

LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA:
APORTES EMPÍRICOS Y CONCEPTUALES

Haydée Birgin
Natalia Gherardi
(coordinadoras)

Colec. "Género, Derecho y Justicia"

No. 6

PRESENTACIÓN

En el año 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emprendió un programa de actividades para introducir la perspectiva de género en sus ámbitos jurisdiccional y administrativo como una de las estrategias necesarias para cumplir con las obligaciones constitucionales derivadas del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación.

Entre los objetivos de dicho programa, se encuentra la reducción de los obstáculos para acceder a la justicia por parte de las mujeres y los grupos menos aventajados, el cuestionamiento de la supuesta neutralidad de las normas, y la visibilización de los impactos diferenciados que la interpretación de las leyes tiene en los hombres y en las mujeres.

En este marco, el Máximo Tribunal del país, a través de la Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación y la Dirección de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció una alianza con la Editorial Fontamara para la realización de la serie “Género, Derecho y Justicia”.

Esta serie y los propósitos que la animan son ahora posibles gracias al decidido apoyo de la Comisión de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, integrada actualmente por el Ministro Presidente Juan N. Silva Meza, la Ministra Olga María Sánchez Cordero y el Ministro José Ramón Cossío Díaz.

Esta serie, que hoy se pone a disposición del público, pretende sistematizar algunos de los abordajes teóricos más relevantes sobre la construcción social y cultural del género y su estrecha relación con el acceso y la impartición de justicia.

Asimismo, desea articular las diversas críticas que los estudios de género han puesto sobre la mesa de la disciplina jurídica.

Partiendo del reconocimiento del pluralismo y la diversidad social en el marco de la igualdad democrática y tomando seriamente en consideración los cambios sociales y culturales ocurridos en las últimas décadas en México, resulta imprescindible abordar, desde el punto de vista teórico y práctico, los desafíos que la perspectiva de género y no discriminación presentan a los órganos de impartición de justicia y a la labor jurisdiccional.

Con el lanzamiento de la serie “Género, Derecho y Justicia”, la Suprema Corte de Justicia de la Nación toma parte activa en los debates académicos en la materia, contribuye al intercambio constructivo de saberes y experiencias, y propicia, en última instancia, una mejoría en el acceso a la justicia.

La esperanza es que las discusiones plasmadas en esta serie abonen a la construcción de una sociedad más incluyente y diversa, y a la transformación del quehacer jurisdiccional en el sentido de adoptar la defensa efectiva de los derechos y libertades fundamentales sin discriminación.

MÓNICA MACCISE DUAYHE
RODOLFO VÁZQUEZ

INTRODUCCIÓN

*[T]he Justices [...] shall assign to the same poor person or persons counsel, [...] which shall give their counsel, nothing taking for the same; [...] and likewise the Justices shall appoint attorney and attorneys for the same poor person or persons [...]*¹

Enrique VII, c. 12 (1495)
An Act to Admit Such Persons
as Are Poor to Sue *in Forma Pauperis*

La Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación de México trabaja para promover la equidad en el acceso a la justicia. Entre sus objetivos, se propone incentivar la interpretación de las leyes conforme a los principios de igualdad y no discriminación y transversalizar la perspectiva de género en el aparato administrativo del Poder Judicial Federal.

El acceso a la justicia, sus alcances y estrategias se encuentran en el centro de las áreas en las que trabaja la Coordinación General, no sólo por las diferencias de género que se presentan, sino por los efectos que las barreras para su ejercicio tienen en la población en general.

* Agradecemos los aportes sustantivos de Magdalena Zold para esta introducción, así como los comentarios y conversaciones con Josefina Durán.

¹ “Los jueces asignarán a las personas pobres un abogado [...] que brindará su asesoramiento sin tomar nada a cambio; [...] y asimismo los jueces designarán representantes letrados en favor de las personas pobres...” (traducción de la autora).

El objetivo de esta publicación es presentar algunas de las discusiones vigentes en torno al concepto de acceso a la justicia, tanto desde los principios políticos y legales que vinculan el acceso a la justicia con el ideal de igualdad en una sociedad democrática liberal, como desde la aplicación de este principio en algunos temas específicos que son de interés para México y para América Latina.

El efectivo acceso a la justicia está lejos de ser una realidad para un significativo universo de personas y, por lo tanto, las discusiones vinculadas con las formas y estrategias en que éste pueda mejorarse interesan y deben involucrar, en general, a toda la sociedad. Sin embargo, las mujeres, entre otros grupos desaventajados, enfrentan dificultades particulares cuyas especificidades deben ser atendidas. Por ese motivo, los artículos tratan distintos aspectos centrales del acceso a la justicia planteados en términos generales, pero incorporando análisis particulares vinculados con la violación de derechos de las mujeres.

La selección de artículos, ensayos y conferencias que componen este libro propone un recorrido por variados contextos sociales y políticos, con el objetivo de presentar la diversidad de discusiones posibles y la amplitud de los debates vigentes en torno al concepto de acceso a la justicia.

Esta introducción se divide en cuatro partes. En primer lugar, se presentan los aspectos generales del acceso a la justicia como principio fundamental de la democracia y como expresión sustantiva de la igualdad ante la ley. En el segundo apartado se discuten las estrategias y políticas públicas ensayadas en distintos contextos históricos y sociales para promover el acceso a la justicia. A continuación, se presentan los trabajos que componen esta publicación, explicando la relevancia que cada uno tiene en el contexto de la región. Finalmente, las conclusiones se proponen recuperar algunos de los debates pendientes y necesarios para colocar el acceso a la justicia en un lugar prioritario en la agenda democrática.

1. Igualdad ante la ley: derechos y justicia

Ya en 1495 bajo el reinado de Enrique VII, el Parlamento de Inglaterra aprobó una ley especial para garantizar a las personas indigentes el derecho a asistencia jurídica gratuita en los procesos civiles ante los tribunales del *Common Law*. En los siglos que siguieron, los mecanismos para asegurar el acceso a la defensa de los derechos fueron perfeccionándose en algunas jurisdicciones ante la creciente conciencia de las limitaciones inherentes a un amplio reconocimiento de derechos caros de instrumentos que permitan su goce efectivo.²

² Véase los clásicos trabajos de Cappeletti y Garth (1978), Davis (1993) y Regan (1999) para una descripción de la evolución en los mecanismos de acceso a la justicia en distintas jurisdicciones.

El postulado de igualdad ante la ley es uno de los principios más significativos para las sociedades liberales modernas. Al mismo tiempo, también es un principio frecuentemente violado. La confrontación entre las expectativas que surgen de la ley –teóricamente aplicable por igual a toda la ciudadanía, que puede recurrir a los tribunales de justicia para hacer valer sus derechos– y las dificultades que se desprenden de las condiciones reales de acceso a los tribunales y de la supuesta defensa de esos derechos, genera una impostergable preocupación por el acceso a la justicia respecto de grandes colectivos de personas en nuestra sociedad.³ El compromiso con la igualdad ante la justicia representa un compromiso con la legitimidad democrática de las sociedades en las que vivimos.

En los últimos años se han dedicado importantes esfuerzos para promover el debate del acceso a la justicia en ámbitos nacionales, regionales e internacionales, con distintos alcances y propósitos.⁴ Al amparo de ese concepto se han discutido acciones, estrategias, métodos, procedimientos e instituciones tan diversas como la creación de un servicio público de asesoramiento y patrocinio jurídico a cargo del Estado; la educación de la población respecto a los derechos que la ley reconoce a los habitantes y las formas de protegerlos; la responsabilidad social de la corporación de abogados que generalmente tiene el monopolio del acceso a los tribunales; las políticas públicas necesarias para sobrellevar obstáculos y dificultades propias de ciertos grupos mediante la creación de agencias especializadas; la pertinencia de extender los alcances de los métodos alternativos de resolución de conflictos. Las reformas del Poder Judicial y de las normas que regulan el desarrollo de los procesos judiciales también se cuentan entre las estrategias desplegadas con el objetivo de mejorar el acceso a la justicia de una determinada comunidad.⁵

En línea con los principales tratados de protección de derechos humanos,⁶ la mayoría de los Estados occidentales modernos han adoptado medidas tendientes a asegurar la asistencia de un abogado a cargo del Estado en los procesos penales, cuando la persona acusada de un delito no estuviera en condiciones de procurarse una defensa. Sin embargo, en muchos países desarrollados existe también

³ Fucito (2003), p. 287.

⁴ En el ámbito regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó recientemente informes vinculados con problemáticas específicas de acceso a la justicia (CIDH, 2007a, 2007b y 2007c). También organismos multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo tomaron el tema de acceso a la justicia entre sus preocupaciones.

⁵ Para una breve descripción de la evolución del concepto de acceso a la justicia y su recepción en diversas legislaciones comparadas, véase Gherardi (2006).

⁶ Consagran el acceso a la justicia el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 5 y 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

un reconocimiento generalizado al derecho a la asistencia jurídica gratuita en casos civiles. Ya sea por disposición expresa de la Constitución o de leyes especiales del Estado o como consecuencia de la interpretación que los tribunales hicieron de la garantía del debido proceso, lo cierto es que en estos países el derecho a la asistencia en juicio de un abogado es corriente en muchos casos de naturaleza civil, y no sólo cuando la libertad física de una persona se encuentra en peligro.

Este principio fue establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Airey v. Irlanda*, en 1979.⁷ En el caso, una mujer irlandesa indigente demandó judicialmente la separación de su marido. Dado que la Sra. Airey carecía de los recursos necesarios para contratar un abogado, solicitó a la corte que le proveyera asistencia jurídica gratuita. Este pedido fue rechazado por el máximo tribunal de justicia de Irlanda y, por lo tanto, la Sra. Airey recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos. La Corte falló a favor del planteo de la Sra. Airey al entender que el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos garantiza que los litigantes de casos civiles tienen derecho a una “audiencia justa”, y ello significa que los Estados tienen la obligación de proveer en forma activa y efectiva la asistencia de un abogado, si sus ciudadanos no pueden afrontar su costo:

El objetivo de la Convención [Europea de Derechos Humanos] es garantizar la existencia de derechos prácticos y efectivos, y no teóricos o ilusorios [...] Esto es particularmente cierto con respecto al derecho al acceso a los tribunales, dada la importancia que las sociedades democráticas asignan a la garantía del debido proceso [...] La Corte concluye [...] que la mera posibilidad de presentarse ante el [tribunal competente] no satisface el derecho del peticionante a un efectivo acceso.

El gobierno de Irlanda sostiene que en este caso no hay un obstáculo emanado del Estado y que no existe una acción deliberada del Estado para impedir el acceso; la supuesta falta de acceso a la justicia no es consecuencia de una acción de las autoridades *sino solamente de las circunstancias personales* de la Sra. Airey, un tema por el cual Irlanda no puede ser considerada responsable en los términos de la Convención.

La Corte no concuerda. En primer lugar, la existencia de un obstáculo puede violar la Convención de la misma manera que un impedimento legal. Adicionalmente, el cumplimiento de una obligación bajo los términos de la Convención en ocasiones requiere de una *acción positiva* por parte del Estado; en esas circunstancias, el Estado no puede simplemente permanecer pasivo [...] no corresponde distinguir entre

⁷ Citado en Johnson (1983).

actos y omisiones. La obligación de asegurar un derecho efectivo de acceso a los tribunales está comprendida en esta clase de deberes.⁸

Un principio de justicia en una sociedad democrática requiere que los servicios jurídicos se encuentren a disposición de quien no tiene los medios económicos para procurarlos, más allá de los casos en que la libertad física de las personas está en juego.

En infinidad de situaciones, mujeres y varones se encuentran frente al ordenamiento jurídico en circunstancias que exceden largamente las causas penales. Las decisiones que tomen ante esas situaciones afectarán sus vidas de un modo profundo y duradero. Las personas poseen o no el carácter de ciudadanos del Estado en que viven; adquieren propiedades, las ocupan, las pierden; forman parejas, tienen hijos, conviven o se separan de ellos; habitan su comunidad; son víctimas de situaciones de violencia; emprenden negocios; toman riesgos. En todas esas circunstancias, por nombrar sólo algunas pocas, habrá consecuencias jurídicas que se encuentran reguladas por un cuerpo de leyes. La posibilidad de conocer y comprender el ordenamiento jurídico que regula la vida cotidiana determinará en gran medida el resultado de las acciones de ciudadanía y las consecuencias de sus decisiones. Así, mujeres y varones podrán vivir como residentes legales o ilegales; accederán o no a los beneficios que derivan de la ciudadanía, incluyendo sus derechos a la seguridad social; sus derechos como compradores, inquilinos, propietarios, comerciantes, padres, madres, hijos o hijas serán o no respetados; recibirán o no un trato justo en situaciones de separación o divorcio o ante la determinación del régimen de alimentos, manutención o tenencia de sus hijos e hijas menores de edad.

Hay una diferencia fundamental entre reconocer la igualdad formal de todos los ciudadanos ante la ley estableciendo la aplicación uniforme de las normas que (de acuerdo con una ficción del derecho) se reputa conocida por todos, y establecer la obligación del Estado de proveer la asistencia jurídica con el objeto de asegurar que todos los habitantes conozcan sus derechos y puedan accionar los mecanismos institucionales existentes para asegurar su debido ejercicio.

En esos términos, plantear el acceso a la justicia como garantía indispensable para el ejercicio libre de los derechos reconocidos por tratados internacionales, constituciones y leyes, y para el ejercicio mismo de la ciudadanía, requiere precisar el alcance del concepto, así como sus limitaciones, obstáculos y estrategias para asegurarlo.

⁸ Traducción libre. Énfasis agregado.

En su clásico trabajo, Cappeletti y Garth reconocen dos dimensiones del concepto de acceso a la justicia.⁹ En primer lugar, una dimensión normativa referida al derecho igualitario de todos los ciudadanos a hacer valer los derechos legalmente reconocidos. En segundo lugar, una dimensión fáctica que se refiere a los aspectos vinculados con los procedimientos tendientes a asegurar el ejercicio del acceso a la justicia. Desde este punto de vista, el acceso a la justicia comprende el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad, la protección de un derecho. Esto implica el acceso a las instituciones administrativas y judiciales competentes para resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana de las personas.

Acceder a la justicia, por lo tanto, implica la posibilidad de convertir una circunstancia que puede o no ser percibida inicialmente como un problema, en un cuestionamiento de naturaleza jurídica. Esta posibilidad requiere la construcción creciente de un proceso en el cual cada etapa supone la anterior.¹⁰ En primer lugar, es preciso *reconocer* la existencia de un problema y luego *identificar* ese problema como uno de naturaleza jurídica. En tercer lugar, es necesario identificar la persona (pública o privada) *responsable* de haber causado el problema o que hubiera incumplido su obligación de resolverlo. Luego, es necesario *convertir* el problema en una *demanda o reclamo* ya sea judicial o administrativo y *sostener* el proceso iniciado ante los tribunales de justicia o ante la administración pública, con todo lo que ello implica: seguir, instar, monitorear el proceso contando con la asistencia jurídica necesaria, en su caso. Finalmente, una vez lograda la decisión judicial o administrativa, corresponderá *hacer efectiva* esa decisión de modo de gozar efectivamente del derecho violado o reparar su perturbación.

El acceso de la justicia, entonces, incluye el acceso al sistema judicial o al mecanismo institucional competente para atender el reclamo; el acceso a un buen servicio de justicia que brinde un pronunciamiento judicial o administrativo justo en un tiempo prudencial; y por último, el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y de los medios para poder ejercerlos.¹¹

En su dimensión normativa, el acceso a la justicia se relaciona con derechos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos: el derecho a la tutela judicial, el derecho a un recurso efectivo y el derecho a la igualdad. Este conjunto de derechos tiene por objeto garantizar el acceso a un órgano jurisdiccional predeterminado, independiente e imparcial que decida basándose en el derecho, tras un proceso que respete las garantías procesales, en un sistema que las pre-

⁹ Cappeletti y Garth (1978).

¹⁰ Anderson (2003).

¹¹ Larrandart (1992).

vea y donde el acceso sea garantizado a todas las personas, sin distinciones que no puedan ser justificadas con argumentos objetivos y razonables.¹²

El Estado tiene así obligaciones “negativas” y “positivas”: debe abstenerse de realizar acciones que dificulten o imposibiliten el acceso a la justicia y al mismo tiempo, se encuentra obligado a tomar acciones que garanticen el efectivo acceso a la justicia de todos por igual.¹³ Esta faz “positiva” requiere que el Estado tome medidas de distinta naturaleza –administrativas, legislativas, e incluso jurisdiccionales– para remover los obstáculos que dificultan el efectivo acceso a la justicia.

El reconocimiento de la existencia de un problema y su identificación como una cuestión justiciable representa uno de los mayores obstáculos a superar. Hace falta un grado importante de alfabetización jurídica y de conciencia de la existencia de derechos en la sociedad para identificar el componente jurídico o legal de un problema. Las evidencias indican que la discriminación en el acceso a la justicia no es sólo económica, sino sociocultural y que, por ese motivo, las condiciones que eventualmente permitirán su modificación exceden los recursos disponibles en una sociedad capitalista para tales fines.¹⁴

Sin perjuicio de las particularidades propias de distintos contextos históricos, sociales y geográficos, existen ciertas barreras comunes a los grupos social y económicamente desaventajados que operan como obstáculos para lograr un efectivo acceso a la justicia.¹⁵ En primer lugar, la falta de información de los ciudadanos y ciudadanas respecto a los derechos de los que son titulares y los procesos e instituciones disponibles para su ejercicio. No es posible imaginar la activación de un reclamo, si los problemas que se enfrentan no son conceptualizados en términos de violaciones de derechos.

En segundo lugar, los costos económicos vinculados con la contratación de un abogado, el pago de las tasas judiciales y el acceso físico a los tribunales constituye un obstáculo difícil de sortear para quienes viven en condiciones de pobreza e indigencia. Además, se trata de oficinas que trabajan normalmente en horarios acotados de atención al público –ciertamente incompatibles con la jornada de trabajo– y se encuentran generalmente apartadas de la mayor parte de la población que deberían servir, dada la distribución de competencias en tribunales que corresponden a grandes jurisdicciones.

En tercer lugar, hay circunstancias que colaboran a generar situaciones de temor y desconfianza en el sistema judicial, como consecuencia de una extendida desconfianza en las autoridades públicas. Si bien los bajos niveles de credibilidad

¹² Despouy (2008), pp. 116-117.

¹³ *Ibid.*, p.119.

¹⁴ Fucito (2003), p. 289.

¹⁵ Gargarella (2004).

en los poderes del Estado es un fenómeno común a las clases sociales en América Latina, las personas en situación de pobreza tienen sobrados motivos para desconfiar de un sistema que les resulta expulsivo. El formalismo excesivo en los procesos, acompañado de un lenguaje diferente y específico que resulta lejano y desconocido para la mayoría, colaboran a alejar los procedimientos legales del entendimiento del común de las personas.

Finalmente, los procesos para el reclamo de derechos se visualizan como un camino largo, sinuoso y de resultado incierto. El problema de las demoras en los procesos, cuya duración no hace sino incrementar los costos involucrados, resulta exacerbado por los obstáculos geográficos que, particularmente en las poblaciones rurales o en las grandes extensiones urbanas, derivan en la imposibilidad de las personas de acceder a los edificios de justicia o a las oficinas donde se brindan servicios jurídicos.

Los obstáculos generales para el acceso a la justicia no impactan del mismo modo en toda la población: las personas migrantes, las mujeres, las poblaciones indígenas, rurales, y todo sector cuyas condiciones sociales y económicas los coloque en situación de desventaja, verán exacerbadas sus dificultades para hacer valer sus derechos y activar los mecanismos de protección existentes. Quienes trabajen en ocupaciones informales difícilmente pueden superar las barreras geográficas y limitaciones horarias para acceder a los servicios jurídicos gratuitos que les permitan acceder a la justicia, sin consecuencias negativas para su trabajo y sus ingresos. Las mujeres se encuentran generalmente a cargo del cuidado de sus hijos menores de edad y los servicios jurídicos no cuentan con lugares o servicios adecuados para la espera y atención de los niños. Todas las dificultades y costos asociados con el traslado y la espera se agudizan para quienes son responsables del cuidado de miembros dependientes de la familia, ya sea niños o niñas, adultos mayores, personas con discapacidad.¹⁶

2. Estrategias y políticas públicas para contribuir al acceso a la justicia

El acceso a la justicia puede ser analizado como parte de una política pública antidiscriminatoria que compromete al Estado y a cada uno de sus órganos y no sólo como un problema del Poder Judicial.¹⁷ Es en ese sentido que el acceso a la justicia se proyecta también sobre los procesos de definición y adopción de políticas públicas que inciden sobre el goce de los derechos civiles, políticos económicos y sociales de los grupos vulnerables.

¹⁶ Véase, en general, Birgin y Kohen (2006).

¹⁷ Ruiz (2008), p. 44.

A partir de las definiciones de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia, se consideran personas en situación de vulnerabilidad a aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos *reconocidos* por el ordenamiento jurídico¹⁸. La creación de oficinas con funciones específicas de protección y asistencia destinadas a los grupos vulnerables, por causas vinculadas con tratos discriminatorios por parte de órganos estatales, así como la creación de patrocinios jurídicos especializados en la situación de estos grupos, contribuyen a garantizar su acceso a la justicia.

Con el reconocimiento de las necesidades jurídicas de los sectores desaventajados se han acuñado distintos modelos de asistencia y patrocinio letrado gratuitos, algunos organizados mediante políticas estatales y otros por asociaciones profesionales y organismos de la sociedad civil.

Tanto el alcance como el grado de efectividad de estos modelos varían dependiendo de los contextos jurídicos y culturales en que se desarrollan.¹⁹ Algunos países han adoptado el modelo de abogados empleados por el Estado (*staff attorney model*) donde se contratan profesionales para que presten servicios jurídicos gratuitos, organizando instituciones gubernamentales con especialidad por materia o con un criterio de división geográfica. Se prestan servicios a las personas que resultan comprendidas en la categoría de “clientes”, definida por la norma que crea el sistema sobre la base de criterios objetivos o subjetivos. En otros países se ha adoptado un sistema de contratación de abogados (*contracting model o judicare*) caracterizado por el hecho de que el Estado paga honorarios predeterminados a profesionales independientes, para que éstos asuman los casos de las personas elegibles para recibir el servicio. Aquí, las experiencias de diversos países difieren en cuanto a la forma en que se realiza esa contratación (por caso, por tarifa horaria). Por último, en algunos países, ante la ausencia de servicios prestados por, o financiados desde, el Estado, este vacío es cubierto (total o parcialmente) por servicios privados, brindados por organizaciones no gubernamentales o asociaciones de profesionales que no cuentan con asistencia financiera directa del Estado.

Con independencia del sistema de asistencia jurídica que se adopte, el nivel de demanda que afrontan los distintos tipos de servicios de asistencia y patrocinio jurídicos gratuitos presenta importantes desafíos a la hora de ofrecer servicios de calidad que permitan realizar efectivamente la noción del acceso a la justicia. Ante la falta de recursos suficientes para atender la demanda de servicios se han diseñado diversos criterios de admisión de casos que, usualmente, sopesan la capacidad

¹⁸ Artículo 3 de las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en Brasilia el 6 de marzo de 2008.

¹⁹ Para una descripción más completa véase Gherardi (2006).

económica de quienes requieren asistencia, la naturaleza de la controversia en relación con la cual requieren esa asistencia y las políticas y estrategias de las instituciones que prestan estos servicios. En consecuencia, existe un grupo de controversias que caen fuera del criterio de admisión de los servicios disponibles y con ellas las personas para quienes el acceso a la justicia continúa siendo una promesa incumplida.

Con el objeto de dar respuesta a algunas de las limitaciones que presentan estos modelos, hay experiencias que dan cuenta de estrategias alternativas para facilitar el acceso a la justicia. Algunos países han diseñado procesos en los que no se requiere la asistencia de un abogado para presentar o llevar adelante un reclamo, ya sea en forma total o parcial (una forma de *self-representation* a cargo de la misma persona interesada), como una forma de superar el monopolio de acceso a los tribunales, que generalmente se otorga a la corporación de profesionales del derecho. Sin embargo, todavía no se ha podido establecer que este tipo de procedimientos garantice el acabado ejercicio del derecho de defensa, máxime en aquellos casos en que la contraparte se presenta con asistencia letrada.

Otra de las estrategias utilizadas para superar algunos de los obstáculos para el acceso a la justicia es el uso de la reforma legal y la reforma judicial. La mayor parte de los programas de reforma judicial contienen propuestas dirigidas a crear mayor cantidad de tribunales, buscando disminuir la cantidad de procesos que tramitan ante los tribunales existentes y así descongestionar el servicio de administración de justicia. También se busca promover la ubicación de tribunales en la periferia de los centros urbanos, para mejorar su accesibilidad geográfica.

Las instancias de mediación o conciliación obligatorias en forma previa al inicio de una causa judicial es otra forma para intentar descongestionar los tribunales. Este abordaje apunta a facilitar la resolución alternativa de conflictos sin necesidad de poner en marcha la maquinaria judicial. Sin embargo, los métodos de resolución alternativa de conflicto no siempre garantizan el acceso a la justicia para todos por igual, pues carecen de mecanismos que permitan compensar la situación de debilidad y profunda necesidad en que se encuentran ciertos grupos vulnerables, obligándolos a negociar en situación desigual de poder, restringiendo la efectiva tutela de sus derechos.

Finalmente, en materia de reformas procesales, se ha propuesto la introducción de medidas que permitan adaptar los procesos al trámite de conflictos de carácter colectivo, que constituyen una herramienta fundamental para la protección de intereses públicos y, por otra parte, pueden contribuir a liberar a los tribunales de resolver una cantidad importante de conflictos individuales que responden a problemáticas similares.²⁰

²⁰ Fernández Valle (2006), pp. 56-57.

Mientras el abordaje tradicional para mejorar el acceso a la justicia se concentra en programas implementados a nivel nacional o local para posibilitar el reclamo individual de derechos en asuntos que involucran situaciones particulares (en materia civil, penal, laboral, u otras), en las últimas décadas se ha explorado en forma creciente una aproximación distinta. Esta segunda estrategia pone el foco en los problemas que constituyen expresiones individuales de casos que afectan a un mayor número de personas y que por sus características son pasibles de ser abordados a partir de herramientas procesales colectivas en busca de soluciones novedosas.

Desde esta segunda perspectiva, en muchos países se ha explorado el potencial del activismo judicial para la transformación de ciertas estructuras en la sociedad a través de las herramientas legales.²¹ Diversos grupos de activistas, integrantes de círculos académicos y funcionarios han encontrado que el derecho puede brindar mecanismos idóneos y el Poder Judicial puede constituirse en un actor relevante para que, grupos hasta entonces marginados, hagan escuchar sus reclamos ampliando el espectro de casos tradicionalmente circunscriptos a decisiones políticas y que, en forma creciente, pasan a ser resueltos por medios judiciales o condicionados por decisiones judiciales. En el contexto de estas transformaciones, organizaciones no gubernamentales, agrupaciones de abogados y facultades de derecho han profundizado el conocimiento del derecho de interés público²² y promueven la especialización en su currículo.²³ Al mismo tiempo, las organizaciones donantes fomentan el uso del derecho como herramienta de transformación social²⁴ y diversas organizaciones locales encontraron incentivos para trabajar en esta área.²⁵

²¹ La expresión “activismo judicial” comprende tanto el recurso estratégico a los tribunales por parte de organizaciones e instituciones dedicadas al litigio de interés público, como el mayor uso de los tribunales y las estrategias legales por parte de individuos para canalizar sus demandas al Estado o a otros particulares. Correlativamente, esto conlleva a la creciente disposición de los tribunales de justicia de aceptar ese rol de limitador de los restantes poderes del Estado.

²² Sobre las dificultades para definir el “interés público” y los distintos enfoques para la conceptualización del derecho de interés público (en su concepción social, sustantiva y procesal), véase Rekosh (2005). Véase también Gloppen (2008) con referencia al derecho de interés público y su potencial para mejorar el acceso a los derechos sociales, así como para canalizar las voces de sectores marginados en las políticas sociales.

²³ El programa específico que funciona en la Escuela de Derecho de la New York University fue inspirador de iniciativas similares en otras casas de estudio de América Latina.

²⁴ Ya en 2001 una publicación de la Fundación Ford daba cuenta de la incorporación del poder judicial como un actor relevante en la lucha por la vigencia de los derechos a través del financiamiento de proyectos vinculados al derecho que comenzó en los años 50 en los Estados Unidos y se propagó a la región de América Latina en la década de 1970 (Fundación Ford, 2001).

²⁵ Numerosas organizaciones de derechos humanos utilizan el derecho y en particular el litigio como estrategia de transformación social. En Argentina, véase las experiencias relatadas en Abramovich y Pautassi (2009).

El enfoque de derechos aplicado a las políticas públicas en particular y a las políticas sociales en general, es una estrategia para ampliar las bases de la ciudadanía y de la democracia. Este enfoque reconoce que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocerlos como titulares de derechos que obligan al Estado; se trata de oponer una nueva lógica centrada en el derecho de las personas de demandar prestaciones, antes que personas con necesidades de asistencia.²⁶ Los derechos humanos se convierten así en un verdadero programa que puede orientar el desarrollo y la consolidación de la democracia. Sin embargo, el correlato necesario de los derechos es la existencia de mecanismos de control para asegurar su vigencia, ya que los derechos imperativos deben traducirse en obligaciones jurídicas demandables.

Los mecanismos de control permiten activar la infraestructura institucional (administrativa y judicial) a nivel doméstico, pero también a partir de la participación de los organismos y foros internacionales de seguimiento y contralor de las obligaciones asumidas por los Estados. No se trata de judicializar la vida cotidiana ni las políticas públicas, sino aprovechar el rol que estas instituciones tienen, el mandato de ejercer el control de las políticas y la operatividad de los derechos. El poder judicial –y otros mecanismos de control– ya son una arena donde se debate la operatividad de los derechos políticos, civiles, sociales. Se trata de aprovechar estos recursos.

Esta modalidad de intervenciones requiere una sofisticación del discurso de los derechos que puede verse favorecido por la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, la incorporación de sus estándares en el ordenamiento jurídico local y las reformas constitucionales y legales que incorporan herramientas procesales novedosas, tales como las acciones colectivas y la ampliación en la legitimación activa en determinados procesos. Al mismo tiempo, el activismo judicial convoca a nuevos protagonistas, que reconocen cierto poder simbólico en el discurso jurídico: activistas, organizaciones de la sociedad civil, clínicas jurídicas, sindicatos, asociaciones profesionales y un poder judicial receptivo a este tipo de acciones. Estos nuevos actores deben compartir una visión de la justicia como medio idóneo para transformar, democratizar y mejorar la calidad de las instituciones y el goce de derechos por parte de grupos desaventajados.

Las experiencias en América Latina han mostrado que el poder judicial responde de modos diversos a los casos colectivos o de interés público, condicionados también por los marcos institucionales locales. En ocasiones, la respuesta judicial invalida las políticas públicas por considerarlas contrarias a los estándares jurídicos; en otras, se dispone la implementación de políticas que habían sido definidas por los poderes políticos, aunque no implementadas; en otros casos se resuelve la reformulación de aspectos parciales de las políticas ordenando la inclusión de su-

²⁶ Abramovich y Pautassi (2009).

puestos no contemplados o de beneficiarios excluidos. Finalmente; en otros casos, el tribunal ordena distintos tipos de remedios: declarativos, órdenes detalladas, instrucciones generales, procedimientos para soluciones dialogadas.²⁷

En el marco de estas intervenciones, la llegada de nuevos actores impone formas de articulación novedosas y complejas, que combinen la estrategia legal con la estrategia política y de alianzas, en el marco de una campaña comunicacional que contribuya a la generación de un consenso acerca de los alcances del derecho invocado.²⁸

3. De los principios a las experiencias: los ensayos en esta publicación

Los ensayos agrupados en este volumen presentan, en primer lugar, una variada gama de abordajes a los principios sobre los cuales se sustenta el acceso a la justicia como derecho, sus alcances, limitaciones e implicaciones. Desde esta perspectiva los trabajos de Anderson, Galanter, Ferrajoli, Hunter y Medina ofrecen distintas visiones de los aspectos generales que la garantía de acceso a la justicia debe satisfacer en la construcción de sociedades democráticas e inclusivas.

A continuación, los ensayos de López Puleio, Birgin y Gherardi, Van Rooij, Nostas Ardaya y Sanabria Salmón y, finalmente, Jaichand, buscan situar este derecho respecto de algunos temas particulares: la implementación de la defensa pública penal, el acceso a diversas formas de justicia para los sectores vulnerables, la situación de las mujeres víctimas de violencia doméstica y la interlegalidad de los órdenes normativos en comunidades indígenas, originarias y campesinas, y su consecuencia para el acceso a la justicia de las mujeres, en particular en situaciones de violencia. Finalmente, se incorpora el análisis de una estrategia posible para mejorar el acceso a la justicia a partir del uso de acciones de interés público.

El trabajo de Michael Anderson, publicado inicialmente como un documento de trabajo del Institute of Development Studies de la Universidad de Sussex, en Gran Bretaña, analiza los factores que obstaculizan el acceso a la justicia a los sectores más vulnerables de la población y propone una serie de reformas legales y diversas estrategias dirigidas a garantizar dicho acceso en los países en desarrollo. Anderson sostiene que garantizando el acceso a la justicia a estos sectores se contribuye al desarrollo y la reducción de la pobreza. Las principales categorías de reformas que propone Anderson abarcan la eliminación de componentes discriminatorios en las leyes sustantivas, la reforma de los procesos judiciales para habili-

²⁷ Abramovich (2009).

²⁸ Para la descripción de estas estrategias en el caso de la legalización del aborto en Colombia véase Jaramillo y Alfonso (2008).

tar la participación por parte de organizaciones de la sociedad civil, y la reducción de las tecnicidades legales y la simplificación del lenguaje legal.

Anderson pone de manifiesto que los tribunales pueden ofrecer una herramienta poderosa para controlar al poder político, aunque una de sus principales características consiste en que actúan de manera esencialmente reactiva, dirigida por fuerzas sociales que asumen la obligación de iniciar los procesos y aportar pruebas para recibir la decisión de la justicia un tiempo más tarde. En consecuencia, la pauta de litigio que se puede observar en cualquier tribunal deriva de la intersección de dos factores: primero, los derechos y vías procesales creadas en la ley y, segundo, los reclamos y solicitudes efectuados por individuos y empresas.

El primer factor es esencialmente institucional, mientras que el conflicto social y las fuerzas del mercado dirigen el segundo factor. En lo sustancial, son los litigantes y sus abogados quienes determinan qué conflictos llegarán a los tribunales, cuándo y con qué frecuencia los tribunales recibirán sus peticiones, y cuán intensivamente se proseguirán las disputas. Anderson analiza las formas en que las barreras y obstáculos para el acceso a la justicia afectan de un modo significativo las circunstancias en las que algunas personas pueden (y muchas se ven excluidas de) plantear sus demandas ante la justicia. El ensayo concluye que “mientras los tribunales son órganos del Estado [que] simbolizan la caritativa neutralidad de la justicia ciega, fueron diseñados para ser operados por fuerzas sociales y de mercado, y por ello reflejan inevitablemente la agenda de esas fuerzas en sus decisiones”.

El ensayo de Marc Galanter avanza en ese sentido a partir de un análisis sociológico del perfil de los litigantes en el sistema estadounidense de justicia. Se trata de un trabajo clásico originalmente publicado en 1974 en una revista académica de Estados Unidos, sobre el acceso al sistema de justicia. Sin embargo, su abordaje no ha perdido vigencia. La investigación pone en evidencia que por la forma en que se encuentra estructurado el sistema de litigio en Estados Unidos, se tiende a beneficiar a los litigantes habituales que, justamente, suelen ser los actores sociales más favorecidos, perpetuando las desigualdades entre estos actores sociales y los sectores más vulnerables. A partir de su investigación, Galanter identifica la necesidad de efectuar reformas en cuatro áreas del sistema legal para efectivizar la tutela y el empoderamiento de los sectores excluidos. Estas cuatro áreas abarcan la reforma de la ley sustantiva, la creación de más tribunales, el aumento en la oferta de servicios de asistencia y patrocinio jurídico, la agrupación de los sectores vulnerables para actuar y litigar en forma colectiva.

Si los obstáculos para el acceso a la justicia tienen consecuencias gravosas para el bienestar de las personas, en ningún área como en el derecho penal, éstas se manifiestan de manera tan urgente. El sistema de la defensa pública penal adoptado por varios países latinoamericanos constituye un ejemplo de servicio de patrocinio jurídico del tipo del *contracting model*. Se trata de un sistema financiado por

el Estado, que presta servicio de representación a todos aquellos imputados en causas penales que no designen un abogado de confianza para el ejercicio de su defensa técnica. La conferencia del profesor Luigi Ferrajoli que se publica en este volumen fue dictada en la República Dominicana en 2008, y destaca las bondades de un sistema que no posee correlato en algunos países de Europa. Según explica Ferrajoli, esta institución opera como garantía para asegurar la efectiva vigencia del derecho de defensa en juicio para todos los ciudadanos, y con ella, el principio de igualdad ante la ley. Ferrajoli destaca que aun cuando el desarrollo de este sistema de defensa representa un costo significativo para el Estado, la tutela de los derechos fundamentales cuesta, y es precisamente sobre esta tutela que reside la razón de ser de la esfera pública en la democracia constitucional.

Los obstáculos para el acceso a la justicia en sus diversas manifestaciones tienen impactos diferenciados en distintos grupos de personas, y entre ellos, para varones y mujeres. Más aún, el derecho, sus normas y procedimientos, opera con alcances distintos en las vidas y experiencias de las mujeres vinculadas con la violencia y las situaciones de discriminación. La conferencia magistral de la profesora australiana Rosemary Hunter recorre diversos institutos legales desde una perspectiva de género y feminista. Así, analiza las reglas de evidencia, los procesos administrativos y jurisdiccionales, los métodos alternativos de resolución de conflictos, los servicios de patrocinio jurídico y el ejercicio de la profesión legal. A partir de investigaciones empíricas realizadas en Australia en áreas tales como acoso sexual, violencia doméstica, derecho de familia, igualdad de salario, discriminación sexual, asistencia jurídica y ejercicio de la profesión, Hunter muestra que los procedimientos, las prácticas y la cultura jurídica restringen la efectividad de las reformas legales impulsadas por el feminismo. Como resultado, la aceptación dentro del ámbito de protección del ordenamiento jurídico, continúa siendo una cuestión de género. Hunter señala las diversas formas en que muchos de estos institutos contribuyen a dificultar el acceso a la justicia por parte de las mujeres.

El trabajo de Hunter acierta en poner de manifiesto la centralidad de las investigaciones empíricas como las inspiradas en las investigaciones sociojurídicas de Galanter. Para evaluar los efectos de las normas, “la única forma de saber si las reformas y las innovaciones constituyen dispositivos legitimantes o cambios reales es averiguar cómo operan en la práctica: para no juzgar las promesas y afirmaciones legales por su valor aparente, sino para someterlas a escrutinio; para realizar el tipo de investigaciones que he desarrollado, y promover más investigaciones de ese tipo”. Sostiene que es necesario prestar mayor atención, desde una perspectiva crítica, a la forma en que el ordenamiento jurídico opera en la práctica, para así identificar procesos de exclusión, cuestionar supuestos acerca de la disponibilidad del servicio de justicia, y continuar ejerciendo presión para obtener un sistema legal más inclusivo.

Los avances realizados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, en particular por medio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también aporta a la claridad respecto de los principios vigentes para el acceso a la justicia. Se trata de un foro de actuación aún no suficientemente utilizado por algunos actores sociales y políticos, que no siempre han encontrado allí un foro receptivo en particular para la defensa y promoción de derechos que afectan a ciertos colectivos de personas, entre ellos, las mujeres.

Los tribunales internacionales poseen un papel fundamental en la interpretación de las obligaciones de los Estados. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos posee relevancia para los países de la región, puesto que sus decisiones son obligatorias para los Estados que son parte de un proceso y, aun cuando esto no haya sido estipulado así en la Convención Americana, también poseen efectos sobre el resto de los Estados. El artículo de la jurista chilena Cecilia Medina presenta un análisis de la interpretación que la Corte Interamericana ha desarrollado respecto de la obligación de los Estados de garantizar el goce de los derechos humanos, el acceso a la justicia para los familiares de las víctimas y la determinación de la condición de víctimas ante la Corte. El artículo se centra en el tratamiento que la Corte Interamericana ha dado a casos individuales de violaciones masivas y sistemáticas de derechos producidas por la represión estatal y expone las obligaciones de prevenir y de investigar, procesar y eventualmente condenar que, en la interpretación de la Corte, dan contenido a la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos contenida en el artículo 1 de la Convención Americana.

El texto de la conferencia que María Fernanda López Puleio brindara en la República Dominicana da inicio a la discusión más concreta respecto de las modalidades que ineludiblemente debe asumir una defensa pública penal que se proponga contribuir de un modo sustantivo a la protección integral de las personas que está llamada a servir. López Puleio argumenta a favor de una institución dotada de recursos y mandatos que, superando la sola defensa técnica de la persona imputada de un delito, se integre con defensores públicos comprometidos con su función desde una perspectiva integral. Para eso, López Puleio presenta los modelos organizativos y criterios de actuación que pueden asumir las instituciones de la defensa pública en América Latina, incluyendo el diseño y ejecución de políticas específicas de acceso a la justicia, entendida en este ámbito como la efectivización de los derechos y garantías de la persona imputada.

Entre los grupos vulnerables que enfrentan dificultades particulares en el acceso a la justicia se encuentran las mujeres. Las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia destacan que la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, siendo que este

obstáculo se ve agravado en aquellos casos en que concorra alguna otra causa de vulnerabilidad.²⁹

Es indudable que la violencia contra las mujeres es uno de los problemas más urgentes de la agenda feminista. Atendiendo a la situación particular de las mujeres, el artículo de Haydée Birgin y Natalia Gherardi se enfoca en la situación de las mujeres víctimas de violencia doméstica, analiza los diversos mecanismos disponibles para intentar erradicarla y argumenta que el acceso a la justicia constituye un elemento clave para el logro de este objetivo. El trabajo comienza con un recorrido por la influencia del movimiento de mujeres sobre el poder regulador y ordenador del Estado con relación a la violencia intrafamiliar. A continuación plantea los debates centrales en torno a la conceptualización de la violencia contra las mujeres en el ámbito de sus relaciones interpersonales. En ese contexto, se discuten cuáles son las expectativas puestas en el derecho y de qué manera la conceptualización misma de la violencia (como delito o como conflicto social) actúan como condicionantes para el efectivo acceso a la justicia de las mujeres atravesadas por relaciones violentas. Finalmente, el artículo concluye con algunas reflexiones a partir de las cuales se intenta delinear la agenda pendiente en materia de violencia contra las mujeres para la superación de las barreras que flanquean el acceso a la justicia.

En la región más desigual del mundo, las personas que viven en condiciones de pobreza e indigencia enfrentan dificultades insuperables para acceder a las instituciones y mecanismos para hacer respetar sus derechos. Con un enfoque particular respecto de las estrategias para acercar la justicia a las poblaciones pobres, el artículo de Benjamin van Rooij analiza los distintos paradigmas que rigen los proyectos de reforma y modernización de la justicia, con particular detenimiento en algunos de los abordajes propuestos por Anderson y argumentando que estos recientes abordajes a la cuestión del acceso a la justicia deben articularse con los abordajes más tradicionales que buscan reforzar el Estado de derecho.

En la última década se ha desarrollado un cúmulo de ideas llamadas “enfoques de abajo hacia arriba” (*bottom-up*) hacia la cooperación de desarrollo legal. Estos enfoques comparten una preocupación común sobre el sentido en que las intervenciones legales deberían beneficiar a los pobres, y sus necesidades y preferencias deberían formar la base de las intervenciones. En alguna medida, los enfoques se presentan como nuevos y alternativos, y superadores de las prácticas existentes en lo que se denominó “la ortodoxia del Estado de derecho”. El trabajo de Van Rooij analiza el contenido de los enfoques “de abajo hacia arriba”, observando cómo se definen, cómo analizar los problemas que pretenden resolver y en qué medidas se propagan para lograr esta solución. En segundo lugar, aborda el porqué estos enfoques han surgido en la última década para analizar cambios en los

²⁹ Artículo 8 de las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia.

enfoques de desarrollo, estudia las críticas sobre las intervenciones legales anteriores y observa las críticas al paradigma existente del Estado de derecho. Con el reconocimiento de los méritos de estos enfoques, el artículo concluye en que no existen sustitutos completos para el paradigma actual del Estado de derecho, o sustitutos libres de algunos de los problemas que siempre han existido en las prácticas de cooperación en desarrollo legal, que tanto han sido criticadas. Como tales, realizan un buen aporte a las prácticas existentes y al paradigma existente del Estado de derecho, y deberían verse como complementarias y ser incorporadas a las prácticas existentes en lugar de intentar reemplazarlas por completo.

Para Van Rooij resulta claro que para proteger los derechos humanos y lograr efectividad en la contención del accionar estatal, no es suficiente que los derechos humanos sean conferidos por el Estado “desde arriba”. Aun con un Poder Judicial comprensivo, los derechos humanos y constitucionales no serían más que “barreras de pergamino”, si los litigantes no los invocan en conflictos reales. En otras palabras, los derechos también deben ser tomados “desde abajo” por grupos de la sociedad civil e individuos activos.

Finalmente, las barreras lingüísticas y culturales constituyen importantes obstáculos para el acceso a la justicia. En ese sentido, las Reglas de Brasilia promueven el estímulo de formas propias de justicia en la resolución de los conflictos surgidos en el ámbito de las comunidades indígenas, y propician la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena sobre la base del respeto mutuo.³⁰

El trabajo de Mercedes Nostas Ardaya y Carmen Elena Sanabria Salmón presenta los principales hallazgos de una investigación más amplia que aborda la integralidad de los órdenes normativos en comunidades indígenas, originarias y campesinas de Bolivia, y sus consecuencias para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de distintas formas de violencia. A partir de espacios de diálogo generados en algunas regiones de Bolivia, se recogieron las visiones, testimonios e historias de vida desde la cotidianidad y las prácticas familiares, culturales y sociales. Como resultado de este proceso, se identificaron colectivamente mecanismos de incidencia que podrían aplicarse para que el ejercicio de las normas consuetudinarias contribuya a la equidad de género. Asimismo, se establecieron espacios de incidencia que, desde lo personal hasta lo comunitario, posibilitaron analizar y repensar la manera en que los usos y costumbres afectan la vida de las mujeres, y los modos en que las reglas sociales y simbólicas limitan o consolidan el ejercicio de sus derechos.

En sus conclusiones, Nostas Ardaya y Sanabria Salmón buscan recuperar las visiones de las mujeres respecto al ejercicio de sus derechos y avanzan en torno de las reflexiones y debates pendientes, las acciones estratégicas y el contenido

³⁰ Cfr. art. 48 de las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en Brasilia el 6 de marzo de 2008.

tentativo de una agenda de investigación. Destacan la importancia de ahondar en la reflexión entre las formas de interlegalidad que permitirán mejores opciones para el ejercicio de los derechos de las mujeres de Bolivia, lejos de visiones esencialistas que suelen construir las culturas y los sistemas jurídicos indígenas como entidades aisladas, sin considerar su adscripción al contexto estatal y a los entornos externos.

Finalmente, como una respuesta posible al problema que plantea Anderson en cuanto a quiénes dotan de vida al sistema judicial y la revisión judicial de los actos de gobierno, el trabajo de Vinodh Jaichand trae a la escena el papel de las acciones de interés público como mecanismo para impulsar acciones legales mediante el activismo judicial de organizaciones de la sociedad civil, instituciones académicas, clínicas jurídicas y activistas.

En el marco de las experiencias de la Corte Constitucional Sudafricana, Jaichand describe los diversos componentes de los litigios de interés público –tales como el trabajo en red, la difusión de información jurídica, y el uso del litigio estratégico– por medio de los cuales se han obtenido resultados en la tutela de los derechos económicos y sociales.

4. El acceso a la justicia en la agenda democrática: aportes para la discusión

La distancia entre el reconocimiento de derechos en el plano nacional e internacional y su ejercicio efectivo es alarmante. Pocas inconsistencias entre la declamación de derechos y la práctica cotidiana resultan tan lesivas de la legitimidad democrática en sociedades que se presentan a sí mismas como preocupadas por las desigualdades que las atraviesan.

Como señala Rekosh, hay distintas acciones igualmente importantes que pueden seguirse para sostener la red de valores e ideales presente en una concepción del derecho en tanto estrategia para avanzar en la consolidación de un pacto social, que conciba el enfoque de derechos como una herramienta fundamental para el reconocimiento y vigencia efectiva de los derechos sociales. En primer lugar, las organizaciones no gubernamentales pueden y deben hacer un uso más eficiente de la ley como instrumento para alcanzar propósitos sociales, lo que contribuiría al desarrollo de una esfera pública, en general, más vigorosa. Además, los responsables de la formación de estudiantes de derecho, profesionales, funcionarios e integrantes del Poder Judicial deben continuar fomentando un acercamiento entre la teoría y la práctica, con el propósito de afinar el razonamiento crítico.³¹

³¹ Rekosh (2005).

Para comenzar a transitar el impostergable camino del ideal abstracto de la igualdad formal hacia la igualdad sustantiva de varones y mujeres en el acceso a la justicia y el ejercicio de estos derechos, es imprescindible fomentar discusiones informadas, amplias, participativas y honestas sobre las variadas estrategias que tendrán que desplegarse para alcanzarla.

Si bien el acceso a la justicia en condiciones de igualdad sustantiva puede ser un ideal difícil de alcanzar, es preciso establecer un mínimo aceptable.³² En la búsqueda de ese consenso y en la implementación de las estrategias necesarias deberán trabajar coordinadamente los tribunales de justicia, las agrupaciones de abogados, las facultades de derecho, los operadores de justicia y los servicios públicos y privados de asesoramiento y patrocinio jurídico gratuito.

Un concepto amplio de acceso a la justicia debe iluminar esta discusión. El valor justicia excede la judicialización que, muchas veces, es enemiga de aquélla. Pero de la misma manera que el derecho al acceso a la justicia va más allá de la mera asistencia jurídica de un abogado o abogada patrocinante dispuesto a llevar cada causa potencial ante los tribunales, la administración pública no puede permanecer indiferente a su indelegable papel en el establecimiento de mecanismos administrativos que garanticen el acceso a la justicia en el ámbito de su competencia. En particular, en casos vinculados con los derechos sociales, los tribunales de justicia pueden no ser los más indicados para resolver algunos de los conflictos sociales que se les presentan.³³ Para recuperar el rol de la administración pública en la apropiación de los conflictos que se plantean en torno al reconocimiento de los derechos, estableciendo los mecanismos que promuevan una activa participación comprometida de los funcionarios, es preciso resolver los nudos críticos que actualmente caracterizan la intervención de la burocracia estatal.

Entre los aspectos que deberán considerarse se destaca la relevancia de facilitar procedimientos, reglas, formalidades de modo que en toda la medida de lo posible y no más allá de lo razonable, las personas puedan resolver sus propios asuntos, sin que ello signifique que deben renunciar a la alternativa judicial. La creciente complejidad de la vida cotidiana no debe derivar en una inevitable tendencia hacia su judicialización. La burocracia estatal debería facilitar trámites, procesos, peticiones, de modo que pueda haber un ejercicio de derechos sin necesidad de recurrir a abogados para ello. En ese sentido, la facilitación del lenguaje, formularios, procesos, es fundamental.

³² Rhode (2004).

³³ Sobre las dificultades del poder judicial para resolver sobre determinados temas vinculados a las políticas sociales en la experiencia de Argentina y los argumentos por los cuales la administración pública debería asumir un papel diferente, véase Gherardi (2009) y, en general, Abramovich y Pautassi (2009).

