas cautelares. De las investigaciones nacionales se concluye que los jueces de garantía tienen criterios diferentes para decretar estas medidas dependiendo de la edad de las víctimas, siendo más receptivos en el caso de víctimas menores de edad. El criterio dominante para conceder estas medidas no es la protección de la seguridad de la víctima,

sino el "peligro para la seguridad de la sociedad", o en el caso del Ecuador asegurar la presencia del imputado a juicio.

En lo que se refiere a las reparaciones económicas en las investigaciones se pudo determinar que existe un nivel de rechazo por parte de funcionarios del sistema a las indemnizaciones económicas (al menos a nivel oficial, pero como se ha visto existe información de que se promueven acuerdos económicos de manera informal para que se abandonen los casos), las que han sido miradas como inadecuadas como resultado de ciertas prácticas de "pagos de montos mínimos por parte del agresor a la víctima para evitar la persecución penal"⁴³. De hecho, un instructivo emitido por la fiscalía chilena en relación con la suspensión de los procesos prohíbe acuerdos que impliquen el pago de una suma de dinero. Pero además de limitar enormemente las posibilidades de acceder a esta salida, el instructivo prohíbe "que pueda estipularse como condición de la suspensión el pago de una suma de dinero justificando la decisión en que 'ello equivale para la ciudadanía a la compra de la acción penal y un verdadero acuerdo reparatorio que en estas materias no está permitido'. Sí se puede, en cambio, acordar que el imputado solvente el tratamiento psicológico de la víctima, pero en ese caso debe solicitarse en esos términos en la audiencia 'sin hacer alusión al pago de una determinada cantidad de dinero y mucho menos establecer la cancelación en cuotas'"⁴⁴. No se cuenta con información sobre la determinación de reparaciones económicas en las sentencias estudiadas.

Un tema importante en relación con las víctimas y su protección (que ya ha sido revisado a propósito de otros temas) es lo relacionado a la autonomía de la víctima, que aparece con mayor importancia en el debate sobre los delitos sexuales (y por supuesto en los de violencia intrafamiliar). Pese a su importancia, el sistema no se ha hecho cargo de él de manera adecuada. Por esto no existen respuestas adecuadas a la tensión existente entre persecución y autonomía, y esta última con la determinación de si la voluntad es real o aparente (por las presiones directas o las derivadas de los prejuicios sociales), y por tanto, en el papel que frente a este tema tienen los sistemas de atención de víctimas.

Hay que resaltar el importante papel que cumplen las organizaciones no gubernamentales en la atención a las víctimas en los distintos países, por supuesto con coberturas limitadas, pero con interesantes metodologías.

⁴³ Informe Guatemala.

⁴⁴ Informe Chile.

Se debe resaltar el incremento sustancial en el interés que el nuevo sistema tiene en el bienestar de la víctima y su participación. Sin embargo, los servicios existentes aún son limitados y muchas veces funcionales a la persecución penal y no al bienestar. Se ve que en los casos en que existen servicios de atención de víctimas, en general el personal está capacitado y motivado, pero son escasos en cobertura territorial y disponibilidad de recursos.

Victimización secundaria

En las investigaciones aparece información de las medidas que se han tomado, o dejado de tomar, para la reducción de la victimización secundaria producto del contacto con el sistema judicial. Algunas de estas se refieren a la posibilidad de contar con atención especializada (lo que se concretaría en unidades o fiscales especializados), la reducción de tiempos de espera para la atención, trato digno en el sistema, entrevistas adecuadamente realizadas (lo que podría incluir grabación de las entrevistas para evitar las repeticiones), medidas especiales para la comparecencia en juicio, cuando son casos donde la víctima se encuentra en un estado de especial vulnerabilidad, atención adecuada por parte de la policía, los servicios médicos generales y los médicos legales, como temas principales.

En general se puede concluir que enfrentar la victimización secundaria no se ha visto acompañado por esfuerzo de impacto relevante, los que en todo caso se han centrado en procesos de capacitación y en el establecimiento de protocolos para la atención y de entrevistas como en el caso de Chile. Los informes dan cuenta de que el problema más serio se refiere a un factor cultural "acerca de las características de las víctimas de estos delitos, cuando se trata de mujeres adultas, quienes siguen siendo cuestionadas, por las diferentes instituciones acerca de la credibilidad de sus relatos⁴⁵".

Los informes establecen (en menor medida el de Chile) la existencia de tres dimensiones de la victimización secundaria: maltratos al momento de presentar la denuncia, los que se expresan en "burlas, expresión de prejuicios sobre el hecho, descreimiento del relato de la víctima y finalmente negativa de recepción de la misma", duplicación o lentitud en

los procedimientos, demoras o repeticiones en los exámenes periciales⁴⁶; recepción de las denuncias en condiciones inadecuadas; y maltrato en la etapa de investigación y etapa intermedia, que se reflejan también en "la reiteración de estudios, y el descreimiento de su relato tanto por parte del Ministerio Público como del juez", que en opinión del informe citado tendría por objetivo que "la víctima abandone el proceso".

En cuanto al tratamiento de las víctimas por parte de los servicios médicos en Chile y Guatemala existen antecedentes de trabajo destinado a disminuir la victimización. En el primero, existe una guía del Ministerio de Salud para la atención de estos casos. En el segundo, un acuerdo con ciertos centros de salud, que como se explicó anteriormente tiene un funcionamiento adecuado para los casos de menores de edad.

La utilización de recursos especiales para proteger a la víctima en los juicios es limitada, se reporta el uso de videos o biombos para protegerla. Sin embargo su uso no es extendido y mucho menos institucionalizado.

La utilización de recursos especiales para proteger a la víctima en los juicios es limitada, se reporta el uso de videos o biombos para protegerla. Sin embargo su uso no es extendido y mucho menos institucionalizado.

Un aspecto a tomar en cuenta, además de la re-victimización derivada de los aspectos procesales (que pueden ser minimizados pero no eliminados totalmente), es la respuesta social, la misma que genera una presión importante sobre la víctima que denuncia, y que el sistema no considera.

Violencia intrafamiliar

Como se explicó anteriormente, no existe posibilidad de determinar tendencias en los países en los que se desarrolló el estudio ya que, a excepción de Honduras, donde existe un delito independiente, los casos de violencia intrafamiliar que atiende el sistema se encuentran registrados en otros delitos sin referencia a las condiciones de la víctima, del agresor o sus relaciones.

Esto es lo que se denomina usualmente como invisibilización de la violencia al interior del sistema, puesto que los propios operadores no son capaces de advertir que a la base de ciertos conflictos penales se encuentra un problema de violencia contra la mujer. Los sistemas estudiados, salvo con las limitaciones de registro de Honduras, no tienen

⁴⁵ Informe local Chile.

⁴⁶ Informe Guatemala.

noticias del impacto del fenómeno de la violencia en contra de las mujeres en la carga de trabajo del sistema.

La falta de conciencia del impacto de la violencia contra la mujer en el sistema de justicia criminal ha provocado que no exista criterios de manejo de los casos, ya que no hay una política de persecución penal, por lo cual los casos no reciben un tratamiento adecuado por parte del sistema considerando las particularidades de estos hechos. No existen procedimientos especiales, o protocolos de atención específicos; en general no es visto como un tema importante para el sistema.

En esto funcionan prejuicios sobre el rol del Estado en la punición de conductas o conflictos que típicamente quedaron fuera de la esfera de control social, y por otra al rechazo a que ciertos conflictos familiares sean dirimidos en sede penal.

Además de lo señalado, se advierte como un rasgo general claramente identificable en esta materia, las dificultades que se derivan de la doble jurisdicción aplicable, sea la vía penal o la civil. En la

medida en que no existen políticas de persecución penal, y los criterios de manejo entre los operadores son tan variados, que el resultado final, es que las víctimas quedan libradas a la discrecionalidad de los operadores lo que da como resultado una notoria situación de indefensión de parte de las víctimas. En la práctica ello significa impunidad, además de crear en la población una pérdida de legitimidad de los sistemas de justicia, si es que la tuvieron, y confianza para que ésta pueda resolver conflictos y otorgar protección.

Se advierte un lento avance en materia de violencia sexual, sin embargo, la preocupación de los operadores y de la instituciones ha estado centrada en los delitos en contra de los niños, y no en el fenómeno más amplio de la violencia de género, de la cual la primera es sólo una manifestación.

En Honduras, país en el que se cuenta con información estadística sobre los delitos de violencia intrafamiliar, se pudo determinar que en la Fiscalía Especial de la Mujer en el año 2002 representaron un 12 % del total de denuncias. De estas 6563 denuncias, 812 llegaron a juicio. ■



Litigación Penal: Juicio Oral y Prueba

Andrés Baytelman y Mauricio Duce

Colección de Derecho, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005, Santiago, Chile, 394 pp.

En esta oportunidad los profesores Baytelman y Duce presentan –tal como consta en la *Nota para el lector*–, un texto, que si bien entrega herramientas para el desarrollo de destrezas en la litigación, se trata también de un libro acerca del derecho procesal penal, cuyo destinatario es además del litigante, el juez y cualquier otro interesado, ya que al modo de ver de los autores, la teoría y la destreza son una misma cosa y la única manera de entender las normas sobre juicio oral y prueba es hacerlo desde las destrezas de litigación.

Los tres presentadores del libro, Alberto Binder del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), Juan Enrique Vargas, Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), y Marcos Kusanovic, Juez de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, Chile, concuerdan en describir este manual como un aporte que integra y sistematiza la labor y experiencia de capacitación que los profesores han adquirido en los últimos años, en sistemas reformados tanto de Chile, como en varios países de las Américas.

La edición se compone de diez capítulos que comienzan en el número I con una *Explicación panorámica del nuevo proceso penal y análisis de los principales aspectos de la regulación normativa del juicio oral en Chile*, en que se presenta una visión general de los contenidos y etapas del nuevo proceso y se describe la normativa básica en la cual se enmarca el resto de las actividades de litigación del libro.

En el capítulo II, a través de la *Teoría del Caso*, se plantea la visión estratégica que significa litigar en juicios orales, ya que tal como sostienen los autores "la prueba no habla por sí sola", sino que lo hace puesta al servicio del relato, de "*nuestra versión acerca de qué fue lo que realmente ocurrió*", lo que se traduce en que el éxito del juicio depende de una narración creíble que logre que el juez tenga la convicción necesaria para la obtención de una resolución favorable.

En *Examen Directo de Testigos*, considerado como la principal oportunidad que tiene el abogado para narrar y probar su historia, los autores, detallan

cual es la lógica de la prueba testimonial en el nuevo proceso, a la vez que enumeran los objetivos clave de esta prueba del juicio, cuales son, solventar la credibilidad del testigo, acreditar las proposiciones fácticas de la teoría del caso, la introducción de prueba material y la obtención de información para el análisis de otra prueba. En el mismo apartado se señala la estructura básica de un examen directo, el cual ilustra por medio de casos sencillos y metáforas esclarecedoras (cine y dieta), cómo lograr que quien juzga "presencie" lo que el testigo percibió y conseguir que éste diga todo lo que sirve. También se describe la organización del examen directo, los tipos de preguntas a utilizar y recomendaciones sobre la producción del testimonio.