En un sentido similar, los medios alternativos de resolución de conflictos deberán analizarse, pero –como sostiene Hunter en su artículo– de un modo que no resulte un pobre sustituto de la justicia. Si las personas no tienen ninguna posibilidad de recurrir a la justicia, entonces la mediación o conciliación de un conflicto no es una verdadera alternativa, sino el único camino disponible. Entre las opciones a explorar, hay un reconocimiento pendiente de algunas formas de resolución de conflictos signadas por la interlegalidad e interconexión de los órdenes normativos de las comunidades indígenas y pueblos originarios.

La asistencia legal y el patrocinio jurídico gratuito deben estar a disposición de todas aquellas personas que los necesitan, pero que no pueden afrontar su costo. Pero antes, se impone la necesidad de conocer esas necesidades. En la región hay en general un déficit de información: los estudios de necesidades jurídicas insatisfechas deberían preceder el diseño de cualquier política tendiente a mejorar el acceso a la justicia.

La importancia de las investigaciones empíricas no debe ser subestimada, como ilustran algunos de los artículos de esta publicación. Sin un adecuado diagnóstico, será difícil establecer las medidas a tomar. Y sin una adecuada y periódica evaluación de las acciones adoptadas, será imposible tener la certeza de avanzar en la dirección correcta.

* * *

En nombre de ELA (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género [Argentina]), nuestro agradecimiento a la Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos, por la confianza depositada en nuestra organización para la colaboración en el desarrollo de la importante tarea que llevan adelante.

Nuestro reconocimiento a las autoras y autores que dieron su consentimiento para la traducción, reproducción o publicación de sus trabajos en este volumen. En la búsqueda y selección del material, nuestro agradecimiento a Magdalena Zold y Paola Bergallo por los aportes, discusiones e ideas. Agradecemos también el trabajo de traducción de Magdalena Zold y Lía Díaz, y la tarea de edición de Natalia Garavano.

Es nuestro deseo que esta publicación contribuya a las discusiones sustantivas que aún nos debemos en la región para avanzar en el diseño e implementación de estrategias innovadoras, complejas y participativas para que el acceso a la justicia funcione efectivamente como garantía de igualdad en las sociedades democráticas por cuyo fortalecimiento trabajamos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor (2009). “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en V. Abramovich y L. Pautassi (comps.). *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires, Editorial del Puerto.
- Abramovich, Víctor y Laura Pautassi (comps.) (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires, Editorial del Puerto.
- Anderson, Michael R. (2003). “Access to Justice and the Legal Process: making legal institutions responsive to poor people in LDCs”. *IDS Working Paper 178*.
- Birgin, Haydée y Beatriz Kohen (comps.) (2006). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires, Editorial Biblos.
- Capeletti, M. y B. Garth (1978). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007a). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 68
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007b). *Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática*. Washington, D. C., OEA Secretaría General.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007c). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*. OEA/Ser. L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre 2007.
- Davis, Martha F. (1993). *Brutal Need. Lawyers and the Welfare Rights Movement (1960-1973)*. New Haven & London, Yale University Press.

- Despouy, Leandro (2008). "Acceso a la justicia: Impacto de la pobreza sobre los derechos humanos", en *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.
- Fernández Valle, Mariano (2006). "El acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social", en H. Birgin y B. Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires, Biblos.
- Fucito, Felipe (2003). *Sociología del derecho*. 2da. ed. Buenos Aires, Editorial Universidad.
- Fundación Ford (2001). *Caminando hacia la justicia. El trabajo en el área del derecho de los donatarios de la Fundación Ford en el mundo*. Santiago de Chile.
- Gargarella, Roberto (2004). "‘Too far removed from the people’. Access to Justice for the Poor: The Case of Latin America". Documento presentado en *Jornada de Acceso a la justicia como garantía de igualdad*. Buenos Aires, CEADEL/ Ford, 16 de abril de 2004.
- Gherardi, Natalia (2006). "Notas sobre el acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?", en H. Birgin y B. Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires, Biblos.
- Gherardi, Natalia (2009). "La administración pública y el acceso a la justicia: una oportunidad para la materialización de los derechos sociales", en V. Abramovich y L. Pautassi (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires, Editorial del Puerto.
- Gloppen, Siri (2008). "Public Interest Litigation, Social Rights and Social Policy", en Anis A. Dani y Arjan De Haan (eds.), *Inclusive States. Social Policy and Structural Inequalities*. Washington D. C., World Bank.
- Jaramillo, Isabel Cristina y Tatiana Alfonso (2008). *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Johnson Jr., Earl (1983). "Equal Access To Justice: Comparing Access To Justice In The United States And Other Industrial Democracies", en 24 *Fordham Int'l L.J.* (p. 83).
- Larrantart, Lucila (1992). "Acceso a la Justicia y tutela de los derechos ciudadanos", en *Sistema Penal Argentino*. Buenos Aires, AD-HOC.
- Regan, Francis, Alan Paterson, Tamara Goriely y Don Fleming (1999). *The Transformation of Legal Aid. Comparative and Historical Studies*. Oxford, Oxford University Press.

- Rekosh, Edwin (2005). “¿Quién define el interés público? Estrategias del derecho de interés público en Europa Centro-Oriental”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 2, núm. 2, pp. 181-193.
- Rhode, Deborah (2004). *Access to Justice*. Oxford & New York, Oxford University Press.
- Ruiz, Alicia (2008). “Asumir la vulnerabilidad”, en *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*. Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.

ACCESO A LA JUSTICIA Y AL PROCESO LEGAL: CREANDO INSTITUCIONES LEGALES MÁS RECEPTIVAS A LOS POBRES EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO*

Michael Anderson

1. Introducción

El sistema legal ofrece un ámbito en el que es posible exigir rendición de cuentas a funcionarios y líderes políticos, protegerse de la explotación que pueden ejercer quienes tienen más poder, y resolver conflictos individuales o colectivos. Así, el acceso a la justicia no sólo resulta central para la realización de los derechos garantizados constitucionalmente, sino también para cumplir con metas más amplias tales como el desarrollo y la reducción de la pobreza. Sin embargo, la posibilidad de acceder a la justicia y de utilizar las instituciones legales se encuentra distribuida de manera desigual en la mayoría de las sociedades. En particular, en los países menos desarrollados, los pobres poseen escaso acceso y son usuarios infrecuentes de los sistemas legales. A menudo viven en varias formas de ilegalidad –en lo que respecta a su vivienda o empleo, en el uso de la electricidad, etc.–, y tropiezan con el sistema legal principalmente cuando se ven envueltos en una investigación penal. Volver las instituciones legales accesibles y receptivas a los pobres constituye uno de los mayores desafíos para las iniciativas de reforma legal y judicial.

Este ensayo analiza algunos de los principales factores que impiden el acceso a la justicia de los pobres y propone una serie de estrategias de reforma legal. A pesar de que el sistema legal está compuesto por numerosas instituciones, este

* Traducción de Magdalena Zold, con la revisión de Natalia Gherardi.

ensayo se centra en particular en el sistema judicial. Éste constituye una de las principales instituciones mediante las cuales la gente común puede ejercer control sobre el accionar político y administrativo, y sobre el comportamiento de aquellos con mayor poder en el mercado y en la comunidad. El sistema judicial se distingue por actuar de manera esencialmente reactiva: en la mayoría de los casos, las acciones legales son iniciadas por personas ajenas al sistema mismo. Quien tiene la posibilidad de acceder a la justicia y utilizar el sistema legal fija la agenda de los jueces, y con ello, las características del rol de control que ellos juegan. Si la mayoría de los litigantes son prósperos y utilizan los remedios legales para resolver disputas relacionadas con negocios o asuntos de propiedad, como ocurre en muchos contextos nacionales, entonces esto se verá reflejado en el listado de causas de los tribunales y ciertamente en el desarrollo integral del sistema legal (los servicios legales que ofrecen los abogados, los trabajos académicos, etc.). Consecuentemente, negar acceso a la justicia a un grupo social particular acarrea profundas consecuencias para la sociedad como un todo.

Este ensayo comienza con un comentario acerca de cómo diferentes formas de ilegalidad o “desorden” contribuyen a la creación y reproducción de la pobreza. Luego de repasar las funciones de control del sistema judicial, procede a examinar los obstáculos institucionales que dificultan el ejercicio de control por parte de los pobres y el prejuicio que en su contra opera en muchas instituciones legales. A continuación, el ensayo se concentra en la sociedad civil, examinando una serie de factores económicos y sociales que obstaculizan el acceso a la justicia por parte de los pobres. La sección siguiente explora la forma en que la democracia y la incorporación de conceptos de derechos humanos en la legislación local han contribuido (o han fallado) en mejorar el acceso a la justicia. Las conclusiones de este trabajo proponen una serie de reformas de políticas y estrategias que el Estado y grupos de la sociedad civil pueden utilizar para incrementar la receptividad de los sistemas judiciales hacia los sectores empobrecidos de la sociedad.

2. Desorden y pobreza

En la actualidad, los teóricos del desarrollo sostienen que los abusos del poder político que no reciben ningún tipo de freno pueden socavar el crecimiento de un país.¹ También existe renovado apoyo a la proposición² decimonónica de que el

¹ World Bank (1997), capítulos 1 y 6.

² La idea general de que el buen gobierno, incluyendo las buenas monarquías, era necesario para la prosperidad puede ser hallada en pensadores antiguos y medievales de la mayoría de las sociedades, incluyendo Narada y Kautilya en India, Aristóteles en Europa, Meng-Tzu en China, y muchos más.

Estado de derecho constituye una condición esencial de las economías prósperas organizadas sobre principios de libre mercado.³ Se sostiene que el Estado de derecho no sólo garantiza la vida y la seguridad personal, sino que también provee un firme marco de derechos y obligaciones que pueden ayudar a reducir el riesgo político para inversores y bajar los costos de las transacciones. Un sistema legal que protege el derecho de propiedad y hace cumplir las obligaciones contractuales también promueve el desarrollo de los mercados de tierras, trabajo y capital, incrementando así la eficiencia económica. El *Informe sobre el Desarrollo Mundial* para el año 1997 (World Bank, 1997, p. 41) concluyó que los mercados no pueden existir sin que operen de manera efectiva los derechos de propiedad y que la efectiva vigencia de estos derechos depende del cumplimiento de las siguientes tres condiciones:

- a) Protección contra robos, violencia, y otros actos de prelación.
- b) Protección contra formas arbitrarias de gobierno –comprendiendo desde regulaciones e impredecibles impuestos *ad hoc* hasta la corrupción rampante– que perturban la actividad de negocios.
- c) Una magistratura razonablemente justa y predecible.

El Informe describe la ausencia de estas condiciones como “síndrome del desorden” y resalta los efectos negativos que este síndrome acarrea para los negocios. El desorden aumenta los costos, desalienta la toma de riesgos y disminuye la velocidad de las transacciones económicas.

Mientras que la importancia de las instituciones legales para los negocios y la inversión han recibido considerable atención en la literatura, ha habido escasas exploraciones sistemáticas del papel que juega el Estado de derecho en el alivio de la pobreza.⁴ Esto resulta un tanto sorprendente toda vez que los pobres son quienes

Entre los científicos sociales, la importancia de la ley para el crecimiento económico fue profundamente enfatizada por Max Weber, quien introdujo la proposición de que “el capital industrial debe ser capaz de contar con continuidad, confiabilidad, y objetividad del orden legal, y con la racionalmente predecible función de las agencias legales y administrativas” (Weber 1968, p. 1095).

³ Véase, por ejemplo, Carothers (1998), Messick (1999), Pistor y Wellons (1998), Sherwood, Shephard y De Souza (1994), Shihata (1991, capítulo 6; 1995, capítulos 1 y 3; 1997) y Webb (1996). La hipótesis de que el Estado de derecho promueve el crecimiento económico no ha resultado fácil de confirmar en estudios empíricos, y es probablemente demasiado simplista en su caracterización de las relaciones causales involucradas (Pistor y Wellons 1998). Existe también apoyo a la visión que el Estado de derecho puede ser importante para ciertas clases de crecimiento en circunstancias particulares, pero no consiste en una condición necesaria para toda clase de crecimientos basados en el mercado (Weiss y Hobson 1995).

⁴ Así, en un estudio de la experiencia de la reforma judicial, se dice que el principal propósito de una magistratura eficiente es lograr que los sistemas legales resulten más amigables para los mercados

más se encuentran expuestos a los abusos del poder político y quienes menos pueden protegerse del daño y las pérdidas económicas que acarrear dichos abusos. En países de distintas partes del mundo, los pobres tienen más posibilidades de ser víctimas de violencia policial que los ricos. De la misma forma, también tienen más posibilidades de ser ignorados o maltratados por burócratas, son más vulnerables a ser llevados a la indigencia por la mezquina corrupción y tienen menos posibilidades de desarrollar las habilidades y obtener los recursos necesarios para abrirse camino por medio de la maquinaria estatal. Más que síntomas de la pobreza, estos factores son parte de su causa y un aspecto fundamental de su manifestación. Mientras que la pobreza ha sido tradicionalmente contemplada como un fenómeno que debía analizarse en términos de ingresos y productividad, recientemente se ha reconocido que la pobreza constituye un problema multidimensional, que se extiende más allá de los bajos ingresos y abarca la vulnerabilidad física y la falta de poder dentro de estructuras sociales y políticas existentes (Bernstein, 1992). Esta visión se corrobora por medio de estudios antropológicos de comunidades empobrecidas que resaltan la prominencia del desorden en la experiencia cotidiana de la pobreza.⁵ Al mismo tiempo, el creciente número de análisis neoinstitucionales sostiene que las normas políticas y económicas poseen un impacto directo sobre las prácticas sociales y las consecuencias económicas.⁶ En suma, las instituciones cuentan para la pobreza.

¿En qué forma contribuye el desorden a la pobreza? Mucho de ello depende de la interacción entre varias relaciones sociales, pero es posible identificar diversos factores esenciales:

- Siguiendo el trabajo de Amartya Sen y otros, actualmente resulta evidente que los abusos políticos a los que no se pone freno pueden contribuir directamente a la carencia de alimentos y a la hambruna (Sen, 1981; 1994). En particular, las restricciones políticas a la prensa y la libertad de expresión crean condiciones que desalientan la acción global en respuesta a la hambruna u otras severas amenazas a la vida humana, tal como las epidemias de VIH.

(Messick 1999, p. 118). Una excepción a esta tendencia es la publicación *Governance: The World Bank's Experience*, que destaca que el sistema legal también afecta las vidas de los pobres y tiene un papel importante en el alivio de la pobreza mediante el impedimento de la discriminación, la protección de los débiles sociales y la distribución de oportunidades en la sociedad (World Bank 1994).

⁵ Véase, por ejemplo, Gaventa (1980), Khare (1998), Scott (1985), particularmente pp. 274–278, Schepher-Hughes (1992), particularmente capítulo 6.

⁶ Además del ahora canónico North (1990), otros ejemplos incluyen a Weaver y Rockman (1993), Rodgers (1994) Rodgers, Foti y Lauridsen (1996). Es notable que incluso Hirschman (1994, p. 346), quien es cauteloso respecto de las vinculaciones entre las instituciones políticas y el crecimiento económico, admita la relevancia directa de las instituciones políticas en la pobreza, como lo demostró Sen (1994) en relación con la hambruna.

- La violencia irrestricta por parte de la policía, los funcionarios de las prisiones y otros funcionarios constituye un problema en la mayoría de las regiones del mundo⁷ y tiene su mayor impacto en los pobres. La violencia oficial puede acarrear la muerte, lesiones, discapacidades permanentes, y enfermedades mentales.⁸ Estas consecuencias frecuentemente privan a los hogares pobres de ingresos esenciales, incrementan costos y exacerban el endeudamiento.
- En países donde los funcionarios incurren en hechos de corrupción, usualmente son los pobres los que se ven obligados a pagar un recargo por bienes públicos y servicios básicos, tales como el acceso al agua, educación, servicios de salud, medicamentos, transporte público, e información oficial. No es infrecuente que a los individuos empobrecidos que carecen de medios para pagar se les deniegue el acceso al servicio público en cuestión.
- En países donde prevalecen los abusos extremos de derechos humanos –incluyendo arrestos masivos, desapariciones, ley marcial irrestricta y milicias paramilitares con licencia para secuestrar, torturar y matar– se puede desarrollar una cultura del miedo que no sólo desalienta la actividad productiva, sino que también lleva a los pobres a destinar parte de sus ingresos a pagar sobornos, comprar armas y realizar otros gastos improductivos, en busca de su protección personal.
- Regímenes autoritarios menos brutales pueden recurrir a “la presión constante de la represión diaria apoyada en arrestos ocasionales, amenazas, restricciones ilegales y detención preventiva”.⁹ Estas prácticas crean una cultura del miedo y alientan a los pobres a destinar tiempo y energía en evadir a la policía. Más aún, esta cultura del miedo impide a los pobres afirmar sus derechos legales a bienes públicos.
- Los pobres tienen más posibilidades de ser sometidos a tratos arbitrarios, intimidación y humillación por parte de funcionarios. Para las personas en condiciones de pobreza, esta pauta de conducta desalienta la utilización de servicios gubernamentales, absorbe tiempo que de otra manera podría ser empleado de manera productiva y puede contribuir a la depresión y a otras formas de enfermedad mental.
- Los pobres corren mayor riesgo de perder su propiedad a manos de robos públicos o privados. No son desconocidas las instancias en que funciona-

⁷ Véase, por ejemplo, *Human Rights Watch* (1999).

⁸ La enfermedad mental es una de las mayores causas de pérdida de productividad y mortalidad humana en países en desarrollo y pareciera verse exacerbada por la violencia y la impotencia política (Desjarlais, Eisenberg, Good y Kleinman 1995, cap. 6).

⁹ Scott (1985), p. 274, referido a la vida en una aldea en Kedah, Malasia.

rios de gobierno toman arbitrariamente parte de la cosecha destinada al uso personal, confiscan bienes de vendedores callejeros, o registran tierras a su nombre en el marco de iniciativas de reforma agraria.

- Los proyectos de desarrollo que se identifican y aprueban de acuerdo con procesos no democráticos resultan generalmente diseñados de manera que excluyen a los pobres del cálculo de beneficios, o peor, pueden causar daños directos a los pobres mediante desplazamientos o perturbaciones en sus ingresos.
- Al vivir en una situación de persistente inseguridad, los pobres tienden a tomar decisiones económicas en el corto plazo y carecen de la confianza necesaria para acumular, invertir, o tomar riesgos en negocios.¹⁰

El impacto preciso del desorden toma formas diversas y, usualmente, es la superposición conjunta de los efectos de varios factores la que crea el mayor impacto.

No existe gobierno en el mundo que se jacte de tratar a los pobres de estas maneras abusivas. Mientras en ocasiones se justifica, *sotto voce*, el abuso político como una forma “necesaria” de control político, raramente se le aprueba en debate público y los sistemas legales unánimemente dicen proteger a los ciudadanos del abuso de poder político. Así, la violencia, el robo, la corrupción y otros ejercicios discrecionales contra los pobres usualmente ocurren en violación de las intenciones formales, y no necesariamente en violación de las reglas legales y las prácticas existentes. La pregunta, entonces, consiste en cómo hacer efectivas las reglas escritas para proteger a los pobres de diversas formas de abuso. El sistema judicial deviene esencial en esta tarea.

¹⁰ En la literatura se ha hecho mucho énfasis en la necesidad de promover la asunción de riesgos en los negocios e inversores. Pero puede resultar igualmente importante promover la asunción de riesgos entre los pobres. El celebrado conservadurismo de los campesinos –descrito por Mark Twain y Schott, entre otros– y su asociada baja productividad probablemente se originen tanto en el miedo a la violencia y a la expropiación de la recaudación como en elecciones culturales.

Recuadro 1. *El desorden contribuye a la pobreza: ejemplos*

- En un hospital en el distrito de Babati en Tanzania, una nueva provisión de insumos médicos adquiridos con moneda extranjera desaparece del dispensario público a las pocas horas de haber sido recibido, pero ese mismo día se encuentra disponible para la compra en la casa del doctor. Los pobres no reciben los insumos gratuitos que les fueron prometidos por el gobierno, pero aquellos con las conexiones adecuadas y que pueden pagar, logran asegurarse los insumos farmacéuticos en abundancia.
- En Muzaffarpur, Bihar, un hombre que fue declarado inocente en un juicio penal es encarcelado ilegalmente sin explicaciones. Es retenido por nueve años en una prisión, conocida en Bihar por sus duras condiciones, hasta que el gobierno averigua su condición, pero no es liberado sino hasta cinco años después. Luego de catorce años de prisión injusta, el gobierno de Bihar no puede encontrar una explicación a su detención, aunque no existen dudas acerca de su inocencia. Durante el tiempo que permaneció encarcelado, no sólo sufrió perjuicios irreparables en su salud física y mental, también perdió la oportunidad de percibir ingresos durante catorce de los años más productivos de su vida.
- En Johannesburgo, Sudáfrica, las tasas de robos y crímenes violentos se encuentran entre las más altas de mundo. Los residentes con recursos económicos pueden valerse de alarmas modernas, guardias de seguridad y otras formas de seguridad privada para proteger su propiedad y su persona, mientras que los pobres se encuentran atrapados en casas precarias que en ocasiones no poseen cerraduras y resultan vulnerables a robos, ataques y otros crímenes violentos.
- En Lahore, Pakistán, un hombre demasiado viejo para trabajar se queda sin bienes ni ingresos cuando matan a su hijo. A fin de acceder al patrimonio de su hijo debe presentar un certificado de sucesión emitido por la corte civil de primera instancia, alrededor de 160 kilómetros al sur de su aldea. El costo de los viajes en tren y el soborno exigido por el auxiliar del juzgado lo obligan a endeudarse más; luego de cinco viajes al juzgado y de varios meses, todavía no ha recibido el papel sellado al que tiene derecho: el auxiliar se niega a emitir el certificado, mientras que las autoridades de su aldea de origen se niegan a darle acceso al patrimonio de su hijo hasta que no presente ese certificado.
- Desarrollos petroleros promovidos por el gobierno de Ecuador en la región de Oriente han perturbado la vida del pueblo Huaorani, localizado en el área por siglos. El petróleo ha ahuyentado la fauna del lugar, dificultado la obtención de alimentos, contaminado el agua que los huaorani beben y utilizan para bañarse, e introducido nuevas enfermedades. Tanto el personal de seguridad de la empresa petrolera como la policía se encuentran involucrados en el asesinato de miembros de los clanes libres de Huaorani que viven en la selva. Estas circunstancias han aumentado la desnutrición y las enfermedades entre los huaorani. Mientras estas acciones constituyen claramente violaciones del derecho a la vida y a otros derechos garantizados por la Constitución de Ecuador de 1983, no existen medios efectivos para reparar estas violaciones ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.

3. El rol del sistema judicial

Existe la tentación, particularmente en las sociedades que se rigen por el *common law*, de equiparar el sistema judicial con el sistema legal como un todo y a esperar que los jueces actúen como los guardianes primarios de la probidad y la justicia. Sin embargo, el sistema judicial es sólo una parte del sistema legal, y tanto el alcance de sus poderes como su papel político varían considerablemente de jurisdicción en jurisdicción. En algunas circunstancias los jueces son vistos esencialmente como burócratas de bajo rango que ejercen poderes administrativos menores. En otros sistemas políticos se confía a los jueces la tarea de resolver algunos de los dilemas políticos y morales más profundos de la sociedad, incluyendo, por ejemplo, la legalidad de la pena de muerte, si corresponde anular una elección, y cómo deberían racionarse los servicios de salud en circunstancias de escasez. Más allá de las importantes diferencias que existen en la concepción del papel del sistema judicial entre los sistemas del derecho civil y del *common law*, las diferencias también surgen del contexto político en que los jueces se encuentran inmersos. Por estas razones, no puede existir ningún método único que resulte aplicable al análisis del papel de los jueces en el alivio de la pobreza.

No obstante ello, y teniendo en cuenta la limitación señalada, resulta posible identificar temas comunes (si no totalmente universales) en las relaciones de los jueces y la rama ejecutiva de gobierno. En general, existe acuerdo acerca de que el papel de los jueces no sólo consiste en resolver conflictos y hacer cumplir la ley, sino que también supervisan cómo se ejerce el poder de gobierno. Mientras que esta función de control de cumplimiento de la ley no debería ser considerada universal –y algunos tribunales, como los de la República Popular de China, han sido contruidos sobre un modelo diferente (Baker, 1996; Dicks, 1995)–, lo cierto es que representa una corriente de pensamiento importante en la mayoría de los países menos desarrollados. Existe un significativo nivel de debate sobre el significado correcto de “Estado de derecho”,¹¹ de manera que todo lo que podemos decir al respecto es que existe un grupo de conceptos –incluyendo el Estado de derecho, el gobierno de la ley, *rechtsstaat*, y el constitucionalismo– que conducen a la idea de que el sistema legal cumple la función de contener y encausar la acción de gobierno.

Siguiendo el análisis de Schedler (1999a, pp. 14-17), el proceso de asegurar el control de la actividad política puede comprender al menos dos componentes: la habilidad para ofrecer respuestas y de hacer cumplir la ley. El primer componente, la habilidad para ofrecer respuestas, requiere que los funcionarios pongan a disposición del público información acerca de sus actividades y ofrezcan buenas

¹¹ Véase aspectos de este debate en Clark (1999).

razones que expliquen sus acciones. El segundo componente, hacer cumplir la ley, consiste en la habilidad de imponer sanciones a líderes políticos y otros funcionarios que han actuado ilegalmente o han violado sus deberes públicos. Hacer cumplir la ley también requiere la habilidad de emitir un pronunciamiento autorizado acerca de cuáles acciones son legales y cuáles son ilegales. En suma, el objetivo principal del control de la actividad política consiste en el “proyecto de someter al poder no sólo al Estado de derecho sino también al gobierno de la razón” (*ibid.*, p. 15).

En teoría, el sistema judicial resulta perfectamente apropiado para ejercer las funciones de control de la actividad política. La noción de que el sistema judicial debería actuar como un contrapeso sobre los excesos de los poderes Legislativo y Ejecutivo resulta un componente fundamental de la doctrina de la separación de poderes —una doctrina íntimamente relacionada con la filosofía política de Montesquieu y la Constitución de los Estados Unidos—, que ha sido adoptada explícita o implícitamente en la mayoría de los regímenes constitucionales del mundo.¹² El poder de los jueces para ejercer control sobre otras ramas del gobierno varía de país en país, pero la mayoría de los poderes pueden encuadrarse dentro de dos categorías: la revisión judicial de la legislación y la revisión judicial de la actividad administrativa.

La revisión judicial de la legislación faculta a los jueces de las altas cortes a revisar la legislación adoptada o que se proyecta adoptar, para determinar si se adecua a la Constitución. Lo que es más importante: los actos del parlamento o de la rama legislativa pueden ser revisados para verificar su conformidad con cualquier derecho fundamental contenido en la Constitución.

En la mayoría de los sistemas legales del mundo, las cuestiones de política económica y de objetivos de desarrollo deben ser resueltas por medio de los procesos políticos. Dentro del amplio marco constitucional, se asigna a las ramas legislativa y ejecutiva fijar prioridades en asuntos tales como políticas de salud, infraestructura, desarrollo, y subsidios agrícolas. Así, proyectos de desarrollo muy específicos —como la construcción de hospitales y represas— son normalmente asignados a la rama ejecutiva que opera con un presupuesto determinado por la rama legislativa. Aun cuando la planificación del desarrollo se encuentra sujeta a controles legales, tales como las leyes de zonificación y regulaciones ambientales, en la mayoría de los países los detalles de esa planificación ha sido asignada discrecionalmente a la rama ejecutiva. Sin embargo, este tipo de acción política que no tiene ningún freno habilita a los funcionarios a permitirse actos de nepotismo o a buscar la obtención de favores ilícitos de las partes interesadas. También habilita a los funcionarios a tomar decisiones contradictorias, perjudiciales desde la pers-

¹² Para una historia intelectual y política de la doctrina de separación de poderes, véase Vile (1998); para la evidencia de su diseminación global, véase Beer (1992), Franklin y Baun (1995) y Shivji (1991a).

pectiva económica, o arbitrarias. Por estas razones, existe una tendencia global a someter las decisiones de desarrollo a escrutinio judicial (véase Recuadro 2).

La segunda técnica mayormente usada por el sistema judicial para controlar las acciones de las figuras públicas es la revisión judicial de la actividad administrativa. Una vez que se le ha solicitado a un tribunal que revise algún acto de la rama ejecutiva, éste usualmente puede solicitar información, monitorear evoluciones, solicitar explicaciones, e investigar acerca de la validez o la autoridad con que los actos han sido emitidos. La mayoría de los sistemas legales también faculta a las altas cortes a resolver que una acción particular resultó contraria a la ley y a ordenar a un funcionario público que haga algo que debió haber hecho. En algunos casos, también resulta posible que el tribunal resuelva adjudicar dinero en compensación por daños a la persona que sufrió lesión personal o pérdida económica debido a los actos de gobierno. El grado en el cual distintos sistemas legales permiten a los juzgados desarrollar esta función varía ampliamente, tanto en la teoría como en la práctica. De este modo, las normas legales que regulan los poderes del sistema judicial resultan particularmente importantes para el control de los actos de gobierno.

Recuadro 2. *Supervisión judicial de proyectos de desarrollo: nivel nacional*

Los jueces pueden jugar un papel en la supervisión del proceso de desarrollo y controlar que los funcionarios cumplan con el desarrollo de mejoras genuinas.

Control de proyectos de desarrollo. En la mayoría de los países, los individuos –y en algunos casos las organizaciones– pueden cuestionar el diseño o la implementación de un proyecto de desarrollo si se encuentran directamente afectados por él. Por ejemplo, en el estado de Puebla en México, varias comunidades agrarias (conocidas como *ejidos*) fueron notificadas de que sus tierras de cultivo serían expropiadas para fines de utilidad pública. El Estado anunció planes imprecisos para construir viviendas en esas tierras, pero rápidamente se supo que se estaban cerrando acuerdos para transferirlas a empresarios privados, y que la compensación que pagaban como resultado de la expropiación representaba una quinceava parte del valor de mercado de esas tierras. Los miembros de los ejidos cuestionaron judicialmente los planes, argumentando que éstos no superaban el test de “utilidad pública” requerida en el artículo 93 de la Ley Agraria. El caso fue luego conciliado extrajudicialmente, con un acuerdo que le otorgaba a los ejidos una compensación mayor, así como un mayor grado de participación en el proceso de desarrollo. Posiblemente, lo más importante ha sido que los acuerdos con los empresarios privados fueron rescindidos, y que el Estado fue obligado a completar el programa de vivienda que originariamente había prometido. A pesar de que los ejidos enfrentaron muchos obstáculos técnicos en el tribunal, el caso ilustra la forma en que la gente puede confiar en normas legales formales y supervisión judicial para poner un freno a las iniciativas perjudiciales para los pobres encaradas por la rama ejecutiva.

Cumplir promesas de desarrollo. Es usual que los políticos hagan promesas públicas sobre objetivos de desarrollo, especialmente servicios de salud, educación e infraestructura. Estas promesas pueden incluir adopción de legislación, pero normalmente no existen medios por los cuales los pobres puedan asegurarse el cumplimiento de esas promesas. Si bien el gobierno, en el mejor de los casos, puede llegar a perder en las elecciones periódicas, en general hay pocas razones valederas para fundamentar la expectativa de que el desempeño del próximo gobierno será mucho mejor.

Un nuevo abordaje desarrollado en India utiliza el litigio de interés público para controlar por la vía judicial la implementación de políticas de desarrollo. Una de las características esenciales de estos litigios es que han convertido los Principios Directivos de las Políticas Públicas contenidos en la Constitución, en una serie de estándares mínimos –a los que deben responder los programas prioritarios de desarrollo– que, en algunos casos, deben hacerse cumplir como derechos fundamentales. Este abordaje resulta poco común, porque en otros países los tribunales habitualmente consideran que este tipo de cláusulas constitucionales contienen obligaciones programáticas que no pueden hacerse cumplir judicialmente. En India, este abordaje ha habilitado a los tribunales a responsabilizar a los Estados por las falencias en sus programas de desarrollo:

- En el estado de Himachal Pradesh, prometieron a los residentes de una comunidad aislada en la montaña que se construiría un camino que les permitiría acceder a mercados y servicios. El camino sólo había sido parcialmente construido cuando se agotó el presupuesto en razón de la corrupción y los malos manejos que afectaron el proyecto. Los residentes concurren a la justicia reclamando que se completara el camino que les habían prometido y, si bien la Corte Suprema se detuvo antes de emitir una orden directa para que se terminara de construir el camino, sí instó fuertemente al gobierno estatal a que revisara la situación.
- La Constitución de 1950 disponía que los estados debían proveer “educación gratuita y obligatoria” dentro del plazo de 10 años a contar desde su adopción. Transcurridas casi cuatro décadas, India todavía tenía una tasa de alfabetismo adulto del 44%, incluyendo sólo al 29% de las mujeres. La Corte Suprema declaró en un caso que el derecho a recibir educación gratuita hasta los 14 años de edad constituye un derecho fundamental que los tribunales deben hacer cumplir donde sea denegado.
- En 1984 Rajiv Gandhi anunció la creación del “Plan de Acción del Ganges” para limpiar el río contaminado. A pesar de la extensa publicidad que se otorgó al programa, se implementaron pocas acciones y las empresas que contaminaban el río siguieron operando sin imponerles nuevas restricciones. En varios litigios de interés público, un solo litigante –M.C. Mehta– tuvo éxito al solicitar a la Corte Suprema que cerrara las curtiembres contaminantes, impusiera controles a las industrias para prevenir mayor contaminación y reconociera que el derecho fundamental de protección ambiental debía hacerse cumplir.

- A pesar de que la Constitución de India establece el objetivo de que debe existir igual remuneración por igual tarea, el pago de varios cargos gubernamentales se fija, por discriminación implícita, de acuerdo con la casta, el sexo y el estatus social de cada empleado. En 1982, la Corte Suprema sostuvo que la cláusula de igual remuneración por igual trabajo se encontraba comprendida dentro del derecho a la igualdad, que debe hacerse cumplir judicialmente. Desde ese momento, ha emitido órdenes para eliminar políticas salariales discriminatorias en una docena de casos.

Mientras que los tribunales pueden ofrecer una poderosa herramienta para controlar al poder político, una de sus principales características consiste en que actúan de manera esencialmente reactiva, dirigida por fuerzas sociales: en la mayoría de los casos, los tribunales sólo inician un proceso, reciben pruebas, y emiten una decisión una vez que un litigante así lo ha solicitado.¹³ En consecuencia, la pauta de litigio que se puede observar en cualquier tribunal deriva de la intersección de dos factores: primero, los derechos y vías procesales creadas en la ley y, segundo, los reclamos y solicitudes efectuados por individuos y empresas.¹⁴ El primer factor es esencialmente institucional, mientras que el conflicto social y las fuerzas del mercado dirigen al segundo. En lo sustancial, son los litigantes y sus abogados quienes determinan qué conflictos llegarán a los tribunales, cuándo y con qué frecuencia los tribunales recibirán sus peticiones, y con qué intensidad se proseguirán las disputas. “Si el Estado provee la institución del sistema judicial, le otorga poder, designa jueces y les proporciona apoyo y recursos, es la economía privada de mercado la que le otorga vida y sangre a la institución” (Dhavan, 1986, p. 13). Así, nos encontramos con la ironía de que mientras los tribunales son órganos del Estado por excelencia, y frecuentemente simbolizan la caritativa neutralidad de la justicia ciega, fueron diseñados para ser operados por fuerzas sociales y de mercado, y por ello reflejan inevitablemente la agenda de esas fuerzas en sus decisiones.

Este análisis nos permite sostener que las instituciones judiciales no pueden ser estudiadas de manera aislada, sino que deben ser comprendidas a la luz del uso que les da la sociedad. Este punto se clarifica si pensamos en el sistema judicial como un proveedor de determinados bienes y servicios. Los servicios incluyen la resolución de conflictos, el control de la acción política y la provisión de una inter-

¹³ La parte que se presenta ante el juzgado puede ser un funcionario del Estado, como en el caso de una investigación penal. Existe un pequeño número de casos en que los jueces han iniciado procesos por su propia voluntad luego de leer un artículo en el periódico o de haberse cruzado con la información en la que podría fundarse una decisión judicial.

¹⁴ Agradezco a Rajeev Dhavan por este análisis, que se encuentra desarrollado con mayor profundidad en Dhavan (1986).

pretación autorizada de la ley. Los bienes provistos por los jueces incluyen decisiones fundadas en razonamientos legales y, donde corresponde, documentos comunicando órdenes o restricciones y otras clases de remedios legales. Pero los jueces no pueden proveer estos bienes y servicios si no tienen clientes, esto es, litigantes que se los requieran. Así como un contador no puede completar un informe de estados financieros sin los números que le provee el cliente, un juez no puede resolver un conflicto sin que existan litigantes en desacuerdo. Tampoco puede un juez ejercer control sobre la rama ejecutiva de gobierno sin que un litigante le requiera que ejerza dicho control. En otras palabras, el carácter de la justicia depende de las demandas de la sociedad civil y de la provisión del servicio de administración de justicia por parte del sistema judicial.

Esta afirmación no pretende proponer que la provisión de servicios de administración de justicia –o más ampliamente la provisión de justicia– pueda ser reducida a curvas neoclásicas de oferta y demanda. Las interacciones no se encuentran mediadas por señales de precio, y el proceso posee una dimensión política que no puede ser reducida a la lógica económica. Sin embargo, la metáfora puede resultar de utilidad en el análisis de pautas acerca del uso que se hace de los tribunales. La mayor parte de los litigios en países desarrollados y en vías de desarrollo involucra a las clases comerciantes o propietarias como litigantes. Dejando de lado los asuntos penales, el uso voluntario de los tribunales para resolver conflictos, sea con el Estado o con partes privadas, tiende a reflejar los principales sectores de actividad económica. En Ghana, por ejemplo, una de las cuestiones que suscita múltiples litigios se relaciona con conflictos de propiedad y las normas que regulan la producción de cacao (Luckham, 1987). En India, las pautas de litigio generalmente reflejan las preocupaciones de las tres clases económicamente dominantes: terratenientes agrarios, grupos urbanos asalariados, e industrialistas (Sudarshan, 1985). Se desprende de ello que la provisión de servicios legales por parte de abogados y jueces tiende a reflejar las preferencias y necesidades de sus usuarios más frecuentes, mayormente clases asalariadas o propietarias. En la medida en que esta pauta se mantenga, existirá poca presión de los usuarios para que se reforme la ley o se modifiquen los procedimientos, de manera que beneficie a los pobres.

Los pobres raramente concurren a los tribunales, salvo como imputados en causas penales. Esto no resulta sorprendente si concebimos a la función judicial como la provisión de servicios que responde a las demandas del mercado. Los pobres poseen una limitada capacidad para expresar de manera efectiva demandas de bienes y servicios, y no existe razón para que esto varíe respecto del servicio de administración de justicia. El costo real de contratar un abogado, el costo de oportunidad que implica el tiempo invertido concurrendo a los tribunales, y el nivel general de educación y preparación requerido para litigar de manera eficaz operan de manera disuasoria.

Estas limitaciones a la demanda son un resultado directo de la pobreza y tienen implicaciones importantes en el análisis de la justicia de los países menos desarrollados. El grado de provisión y demanda de servicios de justicia es producto de factores institucionales, por una parte, y de las presiones de la sociedad civil, por la otra. Estos dos aspectos serán analizados en la próxima sección.

4. Obstáculos institucionales para el control legal

Si las instituciones judiciales son las apropiadas para las tareas de control, entonces, ¿por qué motivos los sistemas judiciales (y legales) de los países pobres no pueden ser más efectivos para limitar el comportamiento de líderes políticos e individuos que ocupan posiciones de poder estatal? La respuesta a esta pregunta se relaciona con al menos tres factores: la naturaleza del constitucionalismo, la necesidad de reformas legales y la incertidumbre respecto de la independencia del sistema judicial. También hay otros factores que afectan la habilidad de los pobres para hacer uso de los remedios legales disponibles en la legislación, que serán discutidos en la próxima sección.

La contingencia política del constitucionalismo

Si una Constitución es un “mapa de poder”¹⁵ que define las reglas del juego político, entonces el constitucionalismo es un acuerdo de jugar el juego con mayor o menor apego a dichas reglas.¹⁶ Mientras la mayoría de los países han adoptado Constituciones escritas, y la mayoría de éstas contienen cláusulas que limitan el ejercicio del poder de gobierno, la efectiva vigencia de dichas reglas constitucionales depende, en última instancia, de la política. Existen numerosas constituciones en el mundo que contienen normas y derechos que guardan escasa relación con el efectivo ejercicio del poder de gobierno. Muchos académicos han arribado a la conclusión de que sólo alguna Constitución en particular no ha logrado regular el ejercicio del poder y proteger los derechos fundamentales, mientras que otros han señalado este fracaso como un fenómeno extendido y persistente.¹⁷ Mientras estos fracasos constitucionales resultan un factor de importancia en cualquier intento por limitar el poder político por medio de la vigencia de un Estado de derecho constitu-

¹⁵ La frase proviene de Duchnaek (1973).

¹⁶ Lev (1993) utiliza el término “constitucionalismo” para referirse al proceso político, con o sin una Constitución escrita, orientado en mayor o menor medida hacia reglas e instituciones públicas pensadas para definir y contener el ejercicio de la autoridad política. En el corazón del constitucionalismo se encuentra el proceso legal.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Ghai (1986).

cional, las consecuencias de estos fracasos resultan más complejas, y en este contexto corresponde mencionar tres ejemplos.

Primero, la sola circunstancia de que la Constitución y las instituciones legales constituyan materia de controversia política no implica que el orden constitucional se encuentre necesariamente bajo amenaza o en decadencia. El que las instituciones legales se vean envueltas en confusión política puede, precisamente, ser indicativo de su relevancia central para los debates políticos y económicos dominantes.¹⁸ En India, por ejemplo, los conflictos entre la rama ejecutiva y la rama judicial —expresados en debates sobre reforma agraria, secularismo, derechos de las mujeres y discriminación positiva— han dado lugar a intensas luchas políticas e, incluso, a la violencia. Sin embargo, como señalara Dhavan (1992), la competencia entre el constitucionalismo político y el constitucionalismo judicial posee una premisa común: ambos otorgan importancia central a la Constitución en cualquier visión de gobierno que sostengan.

En segundo lugar, no existe ninguna razón para esperar que el Estado de derecho constitucional emerja como la forma política dominante. Como destacó Lev (1978, p. 68) respecto a Indonesia, “el rol que pueda jugar la ley, como institución y como mito político, depende en gran medida de los resultados del conflicto político”. Desde esta perspectiva, tanto la evolución constitucional como el deterioro constitucional constituyen una consecuencia política posible, y cada una de estas opciones depende del grado de apoyo político que puedan obtener las diferentes visiones de gobierno. En Indonesia y en Malasia, ambas visiones del futuro político —la autoritarista y la constitucionalista— se encuentran en plena vigencia. Esto es, existen amplios grupos autoritarios que buscan reducir el papel del control constitucional y legal en la conducción de la política cotidiana, al mismo tiempo que existen grupos expresamente dedicados a frenar los abusos del poder estatal otorgando particular importancia al derecho constitucional. En Malasia, al menos desde 1988, los defensores del Estado de derecho han desplegado una acción de retaguardia para preservar la independencia constitucional de la magistratura, y para preservar el Estado de derecho de abusos por parte de una rama ejecutiva fuerte (Lev, 1993; Harding, 1996; Khoo Boo Teik, 1999).¹⁹ En Indonesia, una coalición de estudiantes, abogados independientes y otros profesionales urbanos comenzó a realizar *lobby* desde 1970 por un *negara hukum*, o Estado de derecho que incluyera mayor independencia judicial y control judicial de la legislación (Lev, 1978; Bourchier, 1999).

¹⁸ Lev (1972) desarrolla este argumento de manera aguda (Lev 1972); véase también Geertz (1983), p. 278.

¹⁹ La obtención en la elección de 1995 de una mayoría que reforzó la coalición de gobierno, y la aquiescencia pública al juzgamiento de Ibrahim Anwar en 1998-1989, indicaría que la batalla ha sido perdida. Según Khoo Boo Teik (1999, p. 222), la magistratura es ahora un bastión frágil en lugar de una rama más de gobierno capaz de poner frenos y contrapesos al poder y las prerrogativas de la rama ejecutiva.

Esta coalición de fuerzas contribuyó a obtener una nueva serie de Tribunales Administrativos que comenzaron a operar en 1991 y abrieron un canal de juzgamiento de funcionarios por parte de ciudadanos comunes. En 1994, la Corte Administrativa de Jakarta confirmó un fallo contra la decisión del ministro de Información de cerrar una revista popular, dando impulso a una nueva visión optimista acerca del control por medio de la ley (Bourchier, 1999) y contribuyendo a largo plazo a la caída política de Suharto en 1998. Así, tanto en Indonesia como en Malasia, las formas de control legal constituyeron materia explícita de campañas políticas apoyadas por lo que Lev refiere como “movimientos pro-derechos” (véase Recuadro 3).

Recuadro 3. *Movimientos pro-derechos*

El constitucionalismo y el Estado de derecho requieren un apoyo político sostenido. Los movimientos pro-derechos o grupos políticos que explícitamente presionan por el control judicial del poder estatal pueden jugar un papel importante en la determinación de consecuencias constitucionales. Lev (1978, p. 39) destaca que los movimientos pro-derechos evolucionan entre grupos desprotegidos “por los patrones dominantes de regulación política, económica y social, quienes comienzan a contemplar las viejas relaciones de autoridad en el Estado como moralmente fallidas”. Estos movimientos suelen estar conformados, en su mayor parte, por las clases medias: habitualmente los integran médicos, periodistas, profesores y otros profesionales, aunque también pueden tener importancia los sindicatos.

La participación de abogados resulta fundamental para los movimientos pro-derechos, dada su familiaridad con el vocabulario jurídico y su capacidad de comunicar la ideología legal. Los abogados también tienen un interés económico directo en la independencia del sistema judicial, puesto que sus medios de vida dependen de la existencia de un sistema legal que aplique las normas de manera predecible. La presencia de una nutrida y próspera asociación profesional de abogados en la India colonial puede contribuir a explicar la resistencia de su orden constitucional, comparada con otros países que tenían pocos abogados en el momento de su independencia (Burma, por ejemplo), o con países angloparlantes del este de África que ni siquiera tuvieron escuelas de Derecho hasta 1960.

Los movimientos pro-derechos resultan más exitosos cuando el reclamo por los derechos individuales, la autonomía del sistema judicial y el control judicial sobre los actos de gobierno son expresados en un lenguaje moral fundado en la historia y la cultura de la sociedad. Por ejemplo, los movimientos históricos pro-derechos de Europa occidental se inspiraron profundamente en la noción de los derechos naturales. En India, las pretensiones de Gandhi de poner freno al poder de la policía colonial se expresaron en términos que resonaban a *ahimsa*, “no violencia”. Así como las doctrinas del catolicismo romano alimentaron el movimiento de la “Teología de la Liberación” que presionaba por los derechos humanos y el control sobre el Estado en América Latina, en Pakistán, la noción de “Justicia de acuerdo al Islam” se ha combinado con reclamos por la protección de derechos humanos como fundamento de un movimiento de litigio de interés público. Más recientemente, en Sudáfrica, los reclamos tanto por la eliminación de delitos originados durante el *apartheid* como por un mayor control del accionar sobre los pobres, han sido expresados en términos de *ubuntu*.

En tercer lugar, un ataque político sobre una serie determinada de mecanismos constitucionales puede reflejar un desajuste fundamental entre un grupo de instituciones delineadas en la Constitución y las condiciones políticas dominantes en las que dichas instituciones deben funcionar. Las antiguas colonias africanas de Francia y el Reino Unido, por ejemplo, adquirieron cuando se independizaron nuevos órdenes constitucionales, basados en modelos liberales que habían sido diseñados para contener una rama ejecutiva de gobierno. Una característica común de estas constituciones es que las redactó una élite política no representativa, con asistencia de técnicos provenientes de Francia o del Reino Unido. Es así como las constituciones de los países francófonos se basaron principalmente en la Constitución francesa de 1958 (Romdhane, 1991, pp. 219-20), mientras que las de los países anglófonos adoptaron el sistema de Westminster modificado, que incluía el texto levemente reformado de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950. El texto de la Convención de 1950 reflejaba las preocupaciones y la política de los países europeos involucrados en su redacción.²⁰ Aun cuando en la época en que fue incorporada al orden constitucional nigeriano, el texto de la Convención pudo haber representado algo similar a una “buena práctica” internacional, no existe ningún indicador que permita sostener que dicho texto reflejaba el balance de fuerzas políticas dominantes en Nigeria en la época de su adopción.

Como ha señalado Okoth-Ogendo (1991), los mapas de poder constitucionales que fueron adoptados en la víspera de la independencia se encontraban fundamentalmente reñidos con los patrones de poder político que se habían consolidado durante el período colonial. Mientras que el gobierno colonial había centralizado poder y había involucrado al Estado en la mayoría de los aspectos de la vida económica, las nuevas constituciones se basaban en el diseño de frenos y contrapesos para limitar el poder y excluir al Estado de la sobrerregulación de la vida económica. Más aún, las nuevas constituciones se organizaron sobre la base de una declaración de derechos, mientras que los regímenes coloniales no habían protegido estos derechos ni habían preparados jueces y abogados o políticos para cumplir con esas declaraciones de derechos. En estas circunstancias, las constituciones de los países de la región al sur del Sahara fueron ampliamente reformadas para reflejar las tradiciones políticas que habían heredado, y para expresar de manera más precisa las formas políticas predominantes en la época de la independencia. Así, en la década de 1970, África experimentó una re-centralización del poder político, derogaciones de declaraciones de derechos, y el surgimiento de Estados con partido único y regímenes militares. En el campo legal, estos cambios fueron introducidos en distintas formas: dejar de lado la Constitución (como en el caso de Nigeria), establecer sistemas políticos de partido único (como en Zimbabwe), volver a la rama

²⁰ Véase, por ejemplo, Marston (1993).

ejecutiva inmune a los controles por parte de las otras ramas (como es el caso de Kenia), u otorgar un mandato de por vida al presidente (en Malawi y Túnez, por ejemplo). Estas evoluciones se asociaron con la concentración de poder en la rama ejecutiva y la disminución del control del poder estatal por parte del sistema judicial. Si bien esto fue profundamente perjudicial para los derechos humanos y el bienestar de los pobres, es posible, como argumenta Shivji (1991b), que el proceso de adaptación local de los regímenes constitucionales del sur del Sahara constituyera una precondition necesaria para el surgimiento de auténticos movimientos democráticos en la sociedad civil.

Lo que claramente se desprende de lo expuesto es que para el sector de la población que vive en condiciones de pobreza, las consecuencias de la adopción de un orden constitucional se reducen a una cuestión política y en gran medida dependerá de las características del apoyo que las clases medias otorguen al constitucionalismo. Al mismo tiempo, depende de la capacidad de instituciones como el sistema judicial, para proveer los servicios necesarios que sostengan el constitucionalismo como forma política.

Amenazas a la independencia judicial

La teoría clásica de separación de poderes enseñaba que si la rama judicial ejerce un efectivo control sobre los abusos de la rama ejecutiva, entonces la primera debe ser independiente del gobierno. Esta noción resulta esencialmente razonable para el constitucionalismo liberal y ha sido enfatizada con relación a la democratización de los países en desarrollo. Las definiciones precisas acerca de qué significa independencia judicial resultan escurridizas,²¹ pero normalmente se considera que este término comprende las siguientes características:

- *Imparcialidad*: el juez toma decisiones sobre la base de la aplicación desapasionada de la ley a los hechos del caso, en lugar de favorecer a una parte por sobre otra.
- *Independencia política*: el juez no puede ser removido de su cargo ni sentirse amenazado por haber tomado decisiones con las que el gobierno no está de acuerdo.
- *Autonomía institucional*: el sistema judicial se autogobierna, no se encuentra sometido a recortes políticos de su presupuesto y se encuentra libre de interferencias administrativas por parte de las ramas ejecutiva y legislativa.

²¹ Gran parte de la literatura relevante ha sido resumida en Larkins (1996).

- *Autoridad legal*: el sistema judicial posee real y genuina autoridad para resolver cuestiones de hecho y de derechos en todos los casos, incluso en aquellos que involucran a la rama ejecutiva.
- *Legitimidad*: la Constitución, las ramas ejecutiva y legislativa de gobierno, así como la sociedad civil reconocen al sistema judicial como una entidad independiente que posee la legítima función de resguardar el cumplimiento de la ley.
- *Probidad*: el juez se encuentra ajeno a sobornos, favores y otras formas de influencia que pudieran afectar su imparcialidad.

La independencia judicial, incluyendo (al menos) la mayoría de los componentes enumerados, constituye una condición necesaria para que la rama judicial pueda ejercer control efectivo sobre los abusos del poder político. Desafortunadamente, los países menos desarrollados suelen carecer de independencia judicial, y los jueces resultan particularmente vulnerables a las presiones políticas del poder ejecutivo. En los últimos años, la cuestión de la reforma judicial y la construcción de mayor institucionalidad judicial ha recibido considerable atención, y se ha avanzado mucho en proyectos de capacitación judicial, mejoras en la administración de casos e informatización, entre otros.²² Pero, más allá de estos aspectos técnicos, la independencia judicial se relaciona con lo que irreduciblemente constituyen factores políticos.

Existe un amplio consenso respecto de que un poder judicial independiente requiere de apoyo popular.²³ Aquí, nuevamente, el concepto de Lev de movimientos pro-derechos puede contribuir a aclarar esta cuestión. Una de las principales amenazas a la independencia judicial proviene de los ataques sobre las condiciones de trabajo. Un juez que no cuenta con favor político puede ser relegado en ascensos, ser asignado a fueros pocos atractivos, o encontrar que le han sido recortados ciertos beneficios como el servicio de transporte y el auxilio de empleados. En India, Pakistán, Bangladesh y Malasia, los movimientos pro-derechos han cuestionado ostensibles ataques a la magistratura en múltiples ocasiones. Las manifestaciones públicas en apoyo de la magistratura han llamado la atención sobre estos asuntos, mientras que los abogados han promovido una serie de litigios de interés público que cuestionan la legalidad de los frecuentes traslados de magistrados.

²² Véase, por ejemplo, Dakolias (1996).

²³ Véase, por ejemplo, Widner (1999).

La necesidad de una reforma legal

Aun en los países donde existe un fuerte apoyo hacia el constitucionalismo y un poder judicial independiente, también se necesitan leyes apropiadas para dar respuesta a las necesidades de los pobres, tanto en forma como en contenido. Una de las principales razones por las que el sistema legal no puede adaptarse mejor para proteger a los pobres del abuso del poder político radica en que las leyes que aplican los tribunales resultan obsoletas, o responden al paradigma del gobierno autoritario colonial. Muchos de los países menos desarrollados se encuentran atrasados en sus programas de reforma legal, o han propuesto programas de reforma legal cuya implementación careció de voluntad política o de tiempos parlamentarios.

Leyes coloniales

Muchos Estados poscoloniales todavía utilizan la arquitectura legal adoptada para apoyar la forma de gobierno colonial. Con frecuencia, no sólo se mantienen sin reformar cuestiones básicas de derecho civil y derecho penal, sino que también se mantienen leyes que regulan los aspectos más fundamentales de la economía y la sociedad, incluyendo códigos penales, leyes sociales, legislación de planeamiento, leyes contractuales, etc. Muchas de estas leyes habían sido diseñadas para centralizar el poder en el ejecutivo colonial, carecen de mecanismos de control y no reconocen derechos básicos de los ciudadanos. Lo que es más, la legislación colonial frecuentemente creaba poderes de policía fuertes y limitaciones a los derechos civiles, tales como la detención preventiva y las limitaciones a la libertad de reunión que todavía continúan operando.

Dualismo legal

Como consecuencia de la supervivencia de la legislación colonial, las leyes frecuentemente se contradicen con derechos fundamentales garantizados en la Constitución. En la India, por ejemplo, los jueces todavía cuentan con facultades legales para emitir órdenes que impiden reuniones públicas,²⁴ a pesar de que esto constituye una flagrante violación del derecho constitucional de libertad de reunión. Igualmente, en Jamaica y en muchos otros países del Caribe, la Constitución fue redactada para preservar a las leyes coloniales existentes del control judicial, fundado en la protección de derechos constitucionales fundamentales. Los derechos constitucionales fueron creados de manera tal que resultan inaplicables a las leyes criminales coloniales, a los efectos de impedir, especialmente, la interferencia de los dere-

²⁴ Código de Procedimiento Penal, sección 144.

chos constitucionales con “la ley y el orden”. Puede encontrarse la misma pauta en Túnez, donde las leyes que restringían la libertad de circular, la libertad de reunión, y la libertad de prensa convivieron durante décadas con las garantías constitucionales de esos mismos derechos. En estos y muchos otros casos, los sistemas legales ostentan una especie de personalidad disociada, en la que coexisten cláusulas de constitucionalismo liberal y leyes autoritarias en las mismas áreas del derecho.

Excesivas regulaciones obsoletas

Otro legado de la época colonial y de las economías planificadas —o del más reciente capitalismo de Estado— es la gran cantidad de normas y regulaciones que contienen controles estatales y sanciones punitivas sobre las actividades económicas. Estas regulaciones otorgan amplios poderes a los burócratas y a la policía. En la mayoría de los casos no han sido derogadas aún, a pesar de que se han adoptado amplios programas de liberalización económica.

Insuficiencia de controles

Otra de las características de la mayoría de los sistemas legales coloniales consistía en que contenían una regulación descendente que preveía la aplicación de sanciones criminales, en lugar de contener sistemas de consulta con los representantes de las actividades reguladas.²⁵ La ley ambiental de India, por ejemplo, todavía recurre a las sanciones criminales en lugar de recurrir a las consultas, y prevé escasos mecanismos de participación pública en la planificación o el proceso de regulación medioambiental (Anderson, 1996). En aquellos casos en que sí se crearon sistemas de control, no siempre se asignaban las facultades necesarias para poder alcanzar ese objetivo. La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, por ejemplo, tiene el mandato de responsabilizar al gobierno por el avasallamiento de los derechos humanos, pero carece de poderes acusatorios, y sus hallazgos no son de carácter vinculante.

Reformas de procedimiento

El reconocimiento de derechos sustantivos carece de valor si no va acompañado de la existencia de remedios procesales efectivos que habiliten al litigante a ob-

²⁵ Por tomar un ejemplo, la regulación de la contaminación del aire en Calcuta a principios del siglo XX involucraba consultas regulares con los propietarios de fábricas europeas mientras que los propietarios de fábricas indias se encontraban mucho más expuestos a la imposición de multas y penalidades sin aviso previo.

tener su protección judicial de manera oportuna y sin tener que incurrir en costos excesivos. Las vías de acceso al sistema legal resultan determinantes del tipo de justicia que se puede alcanzar. Muchas normas procesales vigentes en los países menos desarrollados –frecuentemente originadas en el siglo XIX– son obsoletas o inflexibles, y no han sido actualizadas para reflejar los cambios en el sistema legal o adaptarlas al nuevo orden constitucional en que operan actualmente. Los procedimientos legales no sólo determinan si los pobres podrán acceder a los remedios legales, y con qué rapidez y efectividad operarán estos remedios, sino que también pueden afectar la forma en que la ley aborda los conflictos particulares y los tipos de resoluciones posibles que pueden tener dichos conflictos.

El litigio que se originó en la pérdida de gas de Bhopal en 1984, ilustra la manera en que los procedimientos legales afectan el abordaje de conflictos y las posibles resoluciones que pueden recaer sobre ellos. En India, una pérdida de gas de una fábrica de pesticidas de una filial de la empresa Unión Carbide mató a 2 800 personas de manera inmediata y expuso a un número aproximado de otras 520 000 personas a respirar dicho gas. La primera gran cuestión procesal que se presentó fue la de determinar si el caso sería litigado en los tribunales de Estados Unidos, donde se ubicaba la sede central de Unión Carbide, o si sería litigado en los tribunales de India, donde vivían los damnificados. Si bien el gobierno de India planteó una serie de argumentos por los que correspondía litigar el caso en Nueva York, éstos fueron rechazados por los tribunales de Estados Unidos, y el caso volvió a India. Esta cuestión procesal afectó su resolución, pues implicó que el caso sería juzgado bajo las normas de India y no bajo las normas de Estados Unidos.

Recuadro 4. *Sesgo de la ley en contra de las poblaciones pobres. Ejemplos de India*

Una de las principales razones por las que los pobres no pueden recurrir al sistema legal para resguardarse de un mayor empobrecimiento es porque la ley no ha sido dictada en su favor. Muchas normas adoptadas durante el período colonial fueron diseñadas principalmente para proteger la propiedad, concentrar poder en las manos de los administradores, y sofocar el descontento social. Los siguientes constituyen algunos ejemplos de esta legislación:

- La ley de tasa de justicia de 1870 fue diseñada, en parte, para desalentar el litigio. Requiere que una persona que inicia una demanda judicial por daños pague por adelantado una tasa de justicia de entre 7 y 11% del monto reclamado. El efecto de esta ley es excluir a los pobres de los litigios por daños, camino principal para obtener compensación por lesiones o pérdidas.

- La ley de adquisición de tierras le otorga al Estado extensos poderes para expropiar propiedades. La norma prevé el pago de compensaciones mínimas, y se suele utilizar en India para expropiar tierra de campesinos y utilizarla para proyectos de vivienda. Normalmente, las tierras se compran a precios bajos y son luego revendidas por intermediarios privados que obtienen grandes ganancias. Los ocupantes, trabajadores rurales que se quedaron sin tierras, y otros cuyo sustento dependía de la tierra, no reciben ningún tipo de compensación.
- El Código de Procedimiento Criminal estipula que un individuo acusado de haber cometido una ofensa criminal puede ser liberado bajo fianza luego de haber ofrecido suficiente garantía. Pero el costo de la fianza normalmente se encuentra por encima de la capacidad financiera de los pobres, mientras que los ricos pueden comprar su libertad fácilmente. En el centro de la desigualdad se encuentra el sistema que requiere que tanto ricos como pobres ofrezcan los mismos tipos de fianza: mientras un individuo rico puede obtener su libertad pagando una pequeña fracción de sus ingresos anuales, un individuo pobre necesitaría disponer de la totalidad de sus ingresos anuales para poder obtener su libertad.

5. Acceso a la justicia

Aun en aquellos lugares donde los tribunales se encuentran protegidos constitucionalmente, el sistema judicial goza de independencia y las leyes son redactadas siguiendo un criterio de justicia social, el sistema legal brinda escasos beneficios para los pobres a menos que puedan valerse de las palancas legales disponibles. Mientras que el “acceso a la justicia” ha recibido considerable atención y ha jugado un papel central en las reformas legales recientes en el Reino Unido y otros países, lo cierto es que no ha jugado este papel en la agenda de reformas de gobernabilidad de los países en desarrollo.

Repetidos estudios sobre acceso a la justicia han demostrado que hay dos factores predominantes que permiten determinar si la gente puede utilizar los remedios legales disponibles en un sistema.²⁶ El primero, y sin duda el más importante, es el acceso a recursos económicos. Contratar abogados y recurrir a las instituciones legales puede resultar muy costoso en sí mismo, pero, además, involucra otros costos de oportunidad que, para los pobres, normalmente representan tiempo fuera de las actividades que les proveen sustento económico. El segundo factor al que usualmente se refieren los distintos estudios es la habilidad institucional, la habilidad de entender y utilizar el sistema. A continuación se exponen otros factores que se destacan sobre todo en países en desarrollo.

²⁶ Véase por ejemplo, Galanter (1974) y Cappelletti y Garth (1978).

Renuencia a utilizar la ley

Comúnmente se señala que en muchas culturas existe cierta renuencia, particularmente entre los pobres, a verse involucrados en asuntos de tribunales. En ocasiones esto se atribuye al estigma social fuertemente asociado con cualquier encuentro con la ley, sin que importe la naturaleza inocente de este encuentro. Así, el litigar es entendido como sinónimo de “crear problemas”, mientras que un roce con la policía puede ser interpretado por la comunidad como una declaración de culpabilidad hasta que se demuestre lo contrario. Si bien estos factores culturales revisten importancia, un análisis más profundo revela que para los pobres, la decisión de evitar el contacto con el sistema legal, más que un síntoma de conservadurismo provinciano, constituye una respuesta racional a las oportunidades y riesgos que el sistema legal les presenta. Como recientemente ha destacado Hill (1996, esp. pp. 252-272) en un estudio de la Inglaterra del siglo XVII cuando el contenido y la aplicación de la ley estaba en contra de los pobres, no resultaba sorprendente que los pobres percibieran a la ley como su enemigo.

Recuadro 5. *Identificar, responsabilizar, reclamar, ganar, ejecutar*

¿Cómo es que un problema se convierte en un caso judicial? Aun si un individuo es sometido a violencia, privación de su propiedad, o abuso administrativo por parte de un funcionario del Estado, puede mostrarse reacio a iniciar un reclamo ante los tribunales. Tomando el trabajo de Feslinter, Abel y Sarat (1981), es posible construir un esquema heurístico de las etapas del litigio, destacando los obstáculos para el uso efectivo de los tribunales. Pensando en los intereses de los pobres contra el abuso político, las etapas serían las siguientes:

Problema: la percepción de un acto o una omisión por parte de un funcionario que causa lesión o pérdidas a un individuo o a un grupo. Por ejemplo: extorsión y violencia policial hacia residentes de un asentamiento urbano, resolución contraria a las leyes de planeamiento que habilita la extensión de un desarrollo urbano en áreas agrícolas, solicitud de favores sexuales a cambio de la concesión de un subsidio estatal, contaminación de aguas de un asentamiento urbano por parte de las industrias sin que se efectúen controles estatales sobre la eliminación de residuos por parte de ellas.

Identificar: primer paso en el camino hacia el litigio. Consiste en identificar de manera explícita que el problema podría constituir materia de una acción judicial. Si bien esto parece bastante sencillo, posiblemente represente el mayor obstáculo. En el campo del medio ambiente, por ejemplo, muchos reclamos suelen formularse de manera vaga y sólo se toma conciencia de una parte del problema. El descontento general sobre la densidad del tráfico automotor en el campo no provee la base para una acción legal, pero la oposición al proceso de planificación para la construcción de una carretera, podría proveerla. Aquí, el contenido y los mecanismos previstos en las leyes ambientales pueden jugar un papel importante: al asistir a una audiencia pública sobre la construcción de la carretera, es posible ver que emerge cierto grado de conciencia prearticulada y que el lenguaje de la ley identifica los asuntos más claramente.

Responsabilizar: una vez que un asunto ha sido claramente identificado como un *problema legal*, el siguiente paso se centra en determinar si resulta posible identificar a un particular o a la autoridad que tiene responsabilidad por lo ocurrido. Nuevamente, aquí la ley puede resultar una guía importante, si las obligaciones de los actores privados y las distintas áreas del gobierno se encuentran claramente delineadas. Si bien en esta etapa tener ciertos conocimientos legales ayuda, la responsabilidad también puede ser expresada en términos morales en lugar de legales.

Reclamar: si un problema ha sido identificado y se ha atribuido responsabilidad, sea a una entidad privada o a un funcionario, entonces la etapa de efectuar un reclamo formal deviene plausible. La transformación de una queja desde el momento en que se atribuye la responsabilidad de lo ocurrido hasta que se efectúa un reclamo judicial, presenta los desafíos más formidables porque implica vincularse con el sistema legal. En este punto, la queja debe ser interpretada en vocabulario legal, normalmente con la asistencia de un abogado. Los obstáculos de tiempo y costo tienen un papel central en esta etapa.

Ganar: una vez que un reclamo judicial ha sido iniciado, en muchos países el litigio puede durar años. Los costos de honorarios de abogados y los costos de oportunidad para los litigantes pueden resultar prohibitivos para la clase media y simplemente imposibles de afrontar para los pobres. La independencia del sistema judicial y la equidad de los procedimientos legales también pueden resultar determinantes en esta etapa, aun si el caso se encuentra bien fundado.

Ejecutar: incluso si se ha obtenido una victoria en el tribunal, ésta puede no hacerse efectiva. En 1996, la Alta Corte de Bangladesh, por ejemplo, recibió 11 500 casos de desacato, la mayoría relacionados con las omisiones del poder ejecutivo en dar cumplimiento a distintas órdenes judiciales.

Vivir en la ilegalidad

En circunstancias de rápida urbanización e insuficiencia de viviendas urbanas, los pobres usualmente construyen sus viviendas en terrenos ocupados en forma ilegal o en violación de las normas de planeamiento urbano. Por ejemplo, en Alejandría, Egipto, se estima que 68% de las viviendas han sido construidas informalmente, en asentamientos sobre terrenos ocupados o en violación de las regulaciones de zonificación.²⁷ En consecuencia, nuevos migrantes llegan a la ciudad para iniciar sus vidas urbanas al margen de la ley y se mantienen vulnerables a la intervención policial (o a la explotación por la solicitud de sobornos) mientras dure su estadía. Así como sus condiciones de alojamiento frecuentemente resultan contrarias a la ley, también la mayor parte de la actividad económica del sector informal

²⁷“La ciudad legal e ilegal” en Hardoy y Satterwhaite (1989, pp. 25-26), citando un estudio de 1987.

suele resultar contraria a la ley. En Zambia, una encuesta de la legislación aplicable a la vida económica en las ciudades halló que la mayor parte de los pobres que trabajan en forma autónoma –incluyendo vendedores de verduras, constructores, sastres, y comerciantes– desarrollaba su actividad en la ilegalidad, según las disposiciones de las leyes coloniales (Mulwila y Mushota, 1981). Como el alojamiento y el trabajo generalmente se desarrollaban en carreteras, lotes abandonados y otras formas de terrenos públicos, los pobres urbanos resultaban vulnerables a las leyes que prohíben “disturbios públicos” o vagancia. En países del *common law*, el delito de disturbio público puede resultar en una condena sobre la base de pocas pruebas y provee a la policía amplia libertad para utilizar a discreción el arresto o el hostigamiento de los pobres.²⁸ En áreas rurales, leyes similares suelen restringir el acceso a recursos comunes (el uso de los ríos para lavar, el acceso a recursos del bosque) que resultan esenciales en la realidad cotidiana de los que viven en la marginalidad. De ésta y otras formas, los pobres son forzados por sus circunstancias económicas a violar las leyes. Al vivir en una condición de ilegalidad permanente, es muy probable que no busquen entablar un contacto con el sistema legal de manera voluntaria.

Desconfianza de la ley

Es frecuente que los pobres no confíen en el sistema legal oficial. Un componente esencial de esta desconfianza es la falta de respeto por la ley originada en sus experiencias de ilegalidad. Los pobres urbanos comúnmente tienen la siguiente perspectiva: “debe haber algo que no funciona en la ley o el código si tanta gente los viola todos los días en su vida cotidiana” (Hardoy y Satterthwaite, 1989, p. 31). En estas circunstancias, la perspectiva de que la ley no resulta funcional a las necesidades de los pobres, pero sí a las de los grupos de interés, pareciera ser irrefutable. En su gran mayoría, los pobres “consideran que la ley constituye una herramienta que los ricos y bien conectados pueden utilizar en contra de ellos” (Hardoy y Satterthwaite, 1989, p. 16, citado en McAuslan, 1987).

El lenguaje extraño de la ley

Para los pobres, la ley usualmente se expresa en un lenguaje extraño. Esto es cierto en dos sentidos. Primero, con frecuencia resulta literalmente cierto: por ejem-

²⁸ En el Bengal colonial, las acusaciones por disturbios públicos constituían alrededor del 46% de todas las condenas penales y parecería que fueron utilizados más intensivamente contra personas de castas bajas y grupos migrantes (Anderson, 1992). Los mismos principios legales y sistemas básicos de policía se encuentran vigentes en la actualidad en Bangladesh y Bengal Occidental.

pló, el inglés es el idioma oficial de la ley en Kenya y las Islas Salomón, a pesar de que sólo una pequeña porción de la población puede hablar inglés en dichas jurisdicciones; del mismo modo, en Níger el lenguaje de la ley es el francés y en Mozambique el portugués. La ley opera en un lenguaje extraño que se suele asociar con la injusticia del régimen colonial, por lo que resulta doblemente ajena a quienes no tienen acceso a ese lenguaje. En segundo sentido, la mayoría de los conceptos fundamentales la ley, incluyendo nociones de identidad y relación de causalidad en sentido legal, normalmente resultan extraños a los marcos de referencia que utilizan las comunidades locales.²⁹

Formalidades y falta de poder

La formalidad del lenguaje y la precisión del ritual son dos dispositivos mediante los cuales los sistemas legales se envuelven en un velo de legitimidad. De la misma manera que el entrenamiento médico, el entrenamiento legal introduce a los estudiantes en un vocabulario nuevo que puede ser utilizado para describir el mundo ordinario en nuevos términos. Este uso del lenguaje formal contribuye muy poco al análisis o la claridad, a pesar de que puede jugar un papel importante en habilitar a los abogados a cobrar altos honorarios y a reclamar el monopolio de las competencias de la ley.³⁰

Acceso a información legal y capacitación legal

En algunos países, la ausencia de un sistema integral que publique las leyes en forma oportuna acarrea importantes consecuencias para el Estado de derecho. En lugares donde el sector privado no se ha involucrado en la publicación de leyes, esta actividad recae sobre publicaciones oficiales obsoletas y de mala calidad, de manera que el conocimiento de la ley depende en gran medida de los contactos personales y la proximidad a la capital, aun para abogados y jueces. En lugares donde ni siquiera los jueces pueden acceder a materiales legales actualizados resulta poco realista esperar que los abogados o sus clientes puedan comprender cuáles son los derechos vigentes. Muchos países en desarrollo carecen de recursos académicos para publicar libros legales de texto, de gran importancia en procesar, explicar y comentar la ley, aun para los jueces. Así, es bastante común que

²⁹ La tensión entre la ley oficial y los conceptos populares de justicia ha sido descrita ampliamente. Véase, por ejemplo, Anderson y Guha (1998), Geertz (1983), Khare (1972), Burman y Harrell-Bond (1979).

³⁰ Véase, en general, Ghai, Luckham y Snyder (1987, pp. 649-724).

en países del *Commonwealth* los jueces utilicen libros que comentan las leyes inglesas aun cuando la esencia de la ley local pueda ser muy diferente.

Representación legal inadecuada

En la mayoría de los sistemas legales, los ciudadanos no pueden presentarse ante los tribunales para argumentar su propio caso: la profesión legal detenta el monopolio de acceso a los tribunales. Las normas requieren que los litigantes se valgan de abogados, pero los abogados suelen escasear. Un ejemplo extremo es Chad, donde aproximadamente existen 100 jueces y siete abogados para atender las necesidades de seis millones de habitantes (Webb, 1996, p. 50). En estas circunstancias, no sorprende que los abogados desarrollen prácticas orientadas a áreas de negocios o derecho administrativo antes que a representar a los pobres contra los abusos de los poderes estatales.

La justicia tardía equivale a una denegación de justicia

Se ha enfatizado que para el desarrollo de un sector privado robusto, los negocios requieren que los tribunales provean un servicio eficiente, en el que “los casos se resuelvan prontamente, las decisiones sean predecibles y puedan ser ejecutadas” (Webb, 1996, p. 60). Estos requerimientos no se restringen solamente a los negocios: también las personas en condiciones de pobreza necesitan lo mismo, sólo que más urgentemente. Mientras las empresas tienden a litigar asuntos que afectan sus niveles de pérdidas y utilidades, los pobres tienden a llegar a los tribunales cuando se encuentran en riesgo de indigencia, tanto porque sus márgenes de error son más pequeños como porque se encuentran en juego componentes fundamentales de su sustento.

En estas circunstancias, la demora puede resultarles fatal. Desafortunadamente, la mayoría de los sistemas judiciales de los países en desarrollo son muy lentos. Por ejemplo, un estudio realizado en 1986 sobre el litigio por generación de daños en el estado de Maharashtra, demostró que el promedio de tiempo transcurrido entre el inicio de la demanda y la emisión de la decisión final fue de 17.4 años. Sin embargo, es posible adoptar reformas dirigidas a acelerar los tiempos de los procesos judiciales: en Singapur, por ejemplo, las reformas realizadas por la Corte Suprema a principios de la década de 1990 redujeron en dos años el atraso de los casos pendientes de resolución en 90%, y también redujeron el tiempo promedio de espera hasta la audiencia de vista del caso de 5 años a 4 meses (Webb, 1996, p. 60).

6. Impacto de la democratización y los derechos humanos

La agenda de gobernabilidad tiende a presentar a la democracia, el respeto por los derechos humanos y los procesos judiciales receptivos como fenómenos interrelacionados y que se apoyan entre sí. Sin embargo, los círculos virtuosos deben ser demostrados y no simplemente asumidos. En consecuencia, es importante preguntar: ¿es cierto que la democratización afecta significativamente la capacidad de los pobres para utilizar el sistema judicial con propósitos de protección y reparación de sus derechos? Separar esta pregunta general en dos preguntas complementarias podría resultar útil. En primer lugar, ¿la democratización puede estar asociada a una mejora en la receptividad del sistema judicial? Y, segundo, ¿la democratización puede ser asociada con un mayor acceso a las vías legales para los pobres? Estas preguntas inmediatamente nos enfrentan al problema de definir “democratización”, y en consecuencia “democracia”. Según ciertas definiciones amplias, una democracia comprende la separación de poderes, la independencia judicial y el efectivo acceso a la justicia, algunas de las principales precondiciones para que los pobres puedan recurrir a los procesos judiciales para protección y reparación de sus derechos. En una definición tan amplia, las variables dependientes e independientes confluyen entre sí, y la pregunta pierde utilidad analítica. Si, por el contrario, asumimos con la mayor parte de la literatura, que la democratización consiste en mantener elecciones competitivas para designar a los líderes políticos, y que también comprende las nociones de igualdad política y gobierno de la mayoría, entonces resultará posible redefinir la pregunta de manera más sensata. La pregunta puede ser abordada de tres maneras: explorando las relaciones causales, buscando evidencia sistemática en estudios empíricos y razonando sobre la base de evidencia anecdótica.

Primero, es posible argumentar que existen conexiones lógicas entre la democratización y la receptividad judicial hacia los pobres, por un lado, y la habilidad de los pobres de utilizar las instituciones judiciales, por el otro. Los gobiernos antidemocráticos y autoritarios que se centran en un poder ejecutivo fuerte generalmente no toleran un sistema judicial independiente que pueda poner límites al poder del ejecutivo. Pero, lo que es más importante aún, sería muy improbable que un gobierno represivo que no responde a la presión política, genere condiciones en las que puedan prosperar los movimientos pro-derechos. Sin embargo, no existen razones lógicas que permitan afirmar que las elecciones *per se* conducen a mayor receptividad del sistema judicial y mayor acceso a la justicia.

Un segundo abordaje consistiría en recurrir a estudios empíricos que hayan buscado cuantificar las relaciones entre la democracia y el acceso a la justicia a través del tiempo. Mientras que existe una cierta cantidad de estudios que han buscado correlaciones entre la democracia y los derechos humanos, no parece haber es-

tudios empíricos sobre la democracia y el acceso a la justicia. No pude hallar ningún estudio de comportamiento judicial o de uso de los tribunales relacionado con la democratización que abarque más de una jurisdicción³¹. No obstante ello, los estudios sobre democracia y el derecho a la integridad personal podrían ser indicativos de las relaciones que estamos analizando. En los tres principales estudios que analizan el derecho a la vida, la prohibición contra la tortura y el derecho a la integridad personal, se sostiene que la democracia constituye un factor que permite predecir el grado de abuso de la integridad personal, de manera que un grado mayor de consolidación democrática se correlaciona con menor cantidad de incidentes de abuso de este derecho (Henderson, 1991; Poe y Tate, 1994; y Milner, Poe y Leblang, 1999). Sin embargo, el estudio que fue conducido con mayor grado de detalle halló que la correlación negativa entre la democracia electoral y la seguridad personal resulta significativamente más fuerte en países de la OCDE (-0.4297) que en países que no pertenecen a la OCDE (-0.2227) (Milner, Poe y Leblang, 1999, pp. 428–429).³² Cabe destacar que cierto número de investigadores son cautelosos en cuanto a las conclusiones que presentan estos estudios, en razón de las dificultades metodológicas que presentan, y argumentan que la relación entre democracia y derechos humanos básicos puede no resultar lineal (Fein, 1995) y que puede involucrar complejos factores sociales y económicos que inevitablemente requieren una descripción cualitativa además de un análisis estadístico (Arat, 1991).

Finalmente, en lo que respecta al tercer tipo de abordaje, es posible encontrar cierta perspectiva en estudios anecdóticos sobre democratización y acceso a remedios judiciales. Sudáfrica constituye un ejemplo interesante de un Estado que adhería profundamente al Estado de derecho durante la época del *apartheid*, aunque esto era insuficiente, puesto que las leyes que se aplicaban resultaban explícitamente discriminatorias. Durante este período, los tribunales jugaron un papel distintivo pero limitado, en el control de los excesos por parte del Poder Ejecutivo. Con la democratización y el fin de las políticas de *apartheid*, al Estado de derecho formal sudafricano se le injertó un genuino compromiso con la igualdad racial y los nuevos derechos constitucionales. Se designaron nuevos jueces, incluyendo una Corte Constitucional fuertemente comprometida con la igualdad racial, los derechos humanos y las políticas pro-pobres. A pesar de que los niveles de crimen violento se mantienen muy altos, existe evidencia sólida indicativa de que disminuyó la violencia policial, y las decisiones de los tribunales resultan claramente más re-

³¹ Un pequeño número de estudios ha intentado cuantificar la independencia judicial, pero no presentan correlaciones con la democracia, y tienen además serios problemas metodológicos (véase Larkins, 1996).

³² El mismo estudio encontró una correlación más fuerte (0.4609) entre democracia y la satisfacción de necesidades básicas medidas según el Índice de Calidad de Vida.

ceptivas a las necesidades de los pobres y a los cuestionamientos de las autoridades estatales. Corea del Sur constituye un segundo ejemplo donde la democratización de los últimos años se ha asociado con un nuevo estilo de revisión judicial. Los tribunales han jugado un papel particularmente importante en el campo del derecho del trabajo, sosteniendo la libertad de asociación y los derechos de los trabajadores a obtener protección de la violencia policial.

¿Es posible sostener que la incorporación de los derechos humanos ha incrementado la receptividad del sistema judicial? Existe una conexión lógica entre el uso de los principios de derechos humanos y el aumento de la capacidad de los litigantes y los tribunales para contener los abusos de funcionarios y líderes políticos. La premisa inicial de los derechos civiles constituye la clásica idea liberal de que el individuo debe ser protegido de los excesos de poder estatal, como lo han documentado varios autores. Por ejemplo, el derecho a la libertad personal, que en muchos países se garantiza por medio de la acción de *hábeas corpus*, se utiliza precisamente en aquellas circunstancias en que el poder ejecutivo detiene a un individuo sin justificación legal. Los procedimientos de *hábeas corpus* normalmente son rápidos y relativamente poco costosos (aunque se mantienen fuera del alcance de los pobres, quienes requieren asistencia legal gratuita o un abogado que acceda a tomar su caso *pro bono*), puesto que simplemente facultan a un tribunal a que ordene al ejecutivo que presente al detenido ante el tribunal y provea una justificación razonable para su detención. Estas acciones han resultado altamente exitosas en jurisdicciones tan diversas como Zambia, Argentina y las Islas Salomón. En India, durante la emergencia de 1975-1976, la Sra. Gandhi intentó suspender la garantía de *hábeas corpus*, pero la Corte Suprema se negó a suspenderla, preservando una importante protección contra los abusos políticos.

Resulta claro que para proteger los derechos humanos y para lograr efectividad en la contención del accionar estatal no es suficiente que los derechos humanos sean conferidos por el Estado “desde arriba”. Aun con un poder judicial comprensivo, los derechos humanos y constitucionales no constituirán más que “barreras de pergamino” si los litigantes no los invocan en conflictos reales. En otras palabras, los derechos también deben ser tomados “desde abajo” por grupos de la sociedad civil e individuos activos. Algunos analistas han utilizado el término “revolución de derechos” para referirse a las pautas de gobernabilidad en los que los derechos humanos y constitucionales se convirtieron en una herramienta importante utilizada en la lucha política por grupos que buscaban obtener mayor igualdad. El único estudio comparativo de las revoluciones de derechos (Epp, 1996) concluye que estas revoluciones sólo pueden ocurrir cuando existe un movimiento civil activo, nutrido de recursos, que busca utilizar los derechos con fines pro-pobres.

El discurso de los derechos también puede constituir una herramienta poderosa en el nivel político. Es posible sostener que el lenguaje de los derechos resulta par-

tualmente útil para cristalizar la comprensión popular y activar movimientos políticos. Así, los derechos no sólo constituyen estándares en sentido de calibraciones mensurables del comportamiento político, sino que también constituyen estandartes en el sentido de emblemas que podrían figurar en una bandera que se despliega en la batalla. Esto es, los argumentos sobre derechos pueden ser utilizados en la acción política, proveen un lenguaje para articular las quejas de los pobres, pero también revisten a estos reclamos de un lenguaje legitimado por el Estado (sobre la relación entre la legislación de reforma agraria y la movilización política de los pobres, cfr. Houtzager, 2001).

Esto puede crear conexiones entre las estrategias de litigio y otras estrategias de campaña. Por ejemplo, las campañas de protección del medioambiente en varios países han tomado como herramienta el derecho a un ambiente limpio, sano y protegido. La campaña por derechos ambientales tiene dos componentes: un componente legal, perseguido mediante la reforma constitucional y el litigio, y un componente político perseguido por medio de las manifestaciones, las campañas mediáticas y la educación ambiental. Los dos movimientos —el legal y el político— se refuerzan entre sí y contribuyen a estrategias de cambio más efectivas.

7. Conclusión: algunas reformas y estrategias

¿Cómo se pueden utilizar más efectivamente los procesos judiciales para proteger y remediar los abusos de poder por parte de líderes políticos, actores del mercado e individuos notables de la comunidad? Existe una serie de reformas legales sensatas que las agencias estatales y la sociedad civil pueden llevar adelante. El poder judicial es una institución esencialmente reactiva —responde a las demandas de los litigantes—, mientras que los cambios en la legislación responden a las demandas políticas. Así, las propuestas que a continuación se mencionan se dirigen a grupos del Estado y de la sociedad civil. Estas reformas pueden ser agrupadas en tres categorías: 1) eliminación de leyes que claramente contienen un sesgo perjudicial para las personas pobres; 2) reforma de los procedimientos legales para crear mayor acceso para individuos y ONG que actúan en representación de los intereses públicos; 3) reducción de aspectos técnicos y simplificación del lenguaje legal.

Si bien puede resultar difícil generar consenso académico o político respecto de qué tipo de políticas de reforma son favorables a los pobres, resulta mucho más sencillo identificar aquellas que claramente son antipobres; es decir, perjudiciales para la población en situación de pobreza. Esto es cierto para muchas leyes que claramente poseen un contenido o implicaciones antipobres (véase Recuadro 4). Sin embargo, pocos son los gobiernos y las organizaciones de particulares que han

dedicado los esfuerzos y recursos necesarios para identificar estas leyes antipobres y desarrollar propuestas para su revisión. Este proyecto resulta esencial, y constituye un buen punto de partida. Aquí, es posible realizar una analogía con la protección del medioambiente: el Banco Mundial estableció como prioridad principal comenzar por la eliminación de actividades estatales (tales como los subsidios a actividades que contaminan) que están causando daño ambiental (World Bank, 1992). Una vez que estas actividades se eliminen, se puede emprender la tarea más dificultosa de desarrollar políticas para proteger el medioambiente (tales como los impuestos pigouvianos). Es posible sostener un argumento similar respecto a las reformas legales: lo primero es eliminar aquellas leyes que resultan claramente perjudiciales para los pobres, para luego desarrollar leyes que puedan ser pro-pobres (pero que, a la vez, se encuentran sujetas a un grado mayor de debate político).

Existen múltiples y diversos tipos de reformas de procedimientos que podrían crear mayor acceso a los remedios legales. Cuando los intereses de un grupo particular se encuentran en juego, las reformas que facilitan el litigio de interés público y las acciones de clase pueden contribuir al avance de estos intereses. En un plano más general, tanto la flexibilización de normas de legitimación activa, como la capacitación legal, la aplicación de estándares internacionales por parte de los tribunales locales, la capacitación de jueces y el apoyo a los movimientos pro-derechos, poseen un efecto positivo en la ampliación del acceso a la justicia.

Finalmente, la sociedad civil puede ser incorporada en el proceso de control del cumplimiento de las decisiones judiciales. La reputación constituye una herramienta poderosa para el control. La reputación es una expresión de “capital simbólico”,³³ que tiene valor económico real y que no sólo resulta útil para obtener préstamos baratos y favores políticos, sino que suele constituir una precondition esencial para mantener una posición pública. Así, resulta posible movilizar sistemas que ejerzan presión sobre la reputación. Los medios y las ONG, por ejemplo, pueden movilizarse para controlar la implementación o el cumplimiento de una decisión judicial.

Las reformas legales y las estrategias discutidas en esta sección pueden proveer un punto de partida para los esfuerzos de reforma de agencias estatales y de la sociedad civil que tengan por objeto mejorar la capacidad de los pobres para acceder al sistema de justicia. Es el acceso a la justicia lo que habilitará a los pobres a reclamar por los derechos garantizados constitucionalmente y a salir de un contexto en el que diversas formas de ilegalidad contribuyen a la reproducción de la pobreza definida en sus términos más amplios.

³³ El término deriva de Bourdieu (1977, pp. 177-181), quien notó que los campesinos pueden contar con la acumulación de honor y prestigio para obtener préstamos durante épocas de dificultades económicas.

Referencias

Fuentes de los Recuadros

Recuadro 1: El desorden contribuye a la pobreza: ejemplos

Los ejemplos provienen de Tanzania (Doriye 1992, 99–100); Bihar (*Rudul Sah v State of Bihar* AIR 1983 SC 1086); Johannesburgo (comunicación personal, Essop Patel); Lahore (comunicación personal, Afzal Mufti); Ecuador (Fabra 1996).

Recuadro 2: Supervisión judicial de proyectos de desarrollo: el nivel nacional

Para un análisis comparativo de proyectos de desarrollo, ver Booth (1996). Los ejemplos sobre *ejidos* en México fueron tomados de Jones (1998). Con respecto a la implementación de los Principios Directivos de las Políticas Públicas en India, ver *Himachal Pradesh v Umed Ram* AIR 1986 SC 847 [camino]; Unni Krishnan v Andhra Pradesh (1993) 1 SCC 645 [derecho a la educación]; *M.C. Mehta v Union of India* AIR 1988 SC 1037; *M.C. Mehta v Union of India* AIR 1988 SC 1115 [contaminación en Ganga]; *Randhir v Union of India* AIR 1982 SC 879 [derecho a igual remuneración].

Recuadro 3: Movimientos pro-derechos

Para movimientos legales, en términos generales, ver Lev (1978, 1992, 1993). Sobre la historia de la educación legal en África, ver Shivji (1987) y Ghai (1987); Weber (1922/1968); Tigar y Levy (1978); Berman (1983) quien describe el rol de las teorías del derecho natural en los movimientos europeos. Otras referencias sobre temas relacionados: Teología de la Liberación (Boff 1986); el rol de la ideología islámica en el derecho de interés público en Pakistán (Lau 1996; *Benazir Bhutto v The Federation of Pakistan*; *Akbar Ali v The State*); y *ubuntu* en Sudáfrica (*State v Makwanyane*; Mokgoro 1999).

Casos citados

Akbar Ali v The State (1991). SCMR 2114.
Benazir Bhutto v The Federation of Pakistan PLD (1988). SC 416.
Himachal Pradesh v Umed Ram AIR (1986). SC 847.
M.C. Mehta v Union of India AIR (1988). SC 1037.
M.C. Mehta v Union of India AIR (1988). SC 1115.
Randhir v Union of India AIR (1982). SC 879.
Rudul Sah v State of Bihar AIR (1983). SC 1086.
State v Makwanyane (1995) 1 LRC 269.
Unni Krishnan v Andhra Pradesh (1993) 1 SCC 645.

BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, M. R. (1992). "Public nuisance and private purpose: policed environments in British India, 1860-1947", en *SOAS Law Department Working Paper 1*. Londres, School of Oriental and African Studies.
- (1996a). "Individual Rights to Environmental Protection in India", en A. Boyle y M. Anderson (eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Clarendon Press.
- (1996b). "The Conquest of Smoke: legislation and air pollution in colonial Calcutta", en D. Arnold y R. Guha (eds.), *Nature, Culture, Imperialism: essays on the environmental history of South Asia*. Delhi, Oxford University Press, (pp. 293-335).
- Anderson, M. R. y S. Guha (eds.) (1998). *Changing Concepts of Rights and Justice in South Asia*. Delhi, Oxford University Press.
- Anderson, M. R. y R. A. Shankar (1999). "Legal gateways and access to environmental justice in Bangalore" (inédito).
- Arat, Z. F. (1991). *Democracy and Human Rights in Developing Countries*. Lynne Rienner, Boulder, Co.
- Baker, P. (1996). "Party and Law in China", en L. Palmier (ed.). *State and Law in Eastern Asia*. Dartmouth, Aldershot.
- Ber, L. W. (ed.) (1992). *Constitutional Systems in Late Twentieth Century Asia*. Seattle, University of Washington Press.
- Berman, H. (1983). *Law and Revolution: the formation of the Western legal tradition*. Cambridge, Ma., Harvard University Press.

- Bernstein, H. (1992). "Poverty and the Poor", en H. Bernstein, B. Crow y H. Johnson (eds.), *Rural Livelihoods: crisis and responses*. Oxford, Oxford University Press.
- Boff, L. (1986). *Liberation Theology*. San Francisco, Harper & Row.
- Booth, P. (1996). *Controlling Development: certainty and discretion in Europe, the USA and Hong Kong*. Londres, University College London Press.
- Bourchier, D. (1999). "Magic Memos, Collusion and Judges with Attitude: notes on the politics of law in contemporary Indonesia", en K. Jayasuriya (ed.), *Law, Capitalism and Power in Asia: the rule of law and legal institutions*. Londres, Routledge.
- Bourdieu, P. (1977). *Outline of a Theory of Practice*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Boyle, A. y M. Anderson (eds.) (1996). *Human Rights Approaches to Environmental Protection*. Oxford, Clarendon Press.
- Burman, S. y B. Harrell-Bond (eds.) (1979). *The Imposition of Law*. Nueva York, Academic Press.
- Cappelletti, M. (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford, Clarendon Press,
- Cappelletti, M. y B. Garth (eds.) (1978). *Access to Justice I: a world survey*. Sijthoff y Noordhoff, Alphen aan den Rijn.
- (1979). *Access to Justice III: emerging issues and perspectives*. Sijthoff y Noordhoff, Alphen aan den Rijn.
- Cappelletti, M. y Weisner, J. (eds.) (1978). *Access to Justice II: promising institutions*. Sijthoff y Noordhoff, Alphen aan den Rijn.
- Carothers, T. (1998). "The rule of law revival", en *Foreign Affairs*, vol. 77, núm. 2.
- Clark, D. (1999). "The Many Meanings of the Rule of Law", en K. Jayasuriya, *Law, Capitalism and Power in Asia: the rule of law and legal institutions*. Londres, Routledge.
- Dakolias, M. (1996). "The judicial sector in Latin America and the Caribbean: elements of reform", en *Technical Paper 319*, Washington, D.C., World Bank.
- Desjarlais, R.; L. Eisenberg, B. Good y A. Kleinman (1995). *World Mental Health: problems and priorities in low-income countries*. Oxford, Oxford University Press.
- Dhavan, R. (1986). *Litigation Explosion in India*. Tripathi, Bombay.
- (1992). "The Constitution as the Situs of Struggle: India's constitution forty years on", en L. W. Beer, *op.cit.*
- Dicks, A. R. (1995). "Compartmentalized law and judicial restraint: an inductive view of some jurisdictional barriers to reform", en *The China Quarterly* 3 (pp. 82-109).
- Doriye, J. (1992). "Public Office and Private Gain: an interpretation of the Tanzanian experience", en M. Wuyts, M. Mackintosh y T. Hewitt (eds.), *Development Policy and Public Action*. Oxford, Oxford University Press.
- Duchanek, I. D. (1973). *Power Maps: the comparative politics of constitutions*. Oxford, ABC Clio.

- Epp, C. R. (1996). "Do bills of rights matter? The Canadian Charter of Rights and Freedoms", en *American Political Science Review*, vol. 90.
- (1998). *The Rights Revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago, University of Chicago Press.
- Fabra, A. (1996). "Indigenous Peoples, Environmental Degradation, and Human Rights: a case study", en A. Boyle y M. Anderson, *op. cit.*
- Faundez, J. (ed.) (1997a). *Good Government and Law: legal and institutional reform in developing countries*. Londres, Macmillan.
- (1997b). "Legal Technical Assistance", en J. Faundez, *op. cit.*
- Fein, H. (1995). "More murder in the middle: life-integrity violations and democracy in the world, 1987", en *Human Rights Quarterly*, 17 (pp. 170-191).
- Felstiner, F., R. Abel y A. Sarat (1981). "The emergence and transformation of disputes: naming, blaming and claiming", en *Law and Society Review* 15.
- Franklin, D. P. y M. J. Baun (eds.) (1995). *Political Culture and Constitutionalism: a comparative approach*. Londres, M. E. Sharpe.
- Galanter, M. (1974). "Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change", en *Law & Society Review* 9 (pp.95-160).
- Gaventa, J. (1980). *Power and Powerlessness: quiescence and rebellion in an Appalachian valley*. Urbana, University of Illinois Press.
- Geertz, C. (1983). "Local Knowledge: fact and law in comparative perspective", en C. Geertz, *Local Knowledge: further essays in interpretative anthropology*. Nueva York, Basic Books.
- Ghai, Y. P. (1986). "The rule of law, legitimacy and governance", en *International Journal of the Sociology of Law* 14 (pp.179-208).
- (1987). "Law, development, and African scholarship", en *Modern Law Review*, vol. 50, núm. 6 (octubre, 1987) (pp. 750-776).
- Ghai, Y. P., R. Luckham, F. Snyder (eds.) (1987). *The Political Economy of Law*. Delhi, Oxford University Press,
- Greenberg, D., S. N. Katz, M. B. Oliviero y S. C. Wheatley (eds.) (1993). *Constitutionalism and Democracy: transitions in the contemporary world*. Oxford, Oxford University Press.
- Harding, A. (1996). *Law, Government and the Constitution in Malaysia*. Kuala Lumpur/ The Hague: Malayan Law Journal/ Kulwer Law International
- Hardoy, J. E. y D. Satterthwaite (1989). *Squatter Citizen: life in the urban third world*. Londres, Earthscan.
- Hill, C. (1996). *Liberty Against The Law: some seventeenth-century controversies*. Londres, Allen Lane.
- Hirschman, A. O. (1994). "The on-and-off connection between political and economic progress". En *American Economic Review* 84 (pp. 343-348).

- Houtzager, P. P. (2001). "We make the law and the law makes us: some ideas on a law in development research agenda", en R. C. Crook y P.P. Houtzager (eds.), "Making law matter: rules, rights and security in the lives of the poor". *IDS Bulletin*, vol. 32, núm. 1 (pp. 8-18).
- Human Rights Watch (1999). *Human Rights Watch World Report 1999K*. Nueva York, Human Rights Watch.
- Jayasuriya, K. (ed.). (1999a). *Law, Capitalism and Power in Asia: the rule of law and legal institutions*. Londres, Routledge.
- (1999b). "Corporatism and Judicial Independence Within Statist Legal Institutions in East Asia", en K. Jayasuriya (ed.). *op.cit.*
- Jones, G. A. (1998). "Resistance and the rule of law in Mexico", en *Development and Change*, 29 (pp. 499-523).
- Khare, R. S. (1972). "Indigenous culture and lawyer's law in India", en *Comparative Studies in Society and History* 14 (pp. 71-96).
- Khare, R. S. (1998). "Elusive Social Justice, Distant Human Rights: untouchable women's struggles and dilemmas in changing India", en M. Anderson y S. Guha (eds.), *op.cit.*
- Khoo Boo Teik (1999). "Between Law and Politics: the Malaysian judiciary since independence", en K. Jayasuriya (ed.), *op.cit.*
- Larkins, C. M. (1996). "Judicial independence and democratization: theoretical and conceptual issues", en *American Journal of Comparative Law*, 44 (pp. 605-626).
- Lau, M. (1996). "Islam and Judicial Activism: public interest litigation and environmental protection in the Islamic Republic of Pakistan", en A. Boyle y M. Anderson (eds.), *op.cit.*
- Lev, D. S. (1993). "Social Movements, Constitutionalism, and Human Rights", en D. Greenberg, S. N. Katz, M. B. Oliviero y S. C. Wheatley (eds.). *Op. cit.*
- (1972). "Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia", en C. Holt (ed.), *Culture and Politics in Indonesia*. Ithaca, Cornell University Press.
- (1978). "Judicial authority and the struggle for an Indonesian Rechtsstaat", en *Law and Society Review* 13 (pp. 37-71).
- (1992). "Lawyers as outsiders: advocacy versus the State in Indonesia", en *SOAS Law Department Working Paper*, 2, Londres, School of Oriental and African Studies.
- Marston, G. (1993). "The United Kingdom's part in the preparation of the European Convention on Human Rights, 1950", en *International and Comparative Law Quarterly*, 42.
- McAuslan, P. (1987). "Legislation, regulation and shelter", en *Cities*, vol. 4, núm. 1.
- Messick, R. E. (1999). "Judicial reform and economic development: a survey of the issues", en *The World Bank Research Observer*, vol. 14, núm. 1 (pp.117-36).

- Milner, W. T., S. C. Poe y D. Leblang (1999). "Security rights, subsistence rights, and liberties: a theoretical survey of the empirical landscape", en *Human Rights Quarterly*, 21 (pp. 403-443).
- Moog, R. (1993). "Indian litigiousness and the litigation explosion: challenging the legend", en *Asian Survey*, 33.
- Mulwila, J. M. y R. K. Mushota (1981). "The legal framework within which the informal sector functions in Zambia", en *SATEP Working Paper*. International Labour Organization, Lusaka.
- North, D. C. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Okoth-Ogendo, H. W. O. (1991). "Constitutions Without Constitutionalism: reflections on an African Paradox", en I. G. Shivji, *State and Constitutionalism: an African debate on democracy*. SAPES, Harare (pp.3-25).
- Palmier, L. (ed.) (1996). *State and Law in Eastern Asia*. Aldershot, Dartmouth.
- Pistor, K. y P. Wellons (1998). *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960-1995*. Manila, Asian Development Bank.
- Poe, S. C. y C. Neal Tate (1994). "Repression of human rights to personal integrity in the 1980s: a global analysis", en *American Political Science Review*, 88 (pp. 853-900).
- Rodgers, G. (ed.) (1994). *Workers, Institutions and Economic Growth in Asia*. Ginebra, International Institute for Labour Studies.
- Rodgers, G., K. Foti y L. Lauridsen (eds.) (1996). *The Institutional Approach to Labour and Development*. Londres, Frank Cass.
- Romdhane, M. B. (1991). "Constitutionalism and Social Movements in Tunisia", en I. G. Shivji, *State and Constitutionalism: an African debate on democracy*. SAPES, Harare.
- Schedler, A., L. Diamond y M. F. Plattner (eds.) (1999). *The Self-Restraining State: power and accountability in new democracies*. Lynne Rienner, Boulder, Co.
- Schedler, A. (1999a). "Conceptualizing Accountability", en A. Schedler, L. Diamond y M. F. Plattner, *op. cit.*
- (1999b). "Restraining the State: conflicts and agents of accountability", en A. Schedler, L. Diamond y M. F. Plattner, *op. cit.*
- Scheper-Hughes, N. (1992). *Death Without Weeping: the violence of everyday life in Brazil*. Berkeley, University of California Press.
- Scott, J. C. (1985). *Weapons of the Weak: everyday forms of peasant resistance*. New Haven, Yale University Press.
- Sen, A. (1981). *Poverty and Famines*. Oxford, Oxford University Press.
- (1994). "Freedom and needs: an argument for the primacy of political rights", en *New Republic*, January (pp.10-17).