En el capítulo IV, y nuevamente, de manera ilustrativa con ejemplos concretos, –metodología presente en todo el escrito–, se analiza el *Contraexamen* en el marco del debido proceso y la contrariedad, en virtud de evidenciar las debilidades de las pruebas de la otra parte u obtener información útil para el caso que se sustenta. También se revisan los objetivos del contraexamen, su estructura, los tipos de preguntas, argumentos, maneras de encararlo, entre otras cuestiones prácticas.

Objeciones, Límites a la posibilidad de examinar y contraexaminar a testigos y peritos, es el capítulo V, en el cual se trata este mecanismo legal que las partes poseen para manifestar su disconformidad con alguna actuación de la contraparte, y que en opinión de los autores, es una de las cuestiones más difíciles de manejar desde el punto de vista de las destrezas de litigación, ya que es una habilidad que requiere operaciones de razonamiento y decisión estratégica, como de una respuesta inmediata que represente la objeción ante el tribunal en unos pocos segundos. En el apartado se revisan los tipos de preguntas objetables, las limitaciones en el código procesal penal chileno a las mismas y aspectos de procedimiento en la formulación, resolución y debate de éstas.

El capítulo VI entrega las directrices del *Uso de las declaraciones previas en el juicio*, partiendo de la base de que al tratarse de un sistema acusatorio

oral, cuyos principios de intermediación y contrariedad son básicos a su naturaleza, su utilización posee limitaciones en el CPP, a no ser que sean usadas en primer lugar para evidenciar inconsistencias del testigo o perito en declaraciones previas y para refrescar la memoria de ambos.

El siguiente capítulo revisa y analiza el rol y la lógica en que interactúan objetos y documentos (*Prueba material*) en un juicio oral. Los autores explican la lógica de la desconfianza y la lógica del sentido común, la prueba material en el nuevo proceso, la prueba real y demostrativa, la acreditación de documentos, entre otras temáticas.

En el capítulo VIII (*Examen y contraexamen de peritos y testigos expertos*), se revisa el modo en que debe enfrentarse la actividad de litigación tratándose de expertos o especialistas en determinada materia, diferente a la hipótesis de encontrarse frente a un testigo. Para abordar esta materia, los docentes comienzan entregando las definiciones básicas y describiendo los objetivos que persigue la declaración de expertos, para luego adentrarse en la normativa y los temas relevantes para la presentación y el examen directos de peritos, tales como la organización del relato, la selección y acreditación del testigo experto, y el contraexamen en sí mismo.

Alegato de Apertura (capítulo IX), por su parte, examina la estructura y contenido de los alegatos de apertura, entendido como el anuncio dirigido al tribunal de lo que se está a punto de ver en el juicio. De este modo, al igual que en capítulos anteriores se parte con la revisión de la regulación normativa en el CPP, para después hacer una enumeración de las cosas que "NO" se deben hacer en un alegato de apertura.

Finalmente, se destinan las últimas líneas del manual al *Alegato final*, descrito como el "primer y único ejercicio argumentativo en todo el juicio... tremendamente específico y concreto en relación a la prueba", donde se juntan todas las piezas del puzzle antes estructurado, y cuyo objetivo es "iluminar el juicio del juzgador "y darle fundamentación al juez", para que adopte la decisión de absolver o condenar.

En definitiva, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, es una herramienta que no sólo clarifica y guía en el conocimiento y entendimiento del nuevo proceso penal chileno, sino que por sus características puede aplicar sus contenidos a todos aquellos países que han cambiado sus sistemas inquisitorios y escritos, por otros de corte acusatorio, adversarial, con un juicio oral y contradictorio.

Ximena Catalán Ancic

periodista, encargada del área
Prensa y Comunicaciones del CEJA.
ximena.catalan@cejamericas.org

| Última etapa de implementación

Reforma procesal penal chilena entra a regir en el gran Santiago

Con la puesta en marcha en la Región Metropolitana se completó la implementación gradual de la Reforma Procesal Penal chilena, que desde el año 2000 fue sumando regiones a lo largo del país, lo que permitió ir perfeccionando y evaluando el sistema a medida que se iba instalando. Desde la medianoche del jueves 16 de junio está en vigencia la reforma, que concentra el 40 por ciento de la población total de Chile y que incluye a su capital, Santiago. De este modo, el antiguo sistema inquisitivo ha sido reemplazado por uno de corte acusatorio, oral y público, cuya etapa final es el juicio oral y contradictorio.

La gradualidad fue una de las características de esta implementación que permitió la evolución, corrección y modificación en los modos de gestión de las instituciones intervinientes en pro del perfeccionamiento de la reforma. De hecho, esta manera

de ensayo y error, permite que hoy se apliquen modelos de gestión probados en otras regiones, lo que entrega una experiencia base que será aplicada en la Metropolitana.