- Sherwood, R., G. Shepherd y C. Marcos de Souza (1994). "Judicial systems and economic performance", en *The Quarterly Review of Economics and Finance*, 34, Special Issue (pp.101-116).
- Shihata, I. F. I. (1991). *The World Bank in a Changing World*, vol. I.
- (1995). *The World Bank in a Changing World*, vol. II.
- (1997). "The role of law in business development", en *Fordham International Law Journal*, 20.
- Shivji, I. G. (ed.) (1987). *The Limits of Legal Radicalism*, Dar Es Salaam.
- (1990). *The Concept of Human Rights in Africa*. Londres, Codesria.
- (ed.) (1991a). *State and Constitutionalism: an African debate on democracy*. SAPES, Harare.
- (1991b). "State and Constitutionalism: a new democratic perspective", en I. G. Shivji (ed.). *op.cit.* (pp.27-54).
- Sudarshan, R.(1985). "Judges, State and Society in India", en R. Dhavan, R. Sudarshan y S. Khurshid (eds.), *Judges and the Judicial Power. Essays in Honour of Justice V. R. Krishna Iyer*. Londres, Sweet and Maxwell; Bombay, Tripathi.
- Tigar, M. E. y M. R. Levy (1978). *Law and the Rise of Capitalism*. Nueva York, Monthly Review Press.
- Vile, M. J. C. (1998). *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2a. ed. Indianapolis, Liberty Fund.
- Weaver, R. K. y B. A. Rockman (eds.) (1993). *Do Institutions Matter? Government Capabilities in the United States and Abroad*. Washington, D. C., The Brookings Institution.
- Webb, D. (1996). "Legal System Reform and Private Development in Developing Countries", en R. Pritchard (ed.), *Economic Development, Foreign Investment and the Law*. Londres, Kluwer.
- Weber, M. (1968) [1922]. *Economy and Society*. G. Roth y C. Wittich (eds). Berkeley, University of California Press (2 vol.)
- Weiss, L., Hobson, J.M. (1995). *States and Economic Development: a comparative historical analysis*. Londres, Polity Press.
- Widner, J. (1999). "Building Judicial Independence in Common Law Africa", en A. Schedler, L. Diamond y M. F. Plattner, *op. cit.*
- World Bank (1997). *World Development Report 1997: the state in a changing world*. Nueva York, Oxford University Press.
- (1994). *Governance: the World Bank's experience*. Washington, D. C
- (1992). *World Development Report 1992: Development and the Environment*, Washington, D.C.

POR QUÉ LOS “POSEEDORES” SALEN ADELANTE: ESPECULACIONES SOBRE LOS LÍMITES DEL CAMBIO JURÍDICO*

Marc Galanter

Este ensayo intenta discernir algunos de los rasgos generales de un sistema jurídico como el estadounidense, con base en sus lugares comunes y en algunos aspectos poco sistemáticos de la bibliografía disponible. Nuestro interrogante, específicamente, es el siguiente: ¿bajo qué condiciones puede el litigio ser redistributivo, tomando litigio en el sentido más amplio de presentación de demandas que han de ser decididas por juzgados (o instituciones análogas), y las amenazas, fintas y similares que rodean en la penumbra estas demandas?

Para efectos del presente análisis, consideremos el sistema jurídico como compuesto de los siguientes elementos:

Reglas: Cuerpo de aprendizaje normativo autorizado.

Juzgados/ tribunales: Conjunto de establecimientos institucionales en los cuales se aplica este aprendizaje normativo a casos específicos.

Abogados: Conjunto de personas con habilidades especializadas en lo anterior.

Partes: Personas o grupos con demandas que pueden presentar ante los juzgados en relación con las reglas, etcétera.

* Versión extraída del ensayo publicado en *Law & Society Review* (9, 1, 1994), y en Abel Richard (1995). *The Law and Society Reader*.

Supongamos también lo siguiente acerca de la sociedad y del sistema jurídico: Es una sociedad en la cual los actores, de poder y riqueza variables, se encuentran constantemente en relaciones competitivas o parcialmente cooperativas en las cuales tienen intereses opuestos.

Esta sociedad tiene un sistema jurídico en el cual un amplio espectro de disputas y conflictos es dirimido por los juzgados o entidades similares, los cuales pretenden aplicar normas generales preexistentes de manera imparcial (esto es, sin verse afectados por la identidad de las partes).

Las reglas y procedimientos de estas instituciones son complejos; cuando es posible, las unidades en disputa utilizan intermediarios especializados en su manejo.

La decisión sobre cuáles reglas aplicar en los juzgados se toma en parte durante el proceso de adjudicación (los juzgados diseñan reglas intersticiales, combinan diversas reglas y aplican reglas viejas a situaciones nuevas). Hay una tradición viva de este trabajo sobre las reglas y un sistema de comunicación tal que los resultados en algunos de los casos juzgados afectan el resultado de casos futuros.

Los recursos de las instituciones son insuficientes para una adjudicación oportuna y cabal en todos los casos, así que a las partes se les permite —e incluso se les anima a hacerlo— no presentar demandas y “conciliar”, esto es, negociar un resultado mutuamente aceptable.

Existen diferentes niveles de entidades: unas “superiores” que promulgan (hacen, interpretan) las reglas y otras “inferiores” a las que se les asigna la responsabilidad de hacer cumplir (implementar, aplicar) estas reglas. (Aun cuando hay cierta superposición de funciones tanto en la teoría como en la práctica, las trataré como entidades “superiores” y “entidades rasas”.)

No todas las reglas promulgadas por las entidades “superiores” son efectivas a nivel “raso” debido a imperfecciones en la comunicación, escasez de recursos, de personal entrenado, de compromiso, de entendimiento, etc. La eficiencia al nivel raso se designará como “penetración”.

1. Una tipología de las partes

La mayoría de los análisis del sistema jurídico comienzan con las reglas y siguen con las entidades institucionales para determinar qué efectos tienen las reglas sobre las partes. Me gustaría invertir el procedimiento y mirar desde el otro lado del telescopio. Pensemos en los diferentes tipos de partes y en el efecto de esas diferencias en la manera como funciona el sistema.

Gracias a las diferencias en su tamaño y en sus recursos y a las diferencias en el estado del derecho, algunos de los actores sociales tienen muchas oportunidades de usar los juzgados para presentar y defender demandas, mientras que otros lo ha-

cen sólo rara vez. Podemos dividir a nuestros actores en aquellos demandantes que sólo ocasionalmente recurren a los juzgados (demandantes ocasionales: DO) y quienes recurren con frecuencia a ellos (demandantes frecuentes: DF) y se involucran en muchos litigios similares en el transcurso del tiempo. Son DO la pareja de un caso de divorcio, quien demanda por lesiones de tránsito, el criminal acusado; son DF la compañía de seguros, el fiscal, la compañía financiera. Obviamente, se trata de una simplificación excesiva; hay casos intermedios, tales como los del criminal profesional. Deberíamos pensar que DO-DF es un continuo y no una dicotomía. El grupo de DF conforma típicamente una unidad más grande y lo que está en juego en cada caso es menor (en relación con el valor total). Los DO conforman unidades más pequeñas y lo que está en juego, representado por el resultado tangible de estos casos, puede ser alto en relación con el valor total, como sucede en el caso de una víctima de lesiones o del criminal acusado. Los DO también padecen el problema contrario: sus demandas pueden ser tan insignificantes e inmanejables (el consumidor estafado, o el dueño de los derechos de interpretación), que el costo de poner en práctica sus derechos supera en mucho las posibilidades de obtener un beneficio¹.

Podemos refinar nuestro concepto de DF y convertirlo en un “tipo ideal”: una unidad que ha tenido y tendrá litigios frecuentes, que tiene poco que perder en el resultado de un caso particular cualquiera, y que dispone de recursos suficientes para defender sus intereses a largo plazo. Un DO, por el contrario, es una unidad cuyas demandas son excesivamente grandes (en relación con su tamaño) o demasiado insignificantes (en relación con el costo de la solución) como para manejarlas de una manera rutinaria y racional.

Podemos suponer entonces que un DF participará en el juego del litigio de una manera diferente a un DO. Consideremos algunas de sus ventajas:

- 1) El DF, al haberlo hecho antes, tiene una comprensión avanzada; puede estructurar la transacción siguiente y construir un archivo, puesto que es quien redacta la forma del contrato, exige un depósito de seguridad y cosas semejantes.
- 2) Los DF desarrollan cierta pericia y tienen fácil acceso a los especialistas. Disfrutan de economías de escala y tienen costos bajos para iniciar cualquier pleito.
- 3) Los DF tienen la oportunidad de desarrollar relaciones informales facilitadoras con los funcionarios institucionales.
- 4) Los DF deben establecer y mantener su credibilidad como opositores. Su interés en esta “reputación para negociar” sirve como un recurso para establecer, y quizás incluso para intensificar “compromisos” con sus posiciones de negociación. Por el contrario, el DO, al no tener una reputación semejan-

¹ Finklestein, 1954, pp. 284-86

te que mantener, tiene más dificultades para comprometerse convincentemente en la negociación.

- 5) Los DF pueden arriesgarse; en cambio, cuanto más grande sea el asunto que esté en juego para el DO, más probable es que adopte una estrategia “minimax” (minimizar la probabilidad de la pérdida máxima). Para los DF, si lo que está en juego es relativamente menos importante, pueden adoptar estrategias calculadas para maximizar sus beneficios en una larga serie de casos, incluso cuando esto implica el riesgo de la máxima pérdida en algunos.
- 6) Los DF pueden tratar de incidir en las reglas y en los beneficios inmediatos. A un DF le conviene dedicar recursos para influir en la redacción de las reglas pertinentes mediante métodos tales como el cabildeo (y su pericia acumulada le permite hacerlo persuasivamente).
- 7) Los DF también pueden tratar de incidir en las reglas mismas del litigio, mientras que es poco probable que un DO lo haga. Esto es, hay una diferencia en lo que consideran como un resultado favorable. Dado que para el DO lo que está en juego en el resultado inmediato es alto, y dado que, por definición, éste no está interesado en el resultado de litigios similares en el futuro, el DO tendrá poco interés en los elementos del resultado que puedan influir en la disposición de quien juzgará en casos futuros. Para el DF, por el contrario, cualquier cosa que pueda incidir favorablemente en los resultados de casos posteriores es un resultado valioso. Cuanto más importante sea lo que esté en juego para cualquier litigante, y menor sea la posibilidad de una repetición, menor será la posibilidad de que se preocupe por las reglas que gobiernan casos futuros del mismo tipo. Consideremos, por ejemplo, los casos de una pareja que se enfrenta por la custodia de su único hijo; un boxeador profesional contra la administración de impuestos por pagos atrasados; un convicto que enfrenta una sentencia de muerte. Por otra parte, el litigante que no está arriesgando mayor cosa en un caso dado, pero que tiene perspectivas de atender casos similares en el futuro (la administración de impuestos, la agencia de adopciones, el fiscal), puede estar más interesado en sus implicaciones para el derecho.

Por consiguiente, si analizamos los resultados de un caso con un componente tangible y un componente normativo, podemos esperar que, en el primer caso, el DO intentará maximizar el beneficio tangible. Pero si el DF está interesado en maximizar sus beneficios en una serie de casos 1...n, puede estar dispuesto a negociar un beneficio tangible en un caso particular a cambio de un beneficio normativo (o minimizar una pérdida normativa). Supusimos que las facilidades institucionales para el litigio estaban sobrecargadas y que prevalecían los acuerdos negociados. Esperaríamos entonces que los DF “negociaran” aquellos casos en los que anti-

pan resultados desfavorables. Puesto que esperan litigar de nuevo, los DF pueden optar por adjudicar (o apelar) aquellos casos donde consideran que es más probable producir reglas favorables. Por otra parte, los DO deberían estar dispuestos a negociar la posibilidad de hacer “buenas leyes” a cambio de beneficios tangibles. Así, esperaríamos que el cuerpo de casos “precedentes” –esto es, casos capaces de incidir en el resultado de casos futuros– sea favorable para los DF.

- 8) Gracias a su experiencia y pericia, los DF están en mejores condiciones de discernir qué reglas probablemente “penetrarán” y cuáles no serán más que compromisos simbólicos. Los DF pueden concentrar sus recursos en los cambios de reglas que con probabilidad hagan una diferencia tangible. Pueden negociar derrotas simbólicas a cambio de beneficios tangibles.
- 9) Puesto que la penetración depende parcialmente de los recursos de las partes (conocimiento, atención, servicios especializados, dinero), es más probable que los DF puedan invertir los recursos correspondientes necesarios para asegurar la penetración de las reglas que les son favorables.

Con lo anterior no se sugiere que los DF sean equivalentes a los “poseedores” (en términos de poder, riqueza y posición) ni los DO a los “desposeídos”; pero en el contexto estadounidense, la mayor parte de los DF son más grandes y ricos que la mayor parte de los DO, así que estas categorías se superponen, aunque hay obvias excepciones. Los DF pueden ser “desposeídos” (vagos alcohólicos) o pueden actuar como adalides de los “desposeídos” (como lo hace el gobierno cada cierto tiempo); los DO, como ciertos criminales acusados, pueden ser ricos. Lo que hace este análisis es definir una posición ventajosa en la configuración de las partes litigantes e indicar cómo quienes poseen otras ventajas tienden a ocupar esta posición ventajosa y reforzar e incrementar así sus otras ventajas. Esta posición favorecida es una de las maneras como un sistema jurídico, que formalmente asume una posición neutral entre “poseedores” y “desposeídos”, puede aumentar y perpetuar las ventajas de los primeros.

Hemos postulado que los DO serán relativamente indiferentes a resultados referidos a las reglas en casos particulares. Pero podríamos esperar que el nivel absoluto de interés variara en diferentes poblaciones: en algunas puede haber una preocupación intensa y difundida por garantizar reivindicaciones de acuerdo con las reglas oficiales que sobrepasa el interés por los resultados tangibles de las disputas; en otras, los resultados normativos pueden ser un asunto relativamente indiferente comparado con los resultados tangibles. El nivel y distribución de este “interés normativo” puede afectar las posiciones estratégicas relativas de DO y DF. Entre más inclinada a un interés normativo sea una población, por ejemplo, menos se esperaría una ventaja de los DF en el manejo de la política de conciliación.

No obstante, tal inclinación hacia la normatividad o ansia de reivindicación a través de los canales oficiales debe distinguirse tanto de la disposición para recurrir a sistemas públicos de solución de conflictos en primer lugar, y de una alta valoración de las normas oficiales como objetos simbólicos. Además de la relativa preocupación por los resultados normativos, podemos esperar que las poblaciones difieran en su evaluación de lo apropiado y lo gratificante que sea litigar. Tales actitudes pueden afectar la situación estratégica de las partes. Por ejemplo, entre mayor sea el desagrado de una población frente al litigio, mayores serán las barreras para que los DO presenten o defiendan demandas, y mayores las ventajas de los DF, suponiendo que tales sentimientos afecten más a los DO quienes probablemente serán personas naturales, más que a los DF que, por el contrario, seguramente serán personas jurídicas.

No puede esperarse que las variaciones observadas en la disposición para recurrir a los tribunales públicos reflejen directamente una “conciencia de los derechos” o deseo de reivindicación en términos de normas autorizadas. Consideremos la afirmación de que la baja tasa de litigio en Japón obedece a un bajo “sentido de derechos justiciables”, con la implicación de que la tasa alta que se da en Estados Unidos deriva de tal conciencia de esos derechos. No obstante, la alta tasa de conciliaciones y la baja tasa de apelaciones en Estados Unidos no sugiere que este hecho deba verse como que esa nación tenga una población con un gran interés en obtener victorias morales mediante su reivindicación oficial. Mayhew presenta una encuesta en la cual se les preguntó a algunos residentes del área de Detroit cómo desearían que se decidiera “su problema más grave”.² Sólo una ínfima minoría (0% de problemas entre arrendatario y arrendador, 2 % de problemas con los vecinos, 4% de problemas relativos a compras costosas, 9% de problemas relativos a la organización pública, 31% de problemas de discriminación) respondió que buscaba “justicia” o reivindicación de sus derechos jurídicos: “la mayoría respondió que buscaba resolver sus problemas de una manera más o menos expedita”.

Paradójicamente, una baja valoración de los resultados normativos en casos particulares puede coexistir con una alta valoración de las reglas como objetos simbólicos. Edelman distingue entre audiencias remotas, difusas y desorganizadas, para las cuales las reglas son una fuente de gratificación simbólica, y audiencias atentas, directamente interesadas en los resultados tangibles de su aplicación.³ El deseo público de gratificación simbólica por la promulgación de normas no implica un deseo correspondiente de reivindicación oficial en términos de reglas en casos particulares. Los DF atentos, por el contrario, pueden verse más inclinados a considerar las reglas de manera instrumental, como bienes, más que como fuentes de gratificación simbólica.

² Mayhew (1975).

³ Edelman (1967), capítulo 2.

Tabla 1. *Taxonomía del litigio por configuración estratégica de las partes*

1. DO <i>versus</i> DO	2. DF <i>versus</i> DO
Padre <i>versus</i> madre (custodia) Esposo <i>versus</i> esposa (divorcio) Familia <i>versus</i> miembro de familia (interdicción) Familia <i>versus</i> familia (herencia) Socio <i>versus</i> socio	Fiscal <i>versus</i> acusado Compañía financiera <i>versus</i> deudor Propietario <i>versus</i> arrendatario Administración de impuestos <i>versus</i> contribuyente Expropiador <i>versus</i> propietario
3. DO <i>versus</i> DF	4. DF <i>versus</i> DF
Beneficiario <i>versus</i> asistencia social Concesionario <i>versus</i> fabricante Víctima de lesión <i>versus</i> compañía de seguros Arrendatario <i>versus</i> propietario Comprador <i>versus</i> proveedor Consumidor en quiebra <i>versus</i> acreedor difamado Autor <i>versus</i> editor	Sindicato <i>versus</i> compañía Distribuidor de películas <i>versus</i> junta de censura Constructor <i>versus</i> municipio Agencia reguladora <i>versus</i> firmas de la industria regulada

Pensamos que los litigios involucran por lo general diversas combinaciones de DO y DF. Entonces podemos construir una matriz semejante a la tabla 1 y llenar las casillas con algunos ejemplos estadounidenses conocidos, aunque aproximados. (Ignoramos por el momento que los términos DO y DF representan términos de un continuo y no una dicotomía.)

Con base en nuestros ejemplos incompletos y asistemáticos, podemos hacer algunas conjeturas acerca del contenido de la tabla:

Casilla 1: DO *versus* DO

Los ocupantes más numerosos de este espacio son las audiencias correspondientes a divorcios e interdicción judicial. La mayor parte (más del 90% de los divorcios, por ejemplo) no son disputados. Una gran parte de éstos son en realidad seudolitigios: una conciliación entre las partes, ratificada a guisa de adjudicación. Cuando realmente hay litigio en la casilla 1, se trata a menudo de partes que poseen vínculos íntimos entre sí, que se disputan un bien que no puede compartirse, a menudo con matices de “rencor” y de “irracionalidad”. Se acude a los juzgados cuando se rompe una relación continuada, tiene poco que ver con un modelo rutinario de actividades. La ley es invocada *ad hoc* e instrumentalmente por las partes. Puede haber un fuerte interés en la reivindicación, pero es poco probable que las

partes tengan mayor interés en el estado del derecho a largo plazo (por ejemplo, custodia o perjuicio). Hay pocas apelaciones, pocos casos de prueba, poco gasto de recursos en el desarrollo de las normas. Es probable que la doctrina jurídica permanezca alejada de la práctica cotidiana y de las actitudes populares.

Casilla 2: DF *versus* DO

La mayoría de los litigios se encuentra en esta casilla: en efecto, contiene todos los casos numerosos con excepción de los casos de lesiones personales, interdicción judicial y divorcio. El derecho se utiliza para el procesamiento rutinario de demandas por partes para quienes el presentar tales demandas es una actividad comercial habitual. A menudo estos casos adoptan la forma de procesamiento masivo estereotipado con poco de la atención individual que merece una adjudicación elaborada. Incluso un gran número de casos se concilian de manera “informal”, donde la conciliación se ajusta al posible resultado del litigio (descontando el riesgo, el costo y la demora).

El estado de esta ley es de interés para el DF, pero no para los acusados DO. En cuanto la ley sea favorable al DF, se “sigue” de cerca en la práctica (sujeta a descuento por los costos de transacción del DF). Las transacciones se construyen de manera que se adecuen a las normas por parte de los acreedores, la policía, las juntas de circunscripción militar y otros DF. Las reglas que favorecen a los DO pueden ser aplicables con menos facilidad, puesto que éstos no planean por lo general las transacciones subyacentes, o son observadas con menos meticulosidad en la práctica, puesto que es poco probable que los DO estén tan dispuestos o estén en las mismas condiciones que los DF de invertir en asegurar la penetración de las reglas a nivel raso.

Casilla 3: DO *versus* DF

Estos casos son poco frecuentes, con excepción de los casos de lesiones personales, que se distinguen porque la libre entrada a la contienda está restringida por los honorarios contingentes. En los casos de lesiones por accidente de tránsito, el litigio está rutinizado y la conciliación se ajusta al posible resultado del litigio. Por fuera del campo de las lesiones personales, el litigio en esta casilla no es rutinario. Representa por lo general un intento por parte de algún DO de invocar ayuda externa para nivelarse contra una organización con la que ha estado negociando, pero con la cual se encuentra ahora en el punto del divorcio (por ejemplo, el empleado despedido o la persona a quien se le cancela una franquicia).

El DO por lo general tiene poco interés por el estado del derecho; el DF, por el contrario, se interesa muchísimo por él.

Casilla 4: DF *versus* DF

Consideremos primero el caso general y luego varios casos especiales. Podríamos esperar que hubiera poco litigio en esta casilla, porque, en la medida en que dos DF interactúan entre sí con frecuencia, la expectativa de una interacción continua mutuamente beneficiosa da lugar a controles bilaterales informales. Esto parece haber sido confirmado por los estudios sobre las negociaciones entre gente de negocios y en relaciones laborales. Las agencias oficiales son invocadas por los sindicatos que tratan de establecerse y por los gerentes que tratan de impedirse, y con menos frecuencia, entre socios que negocian. Las unidades con relaciones mutuamente beneficiosas no saldan sus diferencias en los tribunales. Cuando recurren a terceros para la solución de conflictos, es probable que lo hagan alejándose de las sentencias oficiales (arbitramentos o tribunales domésticos) y aplicando más bien reglas locales y no oficiales.

No obstante, hay varios casos especiales. En primer lugar, están aquellos DF que no buscan la promoción de intereses tangibles, sino la reivindicación de compromisos culturales fundamentales. Un ejemplo de ello serían las organizaciones que promueven buena parte de los litigios entre Iglesia y Estado. Cuando los DF se disputan por diferencias de valor (quién tiene la razón) y no por conflictos de interés (quién obtiene qué), hay menos tendencia a conciliar y menos fundamento para desarrollar un sistema privado de conciliación.

En segundo lugar, el gobierno es un tipo especial de DF. Los controles informales dependen de la sanción definitiva de retirarse y la negación a continuar con relaciones beneficiosas. En la medida en que no es posible el retiro de una asociación futura cuando se trata del gobierno, el alcance de los controles informales se ve consiguientemente limitado. El desarrollo de relaciones informales entre agencias reguladoras y firmas reguladas es bien conocido. Los regulados pueden aplicar sanciones diferentes a las del retiro, por ejemplo, la oposición política. Pero entre más autocontenida sea la unidad de gobierno, menos efectiva será la sanción de retiro y mayor la probabilidad de que una de las partes intente invocar aliados externos mediante del litigio, mientras mantenga a la vez la relación continuada. Esto se aplica también a los monopolios, unidades que comparten la relativa inmunidad del gobierno a las sanciones de retiro. Los DF en relaciones de monopolio ocasionalmente invocarán controles formales para demostrar destreza, dar credibilidad a las amenazas, y dar satisfacción a otras audiencias. Así, esperaríamos que el litigio por parte del gobierno y contra él sea más frecuente que en otras situaciones de DF *versus* DF. Hay una segunda razón para esperar más litigio cuando el gobierno es una de las partes. La noción de “ganancia” (política tanto como monetaria) es a menudo más contingente y problemática para las unidades gubernamentales que para otras partes, tales como negocios o grupos de interés organiza-

dos. En algunos casos, los tribunales, al proferir interpretaciones autorizadas de políticas públicas, pueden redefinir la idea que tiene una agencia de lo que es una ganancia. Por consiguiente, las partes gubernamentales pueden estar más dispuestas a transferir decisiones a los tribunales. Y los oponentes pueden tener más incentivos para litigar contra el gobierno, con la esperanza de asegurar un cambio en sus objetivos.

Un caso especial algo diferente se presenta cuando los oponentes son ambos DF, pero no negocian mutuamente con frecuencia (dos compañías de seguros, por ejemplo). En el caso de gobierno/monopolio, las partes estaban tan inextricablemente vinculadas entre sí, que la fuerza de los controles informales se veía limitada; en este caso no hay suficientes vínculos como para que puedan operar los controles informales; aquí no hay razón para retirarse. Por el contrario, el gran negocio de toda una vida que fracasa, la empresa marginal, sí son fuentes típicas de litigio.

Cuando hay litigio en la situación DF *versus* DF, podemos esperar que haya grandes gastos en el desarrollo de las reglas, muchas apelaciones y una rápida elaboración de doctrina. Puesto que las partes pueden invertir para asegurar la implementación de normas favorables, podemos esperar que la práctica esté íntimamente articulada con las normas resultantes.

Con base en estas suposiciones preliminares, podemos esbozar un perfil general del litigio y de los factores asociados con él. El grueso del litigio se encuentra en la casilla 2, y un número mucho menor en la casilla 3. La mayor parte de éste es un procesamiento rutinario de conflictos entre partes que no se conocen (que no se encuentran en relaciones continuadas mutuamente beneficiosas), o que están divorciadas, y entre quienes hay disparidad de tamaño. Una de las partes es un "profesional" burocráticamente organizado (en el sentido de que lo hace para vivir), que disfruta de ventajas estratégicas. Los controles informales entre las partes son tenues o ineficaces; es probable que su relación haya sido establecida y definida por reglas oficiales; en el litigio, estas reglas son descontadas por costos de transacción y son manipuladas selectivamente en favor de las partes. En las casillas 1 y 4, por el contrario, tenemos litigios menos frecuentes pero más individualizados entre partes de la misma magnitud general, entre las cuales hay o hubo relaciones continuas multifacéticas con los controles informales correspondientes. El litigio aparece cuando la relación pierde su valor futuro, su carácter de "monopolio" la priva de controles informales de suficiente poder y las partes invocan aliados externos para modificarla, o las partes buscan reivindicar valores en conflicto.

2. Abogados

¿Qué sucede cuando introducimos a los abogados? A las partes que tienen un abogado les va mejor. Los abogados son ellos mismos DF. ¿Su presencia hace que las partes estén en iguales condiciones, eliminando la ventaja del cliente DF? ¿O más bien la existencia de los abogados amplifica las ventajas que posee el cliente DF? Podemos suponer que los DF, por cuanto tienden a ser unidades más grandes, pueden contratar servicios jurídicos con mayor regularidad, en mayor volumen, al por mayor con derechos de exclusividad y con tarifas más altas, obteniendo así servicios de mejor calidad. Tendrían más información (especialmente en aquellos casos en los que hay restricciones a la información sobre servicios jurídicos). Para comenzar, el DF no sólo dispondría de un mayor talento, sino que, en general, obtendría una mayor continuidad en el manejo de estos asuntos, mejores habilidades para llevar archivos, más capacidad para adelantar acciones preventivas o anticipatorias, más experiencia y destrezas especializadas en las áreas pertinentes y un mayor control sobre la asesoría jurídica.

Podríamos esperar que la medida exacta en que el factor de los servicios jurídicos aumente la ventaja del DF esté relacionada con la manera como fue organizada la profesión. En cuanto más miembros de la profesión se identifican con sus clientes (esto es, cuanto menos se distancian de sus clientes por lealtad a los tribunales o a una asociación autónoma), más se incrementa el desequilibrio. En cuanto más cercana y duradera sea la relación abogado/cliente, la lealtad primordial de los abogados será con sus clientes y no con los tribunales o asociaciones profesionales, y más dicientes serán las ventajas de la pericia acumulada y de la asesoría en la estrategia general.

¿Qué sucede con la especialización de la asociación de abogados? ¿No podríamos esperar que la existencia de tal especialización eliminara las ventajas de los DF al suministrar a los DO especialistas que, al perseguir sus propios fines profesionales, estarían interesados en resultados ventajosos para toda una clase de DO? ¿Se convierte el especialista en el equivalente funcional del DF? Podemos dividir a los especialistas entre aquellos que se especializan según las ramas del derecho (patentes, divorcios, etc.), según la parte representada (por ejemplo, asesor de empresa), o según ambos (abogado de lesiones personales, penalistas, labora- listas). Los abogados de los casos de divorcio no se especializan en esposos o esposas, ni los abogados de bienes raíces en compradores o vendedores. Pero los abogados laboralistas, los de impuestos y los de juicios relacionados con accionistas se especializan, no sólo en una rama del derecho, sino también según las partes representadas. Tales especialistas pueden representar DF o DO. La tabla 2 ofrece ejemplos bien conocidos de ello.

Tabla 2. *Tipología de los especialistas jurídicos*

<i>Abogado</i>			
	Especializado en la parte representada	Especializado en el área del derecho y en la parte representada	Especializado en el área del derecho
DF	Asesoría legal local o general para bancos, compañías de seguros, etcétera. Asesoría legal corporativa para entidades gubernamentales	Fiscalía Acusados en casos de lesiones personales Asesoría legal para la NAACP Impuestos Relaciones industriales/gerencia Cobros	Patentes
DO	Consultorios jurídicos populares Asesoría jurídica gratuita	Defensa criminal Abogados especializados en lesiones personales	Quiebras Divorcios

La mayoría de las especializaciones sirve a las necesidades de clases específicas de DF. Aquellos especialistas que atienden a los DO tienen algunos rasgos distintivos.

En primer lugar, tienden a conformar los “escalones inferiores” de la profesión. Comparados con quienes ofrecen sus servicios a DF, los abogados de estas especialidades tienden a provenir de estratos socioeconómicos más bajos, han asistido a facultades de Derecho locales, o de tiempo parcial, practican aisladamente y no en grandes firmas, y tienen bajo prestigio dentro de la profesión.

Segundo, los especialistas que representan DO tienden a experimentar dificultades en movilizar una clientela (debido a la insuficiente información de que disponen los DO), y enfrentan barreras “éticas”, impuestas por la profesión, que prohíben ofrecer sus servicios, hacer publicidad, cobrar honorarios de remisión, buscar a los clientes, etcétera.

Tercero, el carácter episódico y aislado de la relación con clientes DO específicos tiende a sugerir una rama estereotipada y poco creativa de servicios jurídicos. Carlin y Howard observan lo siguiente al respecto:

La calidad del servicio prestado a clientes más pobres [...] se ve afectada por el carácter no repetitivo de los asuntos que típicamente llevan los abogados (tales como divorcios, crímenes, lesiones personales). Esto, combinado con honorarios reducidos, propicia un procesamiento masivo de estos casos. Como resultado de ello, sólo se dedica una cantidad limitada de tiempo e interés a cada caso particular: hay

pocos incentivos, o ninguno, para tratarlo como algo diferente de una pieza aislada de transacción jurídica. Además, por lo general no existe el deseo de ir mucho más allá del caso tal como lo presenta el cliente, y tales casos sólo se aceptan cuando hay una causal de acción clara; por ejemplo, cuando se ajustan a categorías jurídicas habituales y prometen una ganancia casi segura.⁴

Cuarto, aun cuando ellos mismos son DF, estos especialistas tienen dificultades para desarrollar estrategias de optimización. Aquello que puede ser una buena estrategia para un abogado de una compañía de seguros, o para un fiscal –negociar unos casos para ganar en otros– se califica de inmoral cuando lo hace un abogado penalista o uno especializado en lesiones personales. No le está permitido jugar su serie de DO como si constituyeran un único DF.

Por otro lado, las exigencias del manejo rutinario y ordenado de una serie completa de DO pueden constreñir al abogado e impedirle maximizar las ventajas de cualquier DO específico. Rosenthal muestra que “para todas, con excepción de las demandas más grandes [de lesiones personales], un abogado pierde dinero si prepara minuciosamente un caso en lugar de conciliarlo desde un principio”.⁵

Para el abogado que atiende la clientela transitoria de DO, su “cliente” permanente es el tribunal, la contraparte, o el intermediario que suministra los clientes. Consideremos por ejemplo, la dependencia del criminalista de mantener relaciones de cooperación con los diferentes miembros de los tribunales penales. Análogamente, Carlin señala que entre los practicantes metropolitanos cuya clientela está conformada por DO, hay una deformación de la lealtad hacia el intermediario.⁶

En el caso de aquellos abogados que se especializan en lesiones personales, impuestos locales, cobros, derecho penal y, en cierta medida, casos de divorcio, la relación con el cliente por lo general está mediada por un intermediario o persona que suministra negocios y que puede ser otro abogado o un lego. En estos campos de práctica, el abogado se preocupa principalmente por complacer al intermediario o por obtener su aprobación, más que por satisfacer a sus clientes individuales. La fuente de negocios, por lo general, cuenta más que el cliente, especialmente cuando es probable que el cliente no regrese otra vez o no envíe otros clientes. El cliente es, entonces, prescindible: puede ser explotado al máximo. En estas condiciones, cuando un abogado recibe a un cliente... no ha ganado un cliente sino un negocio, y su actitud, a menudo, es la de quien está manejando una mercancía o desarrollando el volumen de cierto tipo de mercancía.

La existencia de una asociación especializada del lado de los DO debería cerrar la brecha en pericia, permitir algunas economías de escala, ofrecer compromisos

⁴ Carlin y Howard (1965), p. 385.

⁵ Rosenthal (1974).

⁶ Carlin (1962), pp. 161-162.

para negociar y un trato personal. Pero esto no supera las ventajas estratégicas fundamentales de los DF, su capacidad de estructurar la transacción, correr riesgos e incidir en el desarrollo de las normas y en la política de cumplimiento de las mismas.

Los abogados especializados pueden, en virtud de su identificación con las partes, convertirse en especialistas en cabildeo, empresarios morales, quienes proponen reformas a nombre de las partes que representan. Pero los abogados tienen un interés cruzado en preservar la complejidad y la mística, así que el contacto del cliente con esta rama del derecho se torna problemático. No debería esperarse que los abogados fueran proponentes de reformas óptimas desde el punto de vista de los clientes tomados en sí mismos.

Más bien, deberíamos esperar que busquen optimizar la posición de los clientes sin perjudicar la de los abogados. Por consiguiente, los abogados especializados tienen interés en un marco que preserve el problematismo de la recuperación (o lo que sea) y, al mismo tiempo, favorezca cambios que mejoren la posición de sus clientes dentro de este marco. (Considérense los esfuerzos de cabildeo de los abogados dedicados a las lesiones personales y de los abogados defensores.) Es probable que se mezclen consideraciones de interés con compromisos ideológicos: la preferencia de los abogados por cuerpos complejos y afinados de reglas, los procedimientos adversarios, las decisiones jurídicas individualizadas caso por caso. Así como la cultura de la población de clientes afecta la posición estratégica, también lo hace la cultura profesional de los abogados.

3. Servicios institucionales

Vemos entonces que las ventajas estratégicas de los DF pueden verse aumentadas por ventajas en la distribución de los servicios jurídicos. Ambas están relacionadas con las ventajas que confieren los rasgos básicos de los servicios institucionales para el manejo de las demandas: pasividad y sobrecarga.

Estas instituciones son pasivas, primero, en el sentido en que Black las caracteriza como “reactivas” —deben ser movilizadas por el demandante— dando ventaja al demandante con información, capacidad de superar barreras de costos y habilidad para navegar entre requisitos procedimentales restrictivos.⁷ Son pasivas en el sentido ulterior de que una vez en el umbral, la carga recae en cada parte para proceder con su caso. El funcionario que preside actúa como árbitro, mientras que el desarrollo del caso, la recopilación de las pruebas y su presentación, se dejan a la iniciativa y recursos de las partes. Las partes se tratan como si tuviesen los mismos recursos económicos, oportunidades de investigación y habilidades jurídicas.

⁷ Black (1973), p. 141.

Cuando, como sucede por lo general, no los tienen, cuanto más amplia sea la delegación a las partes, más grandes serán las ventajas conferidas a la parte más rica, más experimentada y mejor organizada.

Las ventajas que confiere la pasividad institucional se ven incrementadas por la sobrecarga crónica que caracteriza a estas instituciones. Por lo general, hay muchas más demandas que recursos institucionales para darles un tratamiento elaborado a cada una. De muchas maneras, la sobrecarga genera presiones en los demandantes para que concilien, en lugar de iniciar un juicio:

- a) Debido a que causan demoras (reduciendo así el valor de lo que se recupera).
- b) Debido a que se elevan los costos (de mantenimiento vigente del caso).
- c) Debido a que se induce a los funcionarios de las instituciones a deshacerse de la lista de litigios y desmotivar los juicios elaborados en favor de las negociaciones, los procesos estereotipados y rutinarios.
- d) Debido a que se induce al tribunal a adoptar reglas restrictivas y desanimar así el litigio.

De esta manera, la sobrecarga aumenta el costo y el riesgo del litigio y protege las reglas existentes, disminuyendo la oportunidad de un cambio normativo. Esto tiende a favorecer a los beneficiarios de las reglas existentes.

Segundo, al incrementar la dificultad de oponerse a la práctica vigente, la sobrecarga beneficia asimismo a quienes sacan provecho del descuido (o de la violación sistemática) de las reglas que favorecen a sus adversarios.

Tercero, la sobrecarga tiende a proteger al poseedor —a la parte que tiene el dinero o los bienes— y no al demandante. En la mayor parte de los casos, esto equivale a favorecer más a los DF que a los DO, puesto que, por lo general, los DF pueden estructurar transacciones que les permiten colocarse en la posición del poseedor.

Finalmente, la situación de sobrecarga significa que hay más compromisos en el sistema formal que recursos para respetarlos, más derechos y normas “en los libros” de los que pueden ser reivindicados o aplicados. Hay, entonces, problemas de prioridades en la asignación de recursos. Esperaríamos que los jueces, la policía, los administradores y otros gerentes de facilidades institucionales limitadas respondiesen mejor a sus electores más organizados, atentos e influyentes. De nuevo, estos tienden a ser DF.

Así, las instituciones sobrecargadas y pasivas crean el marco dentro del cual las ventajas de los DF respecto a su posición estratégica y a los servicios jurídicos de que disponen pueden tener su pleno alcance.

4. Reglas

Suponemos aquí que las reglas tienden a favorecer intereses más antiguos, culturalmente dominantes. Con esto no se quiere decir que las reglas sean diseñadas explícitamente para favorecer tales intereses, sino más bien que aquellos grupos que han llegado a ser dominantes han articulado con éxito sus acciones a reglas preexistentes. En la medida en que las reglas son imparciales o favorecen a los “desposeídos”, los recursos limitados para su implementación serán asignados de manera que den un mayor efecto a aquellas reglas que protegen y promueven los intereses tangibles de grupos organizados e influyentes. Por otra parte, los requisitos del debido proceso, con sus barreras de protección contra la acción precipitada, tienden naturalmente a proteger al poseedor contra el demandante. Finalmente, las reglas son lo suficientemente complejas y problemáticas (o susceptibles de tornarse problemáticas si se dedican los recursos suficientes para hacerlo), para que las diferencias en la cantidad y la calidad de los servicios jurídicos afecten la capacidad de derivar ventajas de las reglas.

Llegamos así a la tabla 3, donde se sintetiza por qué los “poseedores” tienden a salir adelante. Señala los niveles de ventajas de las que disfrutaban clases diferentes (pero superpuestas) de “poseedores”, ventajas que se entretujan, reforzándose y protegiéndose unas a otras.

Tabla 3. *Por qué los “poseedores” tienden a salir adelante*

<i>Elemento</i>	<i>Ventajas</i>	<i>Beneficiario</i>
Partes representadas	Capacidad de estructurar transacciones Pericia especializada, economías de escala Estrategia a largo plazo Capacidad de manipular las reglas Credibilidad en la negociación Capacidad de invertir en la penetración	Demandantes frecuentes, grandes demandantes y demandantes profesionales*
Servicios jurídicos	Habilidad, especialización, continuidad	organizados, profesionales,* adinerados
Instituciones	Pasividad Barreras de costo y demora Prioridades favorables	Adinerados, experimentados, organizados Poseedores Beneficiarios de reglas existentes Organizados, atentos

Tabla 3. (Continuación)

Elemento	Ventajas	Beneficiario
Reglas	Reglas favorables Barreras del debido proceso	Más antiguos, culturalmente dominantes Poseedores

* En el sentido corriente de “hacerlo para ganarse la vida”.

5. Opciones al sistema oficial

Hemos discutido la utilización del sistema oficial para presentar demandas o defenderse de ellas. En realidad, la utilización de este sistema por parte de los demandantes es una de varias opciones a su disposición. Nuestro análisis debería considerar la relación entre las características del sistema total de litigio oficial y su uso, comparado con otras opciones. Éstas incluyen, al menos, las siguientes:

- 1) Inacción: “resignarse”, no presentar demandas ni quejas. Esto lo hacen todo el tiempo “demandantes” que carecen de información o acceso, o quienes deciden deliberadamente que la ganancia es muy poca, el costo demasiado alto (incluyendo los costos psicológicos del litigio cuando ese tipo de actividad produce rechazo). Los costos se elevan por falta de información o de habilidad y también incluyen riesgos. La inacción es común asimismo entre los demandantes oficiales (policía, entidades, fiscales) que disponen de información incompleta acerca de las violaciones de la ley, recursos limitados, políticas sobre *de minimus*, prioridades programadas, etcétera.
- 2) “Abandono”: retiro de una situación o relación al trasladarse, renunciar, romper las relaciones, encontrar nuevos socios, etc. Éste es, desde luego, un recurso muy común en muchos casos de litigio. Al igual que “la resignación”, el abandono es también una opción para no utilizar otros mecanismos de solución; pero la posibilidad de ser utilizado como sanción puede ser importante para lograr el funcionamiento de otros mecanismos. El uso de la opción del “abandono” depende de la disponibilidad de oportunidades o socios alternativos (e información acerca de ellos); los costos de retiro, transferencia y reubicación; el desarrollo de nuevas relaciones; la presión de la lealtad a acuerdos previos, y de la disponibilidad y costo de otras soluciones.
- 3) Recurrir a un sistema de control no oficial (estamos familiarizados con muchos casos en los que los conflictos se manejan por fuera del sistema de litigio oficial). Aquí distinguimos aquellos sistemas de solución de conflictos que son normativos y dependen institucionalmente del sistema oficial o son anexos a ellos (tales como la conciliación de lesiones por accidentes auto-

movilísticos, manejo de cheques sin fondos), de aquellos que son relativamente independientes en relación con las normas y sanciones (tales como la forma en que los negociantes concilian sus conflictos entre partes, grupos religiosos, pandillas).

Aquellos que pudiéramos llamar sistemas de conciliación “anexos” se fusionan imperceptiblemente con el sistema de litigio oficial. Podemos clasificarlos según la medida en que la intervención oficial se aproxima a la modalidad adjudicativa. Encontramos un continuo desde las situaciones en las cuales las partes concilian entre ellas teniendo en cuenta las reglas y las sanciones oficiales, las situaciones donde se invoca la intervención oficial, aquellas situaciones donde la conciliación es supervisada o impuesta por funcionarios, hasta la adjudicación más elaborada. A lo largo de este continuo, la sanción es suministrada por el sistema oficial (aún cuando no siempre de la manera prescrita por la “ley superior”), y las normas o reglas aplicadas son versiones de las reglas oficiales, aún cuando limitadas por los costos de transacción y distorsionadas por el uso selectivo que se les da según los propósitos de las partes.

Diferenciamos de estos sistemas “anexos” de justicia oficial limitada y privatizada aquellos sistemas informales de “justicia privada” que invocan otras normas y otras sanciones. Esos sistemas de solución de conflictos son característicos entre personas que se encuentran en interacciones continuadas, tales como un grupo organizado, un negocio o una universidad. Al clasificar los diversos tipos según la medida y el modo de intervención de terceros, podemos distinguir dos dimensiones: la primera es el grado en el que las normas aplicables están formalmente articuladas, elaboradas y expuestas, esto es, el carácter cada vez más organizado de las normas. La segunda representa el grado en el cual se confiere iniciativa y autoridad obligante al tercero, esto es, el carácter cada vez más organizado de las sanciones.

Nuestra distinción entre sistemas de solución de conflictos “anexos” y “privados” no debe entenderse como una dicotomía radical, sino como un continuo dentro del cual podemos clasificar los diversos sistemas. Hay una clara distinción entre sistemas anexos como el de las lesiones de tránsito o los cheques sin fondos, y sistemas privados como la reglamentación interna de la mafia,⁸ o de la comunidad china.⁹ Los aspectos de la reglamentación interna de las universidades, iglesias y grupos de comerciantes se encuentran en medio de los anteriores. Es como si pudiéramos visualizar una escala que va desde el sistema oficial de solución de conflictos, aquellos que se orientan hacia él por medio de sistemas relativamente independientes basados en valores similares, hasta sistemas independientes basados en valores diferentes.

⁸ Cressey (1969), capítulos 8-9; y Ianni (1972).

⁹ Doo (1973); Light (1972), capítulo 5.

Presuntamente no es casual que algunos enfrentamientos humanos sean regulados de manera frecuente e influyente por el sistema oficial y sus sistemas anexos, mientras que otros parecen generar controles que hacen poco frecuente el recurso al sistema oficial y a sus anexos. ¿Qué enfrentamientos humanos es probable que se estén regulando en el extremo “oficial” de la escala, y cuáles en el extremo “privado”? Suponemos que la ubicación en la escala propuesta obedece a factores que podemos sintetizar como la “densidad” de la relación. Así, entre más inclusiva en el espacio vital y en el tiempo sea la relación entre las partes, menos probable será que estas partes recurran al sistema oficial y más probable que la relación esté regulada por un sistema “privado” independiente. Esto parece plausible porque esperaríamos que relaciones inclusivas y duraderas creen la posibilidad de sanciones efectivas; y esperaríamos que quienes participan en estas relaciones compartan un consenso de valores que suministre criterios de conducta y legitime las sanciones en caso de desviación.

La prevalencia de los sistemas privados no necesariamente implica que encarnen valores o normas que compitan o se opongan a los del sistema oficial. Nuestro análisis no atribuye la pluralidad de los sistemas de solución de conflictos a diferencias culturales como tales. Implica que el sistema oficial se usa cuando hay una disparidad entre la estructura social y la norma cultural. Esto es, se usa cuando la interacción y la vulnerabilidad crean enfrentamientos y relaciones que no generan normas compartidas (que pueden ser insuficientemente compartidas o insuficientemente específicas) y/o no dan lugar a estructuras de grupo que permitan sancionar estas normas.

Es más, podemos conjeturar que, en general, los sistemas oficiales y anexos florecen en conexión con los conflictos entre aquellas partes de tamaño dispar que dan lugar a los litigios de las casillas 2 y 3 que aparecen en la tabla 1. Por otra parte, es más probable que los sistemas de solución de conflictos privados manejen conflictos entre partes de tamaño comparable. Los litigios de las casillas 1 y 4 de la tabla 1, por consiguiente, parecen representar en gran medida la ruptura (o el desarrollo inhibido) de los sistemas de solución de conflictos privados. En efecto, la distribución de los litigios es un reflejo de los sistemas privados disponibles. Pero el espejo es, por las diversas razones que hemos discutido aquí, un espejo que distorsiona.

Desde el punto de vista de la “ley superior”, lo que hemos llamado el sistema oficial puede ser visualizado como las capas “superiores” de un iceberg jurídico masivo, algo así como:

Adjudicación
Litigio
Sistemas de conciliación anexos
Sistemas de conciliación privados
Soluciones de abandono/autoayuda
Inacción (“resignación”)

Las capas desiguales e irregulares son específicas, aún cuando se fusionan imperceptiblemente unas en otras.

En cuanto procedemos a discutir posibles reformas del sistema oficial, consideraremos el tipo de impacto que tendrían sobre la totalidad del iceberg. Incluiremos algunas de las conexiones y los flujos entre las diversas capas, principalmente desde la perspectiva de la construcción misma del iceberg, pero teniendo en mente que los flujos y las conexiones están influenciados también por factores atmosféricos (culturales), tales como el deseo de reivindicación, el costo psicológico del litigio, la cultura de los abogados, y otros factores semejantes.

6. Estrategias de reforma

Nuestra clasificación de cuatro niveles de ventajas (tabla 3) sugiere una tipología de estrategias de “reforma” (entendida aquí como la búsqueda de la equidad: conferir ventajas relativas a quienes no disfrutaban antes de ellas). Llegamos luego a cuatro tipos de reformas para la igualdad:

- 1) Cambio de reglas.
- 2) Mejoramiento de la administración de la justicia.
- 3) Mejoramiento en cantidad y calidad de los servicios jurídicos.
- 4) Mejoramiento en la posición estratégica de las partes desposeídas.

Esbozaremos algunas de las posibles ramificaciones del cambio en cada uno de estos niveles en otras partes del sistema de litigio, y luego discutiremos la relación entre los cambios en el sistema de litigio y el resto de nuestro iceberg jurídico. Desde luego, no es preciso que tales reformas se apliquen individualmente, sino que pueden darse en diversas combinaciones. No obstante, para efectos de este ensayo, únicamente discutiremos cada tipo aisladamente y luego todos conjuntamente.

Cambio de reglas

Obtener un cambio de reglas favorable es un proceso costoso. Los diferentes tipos de “desposeídos” (tabla 3) disponen de menos recursos para efectuar cambios a través de la legislación o de la elaboración de políticas por parte de la administración. Las ventajas de los organizados, los profesionales, los ricos y los atentos en estos foros son bien conocidas. El litigio, por otra parte, tiene una connotación de igualdad. Las partes son “iguales ante la ley”, y las reglas del juego no les permiten

desplegar todos sus recursos en el conflicto, sino que exigen que procedan dentro de las formas restrictivas del juicio. Así, el litigio es un ámbito especialmente tentador para los “desposeídos”, incluyendo a aquellos que buscan un cambio de reglas. Quienes buscan cambios a través de los tribunales tienden a representar intereses relativamente aislados, incapaces de sostenerse en foros más políticos.

El litigio, sin embargo, no puede constituirse fácilmente en una fuente de cambio de reglas para los “desposeídos”. Su complejidad, la necesidad de una gran inversión de servicios jurídicos y las barreras de costos (intensificadas por la sobrecarga de las instituciones), hacen que la oposición a las reglas resulte onerosa. Es poco probable que los DO, con un alto interés en el resultado tangible, traten de obtener cambios de reglas. Por definición, un caso de prueba –un litigio deliberadamente diseñado para procurar cambio de reglas– es una empresa inconcebible para un DO. Hay algunas desviaciones de nuestro tipo ideal: los DO que atribuyen un gran valor a la reivindicación a través de las reglas oficiales, o aquellos cuya peculiar situación estratégica hace que tengan interés en perseguir victorias normativas. No obstante, por lo general, el caso de prueba implica alguna organización que los aproxima a un DF.

La arquitectura de los juzgados restringe severamente la escala y el alcance de los cambios que pueden introducirse en las reglas. La tradición y la ideología limitan el tipo de asuntos que se presentan ante ellos: no son pautas de prácticas, sino casos individuales; no son “problemas”, sino casos enmarcados por las partes y presionados por los requisitos de carácter, caso o controversia, jurisdicción, etc. La tradición y la ideología limitan también el tipo de sentencia que puede emitirse. Así, los tribunales de *common law*, por ejemplo, emiten una sentencia de todo o nada, una vez para siempre, que debe ser justificada en términos de un cuerpo limitado (aunque flexible) de normas y técnicas. Por tradición, los juzgados no pueden ocuparse de problemas relativos al diseño de una nueva maquinaria reglamentaria o administrativa (y no poseen facultades de tributación ni de gasto para apoyarla); los tribunales están limitados a soluciones compatibles con el marco institucional existente. Así, es posible que incluso el juzgado más favorablemente inclinado no pueda efectuar aquellos cambios de reglas más útiles para una clase de “desposeídos”.

El cambio de reglas puede hacer que el recurso a los juzgados sea más atractivo para los “desposeídos”. Aparte de incrementar la posibilidad de resultados favorables, puede estimular la organización, la asociación y animar a los demandantes; puede distribuir directamente las recompensas simbólicas para los “desposeídos” (o para sus adalides); pero las recompensas tangibles no siempre se siguen de las simbólicas. En efecto, el suministro de recompensas simbólicas a los “desposeídos” (o grupos cruciales que los apoyan) puede disminuir la capacidad y el impulso a asegurar la redistribución de beneficios tangibles. Los cambios

de reglas que se obtienen de los juzgados o de otras entidades superiores no penetran automáticamente y sin costo en otros niveles del sistema, como lo atestigua la creciente bibliografía sobre el impacto. Esto puede ser específicamente verdadero en el cambio de reglas asegurado mediante adjudicación, por varias razones:

- 1) Los juzgados no están equipados para evaluar sistemáticamente el problema del impacto o el de la penetración. Por lo general, los juzgados no disponen de facilidades para vigilar, controlar ni asegurar el cumplimiento sistemático de sus decretos. La tarea de control se les deja a las partes.
- 2) Los límites están incorporados a la aplicabilidad debido al carácter fragmentario de la adjudicación. Así, un abogado que trabaja por la Movilización de los Jóvenes, hace la siguiente reflexión:

¿Cuál es el valor último de ganar un caso de prueba? De muchas maneras, el resultado puede no ser claro...si las actuales leyes acerca de la residencia de los beneficiarios del bienestar fuesen invalidadas, es muy posible que otro tipo de ley al respecto surja en su lugar. No es muy difícil inventar una política que difiera un poco, formulada en otros términos, pero que busque lograr los mismos objetivos básicos. El resultado de los casos de prueba por lo general no se ejecuta por sí mismo...No basta con hacer que se invalide una ley o que se declare nula una política, si la entidad en cuestión puede producir una variante de esta política que no sea sustancialmente diferente pero sí lo suficientemente distinta como para protegerla de los efectos del mandato jurídico.¹⁰

- 3) Establecer artificialmente la igualdad de las partes ante la adjudicación mediante el aislamiento del pleno juego de las presiones políticas –la “igualdad” de las partes, la exclusión de materiales “impertinentes”, la “independencia” de los jueces– significa que es más probable que los resultados difieran de la constelación existente de fuerzas políticas que las decisiones a las que se llega en foros desprovistos de tal aislamiento. Pero los recursos que no pueden ser empleados en el proceso judicial pueden reafirmarse en el escenario de la implementación, especialmente allí donde la sobrecarga institucional requiere otra ronda de toma de decisiones (qué recursos sean desplegados para implementar cuáles reglas) o la inversión de gastos privados para asegurar su implementación. La impotencia del cambio de reglas, cualquiera que sea su origen, es particularmente pronunciada cuando es necesario depender de DO poco sofisticados para que utilicen las nuevas reglas favorables.

¹⁰ Rothwax (1969), p. 143.

Cuando el cambio de reglas promulgado en la parte superior del sistema tiene un impacto en otros niveles, no debemos suponer ningún isomorfismo. El efecto sobre las instituciones y la posición estratégica de las partes puede diferir mucho de lo que podríamos predecir con base en el cambio de reglas. Por ejemplo, el estudio sobre la censura en el cine de Randall, muestra que la liberalización de las reglas no hizo que las juntas de censura fuesen más circunspectas; por el contrario, muchas se cerraron y el viejo juego entre las juntas de censura y los distribuidores fue sustituido por un juego nuevo y más violento entre quienes exhiben las películas y las coaliciones entre el gobierno y grupos privados.¹¹

Mejora de la administración de justicia

Imaginemos un incremento tal en la administración de justicia para procesar demandas que hubiera una adjudicación elaborada y oportuna para toda demanda presentada, sin filas, demora ni estereotipos. La disminución en la demora bajaría los costos de los demandantes, eliminando esta ventaja para los demandantes poseedores. Quienes se vieran aliviados de la necesidad de descontar la recuperación por la demora tendrían más recursos para invertir en los servicios jurídicos. En la medida en que la conciliación hubiese sido inducida por la demora (y no por asegurarse contra el riesgo de pérdida inadmisibles), los demandantes se inclinarían a litigar más y a conciliar menos. Más litigios no estereotipados significaría más oposición, incluyendo más oposición a las reglas y mayor cambio de reglas. En la medida en que disminuyeran las rebajas, ninguna de las partes podría usar la política de conciliación para impedir la pérdida de reglas. Tales reformas, en su mayoría, beneficiarían a los DO, pero también mejorarían la posición de aquellos DF que todavía no están en la posición del poseedor, tales como el fiscal cuando el reo está libre bajo fianza.

Esto no implica cambio alguno en el tipo de facilidades institucionales. Hemos supuesto sencillamente una mayor disponibilidad en los juzgados de la variedad relativamente pasiva característica (al menos) de los sistemas de *common law*. Podemos imaginar instituciones que habiendo incrementado su autoridad para solicitar y supervisar litigios, adelantar investigaciones, asegurar, recolectar y presentar pruebas disfrutaran de una mayor flexibilidad en concebir resultados (tales como compromiso o mediación) y tuvieran un personal para supervisar el cumplimiento de sus decretos. Podría esperarse que un mayor “activismo” institucional redujera las ventajas de la pericia de las partes y de las diferencias en la calidad y la cantidad de los servicios jurídicos. La capacidad intensificada para asegurar su cumplimiento puede esperarse que reduzca las ventajas provenientes de las diferencias en la capacidad de invertir en hacer cumplir las reglas. Es superfluo señalar que ta-

¹¹ Randall (1968).

les reformas enfrentarían no sólo una resistencia por parte de los beneficiarios del actual estilo institucional pasivo, sino también una oposición ideológica masiva de parte de aquellos profesionales del derecho cuyo sentido fundamental de lo que es jurídicamente apropiado sería violado.

Mejora en los servicios jurídicos

La reforma aquí contemplada entraña un aumento en la cantidad y la calidad de los servicios jurídicos a los “desposeídos” (incluyendo una mayor disponibilidad de información sobre estos servicios), lo cual presuntamente bajaría los costos, eliminaría la ventaja de la pericia, produciría más litigios con resultados favorables para los “desposeídos”, quizás con mas apelaciones y mayor oposición a las reglas, más reglas nuevas a su favor. (El defensor público, la ayuda jurídica, los seguros jurídicos y los planes prepagados anticipan esta reforma de varias maneras.) En la medida en que los DO todavía tendrían que descontar la demora y el riesgo, sus ganancias estarían limitadas (y un aumento en el litigio puede significar demoras aún mayores). Bajo ciertas condiciones, un aumento en los servicios jurídicos puede usar la sobrecarga institucional como palanca en beneficio de los “desposeídos”. El abogado para la Movilización de los Jóvenes al que aludimos antes observa:

Si el Departamento de Bienestar se apropia de un caso individual, se nos impide obtener un cambio en un principio legal, pero si les damos mil casos para que se apropien de ellos, aquella ley ha sido cambiada efectivamente, bien sea que la ley escrita cambie o no. La práctica ha cambiado; la administración ha cambiado; la actitud hacia el cliente ha cambiado. El valor de una carga pesada de casos es lo que permite poblar el proceso judicial. Permite ejercer una presión constante sobre la entidad con la que se negocia. Crea una fuerza que es necesario manejar, que tiene que ser tenida en cuenta en términos de las decisiones prospectivas que se adoptarán. Significa que ya no se es alguien que habrá desaparecido a la mañana siguiente, un caso aislado, sino una fuerza dentro de la comunidad que permanecerá activa una vez que se haya resuelto este caso particular. Como resultado de ello [...] hemos podido, por primera vez, participar junto con los beneficiarios del bienestar [...] en el proceso mismo de elaboración de reglas...¹²

El aumento en la cantidad de servicios jurídicos estuvo acompañado en este caso por una mayor coordinación y una mejor organización en el lado de los “desposeídos”, lo cual nos lleva al cuarto nivel de reforma.

¹² Rothwax (1969), pp. 140-141.

Reorganización de las partes

La reforma considerada aquí consiste en organizar a las partes “desposeídas” (cuya posición se aproxima a la de los DO) en grupos coherentes con capacidad de actuar de manera coordinada, utilizar estrategias a largo plazo, beneficiarse de servicios jurídicos de alta calidad, etcétera.

Imaginamos varias maneras para que los DO puedan llegar a conformar DF. Incluyen al agente negociador de una asociación de miembros (sindicatos, asociaciones de arrendatarios); al apoderado de derechos fragmentarios (asociaciones de derechos tales como ASCAP); al promotor de grupos de interés (NAACP, ACLU y grupos de acción ambiental). Todas estas formas implican mejorar la capacidad de manejar demandas mediante la recolección y el uso de información, el logro de continuidad y persistencia, el uso de la especialización, el ejercicio de la capacidad de negociación, etc. Estas ventajas se combinan con la intensificación de la posición estratégica de los DO, ya sea al agregar demandas que son demasiado insignificantes en relación con el costo de las soluciones (consumidores, personas sometidas a aire contaminado, detentores de derechos ejecutables), o bien reduciendo las demandas a un tamaño manejable mediante la acción colectiva para eliminar o compartir riesgos inadmisibles (arrendatarios, trabajadores inmigrantes). Una forma más débil de organización sería establecer una agencia de información que diseñara una red de comunicación entre los DO. Esto reduciría los costos de información y haría que los DF se interesaran en el efecto que los DO pudieran tener sobre su reputación. Una instancia mínima de lo anterior es el “defensor del usuario en los medios”, situado en la “línea de acción” de las columnas periodísticas. Finalmente, está la gubernamentalización: usar el derecho penal o el proceso administrativo para que un funcionario público se responsabilice de presionar el curso de las demandas que serían inmanejables en manos de demandantes privados.

Un grupo organizado no sólo puede asegurar mejor un cambio favorable de reglas, en los tribunales y en otros espacios, sino que también puede encargarse mejor de que estas reglas favorables sean implementadas. Puede invertir recursos en vigilancia, control, amenazas o litigios que resultarían excesivamente costosos para un DO. Estas nuevas unidades se convertirían en realidad en DF. Sus encuentros con DF opuestos se trasladarían a la casilla 4 de la tabla 1. Ninguno disfrutaría de las ventajas de los DF sobre los DO. Uno de los posibles resultados, como lo hemos señalado en nuestra discusión de la situación DF *versus* DF, es la deslegalización, esto es, alejarse del sistema oficial hacia un sistema privado de solución de conflictos; otro sería un uso intensificado del sistema oficial.

Numerosos aspectos de la “legislación de interés público” pueden verse como aproximaciones a esta reforma. Las “acciones de clase” son un recurso que permi-

te incrementar el riesgo de un DF, reduciendo su posición estratégica a la de un DO al hacer que no pueda arriesgarse a perder, mientras que, a la vez, coloca a los demandantes en una posición en la que disfrutan de las ventajas del DF sin que sea necesario que se organicen previamente. Análogamente, los aspectos de “organización comunitaria” de las leyes de interés público pueden ser vistos como un esfuerzo por crear unidades (arrendatarios, consumidores) que pueden jugar el juego del DF. Este cambio en la posición estratégica crea la posibilidad de usar una estrategia de casos de prueba para obtener cambios de reglas. Así, la “legislación de interés público” puede ser concebida como una combinación de organización comunitaria, acciones de clase y estrategias de casos de prueba, junto con un incremento en los servicios jurídicos.

7. La reforma y el resto del Iceberg

Las reformas del sistema oficial de litigio que hemos imaginado, conjuntamente, suministrarían reglas más favorables para los “desposeídos”. La reparación según las reglas oficiales, al no verse disminuida por demoras, incapacidad estratégica, disparidad de servicios jurídicos, etc., podría obtenerse cuando quiera que alguna de las partes la encontrara favorable. ¿Cómo podríamos esperar que afectara semejante mejoramiento de la maquinaria oficial al resto de nuestro iceberg jurídico?

Esperaríamos un mayor uso del sistema oficial. Quienes optaban por la inacción debido a la falta de información o a la barrera de costos, y quienes “conciliaban” desfavorablemente en uno de los sistemas “anexos”, en muchos casos encontrarían que el uso del sistema oficial les sería beneficioso. Los sistemas anexos, en la medida en que están contruidos con base en los costos de recurrir al sistema oficial, serían abandonados, o bien los resultados producidos por ellos se aproximarían a aquellos que genera la adjudicación.

Por otra parte, nuestras reformas, al organizar a los DO, crearían una serie de situaciones en las cuales ambas partes estarían organizadas para perseguir sus intereses a largo plazo en el campo del litigio. En efecto, muchas de las situaciones que ocupaban las casillas 2 y 3 de la tabla 1 (DF *versus* DO, DO *versus* DF) –la fuente principal de litigios– se trasladarían ahora a la casilla 4 (DF *versus* DF). Observamos anteriormente que los DF que anticipan un trato continuo entre sí tienden a depender de controles bilaterales informales. Podríamos esperar, entonces, que el sistema oficial fuese abandonado en favor de sistemas privados de solución de conflictos.

Esperaríamos entonces que nuestras reformas produjeran un doble movimiento: el sistema oficial y sus anexos serían “legalizados”, mientras que la proliferación de sistemas privados “deslegalizaría” muchas relaciones. ¿Cuáles relaciones se

moverían en qué dirección? Como una primera aproximación, esperaríamos que las relaciones menos “inclusivas”, manejadas actualmente por el litigio o los sistemas anexos, fueran sujetas a la legalización, mientras que las relaciones que se encuentran al nivel más inclusivo de la escala serían privatizadas. Las relaciones entre extraños (casuales, episódicas, no recurrentes) serían legalizadas; relaciones más densas (recurrentes, inclusivas) entre partes serían candidatas para el desarrollo de los sistemas privados.

Nuestros análisis anteriores sugieren que el patrón puede ser más complejo. En primer lugar, por diversas razones, una clase de DO puede ser relativamente incapaz de organizarse. Su tamaño, relacionado con el tamaño y la distribución de los beneficios potenciales, puede requerir ingresos excesivamente grandes en coordinación y organización. Los intereses compartidos pueden no ser lo suficientemente respetables para ser reconocidos públicamente (las personas que roban en los almacenes y, hasta hace poco, los homosexuales). O bien, los papeles recurrentes de los DO pueden ser asumidos por poblaciones cambiantes, para las cuales los lados de la transacción son intercambiables (por ejemplo, compradores y vendedores de bienes raíces, conductores negligentes y víctimas de accidentes). Incluso en aquellos casos en los que los DO pueden organizarse, debemos recordar que no todos los enfrentamientos entre DF y DF llevan al desarrollo de un sistema privado de solución de conflictos. Hay DF comprometidos en conflictos de valores; existen relaciones con un aspecto gubernamental u otro aspecto monopolista en los que los controles informales fallan, y finalmente, están aquellos DF cuyos mutuos enfrentamientos no son recurrentes. En todos estos casos, podríamos esperar la legalización y no la privatización.

Cualquiera que sea el movimiento en un caso determinado, nuestras reformas implicarían cambios en la distribución del poder. Los DF ya no podrían usar sus ventajas estratégicas para invocar selectivamente la aplicación de reglas favorables, a la vez que aseguran grandes descuentos (o completa protección por costos y sobrecarga) cuando las reglas favorecen a sus oponentes DO.

La deslegalización (debida a la proliferación de soluciones privadas y sistemas de negociación) permitiría que muchas relaciones fuesen reguladas por normas y entendimientos que se apartan de las reglas oficiales. Estos sistemas de solución locales estarían aislados de la intervención de las reglas oficiales por el compromiso de las partes con su relación continuada. Así, la deslegalización implicaría una especie de pluralismo y de descentralización. Por otra parte, la “legalización” de los sistemas oficiales y de sus anexos equivaldría al colapso de cierto tipo de pluralismo y de descentralización endémica en la clase de sistema legal (no reformado) que hemos postulado. La actual prevalencia de los sistemas anexos y privados de solución refleja el hecho de que el uso del sistema oficial es ineficaz, engorroso y costoso. Tales características son a la vez una fuente y un escudo de cierto tipo de

descentralización y pluralismo. Permiten una aplicación selectiva de la “ley superior” de una manera que, a nivel operativo, hace efectivas normas locales y preocupaciones que no son plenamente reconocidas por la “ley superior” (tales como el derecho a excluir vecinos de bajo estrato social, o el dominio de la policía en enfrentamientos con los ciudadanos). Si el aislamiento que permiten los costos de hacer que prevalezca la “ley superior” se erosionara, muchas de las relaciones se verían súbitamente expuestas a la “ley superior” y no a sus contrapartes locales. Podríamos esperar que esto generara nuevas presiones en favor del explícito reconocimiento de estos valores “subterráneos” o una descentralización explícita.

Las conjeturas anteriores acerca de la forma de un sistema jurídico “reformado” sugieren que consideremos de nuevo nuestro sistema actual, con su difundida disparidad entre normas y operaciones cotidianas. Un sistema jurídico moderno del tipo que postulamos se caracteriza estructuralmente por la unidad institucional, y culturalmente por el universalismo normativo. El poder de elaborar, aplicar y cambiar la ley se reserva a órganos públicos, organizados en relaciones jerárquicas unificadas, comprometidos con la aplicación de normas universalistas.

Los niveles más altos del derecho estadounidense, donde la tradición erudita se desarrolla, evidencian un énfasis constante en las virtudes de la uniformidad y la universalidad, así como un desagrado distintivo frente al particularismo, el compromiso y la discreción. No obstante, el apego cultural al universalismo se conjuga con la diversidad y el particularismo a nivel operativo y quizás, incluso, los intensifican.

Los rasgos no reformados del sistema jurídico aparecen entonces como un recurso para mantener la disociación parcial de la práctica cotidiana de estos compromisos institucionales y normativos. Estructuralmente (en razón de los costos y de la sobrecarga institucional), y culturalmente (en razón de la ambigüedad y de la sobrecarga normativa), el sistema no reformado efectúa una delegación masiva y oculta desde los legisladores más autorizados hasta el nivel de los funcionarios rasos (y sus electores), que responde a normas y prioridades diferentes de aquellos contenidos en la “ley superior”. Mediante la aplicación selectiva de reglas en el contexto de entendimientos y prioridades locales, estas comunidades jurídicas rasas producen resultados reglamentarios que no podrían haber sido predichos por el examen de la “ley superior”. Así, su carácter no reformado articula el sistema jurídico con las discontinuidades de la cultura y de la estructura social: ofrece maneras de acomodar la heterogeneidad cultural y la diversidad social mientras que, a la vez, promulga el universalismo y la unidad; acomoda grandes concentraciones de poder privado mientras que, al mismo tiempo, sostiene la supremacía de la autoridad pública; acomoda la desigualdad de hecho, mientras que simultáneamente establece la igualdad ante el derecho; facilita la acción por parte de grandes conglomerados colectivos, mientras que, de igual manera, celebra el individualismo. Esta “ausencia de reformas” –esto es, ambigüedad y sobrecarga de reglas, sobrecarga

e ineficacia de las instituciones, disparidad en el ofrecimiento de servicios jurídicos y disparidad en la posición estratégica de las partes— es el fundamento del “dualismo” del sistema jurídico. Permite unificación y universalismo a nivel simbólico y particularismo a nivel operativo.

8. Implicaciones para la reforma: el papel de los abogados

Hemos discutido la forma en que la arquitectura del sistema jurídico tiende a conferir ventajas entretajadas a grupos yuxtapuestos, a los que hemos llamados “poseedores”. ¿En qué medida las reformas al sistema jurídico podrían eliminar estas ventajas? Las reformas siempre serán inferiores a la utopía que concebimos anteriormente. Los reformadores dispondrán de recursos limitados para invertir y enfrentarán la necesidad de elegir cuáles de los usos de estos recursos serán más productivos para lograr un cambio que genere igualdad. ¿Qué sugiere nuestro análisis acerca de estrategias y prioridades?

Por sí mismo, no es probable que el cambio en las reglas sustantivas produzca resultados redistributivos, porque el sistema está construido de tal manera que estos cambios pueden ser filtrados para que no se apliquen, a menos que estén acompañados por cambios en otros niveles. En un escenario de instituciones sobrecargadas, servicios jurídicos costosos e inadecuados, y partes desorganizadas, es posible que los beneficiarios carezcan de los recursos necesarios para asegurar su implementación; o bien un DF puede reestructurar la transacción para escapar al impacto de la nueva ley. Las reglas favorables no son necesariamente (y posiblemente no son por lo general) escasas para los “desposeídos”; ciertamente son menos escasas que cualquiera de los otros recursos necesarios para el juego del litigio. Los programas de reforma para la igualdad centrados en el cambio de reglas pueden ser absorbidos con facilidad sin que haya un cambio en las relaciones de poder. El sistema tiene la capacidad de cambiar mucho al nivel de las reglas sin que se den cambios correspondientes en los patrones cotidianos de la práctica o en la distribución de ventajas tangibles. En efecto, el cambio de reglas puede convertirse en un sustituto simbólico de la redistribución de las ventajas.

El cambio sustantivo de reglas se contiene con mayor facilidad cuando es producido por los tribunales. El que éstos puedan ser inducidos ocasionalmente a promulgar cambios de reglas que las legislaturas no harían, señala las limitaciones tanto como las posibilidades del cambio generado al nivel de los tribunales. Debido a su relativo aislamiento de la retaliación por parte de intereses antagónicos, los tribunales pueden promulgar nuevas reglas que se aparten de las relaciones de poder prevalecientes. Tales reglas, sin embargo, requieren incluso mayor inversión de otros recursos para su implementación. Y los tribunales tienen menor capacidad

que otros creadores de derecho para crear facilidades institucionales y reasignar recursos que aseguren la implementación de nuevas reglas. Es poco probable, entonces, que el litigio moldee de manera decisiva la distribución del poder en la sociedad. Puede servir para asegurar o consolidar compromisos simbólicos. Es vital desde el punto de vista táctico, para asegurar ventajas o protección transitorias, para ofrecer apoyo a la organización y la articulación de intereses, y para conferir (o negar) el manto de legitimidad. Cuanto más divididos estén los otros detentores del poder, mayor será el potencial redistributivo de este papel simbólico/táctico.

Nuestro análisis sugiere que el romper las ventajas entreteljadas de los “poseedores” exige atención no sólo a las reglas, sino también al funcionamiento institucional, a los servicios jurídicos y a la organización de las partes. Sugiere que el litigio y el cabildeo deben ser complementados con la organización de intereses, el ofrecimiento de servicios y la invención de nuevas formas institucionales.

La orientación principal de nuestro análisis es que los cambios al nivel de las partes son aquellos que más probablemente generarán cambios a otros niveles. Si bien las reglas son el recurso más abundante para los reformadores, las partes capaces de perseguir estrategias a largo plazo son, por el contrario, las más escasas. La presencia de tales partes puede generar una demanda efectiva para los servicios jurídicos de alto nivel –continuos, especializados y orientados al largo plazo– y presionar para obtener reformas institucionales y reglas favorables. Esto sugiere que podemos conjeturar de manera aproximada la prioridad estratégica relativa de diversos cambios de reglas. Los cambios de reglas que se relacionan directamente con la posición estratégica de las partes, en la medida en que facilitan organización, incrementan el ofrecimiento de servicios jurídicos (los cuales, a su vez, articulan y organizan intereses comunes), e incrementan los costos de los oponentes –por ejemplo, autorización de demandas de acción de clase, atribución de honorarios y costas de los abogados, atribución de medidas provisionales– son los focos más poderosos para el cambio. La intensidad de la oposición a la legislación que regula las acciones de clase, y a los servicios jurídicos autónomos orientados a la reforma, tales como la Asistencia Jurídica Rural de California, indica la propia evaluación de los “poseedores” del impacto estratégico relativo de los diversos niveles.

La contribución del abogado al cambio social redistributivo depende, entonces, de la organización y la cultura de la profesión jurídica. Hemos conjeturado que el cambio sustantivo de reglas producido por los tribunales es poco probable que constituya, por sí mismo, un elemento determinante en la generación de beneficios tangibles para la redistribución. La nivelación ofrecida por el litigio depende de su combinación estratégica con inversión en otros niveles. El problema es, entonces, si la organización de la profesión les permite a los abogados desarrollar y utilizar habilidades en estos otros niveles. En cuanto más se consideren los abogados a sí mismos exclusivamente como abogados de tribunal, menor será su disposición a

emprender nuevas tareas, a establecer alianzas duraderas con sus clientes y a operar en foros diferentes de los tribunales, y por ende, menos servirán de agentes del cambio redistributivo. Paradójicamente, aquellas profesiones jurídicas más abiertas a acentuar las ventajas de los “poseedores” (al permitirse ser “capturadas” por clientes recurrentes) pueden ser aquellas más capaces de convertirse en agentes del cambio (o disponer de espacio para él), precisamente porque ofrecen mayores posibilidades de identificación con los clientes y con sus “causas”, y tienen una definición menos estricta de cuáles son las actividades profesionales apropiadas.

BIBLIOGRAFÍA

- Black, Donald (1973). "The Mobilization of Law", en *Journal of Legal Studies*, 2 (p. 125).
- Carlin, Jerome E. (1962). *Lawyers on Their Own: A Study on Individual Practitioners in Chicago*. New Brunswick, Rutgers University Press.
- Carlin, Jerome E. y Jan Howard (1965). "Legal Representation and Class Justice", en *UCLA Law Review*, 12 (p.381).
- Cressey, Donald R. (1969). *Theft of the Nation: the Structure and Operations of Organized Crime in America*. Nueva York, Harper & Row.
- Doo, Leigh-Wei (1973). "Dispute Settlement in Chinese-American Communities", en *American Journal of Comparative Law*, 21 (p. 627).
- Edelman, Murray (1967). *The Symbolic Uses of Politics*. Urbana, University of Illinois Press.
- Finklestein, Herman (1954). "The Composer and the Public Interest-Regulation of Performing Rights Societies", en *Law and Contemporary Problems*, 19 (p. 275).
- Ianni, Francis A. J. (1972). *A Family Business: Kinship and Control in Organized Crime*. Nueva York, Russel Sage Foundation-Basic Books.
- Light, Ivan H. (1972). *Ethnic Enterprise in America: Business and Welfare among Chinese, Japanese and Blacks*. Berkeley, University of California Press.
- Mayhew, Leon H. (1975). "Institutions of Representation: Civil Justice and the Public", en *Law & Society Review*, 9 (p. 401).
- Randall, Richard S. (1968). *Censorship and the Movies: Social and Political Control of a Mass Medium*. Madison, University of Wisconsin Press.

- Rosenthal, Douglas (1974). *Lawyer and Client: Who's in Charge?* Nueva York, Russell Sage.
- Rothwax, Harold J. (1969). "The Law as an Instrument of Social Change", en Harold H. Weissman (ed.). *Justice and the Law in the Mobilization for Youth Experience*. Nueva York, New York Association Press.

LOS FUNDAMENTOS DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA*

Luigi Ferrajoli

1. Premisa: el modelo garantista en el proceso penal

Deseo comenzar por expresar mi más sincero agradecimiento por la invitación para intervenir en este seminario; a la Dra. Laura Hernández Román, directora de la Oficina Nacional de la Defensa Pública de la República Dominicana; al presidente de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Jorge A. Subero Isa y al Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Alejandro Moscoso Segarra; a quien agradezco en particular las palabras con las cuales me ha presentado.

Mi agradecimiento por esta invitación no es un gesto formal, por dos razones. En primer lugar, por el enorme interés que un jurista italiano no puede dejar de tener por una institución como la defensa pública estructurada como una magistratura específica. De hecho, esta institución es ignorada en la experiencia procesal penal italiana y europea. Por lo tanto, soy yo quien debe aprender de ustedes más de lo que puedo contribuir en este seminario. La segunda razón, no menos importante, está referida al hecho de que la defensa pública dominicana, según como está diseñada en la Ley 277 del 12 de agosto de 2004 –en esta feliz, extraordinaria temporada de reforma y de construcción de la democracia que está atravesando la Re-

* Traducción de María Fernanda López Puleio. Conferencia pronunciada por el Dr. Ferrajoli en el *II Congreso Nacional de la Defensa Pública de República Dominicana*, Santo Domingo, 15 de julio de 2008; publicada en las Actas del *II Congreso Nacional de la Defensa Pública. Acceso a la Justicia, Proceso Penal y Sistema de Garantías* (2009). Comisionado de Apoyo a la Reforma y la Modernización de la Justicia, Santo Domingo.

pública Dominicana— representa un modelo muy avanzado, quizá entre los más avanzados del mundo, porque ha podido utilizar las experiencias de Argentina, Brasil, Guatemala y del propio país. Es sobre todo, sobre la base de esta experiencia que ustedes están realizando, que les quiero manifestar mi más sentidas felicitaciones. En general, la cultura jurídica es fuertemente conservadora y a veces reaccionaria. Entiendo que aquí estamos en presencia de un proceso de democratización institucional promovido por una afortunada, insólita concordancia entre una política reformadora y una cultura jurídica progresista y garantista.

La incorporación del Instituto de la Defensa Pública representa, a mi modo de ver, uno de los grandes méritos de la experiencia jurídica latinoamericana y, en particular, de la experiencia y la cultura jurídica de Argentina y de la República Dominicana. Se trata, en realidad, de una institución de garantía para asegurar efectividad, o por lo menos para reducir la ineffectividad del modelo garantista en el proceso penal, y en particular de ese derecho fundamental de la persona, que es el derecho de defensa.

En Italia, la garantía de la defensa se reduce, para los pobres, a ese simulacro que es la defensa de oficio, y sólo para los paupérrimos, el patrocinio gratuito. La experiencia latinoamericana, en cambio, invita a la vieja cultura jurídica europea a confrontarse con un modelo de defensa que es a todas luces incomparablemente más equitativo y eficaz que el que tenemos en Europa; y, al mismo tiempo, nos impone repensar, sobre la base de los fundamentos de los derechos de defensa, los fundamentos relacionados a sus garantías, y ante todo, el Instituto de la Defensa Pública. En mi opinión, estos fundamentos son esencialmente tres, todos ellos de relevancia constitucional.

El primer fundamento es el carácter de derecho fundamental y, por lo tanto, universal del derecho de defensa, cuya actuación —precisamente porque se trata de un derecho fundamental— no puede ser dejada a las lógicas del mercado, como si se tratara de un derecho patrimonial. Por el contrario, el derecho a la defensa requiere garantías que se derivan de la esfera pública y debe estar asegurado toda vez que un imputado no decida nombrar un abogado defensor de su confianza, y pagado por el Estado.

El segundo fundamento es el interés público, que no es sólo el interés de que se condene a los culpables, sino a la vez, el interés de la tutela de los inocentes. Es más: justamente porque el acusado está protegido por la presunción constitucional de no culpabilidad, es esta misma presunción la que debe estar garantizada por la esfera pública hasta prueba de lo contrario.

El tercer fundamento es de carácter más bien procesal. En su modelo teórico, el proceso penal se configura como procedimiento de verificación o de falsificación empírica de las hipótesis acusatorias. Esta naturaleza cognitiva y no discrecional del juicio, constituye la principal fuente de su legitimación. De manera diversa a

cualquier otro poder público, la legitimación del poder judicial reside en la verdad procesal que es el presupuesto de su ejercicio. Sin embargo, la garantía de esta naturaleza cognitiva, es decir la garantía de la correcta averiguación de la verdad procesal, depende de la paridad de las partes en el proceso contradictorio, es decir, en la posibilidad de poner a prueba las hipótesis acusatorias a través de sus efectivos argumentos respecto a la confutación y a las contrapruebas producidas por una defensa capaz de ejercer poderes análogos a los de la acusación pública.

Cierto es que este Instituto de la Defensa Pública significa un costo para el Estado. Pero todos los derechos fundamentales cuestan y es precisamente sobre su tutela que reside la razón de ser de la esfera pública en la democracia constitucional. Diría que esto vale aún más si nos referimos a los costos que se necesitan para garantizar el ejercicio de ese especial derecho de todos, que es el derecho de defensa. En efecto, es precisamente el Estado el que mediante el Ministerio Público Fiscal lleva a un ciudadano a juicio. Por lo tanto, es doblemente inequitativo que el ciudadano acusado, presunto inocente, deba no sólo padecer el proceso –con sus evidentes malestares materiales y ofensa a su reputación– sino también, y a pesar a su derecho fundamental a la defensa, sostener los gastos del juicio que puede terminar con una absolución.

Pues bien: si reconocemos que la defensa de confianza es en los hechos un lujo reservado a quienes pueden pagar costosos abogados, mientras que la vieja defensa de oficio no es idónea para garantizar con efectividad el derecho de defensa, debemos reconocer que la falta de garantía de tal derecho fundamental equivale a una insostenible laguna del sistema procesal italiano y más en general, europeo. Es claro que esta laguna pesa sobre todo sobre los sujetos más débiles, dejados sin defensa en las investigaciones de policía y en las previas al debate penal, y luego asignados a los diversos “procedimientos alternativos” variadamente premiales o transaccionales, que son en realidad alternativas al debido proceso, que es sólo aquel desarrollado en un debate público en contradictorio con la defensa, y que de hecho –si pienso en la experiencia estadounidense– representa siempre un lujo reservado a quienes pueden permitirse abogados muy caros. Esta laguna, es decir la falta de defensa, termina por tornar inútil, de hecho, todas las otras garantías del proceso justo. Sólo la defensa permite no sólo contradecir la prueba de la acusación y producir contraprueba, sino también descubrir e impedir incorrecciones y abusos de los requirientes; denunciar nulidades e irregularidades procesales; en suma, defender al ciudadano de aquel terrible poder, como lo llamó Montesquieu, que es el Poder Judicial. El derecho de defensa representa, en pocas palabras, una metagarantía: el derecho a gozar de los otros derechos (según la expresión de Hannah Arendt) cuya satisfacción, como justamente dice el preámbulo de la Ley 277 del 2004, es una condición necesaria para la efectividad de todas las otras garantías penales y procesales.

Por tanto, es sobre el terreno de la defensa que se mide, más que sobre cualquier otro, la desigualdad de los ciudadanos frente a la ley penal. Es, sin duda, la desigualdad más odiosa porque se agrega a las desigualdades económicas y materiales; porque es un multiplicador de las connotaciones de clase de la justicia penal orientada sobre todo hacia la criminalidad de la calle y de la subsistencia; y finalmente, porque se traduce en una desigualdad con respecto a las libertades fundamentales, y por ello, en una discriminación y en un menoscabo de la dignidad del ciudadano.

Se comprende entonces cómo la defensa pública –la presencia de un magistrado del ministerio público de la defensa– representa una garantía fundamental del debido proceso, idónea para remover la total ineffectividad para los pobres del derecho fundamental de defensa. La defensa pública asegura, como ha dicho Laura Hernández Román, el principal contrapeso al poder del Ministerio Público y por tanto, la máxima paridad posible entre defensa y acusación. Es la defensa pública la que puede garantizar aquel derecho a la falsificación, a la falsificabilidad de las hipótesis de la acusación, que representa el banco de prueba y la condición necesaria para el carácter cognitivo del juicio.

2. Antecedentes teóricos de la defensa pública en el pensamiento liberal e iluminista

Pero hay otro aspecto del Instituto de la Defensa Pública que quiero subrayar. Este instituto fue teorizado, como un principio liminar del debido proceso, por los clásicos del Iluminismo y del liberalismo penal italiano y europeo. Este instituto, que en Italia y en Europa nunca se llevó a la práctica, ha sido repuesto nuevamente desde la experiencia procesal de países como República Dominicana, Argentina, Brasil y Guatemala, que lo han tomado con responsabilidad y lo han implementado concretamente.

La experiencia dominicana nos invita a redescubrir los antecedentes teóricos que provienen de la mejor tradición procesal penal europea. Hay un pasaje bellísimo del *De l'organisation judiciaire et de la codification* de Jeremy Bentham, escrito en 1791, que merece ser citado aquí:

La función del defensor público ¿es quizá inútil? ¿Es quizá menos necesaria que la del Ministerio Público Fiscal? ¿Tiene acaso la sociedad menos interés en la seguridad del inocente que en la persecución del crimen? ¿Se necesita emplear medios y tomar previsiones en la acusación y no en la defensa?

Y, con el optimismo típico de la cultura iluminista, agregaba que la falta de este fundamental instituto de garantía –el defensor público– se identificaba con la supervivencia de épocas de barbarie, que debía ser eliminada:

prescindiendo de algunas honorables excepciones, la administración de justicia ha sido siempre gestionada con una insensibilidad y una dureza que reflejaba la barbarie general de los tiempos antiguos. La acusación, mucho más que ser el principal objetivo, era el único fin de los gobernantes, que agotaba completamente su punto de vista y diseñaba el horizonte del despotismo. Era, de hecho, el interés del rey o del barón que el culpable fuera penado, puesto que confiscaciones y multas venían a engrosar su tesoro, mientras que los inocentes no producían ninguna ganancia y solamente ellos mismos estaban interesados en su propia salvación.

En consecuencia, agregaba Bentham con palabras hoy más actuales que nunca, se generaba el profundo descrédito de la jurisdicción, la acusación de “despotismo” dirigida a los jueces, la total desconfianza de la opinión pública hacia la justicia. Una desconfianza que –“poco importa si fundada o no” concluía Bentham– es el síntoma más evidente del fracaso de la función judicial. Puesto que

...suscita pavor la institución que debería inspirar confianza, tan es así, que si la gente está alarmada por la justicia, ello quiere decir que seguramente existen vicios en las leyes o en los tribunales. Por todo ello, es esencial colocar de manera visible, al lado del magistrado que persigue el crimen, un magistrado que vele por la suerte del inocente, que no le permita a la acusación ventaja alguna que no esté compartida con el defensor, y que estas dos funciones estén separadas de la del juez, de tal suerte que éste pueda garantizar íntegramente la imparcialidad.¹

Ya antes que Bentham, la propuesta de institución de un defensor público había sido enunciada por Gaetano Filangieri en su *Scienza della legislazione*:

La institución de un magistrado defensor sería por lo tanto necesaria. Cada provincia debería tener uno o más, proporcionalmente a su población. La función de este magistrado no debería ser solamente aquella de defender a los imputados, que por

¹ Jeremy Bentham, *De l'organisation judiciaire et de la codification*, en E. Dumont Hauman (ed.), *Ouvres*, vol. III, cap. XIX, 1840, p. 35. Estas dos funciones, agrega Bentham, “pertenece ambas a la esfera pública” para evitar que “las causas de los pobres sean descuidadas, puesto que el abogado no compromete su tiempo en ellas al poder vender a los clientes que lo pagan el tiempo que debe a los clientes insolventes.”

su pobreza no pueden ser defendidos por otros, sino también de asistir a todos frente a los juicios capitales, toda vez que el imputado no tuviese su ministerio.²

A partir de esta figura de magistrado, Filangieri diseña a la vez los lineamientos deontológicos:

La persona encargada de una función así noble debería ser respetado en cuanto su cargo... Un profundo conocimiento de las leyes y una asegurada probidad deberían ser sus requisitos; una facilidad de ordenar las propias ideas y de comunicarlas a otros debería ser su talento y una sensibilidad de corazón, unida a la tolerancia a la fatiga, deberían indicar su carácter moral.³

La idea fue retomada por Francesco Carrara, que en el párrafo 867 de su *Programma*, propuso la institución de un Tribunal de la Defensa establecido como magistratura permanente, destinada a garantizar la libertad civil de los ciudadanos desde los primeros momentos en los cuales surge contra ellos el peligro de un proceso criminal. Se debería dejar al ministerio público todo lo que fuera necesario para la persecución de los delincuentes: es decir, todos sus poderes actuales. Pero esos poderes deberían también tener enfrente un magistrado que tuviese otros tantos poderes, encaminados a la vigilancia del procedimiento y a la protección de la inocencia. Las preocupaciones del magistrado destinado a acusar, encontrarían un equilibrio en las preocupaciones del magistrado destinado a defender: para aquél, ejercitar la acción pública, provocar el arresto y los elementos de cargo contra el acusado; para éste, provocar las excarcelaciones y las pruebas de descargo⁴.

Finalmente, no menos lúcida es la argumentación de Luigi Lucchini al sostener la defensa pública en sus *Elementi di procedura penale*, escrito en el año 1895:

El oficio del defensor es de carácter público tanto como lo es el oficio del acusador... La defensa, por otra parte, es también una urgente exigencia de la lógica ju-

² Gaetano Filangieri, *La scienza della legislazione. Edizione critica*, dirigida por Vincenzo Ferrone, vol. III, F. Toschi Vespasiano (ed.), Venezia, Centro de Estudios sobre el Humanismo Europeo, 2003, p. 216.

³ *Ibid.*, p. 217.

⁴ La necesidad de este magistrado defensor, argumenta Carrara, se requiere sobre todo "en aquel largo período que precede al debate, y en el cual la actuación del abogado defensor es nula. Y lo es en razón de que se teme el peligro de que la intrusión de un privado pueda dañar el curso de la justicia durante la instructoria secreta. Pero el deseo de lucro y el exceso de celo que se teme con respecto al abogado defensor, no se podrá temer más en el caso de una magistratura permanente surgida de elecciones populares, para la cual la instructoria secreta puede ser abierta y pública sin riesgo alguno de colisión. Y así se puede de alguna manera poner remedio al secreto del proceso escrito que sin embargo es necesario en parte conservar". Francesco Carrara, *Programma del corso de diritto criminale. Parte generale*, 10a. ed., Florencia, Fratelli Cammei [1859], 1907, p. 349.

dicial, que no puede lograr el descubrimiento de la verdad, si no es merced a la lucha incesante de las dos fuerzas paralelas: la de la acusación y la de la defensa.

Parece leerse la formulación *ante litteram*, 40 años antes, del principio de la refutabilidad de Karl Popper, cual banco de prueba de la validez de cualquier proposición empírica. De ello se deducen, agrega Lucchini, dos corolarios:

que en cada causa deba estar presente un defensor, el cual participa en cada acto del proceso; y que el imputado no pueda renunciar a él... Pero, siendo posible que no esté a la altura o sea deficiente la libre acusación, también puede ocurrir que venga a menos la libre defensa. Y puesto que la defensa debe existir en todo procedimiento, por eso es necesario proveerla, como ya se ha hecho con la acusación, para que la acción de la defensa no falte y sea eficaz. Es aconsejable, por tanto, la institución de otros funcionarios, paralelos a aquellos del Ministerio Público: los unos integrantes de la acusación, los otros, integrantes de la defensa.⁵

3. El rol garantista de la defensa pública

La defensa pública es una institución de garantía que responde a diversas instancias garantistas. Enunciaré cinco de estas instancias.

En primer lugar, la defensa pública se impone, según las palabras de Luigi Lucchini, desde la "lógica judicial", es decir, desde razones epistemológicas: en tanto se garantice la verificación de las hipótesis de la acusación, en cuanto sea a la vez garantizada su falsificabilidad por parte de la defensa en el contradictorio público, que como ha dicho el doctor Jorge A. Subero Isa, es el único lugar en el cual se puede formar la prueba.

⁵ L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Florencia, Barbera, 1895, p. 219. Y agrega "Puede parecer extraño que, mientras se ha provisto, y fuertemente, como una exigencia la institución del ministerio público, no se ha provisto la otra. Sin embargo, en primer lugar, en el pasado no faltan antecedentes de tal instituto: es importante recordar el precedente que se estableció en Venecia, con sus *avvocati nobili dei prigionii*; y por otra parte, los 'abogados del común'; y ejemplos parecidos encontramos en el Reino de Nápoles y en el Piamonte, a partir de los cuales se llevó al resto de Italia hasta 1865 la figura del 'abogado de los pobres' y, hasta años después, si bien excepcionalmente, a la ciudad de Alejandría, como institución pública y de gobierno. En segundo lugar, ello no es sino la consecuencia del prejuicio respecto al 'ministerio defensional' que atribuye carácter e interés total o fundamentalmente individual. Nosotros preferimos llamar a este instituto como ha sido propuesto en otra oportunidad *tribunato della difesa* instituido y gobernado directamente por el Estado, y no por las administraciones locales o de beneficencia, como algunos, que no comprenden bien el concepto de la defensa, habrían propuesto" (*idem*). Con referencia a esta propuesta de la institución de un Ministerio Público de la Defensa, remito a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 597 y ss.

En segundo lugar, la defensa pública, más allá del derecho de defensa, garantiza también las libertades fundamentales del ciudadano ante aquel tremendo poder que es el poder requisitorio, sea policial o judicial. El derecho de defensa es, bajo este aspecto, un metaderecho puesto que tutela las libertades fundamentales, la dignidad de la persona, su inmunidad ante falsas acusaciones y penas injustas.

En tercer lugar, satisface un doble interés público de la administración de justicia: el interés general de la credibilidad de la magistratura y de la confianza en ella por parte de los ciudadanos, y aquél más específicamente garantista de la absolución del inocente que es no menos relevante, y quizá aún más importante, que el interés en la condena del culpable.

En cuarto lugar, la defensa pública realiza el principio de la paridad entre acusación y defensa así como el principio conexo de un efectivo contradictorio. Tanto uno como otro se verían violados ante la falta de defensa de quienes no están en posibilidades de pagar un defensor de confianza. Por ese motivo, la defensa pública representa una condición indispensable del modelo acusatorio.

Finalmente, la defensa pública satisface el principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley, al no dejar sin defensa a quienes por razones económicas no pueden acceder a un defensor de confianza.

Como surge de la experiencia dominicana y de otros países de América Latina que la han introducido, la defensa pública no excluye de manera alguna la defensa privada, pero la sustituye en los hechos por elección del imputado. Lo que importa subrayar es que este tipo de defensa no es mínimamente parangonable a ese simulacro de defensa que, en los ordenamientos como el italiano, es la *difesa d'ufficio*. En el sistema dominicano el defensor público no es un abogado cualquiera, designado por el tribunal y casi siempre no comprometido y mal dispuesto a ejercer una defensa ritual y burocrática, porque no comparte el destino de su defendido. Es, al contrario, un magistrado —precisamente un ministerio público de la defensa— que se ubica “de frente” al ministerio público de la acusación, con otros tantos poderes en la capacidad de vigilar los procedimientos y proteger la inocencia.⁶

A pesar de que sus poderes de intervención no igualan a los del fiscal, se trata de una figura dotada del mismo prestigio y autoridad que el ministerio público fiscal. Y esto es suficiente para asegurar una funcionalidad y una efectividad en la defensa de los derechos incomparablemente mayor de la que pueda ofrecer la “*difesa d'ufficio*” del sistema italiano, y a veces, hasta la misma defensa de confianza.

Una prueba indirecta de la afirmación anterior son los altos porcentajes de imputados, incluso dotados de recursos económicos que, por ejemplo en Argentina, prefieren la asistencia de la defensa pública a la contratación de un abogado privado. Son datos significativos que deben ser evaluados y que, al mismo tiempo, de-

⁶ Véase F. Carrara, *Programma del corso de diritto criminale. Parte generale*.

muestran la credibilidad de la que goza la defensa pública en muchos sectores de la sociedad. Como es natural, esta credibilidad se refleja también dentro de la administración de justicia percibida no ya como una corporación de poder, sino como una institución de garantía que, en su conjunto, está articulada en tres funciones diversas: la acusación y la defensa, en una posición de paridad, y el juez como tercero imparcial.

4. Un modelo para los ordenamientos europeos

Debemos interrogarnos sobre las razones de la ausencia en Italia y en otros países de Europa de esta fundamental garantía procesal que, sin embargo, ha tenido tantos ilustres promotores en nuestra tradición clásica liberal, y que se ha experimentado y consolidado en tantos ordenamientos latinoamericanos. Lamentablemente, supongo que la principal explicación de esta grave laguna, está dada en Italia por los intereses corporativos de grupos de abogados que, naturalmente, resultarán lesionados con la incorporación de esta garantía. Pero a esta oposición agregaré también aquella de los magistrados y particularmente, los del Ministerio Público Fiscal, que evidentemente temen la existencia de un ojo institucional externo sobre su desempeño.

La Ley de la Oficina Nacional de Defensa Pública de República Dominicana sostiene ya en su primer artículo que “no se constituye en un auxiliar de la justicia debiendo ejercer su función en atención a lograr la solución más favorable al imputado”.⁷

Si todo ello es verdad, debemos reconocer que desde países como República Dominicana, Argentina, Brasil, Guatemala y otros donde existe la defensa pública, nos transmiten a Europa una gran lección de civilización jurídica. Hacer conocer en Europa este instituto, documentar su funcionamiento y su eficiencia es, en mi opinión, una de las principales tareas de los penalistas y de los procesalistas penales europeos en materia de garantías. Mi esperanza es que la lucha común por el derecho y por los derechos por parte de la cultura jurídica progresista de Europa y de América Latina, permita defender y reforzar los edificios todavía frágiles e incompletos de nuestras democracias constitucionales.

Por supuesto que no tengo la ilusión de que la defensa pública sea fácilmente introducida en Italia o en los otros países de Europa. Muchos son los obstáculos y las dificultades que se oponen: ante todo, la abierta hostilidad de los abogados. Sin embargo, lo importante es que el debate en torno a la experiencia dominicana permita también debatir el tema en la cultura jurídica europea para reflexionar sobre el gran

⁷ Véase Ley No. 277- 2004.

valor que tiene para el garantismo, y para evidenciar la posibilidad de que, sobre la base de esta experiencia, no sólo es posible sino fundamentalmente necesario.

La experiencia de América Latina es un desafío para la cultura jurídica europea. Será en efecto gracias a este desafío, que la introducción de un Ministerio Público de la defensa sobre la base de estos modelos podrá llegar a ser el objeto de una gran batalla de civilidad: una batalla que no será fácil de dar debido a las resistencias corporativas que encontraremos, pero de la cual depende renovar y confirmar la credibilidad de nuestra justicia penal. Por ello, mi agradecimiento a ustedes.