Según Juan Enrique Vargas, Director Ejecutivo de CEJA, esta gradualidad en la reforma chilena "ha sido clave para, por una parte, distribuir en el tiempo los esfuerzos y recursos necesarios para un cambio de esta magnitud y, por la otra, para ir adaptando y perfeccionando el nuevo modelo, tanto en aspectos normativos que generaron problemas en un comienzo, como fundamentalmente en los temas operativos. Ciertamente la gradualidad ha tenido sentido en la medida que se ha ido constantemente evaluando lo hecho y ha habido voluntad política y capacidad técnica para ir haciendo las rectificaciones necesarias".

| Mar del Plata, provincia de Buenos Aires

Arrancó un plan piloto que instrumenta la oralidad en la etapa de preparación del juicio

El piloto se enmarca en el proyecto de fortalecimiento del sistema acusatorio oral de la Provincia de Buenos Aires, en Argentina, firmado entre la Suprema Corte, el Gobierno y la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, el CEJA y el INECIP. En marcha desde el 4 de julio, la experiencia piloto en el departamento judicial de Mar del Plata busca agilizar el procedimiento penal comenzando por los delitos flagrantes. Se instala la oralidad desde el primer día del proceso, fijando una audiencia antes del quinto de la detención, obteniéndose sentencias, aun a través del juicio oral, en un máximo de 100 días e incentivando la llegada a acuerdos alternativos desde el inicio del proceso.

No obstante que la reforma al proceso penal de 1998 implementó la oralidad, aún los procesos continúan siendo en gran parte escritos, lo que trae como consecuencia el engrosamiento de los expedientes y la demora en la resolución de las causas. Es por eso que el acuerdo pretende dar solución a problemas operativos, que aunque no cuestionan los fundamentos del sistema, aminoran los beneficios obtenidos por los ciudadanos. De este modo se persigue el mejoramiento de los sistemas de información y la optimización del procesamiento de la información para la toma de decisiones institucionales;

traducir en nuevos métodos de trabajo la flexibilización y desformalización de la actividad preparatoria del Ministerio Público; difundir la conveniencia de realización de audiencias orales y públicas en la etapa preparatoria; ajustar el sistema de gestión de las audiencias de juicio oral; y capacitar en prácticas de litigación tanto en audiencias preparatorias, como en juicio oral. Esta experiencia piloto luego de seis meses de funcionamiento será sometida a una evaluación por parte de las mismas instituciones ejecutoras del proyecto.

Siguiendo con los pasos acordados en la firma del proyecto, antes de iniciado el plan piloto, los intervinientes de esta experiencia participaron en una capacitación interinstitucional. El Curso de Entrenamiento en Audiencias Orales en etapa de Garantías, dirigido a fiscales, defensores, jueces de Garantías y Correccionales, auxiliares letrados del fuero penal y abogados, estuvo a cargo de Cristián Riego, Director Académico de CEJA y Mauricio Duce, Coordinador de Capacitación de CEJA, quienes actuaron junto a un grupo de monitores compuesto por Ricardo Mendaña, Gustavo Palmieri, Soledad Pujó, Ileana Arduino, Leticia Lorenzo, Patricia Soria y Andrés Harfuch.

| Kingston, Jamaica

XII Reunión del Consejo Directivo de CEJA

En esta reunión cerrada, organizada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, participaron todos los miembros del máximo órgano de la institución, integrado por siete miembros elegidos en pleno por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). El objetivo de la cita, realizada el 20 de junio, fue analizar el estado de la reforma judicial en la región y las estrategias futuras del CEJA, para lo que se invitó a participar a representantes de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y la Agencia de Desarrollo Internacional de Canadá (CIDA). Actualmente, el Consejo es presidido por el abogado y Director Ejecutivo del Instituto Judicial Nacional de Canadá, George M. Thomson. La vicepresidencia la ocupa el Subsecretario de Justicia chileno, Jaime Arellano. Los demás integrantes son Douglass Cassel de Estados Unidos; Karl Terrence

Hudson-Phillips de Trinidad y Tobago; Lloyd Ellis de Jamaica; y Germán Garavano de Argentina.

Nuevos miembros

Por su parte, el martes 7 de junio durante la cuarta sesión plenaria del XXXV Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, fueron elegidos por votación de los jefes de delegación de los 34 Estados Miembros, las candidaturas para ocupar las vacantes que se produjeron en el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y que integrarán su Consejo Directivo a partir de enero de 2006. Los nuevos integrantes son la abogada de la República Oriental de Uruguay, Sra. Hebe Burlé Martínez, y el Miembro del Tribunal Electoral del Brasil, Sr. Carlos Eduardo Caputo Bastos.

| Puerto España, Trinidad y Tobago

Inauguran la Corte Caribeña de Justicia

En una ceremonia en la que participaron los 15 líderes de los países miembros de la Comunidad del Caribe (CARICOM), se dio por inaugurada el sábado 16 de abril en Puerto España, Trinidad y Tobago, la Corte Caribeña de Justicia, tribunal regional que sustituirá al Consejo Privado de Londres (Privy Council) como instancia final de apelaciones, para dirimir asuntos civiles, criminales y comerciales.

Más de 700 personas, entre delegados e invitados de diferentes regiones presenciaron la ceremonia de inauguración de las oficinas de esa instancia legal. En la jornada se hicieron presentes las intervenciones de los primeros ministros de Barbados, Owen Arthur; Santa Lucía, Kenny Anthony; el jefe de estado de Surinam y Presidente de CARICOM, Ronald Venetiaan; el Secretario General de CARICOM, Edwin Carrington y el anfitrión trinitario, Patrick Manning. En sus comentarios, el Primer Ministro de Trinidad y Tobago, Honorable Patrick Manning, según consta en un comunicado oficial emitido por CARICOM, describió la inauguración de la CCJ como la realización de independencia judicial para la Región.

La Comunidad ya cuenta con seis de los nueve letrados que dirigirán la CCJ, encabezados por Michael de la Bastide, designado como presidente de ese órgano desde 2004. De la Bastide, durante su discurso hizo notar a los presentes que la Corte tiene tres características especiales que se hacen evidentes a través del nombramiento apolítico de sus jueces, el financiamiento independiente utilizado para la Corte, y su función doble como corte final de apelaciones y asuntos civiles.

Además de dirimir asuntos civiles y criminales, el tribunal zonal se encargará de regir los asuntos legales en el intercambio comercial de la región con otras. Por otra parte, realizará sesiones en diferentes territorios y su condición de Corte itinerante le permitirá ofrecer mayor accesibilidad a sus servicios que el Consejo Privado. Durante la etapa inicial, los miembros de la junta directiva de la Corte se encargarán de preparar las normas por las cuales se regirá el tribunal para solucionar las disputas.

Más información disponible en www.caricom.org

| Acceso a la información por Internet:

El uso de la red en los sistemas de justicia es desigual en las Américas

El estudio, que pretende elaborarse anualmente, da cuenta de los esfuerzos que los sistemas de justicia realizan por abrirse al público, a la vez que sugiere directrices de acciones a futuro en materia de acceso a la información judicial. Aunque la mayoría de los Poderes Judiciales y Ministerios Públicos de la región cuentan con sitios web institucionales, existen diferencias en los objetivos y niveles de información con los que han sido nutridos. Así lo indica, entre otros hallazgos, el Índice de Accesibilidad de la Información Judicial en Internet, realizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), estudio que evalúa en una escala porcentual, cuánta información básica y pública entregan a la ciudadanía algunos organismos del sistema de justicia.

Por otra parte, al comparar el uso de Internet entre los Poderes Judiciales y Ministerios Públicos se observa que son los primeros quienes más utilizan este recurso, puesto que 23 países de los 34 de las Américas contemplan un sitio web, frente a sólo 14 países cuyos Ministerios Públicos han desarrollado este tipo de herramientas.

Otro hallazgo importante ha sido la desmitificación en torno al valor del acceso a la información y a Internet, pensado como un bien demasiado costoso y sólo asequible a países desarrollados, ya que Costa Rica encabeza el Índice, –en tribunales de justicia– con un 86%, dejando a EEUU en segundo lugar con el 80%, por citar sólo un ejemplo.

En cuanto al contenido de los sitios, el Índice muestra que la mayor cantidad de información, en

el caso de los tribunales, es la publicación de estadísticas, sentencias (jurisprudencia), datos curriculares de los jueces, reglamentos y acordadas internas y llamados a concursos, mientras existe escasa información referida al ejercicio presupuestario, situación patrimonial y sanciones aplicadas a los jueces.

Metodología del Estudio

Para la elaboración del estudio, que será publicado de manera completa en la próxima edición de Sistemas Judiciales fue necesaria la definición de 21 indicadores –agrupados en 10 categorías–, para el caso de los tribunales de justicia, y de 17 indicadores –clasificados en 9 niveles–, para los Ministerios Públicos.

Del mismo modo, se precisaron los criterios y la escala de medición asociada a cada uno de estos indicadores anteriormente determinados. De esta forma, se accedió a las páginas web oficiales de las instituciones, y se asignó el valor correspondiente acorde a los criterios y la escala de evaluación.

Entre las informaciones puntualizadas como relevantes, se ponderó en primer lugar la existencia de la página web, la publicación y actualización de sentencias –sólo en el caso de tribunales– y reglamentos; la publicación estadística de causas ingresadas, resueltas y pendientes; presupuesto, concursos y licitaciones, entre otras.

Acceda al Índice en www.cejamericas.org

| Guaymallén y Cipolletti, Argentina

Nuevas casas de justicia

Se inauguraron dos casas de justicia en el marco del proyecto piloto "Casas de Justicia", de acceso a la justicia de carácter federal destinado a las personas de menores recursos. Se apunta a brindar servicios de orientación y asistencia jurídica gratuita, impulso y promoción de los denominados métodos alternativos de resolución de conflictos, y atención integral de la asistencia social. El proyecto se desarrolla desde INECIP, a través de ONGs locales. Las dos nuevas casas se establecieron en las ciudades de Guaymallén (Mendoza) y de Cipolletti (Río Negro).

| Asunción, Paraguay

MERCOSUR: Reforma judicial, derechos humanos y corrupción

Se realizó entre los días 23 y 25 de junio el Seminario sobre "Reforma Judicial, Derechos Humanos y Corrupción en el MERCOSUR", organizado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales de Paraguay (INECIP-PY). Participaron del encuentro prestigiosos juristas e investigadores de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay. Asistieron aproximadamente 500 investigadores y estudiantes locales y de las regiones cercanas.

| En Haití

CEJA apoyará Misión Especial de la OEA sobre reforma a la justicia

La misión especial de la Organización de Estados Americanos (OEA), recibió una petición del Ministerio de Justicia haitiano, que incluiría la asesoría técnica del CEJA, como una de las actividades tendientes a la mejora del sistema de justicia en materia de independencia judicial y reforma penal.