PROTECCIÓN EN LAS FRONTERAS DEL IMPERIO DE LA LEY: EXPLORACIONES FEMINISTAS DEL ACCESO A LA JUSTICIA*

Rosemary Hunter

1. Introducción

El concepto de protección de fronteras nos resulta, lamentablemente, demasiado familiar en esta época. Sin embargo, ésta no es una exposición sobre refugiados. Recorro al término “protección de fronteras” como metáfora para referirme a mecanismos de definición, restricción y exclusión. Por otra parte, corresponde efectuar una introducción del concepto de “imperio de la ley” para aquellos que no son seguidores de la teoría del derecho. *El imperio de la ley*¹ es el título de un libro del filósofo del derecho Ronald Dworkin,² en el que se describe un reino glorioso, donde gobiernan las normas del derecho, los principios y la tradición. El habitante que hace las veces de líder del imperio de la ley es Hércules, “un juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos”,³ quien trabaja incansablemente para mantener la integridad del derecho. En concreto, cuando Hércules es llamado para decidir sobre casos que presentan cuestiones nuevas, lo hace de un modo que concuerda con “la mejor justificación que se desprende del ordenamiento jurí-

* Traducción de Magdalena Zold con la revisión de Natalia Gherardi.

¹ Nota de la Traductora: el título en inglés original es *Law's Empire* y existe una versión en castellano traducida como *El imperio de la justicia*. En este artículo hemos preferido la traducción *El imperio de la ley* para dar cuenta del aspecto normativo del ejercicio interpretativo que sugiere Ronald Dworkin y que explora la autora en este trabajo.

² Dworkin (1986).

³ *Ibid.*, p. 239.

dico analizado como un todo”,⁴ basada en la mejor interpretación posible del texto legal preexistente. Sin embargo, en esta exposición modificaré el sentido del término de Dworkin, utilizándolo como una metáfora del lugar que deseablemente debieran ocupar los derechos, como el lugar donde se ubica la justicia en la frase “acceso a la justicia”, un lugar al cual los desposeídos, los pisoteados y los oprimidos claman por entrar.

Debo confesar que nunca estuve muy interesada en el “imperio de la ley” (o por lo menos no en las labores de Hércules) en el sentido dworkiniano: el proyecto del desarrollo de una cuidadosa y fiel interpretación de la ley. Estoy mucho más interesada en lo que sucede en las fronteras del imperio, donde se encuentran los límites entre la ley y la sociedad, y en los puntos donde, para citar una frase destacada (aunque en otro contexto) de Margaret Thornton, se franquea el acceso a la Justicia.⁵ Ello, en razón de que las fronteras del imperio de la ley no se encuentran abiertas. Es que acceder a la ley no resulta tan sencillo como, por ejemplo, empacar y mudarse de la fría Victoria a la soleada Queensland.⁶ En este proceso, más bien, operan diversas instancias de control, filtros y desviaciones.

Gran parte de mis investigaciones ha estado dedicada a examinar esas barreras. En particular, me he interesado en las formas en las que el régimen de protección de las fronteras resulta discriminatorio desde una perspectiva de género, es decir, que ofrece acceso diferenciado al Imperio de la Ley a varones y mujeres. Basándome en estas investigaciones, ilustraré la forma en que el régimen de protección de fronteras opera condicionado por el género mediante el análisis de la teoría, las normas probatorias, los requerimientos procesales, los métodos alternativos de resolución de conflictos, las políticas de asistencia jurídica y el ejercicio de la abogacía. Al hacerlo, no pretendo sugerir que las categorías “varones” y “mujeres” no contengan diferenciamientos internos. Efectivamente, resultará evidente que mujeres que se encuentran en distintas posiciones deben enfrentar distintos tipos de barreras, algunas veces junto a varones que ocupan una posición similar “feminizada”. No obstante ello, la producción de diferenciación por género en las fronteras del imperio de la ley sigue resultando un fenómeno llamativo.

⁴ *Ibid.*, p. vii.

⁵ Thornton (1996).

⁶ Nota de la Traductora: se refiere a regiones de Australia, donde fue dictada la conferencia que dio origen a este artículo.

2. Teoría marcada por el género

Uno de los argumentos básicos de la literatura legal feminista es que los hombres de derecho han hecho el derecho a su propia imagen y semejanza.⁷ De esta manera, por ejemplo, el consagrado ícono del *common law*, el hombre razonable, posee pocas, si no ninguna, características femeninas. Las normas sobre violación han sido célebremente descritas por Catharine MacKinnon como si trataran la violación “desde el punto de vista del violador razonable”,⁸ y hasta entrados los años 80, no existió ninguna norma que prohibiera el acoso sexual. Para no circunscribir los ejemplos a la historia, recientemente nos ha sido recordada la existencia en el derecho de una norma según la cual las necesidades financieras futuras de una mujer deben ser estimadas según su atractivo físico y en la estimación de sus pérdidas deben tomarse en cuenta sus supuestas posibilidades de contraer matrimonio.⁹ Volviendo a la versión dworkiniana del imperio de la ley, queda claro que Hércules no es feminista.¹⁰ Desarrollar la interpretación de la ley preservando su integridad, coherencia interna y trayectoria histórica, constituye un proyecto esencialmente conservador que no puede ofrecer respuestas a las aspiraciones de aquellos grupos cuyos reclamos han sido históricamente negados o ignorados. A la luz de los precedentes en Estados Unidos, Canadá y otros países del *Commonwealth*, Hércules bien pudo haber concebido el fallo *Mabo*;¹¹ pero dudosamente hubiera derogado la norma del *common law* según la cual los hombres no pueden ser condenados por violar a sus esposas, o hubiera resuelto que el derecho a la licencia pagada por maternidad se encuentra implícito en el contrato de trabajo.

Antes que confiar en los esfuerzos interpretativos de Hércules –o esperar la llegada de Xena, la Princesa Guerrera– la segunda ola de feministas optó por el camino legislativo como medio para lograr la reforma del derecho. Si bien este camino resultó ser definitivamente más ágil y productivo que el del *common law*, aparecieron nuevamente algunas de las viejas limitaciones. La adopción de nueva legislación también se encuentra ligada a la tarea herculeana de rehacer la ley sobre la base de su historia. Si bien esta tarea dirige la ley hacia distintos puntos de llegada, tiende a usar los mismos medios, valiéndose de conceptos y formas familiares, que limitan su habilidad para responder de un modo creativo a la actual injusticia que experimentan las mujeres. De esa manera, por ejemplo, la legislación antidiscriminación, define el término “discriminación” como aquellas acciones dis-

⁷ Naffine (1990), p. 7.

⁸ MacKinnon (1989), p. 182.

⁹ *De Sales v Ingrilli*, High Court of Australia, P57/2001 (17 abril 2002), disponible en <<http://www.austlii.edu.au/au/other/hca/transcripts/2001/P57/1.html>>.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Hansen (1992).

¹¹ *Mabo v Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1.

cretas por las cuales se responsabiliza a actores individuales –como es el caso de los delitos y de la generación de daños– en lugar de abordar las prácticas sistemáticas por las cuales las mujeres se encuentran en posición de desventaja en el plano laboral. En consecuencia, desde mi punto de vista, la legislación antidiscriminación por sexo ya ha dejado de cumplir el propósito para el que fue creada.¹² Se la invoca de manera infrecuente, en casos individuales de injusticia, pero ofrece escasas herramientas para atacar tanto el “techo de cristal” con el que se han topado las mujeres en los negocios y la profesión, como el “piso pegajoso” que mantiene a las madres de clase trabajadora atadas a empleos de tiempo parcial e inestables en los que reciben bajos salarios.

La única área en que los modelos legales han sido desarrollados para abordar desventajas colectivas es el sistema de relaciones industriales. Sin embargo, este sistema ha resultado indiferente a la posición particular de las mujeres trabajadoras. Así, por ejemplo, al establecer por primera vez el principio de igualdad de salarios en 1969, la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Commonwealth estableció únicamente el principio de igual salario por igual trabajo.¹³ Dado el alto grado de segregación por género en el mercado laboral, había pocas mujeres realizando igual trabajo que los hombres (alrededor del 18% del total de las mujeres que trabajaban en esa época).¹⁴ El principio fue reformado en 1972, estableciendo que corresponda igual salario a trabajo de igual valor, pero este principio también se fundaba en una suerte de comparación, y por ello no atendió de modo justo a aquellas ocupaciones en las que predominaba el empleo femenino. No fue sino hasta 1998 que la Investigación sobre Igualdad de Salarios de New South Wales, en la que presté testimonio en calidad de experta, hizo un avance doctrinario crucial al detectar la necesidad de restar énfasis a las comparaciones y jerarquizar, en cambio, la cuestión de la sistemática subvaloración del trabajo que realizan las mujeres.¹⁵ Este nuevo enfoque resultó del análisis de estudios sobre ocupaciones que mayormente desempeñan las mujeres. Esta fue la primera vez que un Tribunal Industrial analizó de este modo las características de las ocupaciones mayoritariamente desempeñadas por mujeres, así como las experiencias de quienes realizan estos trabajos.¹⁶

El fracaso para dar respuestas a las experiencias y situaciones particulares que atraviesan las mujeres ha resultado evidente también en el ámbito de la violencia doméstica. Las normas que regulan la emisión de órdenes de protección contra la

¹² Hunter (2002).

¹³ *Equal Pay Cases 1969* (1969) 127 CAR 1142.

¹⁴ *National Wage and Equal Pay Cases 1972* (1972) 147 CAR 172, 177.

¹⁵ Hunter (2000), p. 16-17.

¹⁶ *Ibid.*, p. 25.

violencia doméstica han adoptado definiciones legales de violencia que responden a estereotipos masculinos y se enfocan en la violencia física, mientras que el trabajo realizado por las feministas con mujeres maltratadas ha encontrado que las mujeres experimentan violencia al ser sometidas a una amplia variedad de tácticas diseñadas para ejercer poder y control.¹⁷ Desde esta perspectiva, la cuestión no debería girar en torno a si el accionar del autor encuadra dentro de un limitado grupo de categorías de violencia predefinido –agresión física, agresión sexual, acoso–, sino si quien solicita la orden de protección ha sido coaccionada, o si vive creyendo que su seguridad, o la de sus hijos, corre peligro en razón de cualquier tipo de acción o patrón de comportamiento, desplegado por el autor material de la violencia.¹⁸

Por otra parte, la tradicional delimitación de distintas categorías teóricas ha resultado en que la violencia doméstica no sea identificada como una cuestión central en casos de derecho de familia que involucran controversias relativas a la tenencia de hijos y división de bienes luego de la separación. Por muchos años, el paradigma de la “ausencia de culpa” prevista en la Ley de Familia de 1975 operó como impedimento para que se tomaran en cuenta las consecuencias a largo plazo de la violencia en la relación entre las partes litigantes.¹⁹ Finalmente, en 1996, la Ley de Familia fue reformada, incluyendo la violencia como un factor a tener en cuenta en futuros arreglos respecto de la tenencia de hijos²⁰ (aunque todavía no es visto como un factor relevante en relación con la división de los bienes). Sin embargo, otras reformas realizadas en el mismo momento introdujeron el principio que establece que los hijos tienen derecho a mantener el contacto con ambos padres de modo regular, a menos que ello implique ir en contra del mejor interés del niño.²¹ La excepción fundada “en el mejor interés del niño” resulta claramente aplicable a situaciones de violencia doméstica, donde la continuidad del contacto aparece como insegura o destructiva. Sin embargo, como han demostrado Helen Rhoades, Reg Graycar y Margaret Harrison, lo que ha estado ocurriendo en la práctica es que el principio del derecho a mantener contacto con ambos padres se impone sobre la preocupación por la situación de violencia.²² Así, en la práctica, la inclusión de la violencia como un factor relevante en la Ley de Familia quedó anulada por el derecho a mantener contacto con ambos padres, y por ende, tanto madres como hijos continúan viviendo con temor por su seguridad.

¹⁷ Pence y Paymar (1993).

¹⁸ Hunter y Stubs (1993).

¹⁹ Behrens (1993); Graycar (1995).

²⁰ Ley de Familia (*Family Law Act*) 1975 (Cth), incisos 68F(2)(i) y (j), 68K.

²¹ Ley de Familia (*Family Law Act*) 1975 (Cth), s 60B(2).

²² Rhoades, Graycar y Harrison (2000).

3. Discriminación de género en las normas probatorias

Además de las dificultades que se presentan a la hora de adoptar e interpretar las normas de manera compatible con las preocupaciones de las mujeres, también resulta necesario tomar en cuenta cómo y quién aplica estas normas. En la mayoría de los casos, simplemente se asumió que el sistema judicial tradicional y su personal brindarían un ambiente hospitalario para aquellas reformas y nuevas acciones legales inspiradas en el feminismo. Sin embargo, dos mecanismos de protección de fronteras se interponen en este punto: las normas probatorias y las reglas y prácticas procesales. Ninguno de estos dos temas ha recibido hasta ahora el grado de escrutinio que merecen por parte de las académicas feministas. Existe una mayor cantidad de análisis y literatura feminista sobre la teoría del derecho y el derecho de fondo que sobre los sistemas procesales. Además, el número de académicas feministas que escriben acerca de las normas probatorias pueden ser contadas con los dedos de una mano.²³ A mi juicio, resulta ineludible abordar estas áreas, que hasta ahora han sido descuidadas.

Básicamente, las normas probatorias consisten en un conjunto de pautas epistemológicas que se utilizan para la construcción del conocimiento jurídico. De la misma forma en que las definiciones y categorías que utiliza el derecho de fondo dificultan la inclusión de las experiencias de las mujeres en el derecho, las normas probatorias dificultan las posibilidades de las mujeres de ser oídas y afectan la credibilidad de su relato.²⁴ Por ejemplo, las normas probatorias otorgaban escaso –o ningún– valor probatorio al testimonio de mujeres víctimas de violación cuando éste no podía ser corroborado por una vía independiente, al mismo tiempo que otorgaban valor probatorio a los testimonios acerca de la historia sexual previa de la víctima de violación, utilizándolos para deducir que pudo haber habido consentimiento o para impugnar la credibilidad de los dichos de la víctima.

Aunque estas reglas discriminatorias han sido modificadas, la premisa epistemológica que subyace –que las mujeres mienten en lo referido al sexo– se mantiene profundamente arraigada. La advertencia acerca de la corroboración de la versión de la víctima ya no resulta necesaria, dado que las normas relacionadas con la violación han sido modificadas para evitar la presentación irrestricta de testimonios relacionados con la historia sexual de la víctima; se han adoptado, también, regulaciones tendientes a reducir el trauma provocado por las circunstancias y las condiciones en que se requiere que las víctimas de violación brinden declaraciones testimoniales. Pero aún así, investigaciones empíricas recientes han demostrado

²³ Véase Childs y Ellison (2000); McCrimmon (1991); Orenstein (1997, 1998 y 1999); Scheppele (1992); Scheppele (1994).

²⁴ Hunter (1996).

que estas reformas legales han causado escaso impacto. Las nuevas normas resultan ignoradas o desnaturalizadas por los abogados defensores, los jueces y otros agentes del orden público.²⁵ Además, existen todavía 101 artimañas que se pueden utilizar para impugnar, de manera perfectamente legal, la credibilidad de una supuesta víctima de violación,²⁶ especialmente cuando se trata de una mujer indígena.²⁷ Incluso, y sin perjuicio de la existencia de estas normas específicas, algunos principios básicos como la carga de la prueba, el estándar de prueba y la presunción de inocencia son invocados para justificar la necesidad de someter a la supuesta víctima a un agresivo interrogatorio, ello bajo el argumento de que estos principios constituyen garantías inalterables para asegurar un juicio justo para el acusado.²⁸

Por otro lado, en aquellos casos en que se enjuicia por homicidio a mujeres víctimas de violencia que mataron a sus agresores, las normas probatorias dificultan la posibilidad de que estas mujeres puedan presentar evidencia que razonablemente podría explicar su accionar como una legítima defensa. La respuesta a esta dificultad, que resulta altamente insatisfactoria, ha consistido en promover la admisión de prueba pericial respecto del consabido estado de desamparo en que se encontraba la mujer maltratada. Esta respuesta no sólo perpetúa el desempoderamiento de la mujer —el perito es quien tiene que hablar por ella, a ella no se le permite hablar por sí misma—, sino que además no representa la verdadera naturaleza de su situación. La mayoría de las mujeres maltratadas que matan, son supervivientes activas, que buscaron ayuda sin éxito e intentaron abandonar su relación en repetidas ocasiones. Sin embargo, en lugar de brindar a las mujeres una oportunidad para exponer el contexto en que se desarrolló su accionar, las normas probatorias han acogido las explicaciones relacionadas con el Síndrome de la Mujer Golpeada, un estado patológico que presenta a ciertas mujeres que han matado a sus parejas como locas en lugar de homicidas.²⁹

Los procedimientos legales creados para dar respuesta a los casos de abuso sexual han adoptado un abordaje mucho más prometedor en lo que refiere a posibilitar que las historias de las mujeres sean oídas. Desde que se creó la acción civil por acoso sexual, se ubicó a la demandante en el centro del caso, en lugar de relegarla al mero rol de testigo de la fiscalía. Por otra parte se aplica el estándar de prueba del derecho civil, que es el de la evaluación de las probabilidades. Los casos son juzgados por tribunales especializados en discriminación (si bien esto ha

²⁵ NSW Department for Women (1996); Heenan y McKelvie (1997).

²⁶ Véase, por ejemplo, NSW Department for Women (1996); Heenan y McKelvie (1997); Kaspiew (1995); Young (1998); Temkin (2000).

²⁷ NSW Department for Women (1996).

²⁸ Hunter (1996); véase también Easteal (1998).

²⁹ Véase, por ejemplo, Stubbs y Tolmie (1999); Threadgold (1997).

sido modificado en el ámbito federal), y dichos tribunales no se encuentran atados a las normas probatorias. Incluso, a diferencia de lo que suele ocurrir en los casos de violación donde el índice de condenas es bajo, las demandas por acoso sexual casi siempre resultan exitosas. Aún así, mis investigaciones respecto del procedimiento que rige en las acciones por acoso sexual han evidenciado graves problemas en la implementación del derecho a ser oído y en la forma en que opera el régimen probatorio, lo que resulta en un verdadero costo material y psicológico que las demandantes cuyas acciones resultaron exitosas debieron afrontar.³⁰

Mis investigaciones incluyeron la observación de una cantidad de casos de acoso sexual sustanciados por el Tribunal Anti-Discriminación de Victoria,³¹ así como entrevistas con los procuradores y abogados que llevaron casos ante el Tribunal. Las versiones acerca de la forma en que anteriormente trabajaban los tribunales insinuaban que a pesar del mandato legal de realizar procesos justos e informales, los tribunales tendían a mantener procesos formales y adversariales, así como a seguir las principales normas probatorias. Ello, en parte porque estaban compuestos por abogados y, en parte, porque sus decisiones se encontraban sujetas a revisión por parte de la Corte Suprema Estatal o la justicia federal, lo que creó un fuerte incentivo para mantener las prácticas legales tradicionales.³² Mis investigaciones confirmaron estas presunciones. Sin embargo, eso no fue lo más preocupante.

La característica más sobresaliente de las audiencias de acoso sexual en las que estuve presente fue su duración, que resultó sustancialmente mayor a la duración media de las audiencias en otros juicios. De los seis procesos que presencié, el más breve se prolongó por cinco días, mientras que el más largo duró cuarenta y cinco. En contraste, ocho casos controvertidos de derecho de familia, que observé como parte del mismo proyecto, tuvieron una duración media de sólo tres días y medio. En los casos de acoso sexual, los testimonios de las víctimas tuvieron una duración promedio de más de cuatro días, comparados con los resultados de un estudio realizado en forma contemporánea en Victoria, de donde surgió que la duración promedio del testimonio de las víctimas de violación es de tres horas.³³ De hecho, en uno de los casos de acoso sexual que observé, los hechos habían sido ventilados anteriormente en un juicio por violación en la Corte del Condado. En el juicio por violación el testimonio de la víctima había tomado tres días del total de los cinco días que había durado el juicio. Sin embargo, en el juicio por acoso sexual, el testimonio de la víctima se prolongó por ocho de los once días que duró el

³⁰ Véase Hunter (2000), p. 105.

³¹ Anteriormente, Equal Opportunity Board (1977-1995); desde 1998 hasta la actualidad, Anti-Discrimination List of the Victorian Civil and Administrative Tribunal.

³² Thornton (1990); Bailey y Devereaux (1998), p. 292.

³³ Heenan y McKelvie (1997), pp. 206-207, 245. Un hallazgo similar fue informado en NSW Department for Women (1996).

juicio, antes de ser suspendido y, luego, conciliado. Estos largos procedimientos deben ser analizados a la luz de la circunstancia de que el Tribunal Anti-Discriminación fue concebido como una jurisdicción “libre de costos”, entendiéndose por esto que corresponde a cada parte afrontar sus propios gastos. Así, aun cuando una víctima resulte vencedora, debería recibir una significativa indemnización en concepto de reparación por daños, para que le quede algo de dinero para sí misma luego de haber pagado a su abogado.

Una de las razones que explica la extensa duración de las audiencias por acoso sexual reside en que varios de estos casos comprendían una serie de incidentes de acoso, y correspondía analizar minuciosamente cada uno de estos incidentes. No existe todavía un marco probatorio dirigido a establecer la existencia de un patrón de conducta y una práctica de acoso (o lo que Stanley y Wise denominan con el término del “acoso por goteo”³⁴) en lugar de particularizar cada incidente mencionado en la demanda. Dado que la reacción inicial de la mayoría de las mujeres frente a una situación de acoso es pretender que no está sucediendo, resulta poco común que las víctimas de acoso lleven registros detallados de los incidentes ocurridos con el propósito de ir preconstituyendo evidencia. Así, el interrogatorio se enfoca en su capacidad para recordar fechas, horas, secuencias de hechos, palabras y gestos, la que, inevitablemente, será imperfecta. Lo que es más, la atomización de los incidentes en el momento del interrogatorio impide que la víctima logre apreciar su efecto acumulativo al momento de prestar testimonio.

En segundo lugar, observé que se destinó una gran cantidad de tiempo a cuestionar a las demandantes acerca de los motivos que las habían llevado a presentar el caso, y sobre la existencia de otras posibles causas que explicaran el daño psicológico que las demandantes alegaban haber sufrido. En este contexto, las demandantes no estaban protegidas de la incorporación de prueba relativa a su historia sexual previa, ni tampoco de otra amplia gama de interrogatorios embarazosos acerca de su vida y de sus relaciones personales.

En tercer lugar, noté que los abogados de los demandados explotaron de varias formas la falta de claridad acerca de si correspondía y, en ese caso, cómo correspondía, aplicar las normas de prueba en los casos sustanciados ante el Tribunal Anti-Discriminación. Prácticamente, se objetó la introducción de cada elemento de prueba cuya admisión pudiera ser en algún modo cuestionable bajo la más estricta interpretación de las normas de prueba. Esto resultó en largas discusiones acerca de cuestiones de prueba, forzando al Tribunal a decidir, en primer lugar, si la norma de prueba resultaba aplicable al procedimiento que se estaba sustanciando y, luego, cómo se debía aplicar dicha norma en relación al elemento de prueba cuya admisión había sido objetada. Las objeciones acerca de la admisión de pruebas

³⁴ Wise y Stanley (1987), p. 114.

fueron utilizadas estratégicamente para impedir la admisión de información contextual que hubiera ayudado a dar sentido lógico a la versión de las demandantes, para hostigar a los testigos, intimidar o distraer a los abogados de la otra parte, desafiar la autoridad del Tribunal, y, en general, para prolongar el tiempo de duración de las audiencias.

Mis observaciones me llevaron a concluir que la supuesta dispensa de aplicar las normas probatorias en este tipo de procedimientos no constituye una solución. Más bien, se deberían diseñar normas de prueba dirigidas a complementar el tipo de acción que sustancian estos Tribunales y promover el fin último de la legislación anti-discriminación que aplican.³⁵ Hasta la fecha, el único contexto en que esto ha ocurrido, al menos parcialmente, es en relación con los reclamos sobre tierras aborígenes.

4. Discriminación de género en los procedimientos

Más allá de las normas de prueba, existen elementos hostiles en los procesos legales que también actúan como obstáculos, y se han realizado escasos esfuerzos por diseñar procedimientos que puedan facilitar la sustanciación de los reclamos de las mujeres. Cuando, en 1972 la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Commonwealth estableció el principio de igual paga por trabajo de igual valor, se sobreentendía que el procedimiento apropiado para realizar un reclamo bajo dicho principio era el de efectuar el ejercicio que tradicionalmente se utiliza en la industria para determinar el valor del trabajo. Se ha demostrado que estos ejercicios no resultan neutros respecto del género y subvalúan los rasgos propios de los trabajos que típicamente realizan las mujeres.³⁶ Además, su realización insume una gran cantidad de tiempo y de recursos humanos, y suelen ser objeto de impugnaciones. En el período 1972–1975 la fijación del salario se descentralizó y los sindicatos concentraron sus esfuerzos en obtener un aumento general del salario de todos sus afiliados, desatendiendo los reclamos por la igualdad salarial de las mujeres. Como consecuencia, en esa época se realizaron escasos ejercicios de determinación del valor de trabajo y la mayoría de las supuestas aplicaciones del principio de igual paga por trabajo de igual valor fueron concluidas con consentimiento de los sindicatos, aunque las empleadas mujeres simplemente fueron incorporadas en el nivel más bajo de la escala salarial que previamente se aplicaba a los trabajadores varones.³⁷ Así, la Comisión de Investigación sobre Igualdad de Salario de New

³⁵ Hunter, (2000), pp. 124-126.

³⁶ Industrial Relations Commission NSW (1998), vol II, pp. 201, 246-247, 253-256.

³⁷ Short (1986), pp 324-325; O'Donnell y Golder (1986).

South Wales concluyó que una de las razones por las que en la actualidad persiste la inequidad de género en el salario es que el principio de igual salario por trabajo de igual valor nunca fue correctamente aplicado para ocupaciones predominantemente femeninas.³⁸

La Investigación sobre Igualdad de Salario identificó la necesidad de adoptar un nuevo principio para abordar la continua subvaluación del trabajo femenino. Este principio fue adoptado por la Comisión de Relaciones Industriales de New South Wales.³⁹ No obstante ello, el procedimiento para implementar esta regla continúa presentando problemas. En particular, requiere –una vez más– un detallado (si no discriminatorio) análisis del valor del trabajo, junto con una abarcadora historia de la ocupación y de los principales premios y fluctuaciones en sus índices salariales. Nuevamente, este ejercicio insume una gran cantidad de tiempo y de recursos humanos, a lo que se suma la circunstancia de que no todos los sindicatos tendrán los recursos o el compromiso necesarios para llevar adelante una reivindicación salarial de esta naturaleza.⁴⁰ La Coalición Nacional por la Igualdad del Salario propuso que la Comisión de Relaciones Industriales creara una unidad de investigaciones para elaborar casos de estudio con el fin de indagar sobre la subvaluación del trabajo femenino; sin embargo, esta sugerencia no fue adoptada.

Como demuestra la historia de la implementación del principio de igual salario por trabajo de igual valor, y como se desarrollará con mayor profundidad en la sección sobre resolución alternativa de conflictos, los obstáculos en el acceso a estos procedimientos operan como incentivos para que aquellos que poseen recursos limitados acepten menos de lo que tienen derecho, en lugar de buscar mejores resultados por medio de un litigio, que implica mayores costos. Siendo que el consentimiento constituye la característica distintiva del sujeto liberal autónomo, lo cierto es que las Cortes, en general, se encuentran dispuestas a aprobar los acuerdos consentidos sin indagar la pertinencia o la justicia de los mismos. En mis investigaciones sobre órdenes de protección dictadas en casos de violencia doméstica identifiqué casos en que el consentimiento de la víctima resultaba cuestionable y,

³⁸ Industrial Relations Commission NSW (1998), pp. 45-46.

³⁹ *Re Equal Remuneration Principle* (2000). NSWIRComm 113. De modo similar, la subsiguiente Queensland Pay Equity Inquiry también recomendó enmiendas legislativas y la adopción de un nuevo principio de remuneración equitativa: véase Queensland Industrial Relations Commission (2001). Las enmiendas a la Ley de Relaciones Industriales de 1999 se aprobaron en diciembre de 2001. Sin embargo, la Ley no entró en vigencia hasta el 1 de mayo de 2002. La Comisión de Relaciones Industriales todavía no ha actuado sobre la base de la recomendación a fin de establecer un nuevo principio.

⁴⁰ El único caso en curso hasta la fecha de conformidad con los Principios Equitativos de Remuneración de NSW ha sido en nombre de los bibliotecarios públicos, quienes fueron objeto de uno de los estudios de caso en la consulta de equidad en el pago de salarios: *Re Crown Librarians, Library Officers and Archivists Award Proceedings - Application under the Equal Remuneration Principle* (2002).

sin embargo, los acuerdos fueron homologados por los juzgados sin mayores indagaciones.

En la actualidad, los juzgados tramitan miles de solicitudes de órdenes de protección al año sin haber recibido recursos adicionales que les permitan responder a estas solicitudes. En consecuencia, el imperativo que rige para estos juzgados es el de concluir los casos lo más rápido posible. La práctica en Victoria, donde conduje mis observaciones,⁴¹ era la de emitir resoluciones interinas *inaudita* parte, otorgando a la parte demandada un plazo de entre dos semanas y un mes para refutar dichas resoluciones: en el caso que no lo hiciera las resoluciones devenían finales. De hecho, la mayoría de los demandados no se presentaron a rebatir las resoluciones, las que expeditivamente se convirtieron en resoluciones finales. Si el acusado se presentaba, personal del juzgado le explicaba las opciones disponibles: por un lado, podía rebatir la resolución lo que insumiría gran cantidad de tiempo, requeriría esperar en la Corte hasta que se establezca la fecha para una audiencia, podría necesitar testigos, y sería aconsejable que se presentase con la asistencia de un abogado. Por otro lado, podía consentir la resolución dictada en su contra y, por último, podía consentir la resolución sin reconocer los hechos alegados. Si el acusado insistía al personal del juzgado en que deseaba rebatir la resolución, en la audiencia el magistrado le brindaba el mismo menú de opciones, utilizando mayor nivel de persuasión al momento de explicarle el porqué una refutación resultaría desagradable mientras que un consentimiento resultaría mejor para todos. No me resultó sorprendente que la mayoría de los acusados aceptaran la opción de consentir la resolución sin reconocer los hechos alegados.

Este resultado otorgaba evidentes beneficios tanto para el juzgado como para la demandante, quien obtenía una orden de protección ejecutable sin tener que atravesar una traumática audiencia en que se controvirtieran los hechos del caso. Pero al mismo tiempo, se sacrificaban importantes intereses tanto personales como públicos. En primer lugar, una de las características usuales de las órdenes consentidas implica que ambas partes consientan la orden en cuestión. Sin embargo, en estos casos, los demandados y los juzgados eran quienes otorgaban su consentimiento a la orden, sin hacer alusión a la demandante. En ningún momento se les preguntó a las demandantes si ellas querían que el caso fuera llevado a audiencia. Tampoco se les preguntó si se encontraban satisfechas con la circunstancia de que a los demandados se les permitiera consentir las órdenes sin tener que reconocer los hechos presentados ante el juzgado. Se las trató como si su opinión fuese irrelevante; lo que, en un punto, implicaba que el juzgado replicaba el maltrato que habían recibido como víctimas de violencia doméstica. En segundo lugar, la repetida aceptación del desconocimiento que los demandados hacían de los he-

⁴¹ Véase Hunter (1999), p. 59.

chos significó la imposibilidad de obtener una ratificación institucional de las historias de abuso relatadas por las mujeres víctimas de violencia doméstica, resultando en la ausencia de una condena legal y pública de los comportamientos abusivos denunciados, y en un fracaso en responsabilizar a los hombres violentos por sus acciones. En realidad, el efecto de este resultado fue el de reforzar, de manera sutil, el mito de que las mujeres inventan historias de abusos.

Esto resultó claramente visible en algunos de los casos de derecho de familia que observé. En efecto, los antecedentes de violencia tienden a adquirir relevancia en las audiencias por asuntos de tenencia de los hijos, que se tramitan ante los tribunales de familia. En aquellos casos en que se había emitido una orden de protección, la orden se tomaba en cuenta en el expediente sobre tenencia. Sin embargo, en los casos en que las órdenes habían sido consentidas sin admisión de hechos, las denuncias de violencia doméstica tendían a ser descartadas.

Otro factor relacionado con el procedimiento, pero que resulta aún más sutil, reside en la forma y la actitud con que los funcionarios responsables de tomar decisiones en los casos se dirigen hacia los litigantes y la naturaleza de sus pretensiones. Mis investigaciones sobre los procedimientos para la emisión de órdenes de protección en casos de violencia doméstica arrojaron algunos hallazgos acerca de la forma en que los jueces abordan estos casos. Remitiéndome a la tipología de estilos jurídicos desarrollados por el investigador americano James Ptacek, hallé que en más de la mitad de los casos de violencia doméstica que observé (55%) el juez manejó el caso en una manera “burocrática”. Esto es, el magistrado permaneció pasivo, distante y sin evidenciar emoción alguna, presentando poca empatía hacia la demandante, tendiendo a enfocarse más en la documentación que en la mujer que se hallaba frente a él o ella, manejando los asuntos de manera rutinaria, formal e impersonal, haciendo pocas preguntas, sin explicar nada, y resolviendo los casos luego de realizar lo que usualmente parecieron ser breves audiencias.⁴² La burocratización de los procedimientos de violencia doméstica es un indicador, como sugerí anteriormente, de las presiones que el tiempo ejerce sobre los jueces, pero también tiende a reforzar la falta de atención por parte de las instituciones hacia aspectos puntuales que se relacionan con las cuestiones de la violencia doméstica y la seguridad de la mujer.

En segundo lugar, los jueces adoptaron una actitud diferente en los casos en que las demandantes se presentaban con representación legal. En esos casos, los jueces se inclinaban por ser más bondadosos, educados, respetuosos, preocupados por la seguridad de las mujeres, serviciales en la derivación a otros servicios de apoyo, y tomaban en serio el reclamo; en cambio, tendían a comportarse de manera burocrática en su trato con las demandantes que se presentaban sin repre-

⁴² Ptacek (1999), p. 101.

sentación letrada. Tendían a ser más burocráticos con los demandantes angloparlantes, en tanto que con los no angloparlantes era más probable que fueran más bondadosos o condescendientes y paternalistas. En otras palabras, las demandantes no angloparlantes recibían, de una u otra manera, un “trato especial”. Finalmente, aunque la actitud condescendiente y paternalista se presentó de manera relativamente infrecuente, en general se pudo detectar en casos en que se solicitaba que los jueces dictaran órdenes interinas de protección *inaudita* parte. En ese marco, se tendería a esperar que aquellas demandantes que recibieron una actitud condescendiente o paternalista por parte de los jueces durante su primera visita a la corte, se vieran disuadidas de volver a presentarse.

Las mujeres que concurren a la justicia para solicitar una orden de protección se encuentran advertidas de tales circunstancias desde el primer momento. Existe un mito de que las mujeres fácilmente buscan obtener órdenes de protección fundadas en la existencia de violencia doméstica para propósitos ilegítimos, tales como obtener ventaja en procesos de derecho de familia relacionados con la tenencia de sus hijos.⁴³ Este mito se basa en la suposición de que para las víctimas de violencia doméstica ingresar a un tribunal resulta tan sencillo como ingresar al supermercado. La evidencia empírica demuestra lo contrario: las mujeres se sienten apabulladas ante la idea de tener que asistir a la corte, y sólo solicitan órdenes de protección luego de haber sufrido una prolongada escalada de violencia en el transcurso de un considerable período tiempo.⁴⁴

Justamente, estoy emprendiendo junto con Beth Gaze de la Escuela de Derecho de Monash, una investigación financiada por el Consejo de Investigaciones de Australia sobre la relación entre procedimientos y acceso a la justicia. Las demandas fundadas en la Ley Federal contra la Discriminación Racial de 1975, la Ley contra la Discriminación Sexual de 1984, y la Ley contra la Discriminación hacia las Personas Discapacitadas de 1992, se sustentaban ante la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, un tribunal especializado que, al menos en teoría, funciona de manera informal y gratuita. Sin embargo, en 1995 en el caso *Brandy c. Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades*,⁴⁵ la Alta Corte sostuvo que, dado que la Comisión no era una corte prevista en la Constitución, no se le podían otorgar facultades para emitir decisiones vinculantes. La solución fue transferir la competencia para decidir estos casos de derechos humanos a las Cortes Federales, órganos juzgadores formales, no especializados, en que las costas se imponen al vencido. Posteriormente, se constituyó la Corte

⁴³ Véase Melville y Hunter (2001).

⁴⁴ Stubbs y Powell (1989), p. 43; Wearing (1996), p. 133; Trimboli y Bonney (1997); véase además, Hunter y Stubbs (1999), p. 13.

⁴⁵ *Brandy v HREOC* (1995) 183 CLR 245.

Federal de Primera Instancia como un fuero alternativo para la presentación de estos casos.

Las investigaciones están intentando determinar los efectos que tuvo el cambio de procedimiento en la sustanciación de estos casos particulares en la toma de decisiones por parte de los litigantes, y los potenciales litigantes, respecto de si conciliar los casos o seguir adelante sometiéndolos a decisión del tribunal. Varios defensores de derechos humanos cuestionaron los nuevos procedimientos aduciendo que disuaden a los reclamantes de judicializar sus reclamos y, por lo tanto, también debilita su posición en las negociaciones para conciliar sus casos.⁴⁶ Sus posibilidades de éxito también podrían verse disminuidas por el hecho de que, a lo largo de los años, las cortes han demostrado poco interés por los objetivos de la legislación anti-discriminación y los demandantes que fundan sus reclamos en estas normas.⁴⁷ Dado que la investigación se encuentra en curso, todavía no se ha abarcado esta área de investigación en toda su dimensión. Lo cierto es que sin procedimientos accesibles, las promesas legales no pueden realizarse. Sin embargo, los estudios académicos han dedicado escasa atención a analizar el grado real de efectividad de los procedimientos y a diseñar procesos más efectivos.

5. Resolución alternativa de conflictos

La principal reforma procedimental de las décadas de los 80 y 90 se tradujo en la inmensa explosión de popularidad y disponibilidad de los métodos alternativos de resolución de conflictos, sea en su aplicación por parte de la justicia, entes administrativos u organizaciones comunitarias. El análisis feminista de los métodos alternativos de resolución de conflictos ha tendido a ser más bien teórico, antes que sociolegal.⁴⁸ No obstante ello, he realizado dos proyectos de investigación empírica en esta área, uno de ellos sobre conciliación en casos de discriminación por sexo y el otro sobre conciliaciones implementadas por servicios de asistencia jurídica gratuita en casos de derecho de familia. Ambas investigaciones han probado que los métodos alternativos de resolución de conflictos también funcionan como mecanismos de “protección de fronteras” que restringen el acceso a la justicia.

Bajo la legislación antidiscriminatoria australiana, los reclamos por casos de discriminación deben presentarse, en primer lugar, ante un organismo administrativo –estatal o federal– que realiza una investigación e intenta resolver el conflicto a través de una conciliación. En consecuencia, en la práctica la conciliación es una

⁴⁶ Véase, por ejemplo, Offenberger y Banks (2000), p. 6; Gaze (2000).

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Rowe (1986); Thornton (Nota 30, pp. 198-206, 211-16); Hunter (1998).

⁴⁸ Por ejemplo, Menkel-Meadow (1984), p. 31; Bottomley (1985); Grillo (1991); Mack (1995).

instancia obligatoria para los casos de discriminación. Si bien los organismos administrativos poseen facultades para descartar la conciliación cuando consideran que no es conducente para la resolución del caso, lo cierto es que muy pocas veces han asumido esta postura. La mayoría de las denuncias sustanciadas por estos organismos terminan siendo, de hecho, retiradas o cerradas en el proceso conciliatorio. Así, la mayor parte de las acciones realizadas en el marco de la legislación antidiscriminación se resuelven fuera del ámbito público, por medio de acuerdos privados y confidenciales, cuyos resultados sólo son conocidos por las partes.

Esta circunstancia me generó una serie de preguntas. ¿Cómo llevan adelante las conciliaciones los organismos administrativos? ¿Qué clase de resultados se obtienen? ¿Cuál es la calidad de los acuerdos conciliatorios que obtienen los denunciantes? ¿Acaso los acuerdos conciliatorios promueven el interés público en la eliminación de la discriminación? ¿Cómo se puede fomentar el uso de los mecanismos previstos en la legislación antidiscriminación si el público en general no conoce cuáles son los resultados de su aplicación? Pues bien, estos interrogantes sentaron las bases para la primera parte de la investigación empírica que concluí, conjuntamente con Alice Leonard de la Comisión Británica de Igualdad de Oportunidades, sobre el resultado de la conciliación en casos de discriminación por razones de sexo.⁴⁹

La investigación comprendió el análisis de denuncias de discriminación sexual presentadas ante dos organismos estatales y de la Oficina en Sidney de la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, así como entrevistas a conciliadores y a un reducido número de denunciantes. Descubrimos que la mayoría de las mujeres que invocaron la legislación antidiscriminación denunciando casos de discriminación sexual, lo hicieron con relación a empleos calificados, ocupados por profesionales y por cargos directivos; que el proceso conciliatorio demoró un tiempo considerable (en promedio, entre 6 y 12 meses); y que la mayoría de las denunciantes no recibió nada como consecuencia del proceso conciliatorio. En los pocos casos en los que se obtuvo un acuerdo conciliatorio, los resultados más comunes fueron el ofrecimiento de una disculpa a la denunciante, el pago de una indemnización, o el cambio de alguna política. Cada uno de estos resultados se registró en aproximadamente 30% de los casos analizados: los montos acordados en concepto de compensación por daños fueron muy pequeños. Cuando comparamos los resultados de estos acuerdos conciliatorios con las primeras pretensiones y ofertas con que se había iniciado el proceso de conciliación encontramos que los denunciados lograron cerrar un acuerdo conciliatorio idéntico, o sustancialmente idéntico, a su oferta inicial en casi el doble de oportunidades respecto del logro de

⁴⁹ Véase Hunter y Leonard (1995); Hunter y Leonard (1997).

las demandantes en obtener un acuerdo conciliatorio idéntico a sus pretensiones iniciales. Este hallazgo refleja, claramente, la existencia de un desequilibrio de poder entre las dos partes, que el proceso de conciliación no logra compensar.⁵⁰

También identificamos una categoría de casos sistémicos, en los que las demandantes denunciaban políticas o prácticas discriminatorias que afectan o pueden afectar a otras personas, además de ellas mismas. Nuevamente, en menos de la mitad de estos casos sistémicos se obtuvo un acuerdo conciliatorio, y los casos en que sí se obtuvo acuerdo no siempre incluyeron la obligación de cambiar la política o la práctica que motivó la denuncia. Las posibilidades de que esto ocurriera estaba supeditada al abordaje específico de cada organismo actuante respecto del proceso conciliatorio. Encontramos amplias variaciones en los abordajes de los tres entes, que abarcaron desde la activa prosecución de los objetivos de la legislación antidiscriminación hasta adoptar una actitud pasiva, dejando el resultado de la conciliación en manos de las partes. Cabe aclarar que el ente que asumió el abordaje más activo fue el más efectivo en asegurar resultados en casos sistémicos, maximizando el impacto estratégico de la legislación antidiscriminación.

Esta investigación demostró la dualidad que existe entre el fondo y las formas establecidas por la legislación antidiscriminación. El énfasis procedimental puesto en el mecanismo de conciliación significó que los entes midieran su “éxito” en términos de su capacidad para cerrar casos sin audiencias públicas, una medida burocrática que opaca las cuestiones sustantivas involucradas en los casos. Sin embargo, los objetivos de la legislación, que comprenden la eliminación de la discriminación y la reparación a las víctimas de discriminación, no fueron completamente alcanzados por medio de los procesos de conciliación. La investigación contribuyó a que algunos entes introdujeran cambios en la forma en que abordan las conciliaciones y en una mayor difusión de los resultados obtenidos en los casos conciliados.⁵¹ No obstante ello, continúa predominando la noción de que todos los casos deberían ser conciliados.

Recientemente, un equipo de investigación de la Universidad de Griffith y del Centro de Investigaciones de Justicia de Sidney emprendió una evaluación de los distintos programas de resolución primaria de conflictos que implementan los servicios de asistencia jurídica estatales y territoriales. En el campo del derecho de familia, el término “resolución primaria de conflictos” se utiliza en lugar de “resolución alternativa de conflictos” para destacar la política legislativa por la cual las soluciones consensuales deberían ser el modo primordial de resolución de disputas, con la resolución judicial como último recurso. Los lineamientos para la admisión y el fi-

⁵⁰ Véase, además, Young (1997), pp. 50-51; Chapman y Mason (1999).

⁵¹ De mayor notoriedad, la información sobre acuerdos conciliados está ahora incluida en el sitio de la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades <<http://www.hreoc.gov.au>>.

nanciamiento de casos de derecho de familia por parte de los servicios de asistencia legal gratuitos del *Commonwealth* también ponen considerable énfasis en la resolución primaria de conflictos. En particular, dichos lineamientos requieren que, salvo circunstancias excepcionales, los solicitantes hayan intentado resolver sus conflictos por medio de la resolución primaria de conflictos antes de resultar elegibles para recibir asistencia legal gratuita para presentarse ante los tribunales de familia. Existen diversos mecanismos de resolución primaria de conflictos, incluyendo el servicio de orientación de los tribunales de familia y programas de mediación implementados por los mismos tribunales o por organizaciones comunitarias. Consciente del ahorro de gastos que implica la resolución de casos de derecho de familia fuera de los tribunales, el servicio de asistencia legal gratuita también ha desarrollado su propio servicio de resolución primaria de conflictos, que consiste en una instancia de mediación y es conocido como *legal aid conferencing* o “audiencia conciliatoria”.⁵²

Esta audiencia conciliatoria se diferencia de la mediación ordinaria en el hecho de que, además de las partes, los abogados de las partes también pueden participar del proceso. Las partes que reciben asistencia gratuita de los servicios de asistencia legal pueden participar en una audiencia conciliatoria —y generalmente son forzadas a ello— como condición para recibir la asistencia. La audiencia conciliatoria puede realizarse en cualquier momento del proceso, pero la forma más controversial es la realización de una audiencia conciliatoria antes del inicio de los procesos judiciales, con el objetivo de evitar la judicialización del conflicto.

La realización de estas audiencias conciliatorias en forma previa al proceso resulta polémica por tres razones. Principalmente, la audiencia tiene la doble función de intentar lograr un acuerdo para resolver el conflicto, y si dicho acuerdo no se puede lograr, evaluar los méritos de las posiciones de cada parte para determinar si recibirán asistencia legal gratuita. Esta segunda función opera ejerciendo una sutil presión sobre las partes para que actúen de manera razonable, y engendra el miedo de que si no llegaran a un acuerdo se verían presumiblemente irrazonables a los ojos del servicio de asistencia, y por ende, no merecedores de asistencia legal adicional en la etapa de litigio. En segundo lugar, en las jurisdicciones donde se han adoptado las audiencias conciliatorias, la mayor parte de los fondos disponibles de los servicios de asistencia jurídica se destinan a estas audiencias conciliatorias, lo que genera una presión mucho más sutil para llegar a un acuerdo, puesto que los servicios poseen financiamiento muy limitado para brindar asistencia en la etapa de litigio. El argumento de la Comisión del Servicio de Asistencia

⁵² Nota de la Traductora: el término *legal aid conferencing* se refiere a una particular audiencia de conciliación prevista en las normas que regulan el acceso a asistencia jurídica gratuita en Australia. A los efectos de la traducción, nos referiremos a ésta como “audiencia conciliatoria”.

Jurídica es que esta estrategia les permite asistir muchos más casos de los que podrían si se concentraran en la etapa de litigio. Este argumento asume que las audiencias conciliatorias constituyen un sustituto adecuado del litigio. Esta premisa resulta, como mínima, discutible y abierta a numerosos interrogantes. En tercer lugar, la temprana realización de una audiencia conciliatoria resulta polémica por la forma en que aborda, u omite abordar, las alegaciones de violencia doméstica y abuso de menores.

Numerosos estudios teóricos y un reducido número de estudios empíricos sostienen que aquellas mujeres que temen por su propia seguridad o la de sus hijos no se encuentran en condiciones de negociar con sus ex parejas, que son justamente, los que les provocan dichos miedos.⁵³ El proceso de resolución alternativa de conflictos simplemente perpetúa el abuso. Sin embargo, los lineamientos para la admisión y el financiamiento de casos de derecho de familia por parte de los servicios de asistencia legal del *Commonwealth* no excluye de manera expresa, la derivación de casos que involucran una historia de violencia, al área de resolución primaria de conflictos. También descubrimos que, a pesar de la supuesta existencia de mecanismos de monitoreo, los casos que involucraban alegaciones de violencia y abuso de niños fueron rutinariamente sometidos a las audiencias conciliatorias. Quienes defienden el uso de las audiencias conciliatorias justifican esta circunstancia con alguno de los siguientes argumentos: algunos afirman que la audiencia conciliatoria efectivamente brinda una instancia mejor que el litigio judicial para las víctimas de violencia; otros ofrecen el curioso argumento según el cual, si los casos que involucran violencia y abuso son descartados, difícilmente quedarían casos elegibles para tratar en las audiencias conciliatorias.

Además, descubrimos un serio problema estructural en el tratamiento de los casos de violencia. Las audiencias conciliatorias se realizan en una etapa temprana en el planteo del conflicto de derecho de familia. El financiamiento que reciben los abogados tan sólo les habilita a disponer de una limitada cantidad de tiempo de preparación con sus clientes. En consecuencia, la audiencia conciliatoria se realiza sobre la base de información mínima y con la atención concentrada en lograr un acuerdo de partes para cerrar el caso. En este contexto, las alegaciones de violencia y abuso de niños son tomadas como no más que eso: simples alegaciones. No han existido oportunidades de acreditar en modo alguno la veracidad de estas alegaciones (ni existirán nunca), y por ende son descartadas rápidamente.

A fin de corroborar las distintas versiones acerca del valor de las audiencias conciliatorias, nuestra investigación incluyó un estudio sistemático de clientes y abogados que participaron de ellas. Alrededor de tres cuartos de los clientes entre-

⁵³ Véase, por ejemplo, Astor (1994), p. 147; Astor (1995), p. 174; Young (1996); Sheehan y Smyth (2000).

vistados manifestaron encontrarse satisfechos o muy satisfechos con el resultado de su audiencia conciliatoria, al que consideraban justo o muy justo. Sin embargo, el estudio evidenció claramente que las salvaguardas supuestamente erigidas para proteger a las víctimas de violencia no cumplieron su función. Casi 60% de los clientes de audiencias conciliatorias dijeron haber sufrido violencia o haber sido amenazados con violencia por sus ex parejas, y más de un cuarto sostuvo que sus ex parejas habían abusado o amenazado con abusar de sus hijos. Una porción significativa de estos clientes no había mencionado estos episodios de violencia, o sólo lo había hecho de manera superficial, en sus conversaciones con el mediador que intervino en la audiencia conciliatoria, aun cuando se encontraban más propensos a discutir estas cuestiones con sus abogados.

Se supone que los clientes concurren a las audiencias conciliatorias con representación legal justamente para compensar los desequilibrios de poder entre las partes. Pero, frecuentemente, los abogados demuestran escasa comprensión de las necesidades de los clientes que se han visto sometidos a episodios de violencia, y no siempre tratan con el mediador de la audiencia conciliatoria la cuestión del potencial impacto de la violencia en los procesos de la audiencia y en sus resultados. Las clientas mujeres resultaron ser más propensas que los clientes varones a sentir que la violencia o el abuso en su relación con la contraparte habían afectado el proceso de la audiencia conciliatoria o sus resultados.

Otro mecanismo diseñado para resguardar a las víctimas de violencia y brindarles la posibilidad de sentirse seguras y libres para negociar son las *shuttle conferences* o “audiencias separadas”, en las que las partes entran y salen el edificio por separado, y permanecen en cuartos diferentes durante el transcurso de la audiencia, mientras que la persona que dirige la audiencia se traslada entre los lugares donde se encuentran las partes.⁵⁴ Sin embargo, aquellas mujeres que habían participado en audiencias separadas se mostraron sustancialmente menos positivas acerca del proceso y sus resultados que aquellas mujeres que habían participado en una audiencia conciliatoria cara a cara con la otra parte. Esta circunstancia puede constituir un reflejo de la naturaleza del procedimiento de las audiencias separadas, o bien de la naturaleza misma de la relación que mantenían con la contraparte y que, justamente, resultó en la necesidad de realizar audiencias separadas.

⁵⁴ Las víctimas que han participado en audiencias conciliatorias cara a cara fueron más proclives a sostener (a diferencia de las mujeres que participaron de audiencias separadas) que el mediador no beneficiaba a una parte sobre la otra, que la audiencia conciliatoria ayuda a las partes a solucionar sus problemas, a disentir con que podrían haber recibido un acuerdo más beneficioso a partir de un proceso judicial, a acordar que podrían resolver controversias futuras con sus ex parejas sin ayuda de terceros, a manifestar que el resultado de la audiencia conciliatoria fue justo, y a estar satisfechas con su resultado. No se identificaron diferencias significativas entre las respuestas de los clientes varones sobre estas variables.

En todo caso, lo cierto es que estas audiencias no contribuyeron a aliviar el efecto de la violencia ni produjeron resultados satisfactorios para las mujeres que participaron de ellas.

En general, las mujeres que habían experimentado o habían sufrido amenazas de violencia física, emocional o sexual por parte de sus ex parejas resultaron significativamente más propensas a sentir presiones para llegar a un acuerdo y a sentir que necesitaban más asesoramiento legal antes de llegar a un acuerdo. Adicionalmente, estas mujeres también tendieron significativamente a sentir que el mediador que dirigía la audiencia comprendía menos su versión de la historia. Por otra parte, también se encontraban mucho más temerosas de que sus ex parejas no acataran el acuerdo alcanzado. Así, las audiencias aparecen como un muy pobre sustituto del litigio para este grupo de mujeres.

La conciliación en los casos de discriminación, así como la celebración de audiencias conciliatorias promovidas por los servicios de asistencia legal gratuita, presentan características de lo que el académico sociólogo del derecho norteamericano Marc Galanter ha denominado “informalidad devaluada”.⁵⁵ Los programas de resolución alternativa de conflictos son exitosos cuando funcionan como opciones genuinas a un sistema judicial formal realmente accesible para las partes. Es decir que las partes tienen una verdadera posibilidad de optar entre utilizar una vía alternativa de resolución de conflictos, así como una verdadera posibilidad de decidir si desean llegar a un acuerdo en el marco de la vía elegida. En aquellas circunstancias en que no existe esta posibilidad real de elegir, sea porque la utilización de un método alternativo de resolución de conflictos es obligatoria o porque la alternativa de recurrir al litigio judicial resulta hostil o excesivamente costosa, lo que queda es justicia de segunda clase. La ciudadanía plena del Imperio de la Ley se encuentra resguardada para los ricos y poderosos, mientras que los pobres que buscan ingresar en el Imperio de la Ley son desviados a la Isla de Nauru o Manus para que sus reclamos sean tramitados mediante la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos. Las conclusiones de las dos investigaciones que realizamos recomendaban ampliar el acceso al litigio judicial para casos de discriminación y para casos de derecho de familia en que la relación entre las partes excluye la posibilidad de negociar o en que la evaluación de las alegaciones implicadas requiera investigación fáctica y análisis de pruebas. El resultado de la investigación sobre resolución primaria de conflictos generó que se dispusiera de fondos adicionales para el desarrollo e implementación de un sistema de evaluación de los casos en que corresponde realizar una audiencia conciliatoria. Sin embargo, no está claro aún qué tratamiento recibirán los casos en que no corresponda recurrir a estas audiencias.

⁵⁵ Galanter y Krishnan (2001).

6. Discriminación de género en las políticas de asistencia legal

Si la resolución alternativa de conflictos se asemeja a la denominada “Solución Pacífica”,⁵⁶ la asignación de financiamiento para patrocinio jurídico gratuito que realizan los servicios de asistencia jurídica se asemejan a una visa de protección temporal, concedida luego de un riguroso escrutinio, sujeto a múltiples condiciones, y por una duración de tiempo incierta.

Antes de 1997, los fondos para patrocinio jurídico gratuito se financiaban por medio de los acuerdos celebrados entre el *Commonwealth*, los gobiernos de los estados y los gobiernos territoriales. Este financiamiento era utilizado por las Comisiones de Asistencia Jurídica estatales y territoriales, que otorgaban una evidente prioridad a los casos penales. Esta prioridad implicaba una discriminación de género, dado que la mayoría de los beneficiarios que recibían patrocinio jurídico gratuito eran varones. Las mujeres, por su parte, generalmente resultaban beneficiadas cuando se otorgaban fondos para patrocinio jurídico gratuito de casos de derecho de familia, pero estos casos no eran considerados prioritarios.⁵⁷ A partir del 1 de julio de 1997, se modificaron los acuerdos hasta entonces existentes referidos al financiamiento del patrocinio jurídico, y especificó que en el futuro, los fondos del *Commonwealth* sólo podrían ser utilizados para financiar patrocinio jurídico en aquellos casos que fueran de competencia del *Commonwealth*, esto es, principalmente casos de derecho de familia. Sin embargo, este nuevo énfasis en el financiamiento de patrocinio jurídico de casos de derecho de familia fue acompañado con un recorte del 20% de la totalidad de los fondos del *Commonwealth* destinados a financiamiento de patrocinio jurídico gratuito. En consecuencia, no se produjo un incremento neto en el financiamiento disponible para casos de derecho de familia. A ello se sumaron una serie de lineamientos restrictivos que regulan la clase de asuntos y las circunstancias en las cuales corresponde conceder patrocinio jurídico gratuito en casos individuales. Estos lineamientos establecieron límites sobre la cantidad de financiamiento disponible para cada etapa del proceso, y sobre la cantidad total de asistencia jurídica que se puede destinar a un caso particular. La justificación utilizada para la adopción de estos límites consiste en que los beneficiarios del servicio de patrocinio jurídico gratuito no deberían encontrarse en una

⁵⁶ Nota de la Traductora: el término *Pacific Solution* se refiere a la política migratoria establecida en Australia entre 2001-2007 como respuesta a la gran cantidad de personas que llegaban en barco desde Indonesia en busca del estatus de refugiados. Las personas eran detenidas en alta mar y dirigidas a campos de detención ubicados en las islas de Navidad, Papua Guinea, Manus y Nauru, a la espera de la determinación de su condición migratoria.

⁵⁷ *Office of Legal Aid and Family Services* (1994); *Australian Law Reform Commission* (1994); Graycar y Morgan (1995).

situación ventajosa (mediante el acceso a fondos públicos) en situaciones en las cuales un litigante razonablemente prudente que autofinancia su representación legal no arriesgaría sus limitados recursos propios.⁵⁸

El Centro de Investigación de Justicia emprendió un estudio bajo mi dirección, destinado a comparar los servicios legales recibidos en casos de derecho de familia por litigantes que recibieron patrocinio jurídico gratuito y litigantes que se autofinanciaron,⁵⁹ con el objeto de determinar el efecto de las limitaciones de fondos que se pueden destinar al patrocinio jurídico gratuito de casos particulares. Descubrimos que los clientes con patrocinio jurídico gratuito claramente no se encontraban en una posición de ventaja, pero tampoco se encontraban en una posición de desventaja; esto en relación con los resultados que obtuvieron sus casos y con la calidad de los servicios que recibieron. En lo que sí se encontraban sistemáticamente en una posición de desventaja fue en lo limitado de los recursos disponibles para sus casos, en las restricciones respecto de las cuestiones que estaban autorizados a proseguir, y en los procesos de evaluación y supervisión a los que se debían someter en relación con la asignación de fondos para patrocinio jurídico gratuito.

Los montos de dinero gastados por los servicios de patrocinio jurídico gratuito resultaron sistemáticamente más bajos –hasta 50% más bajos– que las cantidades gastadas por los litigantes que se autofinanciaron en casos similares. Los lineamientos que regulan la forma en que deben utilizarse los fondos destinados a patrocinio jurídico gratuito limitan las materias en las que pueden desempeñarse los profesionales a cargo de cada caso, viéndose impedidos de brindar asistencia en todas las cuestiones que les plantean los beneficiarios del patrocinio jurídico gratuito. Así, podían brindar asistencia en relación con la tenencia de los hijos luego de un divorcio, pero no podían brindar asistencia jurídica para el proceso de división de bienes, alimentos para el cónyuge, alimentos para los hijos, ejecución de sentencias, ni en el proceso mismo de divorcio. Los solicitantes de patrocinio jurídico se enfrentaron a largos y desconcertantes procesos ante la Comisión de Asistencia Legal, al tratamiento inapropiado de casos de violencia familiar, a repentinas finalizaciones del financiamiento de su caso, y a aplicaciones contradictorias de los lineamientos de las Comisiones de Asistencia Legal dentro de y entre las distintas Comisiones, puesto que las Comisiones imponían cupos mensuales o suspendían los financiamientos por determinados períodos para lograr mantenerse dentro de su presupuesto. Además, muchos profesionales habían dejado de tomar casos de patrocinio jurídico gratuito en razón de las bajas tasas de casos que recibían esa

⁵⁸ Véase los acuerdos de asistencia legal celebrados entre el *Commonwealth* y los Estados, en julio 1997, Anexo 3: “Commonwealth guidelines: merits test”.

⁵⁹ Véase Hunter (1999); Hunter, Genovese, Melville y Chrzanowski (2000).

forma de patrocinio y las dificultades para obtener y mantener su financiamiento, por lo que la disponibilidad y opciones de profesionales resultaban restringidas para aquellos cuyos casos podrían resultar elegibles para la asistencia jurídica gratuita.

La mayoría de las personas que resultaban elegibles para recibir patrocinio jurídico gratuito son mujeres. Lejos de garantizar igual acceso a la justicia, los servicios de asistencia legal habilitan a una pequeña proporción de mujeres a obtener representación legal en procesos judiciales, al mismo tiempo que las construye como ciudadanos de segunda clase: colocadas fuera del ideal de autonomía y autosuficiencia, sujetas a un mayor grado de vigilancia y control administrativo, e incapaces de definir sus propias necesidades.⁶⁰

7. Mujeres en la profesión legal

Por último, quisiera referirme a la forma en que opera la discriminación de género en lo que podría ser visto como el brazo administrativo del Imperio de la Ley: la profesión legal. Formalmente, el ingreso en la profesión legal está basado en la capacidad de cada individuo, y en estos días, el acceso a dicha capacidad y a la capacitación se encuentra igualmente accesible tanto para los varones como para las mujeres. Sin embargo, mientras que, al menos en los últimos veinte años, un número significativo de mujeres se ha graduado en las facultades de derecho, lo cierto es que esa cantidad de mujeres graduadas no se ve reflejada en la composición de la práctica profesional. Las mujeres todavía enfrentan obstáculos informales para entrar en la profesión y aquellas que logran entrar, la encuentran mucho menos acogedora, adaptable y compasiva que sus colegas varones, y consecuentemente la abandonan en una proporción mucho mayor que los varones.⁶¹

En 1997, mi colega Helen McKelvie y yo fuimos designadas para realizar una investigación para determinar si existen obstáculos para el ascenso de las mujeres en la Asociación de la Profesión Legal de Victoria.⁶² En aquel entonces en Victoria, 54% de los estudiantes de Derecho, 28% de los procuradores, 16% de los abogados y solamente 5% de los abogados que poseen el rango de *Queen's Counsel* eran mujeres.⁶³ Si bien existían algunos estudios previos al nuestro realizados en

⁶⁰ Véase Brodie (1996), p. 126.

⁶¹ Por ejemplo, Young (1995); Thornton (1996); Sommerlad y Sanderson (1998); Brockman (2001); Shultz y Shaw (2002).

⁶² Véase Hunter y McKelvie (1998); Hunter y McKelvie (1999); Hunter y McKelvie (1999); Hunter (2002).

⁶³ Nota de la Traductora: en Australia, como en el Reino Unido y otros países del Commonwealth, sólo algunos abogados están facultados para argumentar y presentar casos ante los tribunales de jus-

Australia y en el exterior referidos a la experiencia de las mujeres abogadas, solamente existía uno más enfocado en las complejidades y particularidades que presenta el ejercicio independiente de la abogacía.⁶⁴

A través de un largo programa de entrevistas y un análisis de las asistencias a audiencias en la corte, detectamos una multitud de obstáculos para el ascenso de las mujeres en el ejercicio de la profesión legal. Dichos obstáculos no se alojaban en la imaginación de las mujeres. Las mujeres abogadas que entrevistamos no eran menos ambiciosas que sus colegas varones, más bien eran más ambiciosas. Tenían claras aspiraciones de alcanzar una carrera profesional convencional masculina: desarrollar una exitosa práctica profesional en la juventud, luego ser distinguidas con el rango de *Queen's Counsel*, y eventualmente, ser designadas en la judicatura. Sin embargo, las barreras residían en una amplia gama de prácticas cotidianas discriminatorias y excluyentes que caracterizan la cultura del ejercicio de la abogacía, los abordajes para presentar casos a procuradores, clientes y empleados judiciales, los horarios de trabajo de los juzgados, y el comportamiento dentro de la sala de audiencias.

El personaje shakespeariano de Portia continuaba siendo el modelo dominante a seguir para las abogadas mujeres. Es decir, es posible alcanzar cierta medida de éxito actuando como un hombre y adaptándose a la hegemonía masculina de la abogacía: trabajar largas horas, beber con los muchachos, hablar de fútbol, festejar chistes sexistas, y suprimir cualquier tinte de feminidad. En contraste, atender las obligaciones familiares, estar visiblemente embarazada, o (lo peor de todo) afiliarse a la Asociación de Mujeres Abogadas trastornaba el orden de género en la abogacía y afectaba la credibilidad personal de las abogadas. El ejercicio independiente de la abogacía demostró ser un ambiente muy hostil para muchas mujeres. El análisis oficial de por qué la gente dejaba el ejercicio independiente de la abogacía sostenía que estos abandonos se debían a que quienes dejaban la profesión carecían de las destrezas y cualidades necesarias para construir una práctica exitosa. La realidad que resultó en las altas tasas de abandono por parte de las mujeres abogadas fue que les faltaba el incentivo, el apoyo y la impenetrabilidad necesarios para permanecer en la abogacía.

Ciertamente, la exclusión de un número relativamente pequeño de mujeres del acceso a los privilegios y altos ingresos que recibe un grupo elitista dentro de la profesión legal —que en sí ya constituye una élite— no es comparable con la exclusión de miles de mujeres trabajadoras de sueldos y condiciones de trabajo dignas, ni se compara con su exclusión de los servicios legales básicos y del goce de sus

ticia. Se trata de los *Queen's Counsel* o “Abogados de la Reina” (se denominan “del Rey” bajo el reinado de un monarca varón) y deben pasar estrictos procesos de selección.

⁶⁴ Holland y Spencer (1992).

derechos en materia de cuestiones de familia y violencia familiar. Pero existe una conexión entre ambas exclusiones. Como hemos señalado anteriormente, el personal que trabaja en el sistema legal constituye un elemento importante para el acceso a la justicia. No pretendemos sostener la afirmación simplista de que las abogadas o juezas mujeres tienden a ser necesariamente más comprensivas respecto de las mujeres litigantes. Ni tampoco buscamos apoyar el argumento epistemológico de que las juezas mujeres como grupo, razonan de manera diferente que sus colegas varones, para así introducir el “conocimiento del Derecho que construyen las mujeres”.⁶⁵ No creo que exista ningún tipo de conocimiento al que las mujeres como grupo tengan acceso exclusivo y, aún si existiera, el derecho resultaría probablemente insensible al mismo.⁶⁶ En cambio, las juezas mujeres hacen una diferencia importante a nivel simbólico (como también la hacen las profesoras mujeres).

Las juezas mujeres personifican una alternativa al orden tradicional de género del derecho. Su presencia implica que la puerta no se encuentra completamente cerrada para otras mujeres. El hecho de que en Queensland la presidente de la Corte de Apelación, la *Chief Judge* y la *Chief Magistrate* sean todas mujeres es tremendamente alentador para las mujeres abogadas y las estudiantes de derecho. Y si el hecho de que la jueza local sea una mujer ayuda a que una víctima más de violencia doméstica se decida a presentarse ante la corte solicitando una orden de protección, mucho mejor.

8. Conclusión

Como sostuve en el comienzo, y como lo ilustran los ejemplos desarrollados en esta exposición, el imperio de la ley es un lugar altamente atractivo. Todos quieren tener acceso a aquello que parece ofrecer. Las razones por las cuales esto debe ser así ya han sido analizadas por Carol Smart.⁶⁷ Smart argumenta que parte del objetivo del discurso legal es persuadirnos de que puede proveer respuestas a todos nuestros problemas. Así, por ejemplo, las feministas de la segunda ola aceptaron sin cuestionamientos la premisa de que la situación de las mujeres podía ser mejorada a través de la reforma legal.

Una de las formas en que el derecho mantiene su atractivo e imagen de omnipotencia es por medio de la legitimación de ciertas maniobras. Cuando comienza a resultar muy indiferente, muy excluyente, responde a las presiones de cambio con

⁶⁵ Véase, sobre epistemología, Hartsock (1983); sobre el razonamiento de las juezas, Sherry (1986); Wilson (1990); Cooney (1993).

⁶⁶ Véase, además, Mossman (1986).

⁶⁷ Smart (1989).

gestos efectistas. Permitir el acceso de unos cuantos más mejora las apariencias a la vez que desvía la atención de los muchos que todavía permanecen excluidos. Así, por ejemplo, vemos a una o dos mujeres cuidadosamente seleccionadas convertirse en abogadas de rango *Queen's Counsel* o en juezas, y luego no lo hacen más. Las reformas de la ley de fondo se realizan sin una correspondiente reforma en los procedimientos. Los métodos alternativos de resolución de conflictos aparecen como una opción mejor que litigar ante la justicia, cuando la posibilidad de acceder a la justicia prácticamente no se encuentra disponible.

La única forma de saber si las reformas y las innovaciones constituyen dispositivos legitimantes o cambios reales es averiguar cómo operan en la práctica, para no juzgar las promesas y afirmaciones legales por su valor aparente, sino para someterlas a escrutinio; para realizar el tipo de investigaciones que he desarrollado, y para promover más investigaciones de esa clase. Mi proyecto consiste en investigar el grado en que, y los mecanismos por los cuales, el derecho continúa reproduciendo diferencias de género en sus fronteras. Al hacerlo, espero cuestionar la afirmación de que el derecho ofrece soluciones para todos, generar crisis de legitimación que demanden respuestas y así contribuir a abrir los puntos de acceso un poco más.

BIBLIOGRAFÍA

- Astor, Hilary (1994). "Violence and Family Mediation: Policy", en *Australian Journal of Family Law*, 8 (p. 3).
- (1994a). "Swimming Against the Tide: Keeping Violent Men Out of Mediation", en Julie Stubbs (ed.). *Women, Male Violence and the Law*. Sydney, Institute of Criminology.
- (1995). "The Weight of Silence: Talking About Violence in Family Mediation", en Margaret Thornton (ed.). *Public and Private: Feminist Legal Debates*. Oxford, Oxford University Press.
- Australian Law Reform Commission (1994). Report No. 69, Part I: "Equality Before the Law - Justice for Women", Sydney.
- Bailey, Peter y Annemarie Devereaux (1998). "The Operation of Anti-Discrimination Laws in Australia", en David Kinley (ed.). *Human Rights in Australian Law*. Sydney, Federation Press.
- Behrens, Juliet (1993). "Domestic Violence and Property Adjustment: A Critique of 'No Fault' Discourse", en *Australian Journal of Family Law*, 7 (p. 9).
- Bottomley, Anne (1985). "What is Happening to Family Law? A Feminist Critique of Conciliation", en Julia Brophy y Carol Smart (eds.). *Women in Law: Explorations in Law, Family and Sexuality*. Londres, Routledge & Kegan Paul.
- Brockman, Joan (2001). *Gender in the Legal Profession: Fitting or Breaking the Mould*. Vancouver, UBC Press.
- Brodie, Janine (1996). "Restructuring and the New Citizenship", en Isabella Bakker (ed.). *Rethinking Restructuring: Gender and Change in Canada*. Toronto, University of Toronto Press.

- Chapman, Anna y Gail Mason (1999). "Women, Sexual Preference and Discrimination Law: A Case Study of the NSW Jurisdiction", en *Sydney Law Review*, 21.
- Childs, Mary y Louise Ellison (2000). *Feminist Perspectives on Evidence*. Londres, Cavendish Publishing.
- Cooney, Sean (1993). "Gender and Judicial Selection: Should There Be More Women on the Courts?", en *Melbourne University Law Review*, 19 (p. 20).
- Dworkin, Ronald (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Mas., Belknap Press.
- Easteal, Patricia (ed.) (1998). *Balancing the Scales: Rape, Law Reform and Australian Culture*. Sydney, Federation Press.
- Galanter, Marc y Jayanth Krishnan (2003). "Debased Informalism: Lok Adalats and Legal Rights in Modern India", en Erik G. Jensen y Thomas C. Heller (eds.), *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford, Stanford University Press.
- Gaze, Beth (2000). "The Costs of Equal Opportunity", en *Alternative Law Journal*, 25.
- Graycar, Regina (1995). "The Relevance of Violence in Family Court Decision Making", en *Australian Journal of Family Law*, 9 (p. 58).
- Graycar, Regina y Jenny Morgan (1995). "Disabling Citizenship: Civil Death of Women in the 1990s", en *Adelaide Law Review*, 17 (p. 49).
- Grillo, Trina (1991). "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", en *Yale Law Journal*, 100 (p. 1545).
- Hartsock, Nancy (1987). "The Feminist Standpoint: Developing the Ground for a Specifically Feminist Historical Materialism", en Sandra Harding (ed.), *Feminism and Methodology: Social Science Issues*. Bloomington. Indiana University Press.
- Hansen, Lynne (1992). "Feminist Jurisprudence in a Conventional Context: Is there Room for Feminism in Dworkin's Theory of Interpretive Concepts?", en *Osgoode Hall Law Journal*, 30 (p. 355).
- Heenan, Melanie y Helen McKelvie (1997). *The Crimes (Rape) Act 1991: An Evaluation Report*. Melbourne, Victorian Department of Justice.
- Holland, Lesley y Lynne Spencer (1992). *Without Prejudice? Sex Equality at the Bar and in the Judiciary*. Londres, Bar Council.
- Hunter, Rosemary (1996). "Gender in Evidence: Masculine Norms vs. Feminist Reforms", en *Harvard Women's Law Journal*, 19 (p. 127).
- (1998). "Sex Discrimination Legislation and Australian Legal Culture", en Anne Thacker (ed.), *Women and the Law: Judicial Attitudes as they Impact on Women*. Geelong, Deakin University Press.
- (1999). "Having Her Day in Court? Violence, Legal Remedies and Consent", en Jan Breckenridge y Lesley Laing (eds.), *Challenging Silence: Innovative Responses to Sexual and Domestic Violence*. Sydney, Allen & Unwin.
- (1999a). *Family Law Case Profiles*. Sydney, Law Foundation of New South Wales on behalf of the Justice Research Centre.

- _____ (2000). *The Beauty Therapist, the Mechanic, the Geoscientist and the Librarian: Addressing Undervaluation of Women's Work*. Sydney, ATN WEXDEV, University of Technology.
- _____ (2000a). "Evidentiary Harassment: The Use of the Rules of Evidence in an Informal Tribunal", en Mary Childs y Louise Ellison (eds.), *Feminist Perspectives on Evidence*. Londres, Cavendish Publishing.
- _____ (2002). "The Mirage of Justice: Women and the Shrinking State", en *Australian Feminist Law Journal*, 16.
- _____ (2002a). "Talking Up Equality: Women Barristers and the Denial of Discrimination", en *Feminist Legal Studies*, 10 (2), (pp. 113-130).
- _____ (2003). "Women Barristers and Gender Difference", en Schultz y Shaw (eds.), *Women in the World's Legal Professions*. Portland, Hart Publishing.
- Hunter, Rosemary y Alice Leonard (1995). *The Outcomes of Conciliation in Sex Discrimination Cases*. Centre for Employment and Labour Relations Law, The University of Melbourne, Working Paper No 8.
- _____ (1997). "Discrimination and Alternative Dispute Resolution: British Proposals in the Light of International Experience", en *Public Law*, (p. 299-309).
- Hunter, Rosemary y Helen McKelvie (1998). *Equality of Opportunity for Women at the Victorian Bar*. Melbourne, Victorian Bar Council.
- _____ (1999). "Gender and Legal Practice", en *Alternative Law Journal*, 24.
- _____ (1999a). "Balancing Work and Family Responsibilities at the Bar", en *Australian Journal of Labour Law*, 12 (p.167).
- Hunter, Rosemary y Julie Subbs (1999b). "Model Laws or Dismissed Opportunity?", en *Alternative Law Journal*, 1 (pp. 12-13).
- Hunter, Rosemary, Ann Genovese, Angela Melville y April Chrzanowski (2000). *Legal Services in Family Law*. New South Wales, Law Foundation of NSW, Justice Research Centre.
- Industrial Relations Commission de NSW (1998). *Pay Equity Inquiry: Report to the Minister*. Vol II (pp. 201, 246-247, 253-256).
- Kaspiew, Rae (1995). "Rape Lore: Legal Narrative and Sexual Violence", en *Melbourne University Law Review*, 20 (p. 350).
- Keys Young Consultants (1995). *Research on Gender Bias and Women Working in the Legal Profession: Report*. NSW Department for Women.
- _____ (1996). *Research/Evaluation Study of Family Mediation Practice and the Issue of Violence: Final Report*. Commonwealth Attorney-General's Department.
- _____ (1997). *Discrimination Complaints-Handling: A Study*. NSW Law Reform Commission Research (Informe N° 8).
- Mack, Kathy (1995). "Alternative Dispute Resolution and Access to Justice for Women", en *Adelaide Law Review*, 17.

- MacKinnon, Catharine A. (1989). *Toward a Feminist Theory of the State*. Boston, Harvard University Press.
- McCrimmon, Marilyn (1991). "The Social Construction of Reality and the Rules of Evidence", en *UBC Law Review*, 25 (p. 36).
- Melville, Angela y Hunter, Rosemary (2001). "As Everybody Knows': Countering Myths of Gender Bias in Family Law", en *Griffith Law Review*, 10 (p.124).
- Menkel-Meadow, Carrie (1984). "Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving", en *UCLA Law Review*, 31.
- Mossman, Mary Jane (1986). "Feminism and Legal Method: The Difference it Makes", en *Australian Journal of Law and Society*, 3 (p. 30).
- Naffine, Ngaire (1990). *Law and the Sexes*. Sydney, Allen & Unwin.
- NSW Department for Women (1996). *Heroines of Fortitude: The Experiences of Women in Court as Victims of Sexual Assault*. Woolloomooloo, Department for Women.
- O'Donnell, Carol y Nerolie Golder (1986). "A Comparative Analysis of Equal Pay in the United States, Britain and Australia", en *Australian Feminist Studies*, 3 (p. 59).
- Offenberger, Sharon y Robin Banks (2000). "Wind Out of the Sails: New Federal Structure for the Administration of Human Rights Legislation", en *Australian Journal of Human Rights*, 6, 1 (p. 239).
- Office of Legal Aid and Family Services (1994). *Gender Bias in Litigation Legal Aid*. Canberra, Commonwealth Attorney-General's Department.
- Orenstein, Aviva (1997). "'My God!'. A Feminist Critique of the Excited Utterance Exception to the Hearsay Rule", en *California Law Review*, 85 (p.159).
- (1998). "'No Bad Men!'. A Feminist Analysis of Character Evidence in Rape Trials", en *Hastings Law Journal*, 49 (p. 663).
- (1999). "Apology Excepted: Incorporating a Feminist Analysis into Evidence Policy Where You Would Least Expect It", en *Southwestern University Law Review*, 28 (p. 221).
- Pence, Ellen y Michael Paymar (1993). *Education Groups for Men Who Batter: The Duluth Model*. Nueva York, Springer Publishing.
- Ptacek, James (1999). *Battered Women in the Courtroom: The Power of Judicial Responses*. Boston, Northeastern University Press.
- Queensland Industrial Relations Commission (2001). *Worth Valuing: A Report of the Pay Equity Inquiry*. Queensland.
- Rhoades, Helen, Reg Graycar y Margaret Harrison (2000). *The Family Law Reform Act 1995: The First Three Years*. Sydney, University of Sydney-Family Court of Australia.
- Rowe, Gerard C. (1986). "Misunderstanding Anti-Discrimination Law: The NSW Court of Appeal en Reddrop", en *Adelaide Law Review*, 10.

- Scheppele, Kim Lane (1992). "‘Just the Facts Ma’am’: Sexual Violence, Evidentiary Habits and the Revision of Truth", en *New York Law School Law Review*, 37 (p. 123).
- _____ (1994). "Manners of Imagining the Real", en *Law and Social Inquiry*, 19 (p. 995).
- Sheehan, Grania y Bruce Smyth (2000). "Spousal Violence and Post-Separation Financial Outcomes", en *Australian Journal of Family Law*, 14 (p.102).
- Sherry, Suzanna (1986). "Civil Virtue and the Feminine Voice in Adjudication", en *Virginia Law Review*, 72 (p. 543).
- Shultz, Ulrike y Gisela Shaw (eds.) (2002). *Women in the World's Legal Professions*. Portland, Hart Publishing.
- Short, Christine (1986). "Equal Pay - What Happened?", en *Journal of Industrial Relations*, 28 (p.315).
- Smart, Carol (1989). *Feminism and the Power of Law*. Londres, Routledge.
- Sommerlad, Hilary y Peter Sanderson (1998). *Gender, Choice and Commitment: Women Solicitors in England and Wales and the Struggle for Equal Status*. Aldershot, Ashgate.
- Stubbs, Julie y Diane Powell (1989). *Domestic Violence: Impact of Legal Reform in NSW*. Sydney, NSW Bureau of Crime Statistics and Research.
- Stubbs, Julie y Julia Tolmie (1999). "Falling Short of the Challenge? A Comparative Assessment of the Use of Expert Evidence on the Battered Woman Syndrome", en *Melbourne University Law Review*, 23 (p.709).
- Temkin, Jennifer (2000). "Prosecuting and Defending Rape: Perspectives from the Bar", en *Journal of Law and Society*, 27 (p.219).
- Thornton, Margaret (1990). *The Liberal Promise: Anti-Discrimination Legislation in Australia*. Oxford, Oxford University Press.
- _____ (1996). *Dissonance and Distrust: Women in the Legal Profession*. Oxford, Oxford University Press.
- Threadgold, Terry (1997). "Performativity, Regulative Fictions, Huge Stabilities: Framing Battered Woman's Syndrome", en *Law Text Culture*, 3 (p. 210).
- Trimboli, Lilly y Roseanne Bonney (1997). *An Evaluation of the NSW Apprehended Violence Order Scheme*, Sydney, NSW Bureau of Crime Statistics and Research.
- Wearing, Rosemary (1996). *Monitoring the Impact of the Crimes (Family Violence) Act 1987: A Study of Those Who Do Not Proceed*. Bundoora, LaTrobe University.
- Wilson, Bertha (1990). "Will Women Judges Make a Difference?", en *Osgoode Hall Law Journal*, 28 (p. 507).
- Wise, S. y L. Stanley (1987). *Georgie Porgie: Sexual Harassment in Everyday Life*. Londres, Pandora.
- Young, Alison (1998). "The Waste Land of the Law, The Wordless Song of the Rape Victim", en *Melbourne University Law Review*, 22, (p. 442).v

LOS 40 AÑOS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE CIERTA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

*Cecilia Medina Quiroga**

1. Introducción

La adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹ (en adelante la Convención o CADH) fue un hecho histórico para el desarrollo de la institucionalidad del sistema de protección de los derechos humanos en el continente americano. Con anterioridad existía, en términos de instrumento, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) adoptada en 1948 y, en términos de órganos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión o CIDH) creada en 1959.

La Convención estableció derechos humanos con un contenido definido y también detalladas obligaciones para los Estados, que fueron posteriormente desarrolladas por la ya existente Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano nuevo creado en ese tratado, que entró en funciones en 1978. La Convención se diseñó, en una medida importante, siguiendo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales, pero debió operar en un contexto político, social y económico muy diferente al europeo de los años 50 a 90.

* La autora agradece a Mayra Cabral, visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a Oswaldo Ruiz y Oscar Parra, abogados de la misma Corte, por su ayuda en la búsqueda de jurisprudencia para este artículo.

¹ Adoptada el 22 de noviembre de 1969 y entrada en vigencia el 16 de junio de 1978.

En este trabajo examino brevemente uno de los desarrollos más significativos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde la entrada en vigencia de la Convención: su tratamiento de casos individuales insertos en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas producidas por la represión estatal a causa de razones políticas. Se verán los desafíos con los que se ha enfrentado la Corte, cómo los ha resuelto y el impacto que estas soluciones han tenido en la región. Quedarán fuera temas tan importantes como las reparaciones y las medidas provisionales, ambas también producto de la amplia interpretación que la Corte ha dado a las normas de la Convención. Aun así, lo que sigue será sólo un breve esbozo, pues un tratamiento más completo excede los márgenes de este ensayo.

Para realizar este examen es imprescindible referirse primero, en general, al sistema y a los desafíos que se plantearon a la Corte para adaptar su trabajo a la norma y a la realidad del continente.

2. Los desafíos. El comienzo del sistema interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos

El derecho no se construye en el vacío ni desde la nada. Tampoco las organizaciones internacionales creadas conforme a él. Una organización internacional nace cuando existe un propósito común entre un grupo de Estados para solucionar problemas que trascienden sus fronteras. Por ello, las normas y disposiciones que la regulan se crean dentro de las circunstancias políticas, sociales y económicas existentes en esos Estados.

La Unión Panamericana –predecesora de la Organización de Estados Americanos (OEA)– no tenía, sin embargo, ese propósito común. Estados Unidos de Norteamérica deseaba proteger sus intereses económicos mediante normas regionales que crearán mecanismos pacíficos de solución de conflictos; los demás Estados pretendían consagrar en una norma internacional el principio de no intervención (Medina, 1998a).

Cuando se adoptó la Carta de la OEA, los intereses de Estados Unidos se habían extendido de manera impresionante, más allá de Latinoamérica y, por lo tanto, la preocupación principal de los demás Estados era la de paliar, de algún modo, el desequilibrio económico entre estas dos partes del continente americano, puesto que ellos, después de la Segunda Guerra Mundial, dependían significativamente de Estados Unidos en materia económica. Por otra parte, ni Estados Unidos ni Latinoamérica en su conjunto poseían, además de estos objetivos, un interés real y genuino por los derechos humanos y por el perfeccionamiento de la incipiente democracia que existía en esa época (*idem*).

México, América Central y América del Sur constituían un conjunto de países con grandes diferencias económicas, sociales y políticas, con rígidas distinciones de clase, analfabetismo y con una sociedad discriminadora, *inter alia*, con los pobres (donde se encontraban abrumadoramente los indígenas) y con las mujeres. En aquellos países con una perversa inclinación hacia las dictaduras, los derechos políticos y civiles no eran respetados y existían períodos de larga duración de violaciones masivas y sistemáticas del derecho a la vida, a la integridad y a cualquier otro que fuere necesario para que los detentadores del poder pudieran conservarlo.² No había tampoco una real cultura de derechos humanos siquiera en los países en que no existían dictaduras; las normas se aplicaban discriminatoriamente a mujeres, pobres, homosexuales e indígenas. Había finalmente una historia de autoritarismo estatal y social posible de observar hasta hoy.

En ese contexto se desarrolló el sistema. La Declaración Americana no cumplió papel alguno entre 1948 y 1959, fecha en que se creó la Comisión. Fue sólo una declaración más, de las que a menudo existen en el continente, a la que ningún Estado prestó atención. En 1959 se creó la Comisión Interamericana por resolución de una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Chile, sin la base de un tratado, como un órgano encargado de “promover el respeto de tales derechos” (Organización de Estados Americanos, 1959, pp. 10-11).

Durante la discusión del proyecto de resolución que creaba la Comisión se generó oposición a éste, pues no existía en el continente un tratado que estableciera obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados en materia de derechos humanos. La respuesta, que refleja la claridad de algunos Estados en la forma como se avanzaba en el continente, fue la del representante de Venezuela, quien declaró que no consideraba los argumentos técnicos y legales como un acercamiento apropiado al problema, agregando que “hay [en América] un ascenso democrático que se debe aprovechar para fortalecer todo aquello que sirva para hacer respetar los derechos humanos”. El canciller de Honduras lo apoyó, sosteniendo que el proyecto “significa una voz de aliento para la democracia americana” (Organización de Estados Americanos, 1959, pp. 225-229). La esperanza de algunos

² Entre 1959 y 1978 hubo numerosas dictaduras en el continente. Como ejemplos pueden citarse Rafael Leonidas Trujillo en República Dominicana (1930-1961); José María Lemus, producto de un golpe de Estado militar en El Salvador (1956-1960); Anastasio Somoza García (1937-1947 y 1950-1956) en Nicaragua, seguido por Luis Somoza Debayle (1956-1963), nombrado tras el asesinato de su padre; Alfredo Stroessner en Paraguay (1954-1989); Oswaldo López Arellano (1965-1974) en Honduras; François Duvalier, declarado presidente vitalicio de Haití en 1964 y sucedido en esa misma calidad por su hijo, Jean-Claude Duvalier (1971- 1986).

Estados fue, pues, lo que creó el sistema, y esa esperanza y el espíritu tras ella, inspiró a la naciente Comisión y le imprimió el sello de su historia futura.³

En ese año 1959 las actividades de la Comisión se inauguraron con la represión política y las circunstancias en el Caribe, donde Fidel Castro había recién derrocado del poder, por la vía armada, a Fulgencio Batista; Trujillo reinaba en República Dominicana; y en el sur, en Paraguay, gobernaba Stroessner.

Las facultades de la Comisión no parecían muy prometedoras, pero su existencia fue percibida por aquellas víctimas de violaciones como su oportunidad para pedir amparo. La Comisión no las defraudó, tomando en sus manos la tarea de defenderlas. Quienes sufrían recurrían a ella a menudo sin asistencia jurídica, sin mayor habilidad para expresar lo que les pasaba y articular un relato coherente. Como la Comisión no tenía mayores trabas normativas –puesto que no existía un tratado y operaba básicamente con las normas de un reglamento que ella misma formulaba– adaptó sus actividades a lo que la situación requería: investigaba, intervenía como mediadora o con buenos oficios, promovía soluciones amistosas, utilizaba la opinión pública para “movilizar la vergüenza”, persuadía con amabilidad o con dureza. En suma, hacía todo lo que de un modo u otro podía ser cubierto por sus facultades para obtener algún logro, por pobre que éste fuera. La Comisión, por lo tanto, realizó en esa época tareas de una naturaleza altamente política, que fueron muchísimo más allá de la mera promoción de los derechos humanos.⁴ Sus recursos humanos y financieros –siempre escasos– eran destinados a lidiar con situaciones donde el Estado de derecho no existía o era extremadamente débil, desarrollando como mecanismo más importante informes sobre países que documentaban la situación general de derechos humanos.⁵ Los Estados afectados, en general, no respondían a sus requerimientos, pero la ilusión de la Comisión era que, viniendo estos informes de un órgano establecido por los Estados, serían tomados en consideración por éstos –en tanto organización colectiva– y a ello seguiría alguna forma de acción política. La ilusión fue vana. La Organización de Estados Americanos (OEA) no respondió, excepto en los casos de la Cuba de Fidel Castro y de Nicaragua en las postrimerías de la dictadura de Somoza, por razones que probablemente eran bastante ajenas a la preservación de los derechos humanos.⁶

La reticencia de los Estados para someterse a algún tipo de supervisión en materia de derechos humanos, visible en su silencio, se apreció también en la dificultad para adoptar un tratado con derechos y obligaciones jurídicamente vinculantes

³ Las actividades de la Comisión Interamericana desde su establecimiento y hasta mediados de los años 80 pueden ser vistas en Medina (1998), capítulos IV, VIII, IX y X. Véase también Vasak (1968), tomo xxxv; y Leblanc (1977).

⁴ Leblanc (1977), capítulo VI. Véase también, Medina (1998b), pp. 115-132.

⁵ Leblanc (1977), capítulo VI.

⁶ *Ibid.*, capítulos VIII y IX.

reforzadas con un órgano que tuviera jurisdicción sobre el tema. Los esfuerzos para elaborarlo empezaron en 1945 en la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz, que finalmente concluyeron con una Declaración;⁷ en 1948 hubo otro intento, durante la IX Conferencia Interamericana,⁸ considerado prematuro en 1950 por el Comité Jurídico Interamericano⁹. En 1959, junto con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores decidió que el ambiente en el hemisferio era favorable y recomendó nuevamente al Comité Jurídico Interamericano que preparara un borrador de convención.¹⁰ La elaboración de la Convención duró desde entonces hasta 1969 y su vigencia se dio sólo en 1978.

Todos estos antecedentes hacían presumir que no sería fácil que la Convención pudiera aplicarse a cabalidad en un tiempo razonable.

3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La entrada en vigencia de la Convención Americana dio una base legal internacional a los derechos humanos de los individuos y a las obligaciones de los Estados y estableció dos órganos de control: la Comisión, que siguió siendo la misma de 1959, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última comenzó a operar en 1978, cuando la Convención entró en vigor.

Su composición da cuenta de su carácter jurisdiccional: siete jueces “elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos”.¹¹

La Corte tiene facultades de emitir opiniones consultivas y una jurisdicción contenciosa bajo la cual puede examinar casos individuales de presuntas violaciones de las normas de la Convención.¹² De acuerdo con la Convención, la Corte no puede ejercer ninguna de sus funciones de oficio. Para ejercer la competencia contenciosa requiere que un caso le sea sometido por la Comisión o por un Estado. Hasta ahora, sólo la Comisión ha presentado casos a la Corte. Para poder emitir una

⁷ Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz (Ciudad de México, 1945), Resolución XL.

⁸ Novena Conferencia Interamericana (Bogotá, 1948), Resolución xxxi.

⁹ Primera Reunión del Consejo Interamericano de Juristas (Río de Janeiro, 1950).

¹⁰ Quinta Reunión de Consulta (OEA 1959), Resolución VIII, párrafo I.

¹¹ CADH, artículo 52.

¹² CADH, artículos 33.b y 61-64.

opinión consultiva, la Corte necesita que un Estado miembro de la OEA o un órgano de la misma le hagan la consulta. Sin perjuicio de ello, dentro de sus limitaciones la Corte ha utilizado sus facultades para dirigir sus fallos y sus opiniones consultivas hacia un objetivo claro: el de interpretar las normas con el fin de lograr responder de manera adecuada a los problemas de derechos humanos de este continente.

La Convención es muy escueta en su tratamiento de la función contenciosa de la Corte. En primer lugar, los artículos 61 y 62 establecen algunos requisitos procesales para que esta función pueda ejercerse:¹³ no puede conocerse un caso a menos de que se hayan agotado los procedimientos ante la Comisión. Este reconocimiento puede hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. La mención de la reciprocidad obviamente sólo puede referirse a casos llevados ante la Corte por un Estado contra otro Estado. Sólo los Estados Partes que hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte pueden ser llevados ante ésta. Los Estados y la Comisión tienen reservado el derecho a presentar un caso a la Corte. Las víctimas no tienen *locus standi*.

En segundo lugar, la Convención se refiere a las sentencias de la Corte, diciendo que deben ser motivadas y que podrán tener votos disidentes. Añade que, si encuentra que exista una violación a la Convención, la Corte:

dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados [...] si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.¹⁴

El fallo de la Corte es definitivo e inapelable, sin perjuicio de que podrá pedirse una interpretación del mismo si su sentido o alcance no es claro para las partes.¹⁵ El fallo es también de cumplimiento obligatorio¹⁶ y la parte de éste que disponga la indemnización “se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. El interés que los Estados tienen en el mantenimiento del sistema obliga a la Corte a transmitir la sentencia a todos los Estados Partes en la Convención.¹⁷

Finalmente, la Convención concede a la Corte la facultad de ordenar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga nece-

¹³ CADH, artículos 61 y 62.

¹⁴ CADH, artículo 66.

¹⁵ CADH, artículo 67.

¹⁶ Me referiré a este punto más adelante.

¹⁷ CADH, artículo 69.

sario evitar daños irreparables a las personas. Esta facultad puede ejercerse aun respecto de casos que no hayan llegado a la Corte, a solicitud de la Comisión.¹⁸

La Corte debe aplicar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 para resolver los problemas sobre reservas hechas por un Estado, así como utilizar la Declaración Americana u otros actos internacionales de la misma naturaleza, para interpretar la Convención.¹⁹ Tiene, además, competencia para conocer de los casos en que se aleguen violaciones de los derechos del párrafo a) del artículo 8 y artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales,²⁰ y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.²¹ Finalmente, la Corte se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²² y la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer.²³

Aunque no tiene competencia para decidir sobre el cumplimiento de obligaciones que surjan de instrumentos ajenos a los ya señalados, son éstos una fuente de interpretación para iluminar el contenido de las obligaciones que sí están bajo la jurisdicción de la Corte.²⁴

El procedimiento de los casos contenciosos está regulado en detalle en el Reglamento de la Corte y no es mi intención desarrollarlo aquí.²⁵ Baste decir que en un comienzo se basaba en principio en la idea de que habría casos individuales que seguirían un procedimiento contradictorio entre, hasta hace poco, la Comisión y el Estado. La Corte, sin embargo, ha construido, mediante la modificación del Reglamento, un proceso más concordante con el hecho de que el afectado por las violaciones de derechos humanos es la persona. Aunque el individuo no tiene la capacidad de presentar su caso directamente ante este órgano, la Corte reglamen-

¹⁸ CADH, artículo 63.2.

¹⁹ CADH, artículos 5 y 29.

²⁰ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", adoptado el 17 de noviembre de 1988, artículo 19.6.

²¹ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994, artículo XIII.

²² Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 239 a 252.

²³ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

²⁴ Sobre este tema, véase Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63 y *Caso "Instituto de Recaudación del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

²⁵ Para un examen detallado de la parte procesal de la Comisión y de la Corte, véase Faúndez (2004), p. 1049.

tó su participación autónoma desde el momento en que el caso está presentado, con lo cual la legitimidad del procedimiento ha aumentado significativamente.²⁶ La Comisión, a su vez, muy poco tiempo después, enmendó también su Reglamento y decidió que el envío de casos a la Corte constituiría la norma general para la Comisión, necesitándose una decisión fundada de la mayoría absoluta de sus miembros para que el caso no se enviara.²⁷ Ambas enmiendas han tenido como resultado que en los últimos cinco años del Tribunal se ha resuelto 62% de todos los casos contenciosos que la Corte ha conocido en sus treinta años de existencia.²⁸

La función contenciosa de la Corte es, sin lugar a dudas, primordial para el sistema. Sus decisiones son obligatorias para el o los Estados que son parte de un proceso (hasta ahora no ha habido nunca más de un Estado) y constituyen la interpretación autorizada de las normas de la Convención.

La introducción de un órgano jurisdiccional en un mecanismo que hasta ese instante había sido altamente flexible y político, sumada a la situación política del momento y el legado de situaciones anteriores en el continente, marcaron fuertemente la manera en que la Corte desarrolló su jurisprudencia. Su cometido era la interpretación auténtica de la Convención y la supervisión del cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Partes con el fin de decidir si con su conducta algún Estado había violado la Convención en perjuicio de algún ser humano. Para esto último era imposible ignorar ni el presente ni el pasado del sistema y del continente.

Los avances más notables de la Corte han sido, sin duda, los que se han logrado a través del ejercicio de su jurisdicción contenciosa, a pesar de que, sobre todo en un comienzo, operó en circunstancias que podrían calificarse de adversas. Aparte de la posible incertidumbre de la Corte sobre cómo reaccionarían los Estados enfrentados a una sentencia adversa a ellos, existía el problema de que los casos que se discutían ante la Comisión trataban sobre violaciones específicas, pero dentro de un cuadro de violaciones masivas y sistemáticas;²⁹ las normas de la

²⁶ Corte IDH. Reglamento modificado en 2000, artículo 23. Texto en <www.corteidh.or.cr>. La Corte y la Comisión están actualmente (junio de 2009) realizando una reforma profunda a cada uno de sus Reglamentos que, *inter alia*, cambiará el rol de la Comisión de los casos individuales.

²⁷ CIDH, Reglamento actual, artículo 44.1.

²⁸ Véase Corte IDH. *Informe anual 2008*, en <<http://www.corteidh.or.cr>>.

²⁹ Aunque la evolución del derecho internacional de los derechos humanos permitiría formular hoy una definición más comprensiva del concepto de "violaciones masivas y sistemáticas", en este trabajo utilizaré la definición que propuse en 1998 en mi libro *The Battle*: las violaciones masivas y sistemáticas son aquellas violaciones que sirven de instrumento para el logro de las políticas gubernamentales, perpetradas en tal cantidad y de tal manera como para crear una situación en que los derechos a la vida, a la integridad personal o a la libertad personal de la población de un Estado, como un todo o uno o más sectores de ella, se ven continuamente infringidos o amenazados. Véase Medina (1998a, capítulo II y en particular, p.16).

Convención no parecían haber tenido esto en cuenta, siendo esta situación, además, un campo completamente inexplorado por los órganos jurisdiccionales de derechos humanos.

La Corte, sin embargo, tenía como norte lograr que su existencia constituyera un avance para los derechos humanos de la región y eso implicaba discurrir los modos en que podía hacer frente a estos desafíos. Toda su jurisprudencia tiene las huellas de esa empresa.

4. Los logros

Es imposible aquí hacer un estudio acabado de la forma como la Corte enfrentó esos desafíos, por lo que he elegido un tema: la manera como la Corte solucionó el problema de aplicar un procedimiento destinado a casos individuales a violaciones que formaban parte de una práctica estatal cuando había ausencia de Estado de derecho, es decir, de violaciones por razones políticas. Los aspectos del tema que trataré aquí tienen que ver con el desarrollo del concepto de la obligación de garantizar; el tratamiento de las violaciones a víctimas por tener relación con otra víctima de esa práctica (que se conoce como el problema de “los familiares”), ligado estrechamente al “derecho a la verdad”, para terminar con el impacto de los fallos de la Corte en la región. Para ello usaré como *leading case* el caso de *Velásquez vs. Honduras*,³⁰ sobre una desaparición forzada ocurrida en ese país en 1981.

La obligación de garantizar

El artículo 1 de la Convención Americana dispone que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La obligación de respetar es entendida como el deber de los agentes del Estado de no violar ellos los derechos humanos. La de garantizar, por el contrario, re-

³⁰ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

quiere algo más. Se garantiza el libre y pleno *ejercicio* de los derechos, y para ello es imprescindible que el Estado emprenda acciones que hagan posible este ejercicio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó exhaustivamente el contenido de esta obligación en el caso *Velásquez Rodríguez*, que trataba de una desaparición en Honduras en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas perpetradas en la época, estableciendo que ella “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras mediante las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. La consecuencia de esto es que “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.³¹

Esta acción del Estado no debe ser sólo formal. Al respecto, la Corte añadió que para cumplir con esta obligación se requería una conducta activa no sólo del órgano legislativo.³² Su responsabilidad, por lo tanto, se genera cuando se ha perpetrado una violación con el apoyo o tolerancia del poder público o en defecto de toda prevención o impunemente,³³ siendo irrelevante si el autor directo es un agente del Estado o un particular.³⁴

Las bases de gran parte del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte se asentaron en este caso. Su mayor aporte fue precisamente la elaboración del contenido de la obligación de garantizar. Como éste era un caso de una desaparición forzada, el primer paso de la Corte fue caracterizar este fenómeno –acaecido dentro de un contexto de violaciones masivas y sistemáticas– como una violación severa de tres derechos de la Convención: vida, integridad personal y libertad personal. La desaparición forzada sería la más severa de todas las violaciones, ya que afecta no sólo al desaparecido sino también a sus familiares cercanos que sufren el calvario de la incertidumbre de la suerte que éste ha tenido y se enfrentan con un muro de silencio de los órganos del Estado. Es evidente que estas características influyeron en la Corte para aplicar el derecho en la forma más amplia posible, haciendo una interpretación extensiva de las normas.