El programa planteado por el Ministerio de Justicia, cuya duración es de siete meses, pretende centrar la asistencia técnica para la elaboración de varios proyectos de ley, entre los que se cuenta la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia; la Ley Reguladora del Consejo Superior de la Magistratura; Ley de la Carrera Judicial, y la Ley de la Escuela de la Magistratura.

| Buenos Aires, Argentina

Políticas de Control de Armas y Desarme

Con el objetivo de buscar un abordaje multisectorial sobre el problema de las armas de fuego, a través de la interacción de distintos actores gubernamentales y de la sociedad civil en un marco en el que se pueda socializar la información entre estos actores, se desarrolló los días 29, 30 y 31 de marzo, el Seminario "Políticas de control de armas y desarme", organizado por Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), Espacios y SweFOR, bajo el auspicio del Programa de Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y de "Iniciativa de intercambio parlamentario" (SweFOR-UN-LIREC-OEA/CICAD).

| Programa de divulgación jurídica

Privación de libertad y género

Finalizó el Programa de "Mujeres privadas de la libertad. Divulgación jurídica y participación ciudadana", que se venía desarrollando en la unidad 3 de la Cárcel de Ezeiza, Argentina, con apoyo de la Embajada de Suiza y la Procuración Penitenciaria. El objetivo fue desarrollar un espacio común entre mujeres privadas de la libertad y estudiantes a través de la reflexión en torno a la temática de la discriminación desde una perspectiva de género. Asimismo, está en preparación el informe final donde se buscará exponer las conclusiones del proyecto.

Los objetivos específicos del plan consideran la instalación de un Centro de Documentación sobre las experiencias de reforma judicial en las Américas; beneficiar al Ministerio con la asesoría de expertos latinoamericanos en materia de reforma penal e independencia judicial, y organizar intercambios periódicos entre especialistas haitianos y latinoamericanos en el ámbito de la reforma judicial.

En este sentido, la asesoría técnica contará también con la elaboración de talleres y actividades que faciliten a los haitianos desarrollar sus capacidades. CEJA, como primer acercamiento con el sistema judicial haitiano, enviará en los próximos días una misión a Haití con el fin de elaborar en terreno un proyecto con actividades específicas para el logro de los objetivos.

| En INECIP

Seguridad y democracia

En el marco de la Convocatoria a los Centros de Estudio que realiza el INECIP anualmente disertó el Profesor Alberto Binder en torno a la temática de "Presupuestos básicos para un sistema de seguridad democrática. Un cambio de Paradigma". En tal oportunidad, Binder se refirió a la necesidad de encarar los problemas de la seguridad desde una óptica diferente a la que se viene utilizando hasta ahora, la de "gestión de la conflictividad".

| Preparativos del Congreso Argentino de Derecho Procesal

III Jornada Patagónica de Reforma Procesal Penal

Del 2 al 4 de junio se realizaron las III Jornada Patagónica de Reforma Procesal Penal, en Neuquén, Argentina, preparatorias del Congreso Argentino de Derecho Procesal Penal. La actividad fue organizada por el Instituto de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, y auspiciada por el CEJA, el INECIP, la Municipalidad de la Ciudad de Neuquén y la Asociación Argentina de Profesores de Derechos Procesal Penal. En la oportunidad, se analizaron los procesos de reforma procesal penal en América Latina y en las provincias patagónicas y se contó con las conferencias de los profesores Alberto Binder y Raúl Zaffaroni, además de las intervenciones de otros expertos regionales. (SweFOR-UN-LIREC-OEA/CICAD).

5 y 6 de octubre | Managua, Nicaragua

III Seminario Interamericano de Gestión Judicial

En esta tercera versión del seminario, el objetivo es analizar y discutir en profundidad sobre experiencias y lecciones aprendidas en la implementación y operación de los aspectos sustantivos de los Modelos de Gestión de Despachos, y su sostenibilidad en cuanto a aspectos organizativos, funcionales, económicos y culturales.

La mayor parte de los países del continente están en distintas etapas de avance de reformas sustantivas a sus sistemas judiciales, y uno de los aspectos críticos para poder mejorar el desempeño de la justicia es precisamente la introducción y operación satisfactoria de nuevos modelos de gestión del despacho judicial.

En este contexto, el revisar detalladamente las experiencias de países con distinto grado de avance en esta materia es, a juicio de los organizadores, un ejercicio que puede ayudar a mejorar el diseño de los despachos, para aquellos países que aún no han implementado totalmente los nuevos modelos; puede alertar sobre distintas estrategias de implementación a aquellos que están en dicha etapa, y puede también entregar lecciones para mejorar la operación para aquellos que ya tienen funcionando dichos modelos de despacho judicial.

Más información en www.cejamericas.org

18 al 21 de octubre | Santiago, Chile

X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública

Organizado por CLAD y el Gobierno de Chile a través de su Ministerio Secretaría General de la Presidencia, este Congreso tendrá innovaciones metodológicas que aspiran a focalizar los núcleos de debate e intercambio de experiencias, para dar consistencia y profundidad al tratamiento de los temas. Las propuestas de paneles deberán referirse a algu-

na de las ocho áreas temáticas definidas como prioritarias por el Consejo Directivo del CLAD, y su abordaje deberá estar orientado por la caracterización conceptual y las interrogantes centrales que se plantean para cada una de ellas.

Mayor información en www.clad.org.ve

26 al 28 de octubre | Santiago, Chile

Foro Iberoamericano sobre Acceso a la Justicia

Capturar y sistematizar las buenas y las malas experiencias de acceso a la justicia es el propósito del proyecto que está ejecutando el Ministerio de Justicia, con apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El foco del proyecto es el Foro Iberoamericano sobre Acceso a la Justicia que se llevará a cabo en octubre de este año en la ciudad de Santiago. En él participarán representantes de todos los países iberoamericanos, los diferentes actores de la asistencia jurídica en Chile, organizaciones no gubernamentales dedicadas a la materia y los usuarios del sistema.

Mayor información en www.pnud.cl

24 al 28 de octubre | Santiago, Chile

Curso Avanzado: Destrezas de Litigación en un Sistema Oral

Esta tercera etapa del Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal se compone de un curso presencial que tendrá una duración de cinco días y cuarenta horas cronológicas de trabajo, esto implica ocho horas de trabajo diarias. El curso será intensivo y netamente práctico. A tales efectos, se buscará transmitir destrezas tanto para la litigación en juicios y en audiencias orales, como así también para que los asistentes adquieran óptimas condiciones con tal de cumplir los roles de capacitadores en el estadio siguiente del programa, es decir, la etapa de las réplicas locales. Tal es así, que el curso trabajará cen-

tralmente con la técnica de simulación de roles tomando como base el trabajo de casos para la litigación, las técnicas utilizadas para desempeñar eficazmente esta actividad, las dificultades que se presentan a los diversos actores y las alternativas existentes para enfrentar tales obstáculos.

Por último, durante todas las actividades se proporcionarán aquellas habilidades pedagógicas requeridas para transmitir los conocimientos adquiridos en el Programa en las réplicas futuras.

Más información en www.cejamericas.org

10 y 11 de noviembre | Santiago, Chile

Seminario Internacional "Claves para una Reforma a la Justicia Civil"

Organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, los objetivos de este evento se centran en otorgar una visión panorámica de los principales aspectos que están en discusión relacionados con la reforma de la justicia civil en los países de América Latina; proponer una segmentación de las distintas temáticas en cuestión, junto con las solu-

ciones más apropiadas a cada segmento; y conocer en profundidad las reformas a la justicia civil llevadas a cabo en España e Inglaterra, como una manera de extraer lecciones útiles para las reformas en América Latina.

Más información en www.cejamericas.org/eventos

Sistemas Judiciales es una publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, editada en conjunto con el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP.

Su propósito es fomentar la discusión y el intercambio de información y experiencias sobre el funcionamiento de la justicia en los países de las Américas. Es también un canal de difusión para los productos y actividades de CEJA y de las redes con las que trabaja.

La revista se identifica con el ideario democrático y se siente comprometida en la tarea de aportar a la construcción de sistemas judiciales eficaces, oportunos, transparentes y respetuosos de los derechos de las personas.

La revista considera los temas del sector justicia en un sentido amplio, desde una perspectiva regional, multidisciplinaria, con fuerte vocación por la información empírica. Su enfoque es preferentemente el de las políticas públicas.

La revista se dirige a un público también amplio. Incluye entre sus lectores a expertos en la temática judicial pero también a las personas informadas, no especializadas, con interés en áreas afines (políticas públicas, derechos humanos, otros).

Por tanto, **Sistemas Judiciales**

- No es una publicación académica, pero se propone servir como puente entre la Academia y los expertos que trabajan en terreno en las reformas judiciales.
- No es una publicación masiva, pero aspira a ser leída por un amplio público.

Son temas de la revista:

- Todos aquellos asuntos de actualidad o debate que presenten información relevante sobre el funcionamiento de los sistemas de justicia en el continente o fuera de él (toda vez que sean un aporte a los temas que se discuten en la región).
- La revista privilegia preferentemente aquellos trabajos que muestran cercanía empírica con los tópicos que describen y muy especialmente los que abordan esos tópicos desde una perspectiva regional.

- La revista tiene especial interés en los resultados de investigaciones sobre el estado de la administración de justicia en los países de las Américas, lo mismo los trabajos que documenten experiencias de reformas en marcha, o presenten diagnósticos sobre cambios necesarios.
- La revista tiene una fuerte vocación instrumental. Son de interés para la revista aquellos temas que refieran lecciones novedosas de cambios realizados en el sector justicia o refieran a instrumentos o experiencias de utilidad para los países que están implementando cambios en sus sistemas judiciales.
- La revista quiere servir como medio para el debate sobre esas experiencias y, por lo tanto, acoge en sus páginas los trabajos que planteen ángulos distintos o visiones contrapuestas a artículos ya publicados.

No son temas de la revista:

- Los análisis teóricos, doctrinarios o simplemente conceptuales.
- La exposición o denuncia de casos judiciales concretos.
- La contingencia interna de los países.

Los artículos serán inéditos.

La revista no paga por los artículos.

Los puntos de vista expresados en los artículos son responsabilidad personal de sus autores y no de las instituciones que editan la revista.

Los artículos pueden ser escritos en cualquiera de los cuatro idiomas oficiales de la región (español, inglés, francés, portugués) y se publican en el idioma en que son escritos.

Para todos los casos, los editores de la revista se reservan el derecho de aceptar o rechazar los artículos recibidos, y a solicitar enmiendas a artículos ya aceptados.

La revista autoriza la reproducción o traducción, total o parcial de los artículos publicados en sus páginas, toda vez que se señale claramente el autor y se indique la siguiente atribución:

«Reproducido con autorización © Revista **Sistemas Judiciales**, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA [Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP]»

Política Editorial

La revista se edita en forma impresa. Una selección de artículos de los dos últimos números vigentes y la totalidad de los contenidos de los números anteriores, estarán disponibles en el sitio web de CEJA.

Guía para Autores

Sistemas Judiciales es una publicación abierta a la comunidad vinculada al mejoramiento del sector justicia y, por tanto, acoge en sus páginas artículos, en los términos descritos en nuestra Política Editorial.

Los autores pueden enviar artículos para las siguientes secciones de la revista:

- Tema Central
- Dossier
- Notas generales
- Contrapunto
- Biblioteca personal

Los artículos tienen una extensión y formato específico, según la sección. Para todos los casos, la extensión se indica en número de páginas, medidas en formato Word, tamaño carta, letra Times New Roman, cuerpo 12, espacio simple.

Tema central

Extensión: 8 a 16 carillas. Estos artículos abordan un tópico específico en profundidad, de preferencia abordados por autores con vasta experiencia o conocimiento en el tópico.

Dossier

Extensión: 1 a 2 páginas. Documentan las iniciativas actuales en desarrollo o discusión en el país, en relación con el tópico central, con un enfoque descriptivo, no evaluativo. Por lo general, se tratará de respuestas acotadas e informativas a un breve cuestionario.

Notas generales

Extensión: 4 a 8 páginas. Mismo formato que las notas del tema central, aunque en un estilo más sintético. Esta sección está abierta a toda la diversidad de temas posibles, en línea con lo descrito en la Política Editorial.

Contrapunto

Extensión: 4 a 16 páginas. Estos artículos son réplicas a trabajos previos publicados en la revista. Deben identificar con claridad los puntos de vista específicos rebatidos y documentar las razones del contra-argumento o visión alternativa.

Biblioteca personal

Extensión: 3 a 5 páginas. Se trata de un artículo, tipo columna, que presenta recomendaciones de lectura y novedades bibliográficas relativas, de preferencia pero no exclusivamente, al tema central del número.

- Los artículos deben incluir un título breve (en ningún caso superior a ocho palabras). Puede usarse un subtítulo para especificar el tema puntual del trabajo.
- Todos los artículos van firmados. El nombre del autor (y coautor, si lo hubiere), van seguidos por la indicación del cargo y la institución en que se desempeña, y su dirección de e-mail.
- Todos los artículos deben incluir un abstract o resumen, en inglés o en español, en no más de diez líneas.

Recomendaciones de estilo

- Use un lenguaje claro, directo y sin tecnicismos. Si se ve obligado a emplear términos especializados, indique una breve explicación entre paréntesis. Un buen ejemplo a menudo es más esclarecedor que una cita al diccionario.
- Evite el lenguaje localista. Considere que el lector puede estar en Jamaica o en Tierra del Fuego.
- La revista tiene especial interés por artículos donde la información contextual y descriptiva es apoyada con información estadística. Si va a incluir tablas o gráficos, escoja un modelo sencillo y datos sintéticos.

Citas

Basta con indicarlas entre comillas, con una nota al pie para identificar su fuente. En lo posible, se sugiere evitar la nomenclatura (Autor: Año) al término de la cita.

Notas al pie

Se recomienda acotar el uso de las notas al pie para indicar las fuentes bibliográficas o para referir aquella información que forzosamente queda fuera de contexto al citarla en el cuerpo del texto.

Referencias bibliográficas

La revista no estila anexar bibliografía al final de los artículos. Las referencias deben ser informadas en notas a pie de página. Se recomienda para ello guiarse por cualquiera de los siguientes dos sistemas, a saber: los que indican el año entre paréntesis después del autor, o los que indican el año al final de la referencia. A continuación se dan detalles de ambos:

a) Publicaciones periódicas

Nombre y apellido del autor principal, «Título del Artículo», Nombre de la publicación, Institución que edita, si la publicación no es muy conocida, Volumen y Número de la Edición, Fecha, Páginas.

Ej.: Patrick Pierre Louis, «Le système juridique haïtien: entre ordre étatique et ordre coutumier», *Sistemas Judiciales*, CEJA- INECIP, Año II, Nro. 4, diciembre de 2002, pp. 103-110

O bien

Apellido del autor principal, Nombre (Año): «Título del Artículo», Nombre de la publicación, Institución que edita, si la publicación no es muy conocida, Volumen y Número de la Edición, Páginas.

Ej.: Louis, Patrick Pierre (2002): «Le système juridique haïtien: entre ordre étatique et ordre coutumier», *Sistemas Judiciales*, CEJA- INECIP, Año II, Nro. 4, pp. 103-110

b) Libros

Nombre y apellido del autor o editor principal de la obra, Título del libro, (datos del traductor, si los hay), Institución, Editorial, Ciudad, Año, páginas.

Ej.: Mary McClymont y Stephen Golub (eds), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el área del Derecho de los donatarios de la Fundación Ford*, (versión castellana al cuidado del Programa de acciones de interés público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales), Fundación Ford, Santiago, 2001, 401 páginas.

c) Capítulos de libros

Nombre y apellido del autor del capítulo, «Título del capítulo», en Nombre y apellido del autor o editor principal de la obra, Título del libro, [Institución], Editorial, Ciudad, Año, página.

Ej.: Silvina Ramírez, «Cambios en el sistema de justicia y sociedad civil en Argentina (1983-2002)», en *Justicia y Sociedad Civil. El papel de la sociedad civil en la reforma judicial*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2003, pp. 39-147.

Los artículos deben ser enviados, preferentemente vía correo electrónico, a alguna de las siguientes personas y direcciones:

Ximena Catalán

[Coordinadora de Prensa
y Comunicaciones de CEJA]

Revista *Sistemas Judiciales*
Centro de Estudios de Justicia
de las Américas, CEJA
Holanda 2023, Providencia, Santiago, Chile
Tel.: +(562) 274-2933
Fax +(562) 341-5769
E-mail: ximena.catalan@cejamericas.org

Luciano Hazan

[Editor]

Ediciones del Instituto
INECIP
Talcahuano 256 1º piso (C1013AAF)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires,
Argentina
Tel/Fax: (00-54) 1143720570
e-mail: ediciones@inecip.org