De la obligación de garantizar se desprendió el deber de prevenir, cuyo elemento principal era el de tomar “todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos”,

³¹ *Ibid.*, párr. 166.

³² *Ibid.*, párr. 177.

³³ *Ibid.*, párrs. 173 y 174.

³⁴ *Ibid.*, párr. 147.

poniendo como ejemplo de una falta de prevención el haber puesto al señor Velásquez bajo las manos de “cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato”.³⁵ De aquí se desprende que forma parte de la obligación de garantizar la de “proteger” a una persona que está en evidente peligro. Una de las más importantes contribuciones del caso Velásquez es la manera como se utilizó la obligación de prevenir para atribuir responsabilidad a un Estado de una violación específica, pero llevada a cabo en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas. El fenómeno de las desapariciones se caracteriza por un empeño y una diligencia admirables para borrar toda huella de su cometimiento: se priva de la libertad a una persona, generalmente de manera ilegal y arbitraria y habitualmente por agentes del Estado; se niega por los agentes del Estado esta privación; el Estado rehúsa investigar la desaparición u obstaculiza esta investigación a fin de que pasen los años y la acción penal o la pena prescriban. Estas características enfrentan al órgano jurisdiccional internacional con la dificultad primera de establecer el hecho de que alguien haya desaparecido de manera forzada y, después, con el problema de atribuir al Estado la responsabilidad por esa desaparición.³⁶

De la obligación de garantizar emergió asimismo el deber de investigar, procesar y condenar, calificada por la Corte como una obligación de medio y no de resultado, en razón de que ciertas circunstancias —el transcurso del tiempo, la desaparición de los testigos, el temor de los testigos u otras—³⁷ pueden hacer muy difícil la investigación. Sin embargo, se enfatizó que la investigación debe ser seria, y asumida por el Estado como un deber jurídico propio, no dependiente de la iniciativa de los particulares presuntamente afectados y debe llevarse a cabo, sea que los presuntos responsables sean agentes del Estado o particulares; en este último caso, la falta de investigación se transforma en un auxilio del poder público a la violación del particular, lo que compromete la responsabilidad del Estado,³⁸ como había sucedido en el caso Velásquez. Tampoco el Ejecutivo había hecho una investigación seria, a pesar de las denuncias públicas y de los requerimientos de la Comisión Interamericana para que el Estado diera información sobre lo sucedido.³⁹ Finalmente, se había solicitado a los familiares que aportaran pruebas concluyen-

³⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 175.

³⁶ *Ibid.*, párr. 160.

³⁷ No hay que olvidar que durante el caso Velásquez un testigo fue asesinado. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 40.

³⁸ *Ibid.*, párr. 177. Esto se ha repetido de manera permanente. Ver, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia del 31 de mayo de 2001. Reparaciones, Serie C No. 56, párr. 62; *Caso Villagrán Morales y otro*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Reparaciones, Serie C No. 63, párr. 100; y *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 100.

³⁹ Véase *Caso Velásquez*, párrs. 179-180.

tes al expediente, en vez de proceder a investigar el caso de oficio, por un órgano imparcial. Todo esto constituía una violación del artículo 1.1 de la Convención. La sentencia no examinó la investigación interna aplicando parámetros de la Convención, como lo ha hecho posteriormente, sino que se limitó a decidir que los hechos descritos constituían una infracción al deber de garantizar establecido en el artículo 1.1 de la Convención en detrimento de la persona desaparecida.

En el caso *Velásquez Rodríguez*, llegado a la Corte desde la Comisión, se había aplicado por ésta la argumentación de que estaba demostrado que existía en Honduras, a la fecha de desaparición del señor Velásquez, una política de desapariciones auspiciada o tolerada por el Estado con un cierto patrón. Luego, era posible probar, mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, que Velásquez también había desaparecido. La Corte aceptó esta argumentación.⁴⁰ La prueba de la práctica se realizó ante la Corte por declaraciones de testigos, entre ellos personas que habían logrado reaparecer, documentos y recortes de prensa que daban cuenta de hechos públicos y notorios,⁴¹ logrando construir un cuadro de la pauta que se daba en las desapariciones.⁴² La Corte llegó también a la convicción de que se había probado la desaparición de Velásquez y que ella correspondía “al marco de la práctica de desapariciones a que se refieren los hechos que se consideran probados en los literales a) a d) incluso del párrafo 147”.⁴³ A pesar de esto —y aquí está la mayor relevancia de la sentencia en este punto— se sostuvo que:

182. La Corte tiene la convicción, y así lo ha dado por probado, de que la desaparición de Manfredo haya abstenido de actuar, lo que está plenamente comprobado, representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención, según el cual estaba obligada a garantizar a Manfredo Velásquez el pleno y libre ejercicio de sus derecho humanos.

Con esto, la Corte evitó la necesidad de probar la acción u omisión particular del Estado en un caso específico, sino que atribuyó al Estado responsabilidad internacional por no haber actuado preventivamente, puesto que existía un sinnúmero de casos que demostraban el patrón sistemático.

Esta construcción argumentativa se ha usado no sólo en este tipo de casos. Las mujeres han empezado a utilizarla, por ejemplo, para sostener la responsabilidad

⁴⁰ *Ibid.*, párrs. 124 y 126.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 119.

⁴² *Ibid.*, párr. 147.b y d.

⁴³ *Ibid.*, párr. 147.g.

del Estado en casos particulares por no reaccionar ante la situación general de violencia doméstica que existe en tantos países de la región.⁴⁴

En cuanto a las reparaciones –también un elemento del deber de garantizar–, la víctima de las violaciones fue don Manfredo Velásquez, la persona desaparecida, pero la Corte ordenó en la parte resolutive de su sentencia que “Honduras está obligada a pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de la víctima”,⁴⁵ personas que se habían hecho acreedoras a una reparación por el inmenso sufrimiento que la desaparición del señor Velásquez les había hecho padecer; pero no ordenó que se investigaran los hechos y que se procesara y condenara a los culpables. En la etapa de reparaciones, que siguió a la sentencia de fondo, la Comisión y los representantes de la víctima pidieron a la Corte que dispusiera que el Estado debía cumplir con esta obligación y el Estado se opuso por no existir una orden en el fallo mismo. La Corte, sin embargo, utilizó el texto de la sentencia donde se establecía la subsistencia de la obligación de investigar mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final del desaparecido⁴⁶ y el deber de prevenir⁴⁷ y sostuvo que “es un principio del derecho procesal que los fundamentos de una decisión judicial forman parte de la misma. La Corte declaró, en consecuencia, que tales obligaciones a cargo de Honduras subsistían hasta su total cumplimiento”.⁴⁸ Nada se dijo sobre el derecho de los familiares de conminar al Estado a llevar a cabo esta investigación.

Las reparaciones, tema que no se tratará, han evolucionado muchísimo a través de la jurisprudencia de la Corte, la que constituye, en mi opinión, una actividad pionera de este sistema.

Desarrollo de la jurisprudencia sentada por el Caso Velásquez

Con el curso de los años, la Corte ha refinado la formulación de la obligación de investigar. Desde la amplísima formulación de la sentencia en Velásquez –la obligación de los Estados de prevenir, investigar y sancionar *toda violación* de los derechos reconocidos por la Convención–⁴⁹ ha llegado ahora a sostener, de una ma-

⁴⁴ Véase CIDH. *Caso María de la Penha Mahia Fernandes c. Brasil*, Caso 12.051, Informe No. 54/01 de 16 de abril de 2001.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 194.5.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 181.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 174.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párrs. 34 y 35.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Fondo. Serie C No. 22, párrs. 58, 69 y punto resolutive 5; *Caso El Amparo vs.*

nera que guarda consecuencia, que la obligación procede sólo para cierto tipo de violaciones.⁵⁰ Con respecto al derecho a la vida, por ejemplo, ha sostenido que siempre se aplica en los casos de desapariciones forzadas,⁵¹ de ejecuciones sumarias⁵² y de privación de la vida por uso excesivo de la fuerza.⁵³ Respecto de esto último, la Corte ha citado a la Corte Europea que señaló en algunos casos fallados por ella,⁵⁴ que era necesaria la existencia de un procedimiento en el que se revisara la legalidad del uso de la fuerza letal por parte de dichas autoridades.⁵⁵ La Corte ha establecido, además, que la obligación de investigar es exigible cuando ha habido violaciones a la integridad personal, sin especificar en todas las ocasiones si se trata de torturas o de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aun cuando la violación no se produzca en el contexto de una situación clásica de violaciones masivas y sistemáticas. A menudo se trata de torturas o malos tratos sufridos dentro de la cárcel, en cuyo caso se exige también investigar los hechos de la privación ilegal o arbitraria de la libertad personal.⁵⁶

Venezuela. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Reparaciones. Serie C No. 28, párr. 61 y punto resolutivo 4; *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, Sentencia de 19 de septiembre de 1996 Reparaciones. Serie C No. 29, párr. 69 y punto resolutivo 4; *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Fondo. Serie C No. 34, párr. 90; *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Fondo. Serie C No. 35, párr. 107 y punto resolutivo 6; *Caso Blake vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de enero de 1998. Fondo. Serie C No. 36, párr. 121 y punto resolutivo 3; *Caso Morales y otros vs. Guatemala*, párr. 178 y punto resolutivo 6.

⁵⁰ En el caso de la *Masacre de la Rochela*, la Corte sostuvo que “[e]n casos de graves violaciones a los derechos humanos, las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio” (el resaltado es mío). Véase Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C No. 163, párr. 195.

⁵¹ Una de las últimas sentencias es la del *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Excepciones Preliminares. Fondo Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párrs. 243-247.

⁵² Corte IDH. *Caso Myrna Mack vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 156; *Caso de la Masacre de La Rochela*, párr. 195; *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párrs. 232-233.

⁵³ Corte IDH. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Fondo Reparaciones y Costas. Serie C No. 110, para 131; *Caso Myrna Mack Chang*, párr. 157; y *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 112.

⁵⁴ Eur. Court H.R., *Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom* judgment of 4 May 2001, párr. 105; *Case of Çiçek v. Turkey* judgment of 27 February 2001, párr. 148; y *McCann and Others v. the United Kingdom* judgment of 27 September 1995, Series A No. 324, párr. 161.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Myrna Mack*, párr. 157.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Fondo y Reparaciones, párrs. 95, 96; *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrs. 255, 258-259, donde ordena investigar también la detención ilegal del señor Tibi.

La obligación de investigar y la de prevenir normalmente se confunden. Así, la Corte ha incluido como medidas de prevención (i) la persecución penal, que considere “una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos”,⁵⁷ y (ii) la investigación para conocer la verdad de lo ocurrido en estos casos, puesto que “el conocer la verdad facilita a la sociedad peruana la búsqueda de formas de prevenir este tipo de violaciones en el futuro”.⁵⁸ Ésta es también una jurisprudencia constante de la Corte.⁵⁹

Íntimamente ligado con la obligación de investigar y sancionar ciertas violaciones de derechos humanos aparece el tema de la *impunidad*. La obligación de investigar, como se dijo en Velásquez, subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final del desaparecido. Por lo tanto, es claro que la impunidad es incompatible con ella. La Corte definió la impunidad en 1998 en el caso *Paniagua Morales*, un caso de secuestro, tortura y asesinato, como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.⁶⁰

Hay diversas formas en que se puede llegar a la impunidad y la Corte las ha condenado todas, declarándolas incompatibles con la Convención Americana. Una es la pasividad del tribunal al que corresponde conocer de un caso de presunta violación al derecho a la vida.⁶¹ Otra es la dictación de leyes de amnistía, declaradas ya por la Comisión Interamericana como violatorias del artículo 1, que consagra las obligaciones de respetar y *garantizar* los derechos de la Convención.⁶² Una tercera es la aplicación a estos casos de disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan “impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como [...] las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las despari-

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Goiburú vs. Paraguay*, Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 92.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 78.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mampiripán” Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 162.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*, párr. 173.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 119; *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 210. 66.

⁶² CIDH. *Caso caducidad de la pretensión punitiva del Estado (Uruguay)*, Nos. 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374, 10375, Resolución 29/92 de 2 de octubre de 1992, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-93*; y CIDH. Casos Nos. 10147, 10181, 10240, 10262, 10309 y 10311 (Argentina), Resolución 28/92 de 2 de octubre de 1992, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-93*.

ciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.⁶³

El concepto de prescripción ha sido refinado por la Corte, ajustándolo también a la idea de que no toda violación de derechos humanos es imprescriptible. Así, sostuvo que: “la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de *muy graves violaciones de los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional*. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado” (las cursivas son mías).⁶⁴

Elaborar sobre estos temas ha llevado también a la Corte a decidir que el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia, lo que permite a la Corte decidir que una condena penal, por ejemplo, no es válida en razón de no haber cumplido con los requisitos del artículo 8 de la Convención.⁶⁵

Como es posible advertir, en todos estos ejemplos citados la jurisprudencia de la Corte ha servido para dar una respuesta jurisdiccional a casos que habían permanecido en la impunidad por muchos años y traer algún tipo de satisfacción a aquellos que habían presenciado con impotencia la falta de respuesta estatal a sus demandas de justicia. Asimismo, no parece haber duda de que una de las razones que ha habido para elaborar con tanta intensidad esta obligación obedece al hecho de que una cantidad significativa de casos llegados a la Corte se refieren a estas violaciones que no han sido investigadas por el órgano judicial, órgano cuyas falencias se ven a menudo en todo nuestro continente. Hasta la fecha, ha habido 27 casos de violación de los artículos 4 y 5 por falta de respuesta judicial interna o por una respuesta insuficiente y 29 casos del mismo tipo en que los Estados han reconocido su responsabilidad, pero que han culminado con una sentencia de la Corte en que decide que se cumpla con la obligación de investigar.

Además de esto, la Corte ha utilizado la obligación de garantizar en casos muy diversos a los examinados que no serán objeto de estudio en este artículo. Se han dictado sentencias sobre la propiedad colectiva de los pueblos indígenas.⁶⁶ En el

⁶³ Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrs. 41 a 43; *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 152; *Caso Almonacid Arellano y otros*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 16, párr. 112; y *Caso de las Masacres de Ituango*, párr. 402.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171. 69.

⁶⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros*, párr. 154.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas.

caso *Awas Tingni*, la Corte interpretó el artículo 21 de la Convención enfatizando que lo que éste protegía era “el uso y goce” de los bienes de las personas y no la “propiedad privada”; seguidamente señaló que los términos de un tratado tienen sentido autónomo, que su interpretación debe ser evolutiva y que se debe tener en consideración que los indígenas poseen “una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra”, para concluir que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”.⁶⁷ Otras se han referido a las limitaciones a la libertad de expresión⁶⁸ y al contenido de ese derecho para incluir allí el derecho de acceso a la información.⁶⁹ Se ha utilizado, entre otras cosas, para proteger los derechos de los niños,⁷⁰ de los discapacitados mentales,⁷¹ dando también orientaciones para la responsabilidad del Estado sobre los órganos privados de salud.⁷² Estos fallos han ordenado a los Estados el emprendimiento de una serie de acciones para cumplir con la obligación de garantizar. En suma, esta jurisprudencia ha excedido con creces el propósito primero con el que empezó a desarrollarse y ha significado un importante avance para el goce de los derechos humanos.

Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

⁶⁷ Véase *Caso Awas Tingni*, párrs. 142-149.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; *Caso Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Fondo, reparaciones y Costas. Serie C No. 111; *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala* y *Caso Instituto de Rehabilitación del Menor “Panchito López” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 149.

⁷² Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

La introducción de otras violaciones en relación con las desapariciones, ejecuciones sumarias y otras violaciones de ese tipo.
Los artículos 8 y 25

El fenómeno de las desapariciones generó otro problema para la Corte. El fallo de la Corte normalmente establece una violación en perjuicio de una o más personas determinadas. En el caso *Genie Lacayo* por la muerte de un menor a manos de militares nicaragüenses acaecida antes de que el Estado hubiera reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte, ésta se vio inhibida en su competencia *ratione temporis* para conocer de la violación del derecho a la vida ni pudo declarar al ejecutado como víctima.⁷³ Conoció, por lo tanto, del retardo injustificado de la administración de justicia para investigar el caso, la obstrucción del proceso judicial por agentes que actuaron bajo la cobertura de una función pública, y la aplicación de normas incompatibles con el objeto y fin de la Convención Americana, todo lo cual había ocurrido después del reconocimiento de la jurisdicción por Nicaragua y decidió que se había producido una violación del artículo 8.1 de la Convención⁷⁴ en perjuicio de Raymond Genie Peñalba, padre del hijo asesinado.⁷⁵ De esta manera, la Corte aplicó las normas del debido proceso en un proceso penal a alguien que no era el acusado sino el acusador, sin fundamentar las razones jurídicas de la fuente internacional de la que se podía desprender el derecho que tenía el afectado para ser oído ante el tribunal.⁷⁶ Se dio así una modalidad que introdujo el tema de terceros que podían tomar parte en el proceso penal y se asoció este derecho al derecho a la verdad que tienen ciertos familiares de las víctimas, y a una manera de reparar a las víctimas. Un ejemplo claro es la sentencia de Gómez Paquiyauri, donde la Corte señaló que:

La Corte considera que las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares, en su caso, tienen el derecho a conocer la verdad [...] Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los De-

⁷³ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21, párr. 21.

⁷⁴ El artículo 8.1 prescribe: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párrs. 97 y 2.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 75.

rechos Humanos; [...] al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación.⁷⁷

En frecuentes ocasiones, la Corte también ha sostenido que este derecho a la verdad es de la sociedad entera.⁷⁸

El caso *Blake* tuvo un problema de incompetencia *ratione temporis* similar al del caso *Genie Lacayo*. La Corte decidió en su sentencia que se había violado *en perjuicio de los familiares del desaparecido* el artículo 8.1 de la Convención, fundamentándose en la necesidad de hacer una interpretación amplia del artículo 8.1, en el que estaba comprendido también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto “todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, *lo mismo que a su familia*” tal como se establecía en la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en su artículo 1.2.⁷⁹

En el caso *Garrido y Baigorria* y posteriormente en el de *Paniagua Morales*,⁸⁰ por el contrario, se avanzó una tesis que no ha sido explorada con claridad por la Corte. En la sentencia de reparaciones de Garrido, la Corte sostuvo que:

La obligación de garantía y efectividad es autónoma y distinta de la de reparación. La razón de esta diferencia se manifiesta en lo siguiente: la reparación prevista en el artículo 63.1, tiende a borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados. Dado que se trata de una medida dirigida a reparar una situación personal, el afectado puede renunciar a ella. [...] En cambio, aun cuando el particular damnificado perdone al autor de la violación de sus derechos humanos, el Estado está obligado a sancionarlo, salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un particular. La obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los culpables no tiende a borrar las consecuencias del acto ilícito en la persona afectada, sino que persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención.⁸¹

⁷⁷ Corte IDH, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, párr. 230.

⁷⁸ Véase *ibid.*, párr. 231. Véase también *Caso de la Masacre de la Rochela*, párr. 295.

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 97.

⁸⁰ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26; *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 99.

⁸¹ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Reparaciones. Serie C. No. 39, párr. 72.

La decisión tomada en *Garrido y Baigorria* debería llevar a la Corte a concluir que no es necesario identificar a una víctima para exigir al Estado a que investigue. Esa posición traería quizás otras complicaciones, como la de supervisar que el Estado cumpla esta decisión sin tener personas determinadas que estén en el proceso. Como quiera que sea, la modalidad de encontrar víctimas de la violación del artículo 8o. ha permanecido hasta hoy. Con posterioridad al caso *Genie Lacayo*, la Corte conoció de la desaparición del señor Castillo Páez y allí no declaró violado el artículo 8o., sino el artículo 25 de la Convención, por la ineficacia del recurso de habeas corpus, que era imputable al Estado.⁸² Desde hace muchos años, la violación de la obligación de investigar se ha equiparado a una violación de los artículos 8, 25 y 1.1, este último referido a la obligación de garantizar en general.

En el caso *Valle Jaramillo* se dijo claramente que “del artículo 8o. de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos,⁸³ tanto en procurar el esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación” citando allí jurisprudencia anterior.⁸⁴ Recientemente, sin embargo, se ha empezado a agregar como su fundamento el mismo derecho interno de los países. Se vio ya en el caso *García Prieto*,⁸⁵ donde se estableció que

...la obligación de investigar no sólo se desprende de las normas convencionales de Derecho Internacional imperativas para los Estados Partes, sino que además se deriva de la legislación interna que haga referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querrelas para participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos.

Esto se ha repetido posteriormente en el caso *Heliodoro Portugal* y en el caso *Valle Jaramillo*.⁸⁶

A lo largo de los años, la Corte ha desarrollado esta idea y claramente ha conferido a los familiares de la víctima de ciertas violaciones el derecho a exigir del Es-

⁸² Corte IHD. *Caso Castillo Paez vs. Perú*. Sentencia de 23 de noviembre de 1997. Fondo. Serie C No. 34, párrs. 79 y 84.

⁸³ Véase, para una posición contraria, mis votos, *inter alia*, en Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes, Caso Gómez Paquiyari*; y en *Caso Gómez Palomino vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.

⁸⁴ *Caso Valle Jaramillo*, párr. 102, citando allí jurisprudencia.

⁸⁵ Corte IDH. *Caso García Prieto Vs. El Salvador*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 168 párrs. 102-104.

⁸⁶ *Caso Heliodoro Portugal*, párr. 143; y *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia*, párr. 104.

tado una investigación penal en la que pueden participar. En el caso *Goiburú*, la Corte recordó que

...los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a aquéllas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado, se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos y, en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes.⁸⁷

Artículo 5 de la Convención. La calidad de víctimas de ciertos familiares

En el caso *Blake*, donde se dijo anteriormente que la Corte no había conocido de la violación del derecho a la vida por falta de competencia *ratione temporis*, la Corte sostuvo que se había violado el artículo 5o. en perjuicio de ciertos familiares, básicamente porque “las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos”.⁸⁸ Hasta ese entonces, aun cuando permanentemente la Corte había hecho mención de la angustia y sufrimiento generados por la desaparición de un familiar y por la ausencia de respuesta estatal, nunca había calificado a estos familiares como víctimas de una violación de su integridad personal. Con este caso, la Corte empezó a tomar esto en consideración y a calificarlos como titulares de una reparación por la violación de sus propios derechos.⁸⁹

En el transcurso de estos años podría decirse que, a pesar de algunos vaivenes,⁹⁰ hay una jurisprudencia relativamente asentada, en el sentido de que

⁸⁷ *Caso Goiburú vs. Paraguay*, párr. 165.

⁸⁸ *Caso Blake*, párr. 114.

⁸⁹ Para un tratamiento más detallado de la situación de los familiares, véase Medina, C. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los familiares de las víctimas”, en E. Ferrer y A. Zaldivar (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho*, T. IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, pp. 545 a 571. Texto en <www.juridicas.unam.mx>.

⁹⁰ Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63; *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64; *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99; *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101; *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106; *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, entre otras.

para decidir la calidad de víctima de ciertos familiares hay que examinar la proximidad del vínculo familiar; las circunstancias particulares del familiar en cuanto a su relación con la víctima; el tipo de violación –puesto que, en general, toda violación a un derecho humano de una persona puede causar algún sufrimiento o desazón a ciertos familiares de la víctima, pero eso no puede ser causal suficiente para decidir que se ha violado también la integridad personal de éstos–; la vinculación del familiar con la persecución de la verdad y la justicia y la afectación del mismo por la negligencia o la inacción voluntaria del Estado en el proceso judicial. Normalmente, pero no estrictamente en todos los casos, se presume que los padres y los hijos reúnen estos requisitos cuando ha habido una desaparición, una ejecución extrajudicial o tortura, todas ellas en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas.⁹¹

5. El impacto de la jurisprudencia de la Corte en la región

Los perjudicados por un incumplimiento de obligaciones internacionales por parte de un Estado no pueden, a diferencia de lo que sucede en el derecho internacional público clásico, recurrir a las represalias o a la institución del *do ut des* que es lo que permite asegurar un cumplimiento relativamente importante de las obligaciones internacionales en otros campos. Las víctimas de violaciones de derechos humanos no están en una situación de igualdad con el Estado como lo están los Estados entre sí, aunque ésta sea ficticia en la realidad. Dependen completamente del Estado para que éste cumpla con su deber internacional. Esa es la

⁹¹ Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de marzo de 2005. Serie C No. 122; *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136; *Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140; *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147; *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162; *Caso de la Masacre de La Rochela*, nota 58; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, nota 50; y *Caso Ticona Estrada Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191; *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30; *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36; *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrs. 130 y 131; *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70; *supra* nota 41, párr. 201 y 196; *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 48; y *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 136.

razón de haber creado un sistema interamericano de protección para defenderlas. El sistema interamericano, el europeo o el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas se basan en la idea de que las normas internacionales de los tratados de derechos humanos constituyen un orden público internacional que los Estados están en el deber de mantener. Es por esto que todos los tratados permiten que un Estado denuncie las violaciones cometidas por otro Estado.⁹²

Aún así, el sistema, sin embargo, dista mucho de ser perfecto. La Corte dicta sentencias que son jurídicamente vinculantes, pero sólo la parte indemnizatoria de la sentencia puede ejecutarse dentro del Estado, en cumplimiento del artículo 68 de la Convención. Existe en la Convención una disposición, el artículo 65, que ordena a la Corte someter a la consideración de la Asamblea General de la OEA un informe sobre su labor en el año anterior y le exige que señale los casos en que un Estado no ha dado cumplimiento a sus fallos y que dé “las recomendaciones pertinentes”. Obviamente, esa disposición debe tener algún sentido, ya que una norma básica de interpretación es que toda norma debe ser leída de modo que produzca un efecto útil. El efecto, estimo, debería ser la intervención de la Asamblea dentro del campo de sus acciones políticas para estimular el cumplimiento, o para condenarlo. Nada de esto sucede en la práctica.

La falencia en el actuar de la Organización deja a las víctimas desprovistas de un apoyo que podría ser extremadamente importante y la Corte ha tratado de paliar esta falla desarrollando la idea de la supervisión del cumplimiento de las sentencias a través de la petición de informes periódicos a los Estados, los que a su vez son comentados por las víctimas y por la Comisión. En 2007 la Corte dio un paso más y agregó una nueva forma de supervisión a través de audiencias privadas con el Estado, la víctima y la Comisión para conversar sobre las dificultades que ha tenido el Estado para el cumplimiento de lo ordenado por la Corte. Estas audiencias han sido bienvenidas por todas las partes y han dado lugar a progresos que quizás no se habrían alcanzado de otra manera.

Afortunadamente, el derecho internacional de los derechos humanos ha ganado una gran legitimidad y ha empezado a permear la sociedad civil en el continente. El cumplimiento de las sentencias de la Corte se ha vuelto más frecuente, con la excepción de la obligación de investigar, procesar y eventualmente condenar, que es la razón de que un significativo porcentaje de casos se encuentren aún abiertos.

⁹² Véase CADH, artículo 61; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 41; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 33.

Hay ya varios Estados que, ya sea a través de resoluciones de sus tribunales superiores,⁹³ o de su ordenamiento jurídico interno, han incorporado las sentencias de la Corte en un rango que, por una parte, permite su cumplimiento y, por otra, hace que se reconozcan como parámetro para decidir casos similares.

De todos los Estados Partes de la Convención que han reconocido la competencia jurisdiccional de la Corte, el que más pronto lo hizo fue Costa Rica, que estableció en su acuerdo de sede con la Corte que las resoluciones de la Corte y de su presidente, en su caso, tendrían la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses⁹⁴. La Sala Constitucional de la Corte Suprema ha ampliado esto, incluyendo ahí incluso las opiniones consultivas de la Corte.⁹⁵

En Colombia, la Constitución Política de 1993 reconoce en su artículo 93 que:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Interpretando esta norma, el Tribunal Constitucional colombiano ha incluido la jurisprudencia de la Corte Interamericana en su bloque de constitucionalidad, por lo cual las sentencias de esta Corte sirven de parámetro para examinar los casos de que se conozca en la legislación interna.⁹⁶ Esta posición parece lógica, puesto que si la Constitución debe interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos y la Convención Americana, que es uno de ellos, tiene a la Corte Interamericana como única autoridad con la facultad de interpretarla, la conclusión ineludible es que las sentencias de la Corte deben ser cumplidas por el Estado colombiano y tomadas en consideración para todos los casos.⁹⁷

⁹³ Un estudio de la interacción entre la Corte y los tribunales internos puede encontrarse en García Sayan (2005), pp. 323-384.

⁹⁴ *Convenio de Sede entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 10 de septiembre de 1981.

⁹⁵ R. Piza Escalante, "El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales en el derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica", en Corte IDH. *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*. San José de Costa Rica. 1998, vol. I, pp. 169-191.

⁹⁶ Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06. En dicha sentencia se citan también, por el Procurador General de la Nación, las Sentencias C-010 de 2000, C-04 de 2003; y T-453 de 2005. (Véase párr. 6.2 de su presentación ante la Corte.)

⁹⁷ Sobre este punto, véase Uprimny, R. *Bloque de constitucionalidad. Derechos Humanos y Proceso Penal. Consejo Superior de la Judicatura*. Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Colombia, 2006, particularmente pp. 70 y 71.

En Argentina, el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Política de 1994, establece la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. La Corte Suprema argentina ha establecido que los fallos de la Corte son obligatorios⁹⁸ y han sido aplicadas consistentemente para enfrentar los casos de la época de la dictadura en Argentina.⁹⁹ En el caso *Simón*, reiteró en su considerando 17) que la jurisprudencia de la Corte era “imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. La posición de la Corte Suprema argentina se ha reproducido en provincias.¹⁰⁰

El Tribunal Constitucional de Bolivia declaró “que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos son parte del bloque de constitucionalidad, así como la jurisprudencia emanada del sistema interamericano de protección a los derechos humanos es vinculante para la jurisdicción interna de Bolivia”.¹⁰¹

Independientemente de si la jurisprudencia de la Corte está o no incorporada en un bloque de constitucionalidad, como quiera que éste se denomine, hay ya variadas sentencias de Estados de la región que han utilizado la jurisprudencia para decidir causas que digan relación con las violaciones del pasado. Esto se ha aplicado aun en causas que no dicen relación con violaciones en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas: en Paraguay, por ejemplo, un Juzgado de Asunción acogió un amparo,¹⁰² apoyándose para ello en la sentencia *Claude Reyes vs. Chile* sobre acceso a la información.¹⁰³ En Chile, el fallo de la Corte sobre la *Última Tentación de Cristo*¹⁰⁴ fue un impulso importante para la enmienda del artículo 19 número 12 de la Constitución Política, eliminándose la censura cinematográfica. El caso *Claude Reyes* dio también lugar a capacitaciones de funcionarios públicos sobre acceso a

⁹⁸ Corte Suprema de Argentina, *Caso Ekmekdjian, Miguel, A. C. Sofovich, Gerardo y otros*. Sentencia de 7 de julio de 1992.

⁹⁹ Corte Suprema de la Nación Argentina, Recurso de hecho en la causa No. 17.768, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación de libertad*. Sentencia de 14 de junio de 2005. Véase también Fallo 315: 1492, sentencia de 13 de julio de 2007 en la *Causa Mazzeo, Julio Lillo y otros/ recurso de casación e inconstitucionalidad*.

¹⁰⁰ Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, *Causa Vargas Aignasse Guillermo S/Secuestro y Desaparición*. Expte. V - 03/08, Sentencia del 28 de agosto de 2008, condenando a Antonio Bussi, ex Gobernador de Tucumán, Argentina.

¹⁰¹ Citada en Corte IDH. *Caso Ticona Estrada vs. Bolivia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Fondo Reparaciones y Costas. Serie C No. 192, párr. 147.

¹⁰² Juzgado de Liquidación y Sentencia No. 1 de Asunción, Recurso de amparo de Elizabeth Flores Negri contra Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción, Sentencia S.D. No. 40 de 31 julio de 2007.

¹⁰³ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 151.

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso Olmedo y otros Vs. Chile*, Sentencia de 5 de febrero de 2001. Fondo. Serie C No. 73.

la información y jugó un papel en la dictación de la Ley 20.285, “Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado”. En la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, la Corte señala que el Estado destacó la extraordinaria contribución de la sentencia para el fortalecimiento de la libertad de expresión, en lo que las víctimas estuvieron también de acuerdo.¹⁰⁵

6. Conclusiones

El examen por la Corte de violaciones específicas sucedidas en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas producto de la represión estatal por razones políticas ha originado, como pudo observarse, una línea de interpretación importante en torno a la obligación de garantizar el goce de los derechos humanos, incorporando en ella las obligaciones de prevenir y de investigar, procesar y eventualmente condenar, obligación que perdura en el tiempo y que da a la Corte el poder de asumir su jurisdicción contenciosa aun en casos cuya ejecución ha precedido a la declaración de aceptación de esta jurisdicción por el Estado respectivo. La subsistencia de la obligación ha causado también la prohibición de utilizar leyes de amnistía, la prescripción o cualquier otro instituto que permita dejar estas severas violaciones en la impunidad.

Ha habido además un desarrollo amplio de los artículos 8 y 25 de la Convención, que han sido usados como fundamento del derecho de los familiares de las víctimas de desapariciones y ejecuciones sumarias, además de las víctimas de tortura, para exigir una investigación criminal en la cual tienen derecho a participar de diversas maneras. Ambos artículos configurarían el “acceso a la justicia” y el “derecho a la verdad” —que se invoca frecuentemente por los familiares de las víctimas de estos casos y también por la Comisión—, los que tendrían su fuente en ellos.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, Resolución de supervisión de cumplimiento de 28 de noviembre de 2008, párrafos 10 y 11.

¹⁰⁶ Corte IDH, *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30; *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36; *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrs. 130 y 131; *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70; párr. 201 y 196, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 48; y *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 136.

Finalmente, ha dado la categoría de víctimas a ciertos familiares que han sufrido a consecuencia de ciertas violaciones de miembros de su familia y se han enfrentado en esos casos con la completa inactividad o directamente con la obstaculización por parte del Estado de sus legítimas demandas de justicia.

Lo reseñado, respecto al impacto en la región, parece ser suficiente para concluir que la Corte ha logrado su objetivo de dar respuesta al clamor de justicia de tantos seres humanos del continente víctimas de violaciones masivas y sistemáticas producto de la represión política en tiempos de dictadura, sentando, además, las bases para el desarrollo de la especificación de las obligaciones que la Convención establece para el goce de todos los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008) *Informe anual 2008*, en <<http://www.corteidh.or.cr>>.
- Faúndez, H. (2004). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª ed. actualizada, Corte IDH, Costa Rica, .
- García Sayan, D. (2005). “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José de Costa Rica, Corte IDH.
- Medina, C. (1998a). *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violation and The Inter-American System (The Battle)*. Dordrecht, Holanda, Martinus Nijhoff.
- Medina, C. (1998b). “The Role of Country reports in the Inter-American System of Human Rights”, en D. J. Harris y S. Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- Organización de Estados Americanos (OEA) (1959). *Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores* (Santiago de Chile), Resolución VIII, párrafo II. En *Acta Final*, Doc OEA/Ser.C/II.5 (pp.10-11).
- Vasak, K. (1968) *La Comisión Interamericana de los Derechos del Hombre*. París, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, R. Pichon & Durand-Auzias.
- Leblanc L. (1977). *The OAS and the Promotion and Protection of Human Rights*. The Hague, Martinus Nijhoff.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21.

Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Fondo. Serie C No. 22.

Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26.

Caso El Amparo vs. Venezuela. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Reparaciones. Serie C No. 28.

Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, Sentencia de 19 de septiembre de 1996 Reparaciones. Serie C No. 29.

Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

Caso Castillo Páez vs. Perú, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Fondo. Serie C No. 34.

Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Fondo. Serie C No. 35.

Caso Blake vs. Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998. Fondo. Serie C No. 36.

Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.

Caso Cesti Hurtado. Sentencia del 31 de mayo de 2001. Reparaciones, Serie C No. 56.

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Caso Villagrán Morales y otro. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Reparaciones, Serie C No. 63.

Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64.

Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Caso Olmedo y otros Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001. Fondo. Serie C No. 73.

Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.

Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Fondo Reparaciones y Costas. Serie C No. 110.

Caso Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Fondo, reparaciones y Costas. Serie C No. 111.

Caso "Instituto de Recaudación del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Caso Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala y Caso Instituto de Rehabilitación del Menor "Panchito López" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120.

Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de marzo de 2005. Serie C No. 122.

Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.

Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 149.

Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 151.

Caso Goiburú vs. Paraguay, Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153.

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Caso Almonacid Arellano y otros, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 161.

Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C No. 163

Caso García Prieto Vs. El Salvador. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 168

Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Excepciones Preliminares. Fondo Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186.

Caso Valle Jaramillo vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

Caso Ticona Estrada vs. Bolivia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Fondo Reparaciones y Costas. Serie C No. 192.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Caso María de la Penha Mahia Fernández c. Brasil, Caso 12.051, Informe No. 54/01 de 16 de abril de 2001.

Caso caducidad de la pretensión punitiva del Estado (Uruguay), Nos. 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374, 10375, Resolución 29/92 de 2 de octubre de 1992, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-93*

Casos No. 10147, 10181, 10240, 10262, 10309 y 10311 (Argentina), Resolución 28/92 de 2 de octubre de 1992, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-93*.

Corte Europea de Derechos Humanos

McCann and Others v. the United Kingdom judgment of 27 September 1995, Series A No. 324.

Case of Çiçek v. Turkey judgment of 27 February 2001.

Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom judgment of 4 May 2001.

Tribunal Constitucional de Colombia

Sentencia C-010/2000

Sentencia C-04/2003

Sentencia T-453/2005

Sentencia C-355/2006

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Ekmekdjian, Miguel, A. C. Sofovich, Gerardo y otros. Sentencia de 7 de julio de 1992.

Simón, Julio Héctor y otros s/ privación de libertad. Recurso de hecho en la causa No. 17.768, Sentencia de 14 de junio de 2005.

Causa Mazzeo, Julio Lillo y otros/ recurso de casación e inconstitucionalidad. Sentencia del 13 de julio de 2007. Fallos 315: 1492.

Otros tribunales

Vargas Aignasse Guillermo S/Secuestro y Desaparición. Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, Argentina. Causa Expte. V - 03/08, Sentencia del 28 de agosto de 2008.

Recurso de amparo de Elizabeth Flores Negri contra Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción, Juzgado de Liquidación y Sentencia No. 1 de Asunción, Paraguay. Sentencia S.D. No. 40 de 31 julio de 2007.

ACCESO A LA JUSTICIA PENAL Y DEFENSA PÚBLICA: MODELOS PARA ARMAR*

María Fernanda López Puleio

1. Delimitación del acceso a nivel penal: el ámbito de la defensa pública

Cuando analizamos la defensa pública penal, sus modelos organizativos y criterios de actuación, lo hacemos en virtud de un presupuesto básico y de dos ideas fuerza. El presupuesto es que la figura del defensor público existe, al menos en Latinoamérica, desde el siglo XVI, para que la consabida igualdad de todos frente a la ley se traduzca en una igualdad de todos ante la justicia.

Todo sistema, y aún cualquier simple mecanismo de asignación de un defensor público, debe asegurar la provisión de un abogado para quien lo necesite en el marco de un proceso penal; y debe ofrecer por tanto una *defensa técnica efectiva* ya que de otra forma su intervención será sólo una puesta en escena, una asunción vacía de un deber de prestación a cargo del Estado.

Pero además, la defensa pública como verdadera garantía orgánica, como estructura encargada de asegurar la debida prestación del servicio, debe también diseñar y ejecutar *políticas específicas* de acceso a la justicia, entendida en este ámbito como la efectivización de los derechos y garantías de la persona imputada. Para la protección de los sectores vulnerables, la asignación de un abogado público coadyuva sólo con un aspecto del cúmulo de cuestiones y necesidades que inciden e incidirán durante el tiempo que permanezca sometido al poder penal esta-

* Los lineamientos fundamentales de este texto fueron expuestos en mi disertación del *II Congreso de la Defensa Pública de República Dominicana*, Santo Domingo, julio de 2008.

tal. Los servicios públicos que organizan y gestionan la defensa pública deben contar con políticas activas que complementen la cobertura de necesidades de las personas asistidas por la defensa pública. Más allá de la provisión de un abogado que se desempeñe como defensor público para un detenido, quien será responsable de instar excarcelaciones o arrestos domiciliarios, es necesario que existan programas y acciones que interactúen en niveles distintos de los estrictamente judiciales. Por caso, será a través de estas políticas que se buscará alojamiento digno para quienes, por su extrema vulnerabilidad o por tratarse de migrantes, no cuentan con ellos. Más aún, es preciso asegurar que haya una persona responsable que, colaborando con cada defensor técnico, pueda tener un grado de observación total del funcionamiento del sistema para proponer intervenciones institucionales que influyan en la dinámica del actuar de la justicia desde un lugar de protección colectiva, tanto más si las violaciones de derechos o las omisiones de prestación se han vuelto sistemáticas y generalizadas.

El presupuesto acerca de la existencia de una defensa pública para las personas imputadas de delitos y las dos ideas fuerza (asegurar no sólo la defensa técnica efectiva sino también establecer políticas activas para la efectivización de los derechos) delimitan conceptualmente a qué nos referimos cuando aludimos al acceso a la justicia desde el punto de vista de la defensa penal. Si no fuera éste el caso, ¿qué significado tendría el reconocimiento de derechos en nuestras constituciones y códigos, y la asunción de responsabilidad internacional de nuestros Estados como parte de un sistema interamericano de protección de derechos humanos? ¿Cómo podría ser suficiente la simple constatación de que en el proceso penal se ha presentado un abogado para actuar como defensor de quien no tenía hasta ese momento a ninguno para tener por conformada la garantía de la defensa? Honrar las obligaciones asumidas por el Estado en los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución requiere que la defensa pública sea entendida como garante de todos los derechos y garantías.

Quien se desempeña en el ámbito de la defensa pública debe estar persuadido de este particular compromiso, puesto que además de una función jurídica, ejercita un imprescindible rol social. Para eso, deberá prestarse especial atención a la dimensión no sólo normativa y reglamentaria que rige su accionar, sino a la estructura que cobija a quienes ejercen la defensa pública y al lugar de mayor o menor relevancia que la institución de la defensa ocupa en la sociedad.

¹ Para una conceptualización de la naturaleza compleja del derecho fundamental de defensa como “derecho de” en el sentido de una expectativa negativa a la que corresponde una prohibición de lesión, y “derecho a” en el sentido de una expectativa positiva a la que corresponde una obligación de prestación, véase María Fernanda López Puleio, “Justicia penal y defensa pública: la deuda pendiente”, en *Pena y Estado, Revista Latinoamericana de Política Criminal*, núm. 5, Ediciones del Instituto, INECIP (número especial sobre defensa pública).

En ese sentido, es importante tomar en consideración diversos abordajes. En primer lugar, la observación de los sistemas y modelos de organización y gestión de defensa pública, y el complejo entramado de situaciones ligadas a la asistencia legal pública, sea o no gratuita, tampoco puede prescindir de la praxis concreta que llevan a cargo los operadores del proceso. En otras palabras, y más allá de lo que establecen las normas, no podemos soslayar lo que hacen quienes participan de la administración de justicia, respecto a lo que las normas dicen cuando se juzga a personas de sectores vulnerables.

En segundo lugar, es relevante el desempeño funcional del defensor público quien, más allá de que debe gozar de independencia técnica en la decisión sobre la estrategia del caso, estará también parcialmente influido por el tipo de modelo institucional y organizativo al cual pertenece.

Por otro lado, es evidente que, como sucede en todas las instituciones (sean éstas gubernamentales o no, pero especialmente en las gubernamentales), la actuación individual de cada uno de los defensores públicos repercutirá en la toma de diversas decisiones institucionales y en la imagen propia del organismo. Ciertos principios que se aplican con un sentido determinado en otros ámbitos pueden ser objeto de una conceptualización distinta en el ámbito de la defensa pública. Así, por ejemplo, el principio de unidad jerárquica –propio del Ministerio Público Fiscal– en el ámbito de la defensa pública asume ribetes disímiles. Si bien este principio podría ser invocado como reaseguro para una defensa técnica adecuada (por ejemplo, avocación del caso por parte del superior jerárquico en caso que el defensor inferior hubiera incurrido en la indefensión de su asistido) nunca la intervención de otro defensor podría encaminarse en contra de los deseos expresos de quien es el “dueño” del caso (es decir, la persona imputada) debido a los deberes-garantías que rigen la relación defensor técnico-defendido.

Si bien el desempeño institucional y el individual del defensor público se retroalimentan e impactan simétricamente, hay espacios que son propios y que habilitan la actuación proactiva de defensores públicos, aun cuando no estén acompañados por gestiones de gobierno de la defensa pública igualmente comprometidas. Por otra parte, siempre podrán activarse sistemas de análisis y control de gestión, o la puesta en marcha de programas de fortalecimiento institucional de la administración del servicio de la defensa, que permitan posicionar a las defensorías públicas en un mejor lugar en la agenda de la administración de justicia, asumiendo un papel protagónico en la protección de sectores especialmente vulnerables.

Una última cuestión debe ser considerada en toda introducción al análisis de la relación entre la defensa pública penal y el acceso a la justicia: la elevadísima participación de los defensores públicos sobre el total de los casos penales tramitados en la justicia. Esta situación, que no por efectista resulta menos cierta, se reitera con algunos matices en prácticamente toda Latinoamérica, exigiendo una mirada y

un abordaje de las problemáticas de cobertura del servicio diversos a los tradicionales. Por lo tanto, es necesario desechar modelos de gestión institucional de la defensa pública y aún de diseño de los procedimientos penales (básicamente en la regulación de actuación de los sujetos procesales) pensados para otra realidad, ignorando que cuando nos referimos en nuestra región a la intervención de un defensor, según la dialéctica procesal de los contrarios –que constituye la matriz del proceso penal–, debe pensarse prioritariamente en cómo facilitar el acceso a un defensor público, porque la porción de casos de intervención de un defensor privado, escasamente supera en el 20% de los casos totales que tramita la justicia penal.

2. La superación de viejos esquemas de gestión procesal y funcional: nuevos lineamientos a considerar

En la actualidad, la defensa pública ha ganado un creciente lugar de importancia en la agenda pública de la reforma de la administración de justicia en toda Latinoamérica. Esto no fue siempre así.

La reforma procesal penal iniciada hace ya casi 20 años en Latinoamérica² puso su acento en el nuevo e importante papel del Ministerio Público Fiscal. Esos códigos ponían de manifiesto la idea fundamental de sus redactores: la necesidad de la eficacia en la persecución penal, pero con derechos y garantías para el imputado. Pero a poco de hacer camino al andar, fue preciso hacer notar que aquella declamada relación de equilibrio entre las partes obligaba a evaluar la cuestión desde un ángulo diferente. Si la titularidad que ejerce el Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal torna imprescindible, a fin de garantizar la síntesis de justicia y permitir la irrupción no viciada de la verdad material, la existencia de una contrafuerza como exigencia de equilibrio, no podría afirmarse que existe “igualdad de armas” en el marco del proceso penal, cuando quien debe asumir la defensa técnica de una porción sustancial de casos no cuenta con los elementos mínimos para asegurar el contradictorio exigido por el ordenamiento.³

En palabras de Ferrajoli:

Esta concepción del proceso como contienda [...] expresa los valores democráticos del respeto a la persona del imputado, la igualdad entre las partes contendientes y la necesidad práctica [...] de la refutación de la pretensión punitiva y de su exposición al control por parte del acusado.

² En prácticamente toda Latinoamérica se había manifestado decididamente una política criminal que confió al proceso (y a la discrecionalidad judicial) toda función de control penal estatal, con lo que las limitaciones impuestas por las normas materiales y constitucionales, no tenían eficacia.

³ Véase M. F. López Puleio, “Justicia penal y defensa pública...”, en *op. cit.*

Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria [...] la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio.⁴

Como señala Ferrua, la paradoja resulta ser que se percibe y se lamenta la carencia del contradictorio, pero se rechaza intervenir sobre las disposiciones que lo sacrifican. En verdad, lo que corresponde asegurar es la idoneidad de los poderes defensivos para contrabalancear aquellos de la acusación. Dice Ferrua:

la paridad que aquí tiene relieve, necesaria para salvaguardar el equilibrio, es aquella siempre descuidada, entre el imputado pobre y el imputado que puede retribuir al defensor, tema sobre el cual se calla e, irónicamente, se oculta de manera inescrupulosa.⁵

De poco sirve que los códigos mejoren la posición del imputado en aspectos determinados del proceso, con la consabida finalidad de instalar una relación de equilibrio entre la eficacia de la persecución penal y el respeto por las garantías que lo sustentan, si la pretendida igualdad de posiciones queda neutralizada ante la imposibilidad real de hacerla efectiva. Claramente, la legitimidad misma del proceso contradictorio descansa en la necesaria paridad de los contradictores.

Por lo tanto, era necesario dar un giro en el análisis y resolución de la cuestión para que la declamada igualdad ante la ley pudiera cristalizarse en una igualdad real ante la justicia. En primer lugar, era imprescindible modificar los vetustos modelos de auxilioria de pobreza, con defensores “de oficio” que actuaban a desgano y sin compromiso con el destino de las personas de carne y hueso que les tocaba en suerte representar –antes como “auxiliares de la justicia” que como asistentes íntegros de los derechos de sus defendidos–. Pero además, se imponía la necesidad de crear las estructuras básicas que organizaran y sistematizaran su funcionamiento y, por sobre todo, que atendieran a las necesidades de quienes debían representar.

Como relata García Ramírez en su voto razonado en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Tibi vs. Ecuador*:

La reforma del proceso, que se sustente en los requerimientos de las Constituciones nacionales y de los instrumentos internacionales y provea el pleno acceso a la

⁴ Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 629-630.

⁵ Paolo Ferrua, *Studi sul Processo Penale, III, Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Turín, Grappichelli, 1998, p. 103.

justicia, debe montar un sistema de defensa verdadera y eficiente que batalle por los derechos del inculpado, con la misma constancia y consistencia con que recomienda Ihering la lucha por el derecho. ¿De qué sirve, si no, este auxiliar del inculpado, que también lo es, en el mejor sentido, de la justicia? (*Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párrafo 48).⁶

Esta alusión al “mejor sentido” del concepto de auxiliar de la justicia, busca distanciarse del criterio tradicional que consideraba que el defensor penal y en especial el defensor público constituía antes un resguardo de la jurisdicción, que una verdadera garantía del imputado que integra necesariamente el principio de inviolabilidad del derecho de defensa.

De este modo, el movimiento de reforma de los sistemas procesales penales comienza a focalizar su interés en la necesaria adaptación de los sistemas de defensa pública, que no podían continuar siendo funcionales a la maquinaria inquisitiva cuando el código había dejado de serlo.

El primer impulso se dirigió hacia la revisión y sanción de leyes orgánicas para el diseño e implementación de modelos de defensa pública que respondieran al modelo adversarial y, fundamentalmente, que cubrieran las necesidades concretas de los defendidos o eventuales asistidos. La reforma procesal penal se constituyó en la abanderada de una nueva forma de auxiliar a los pobres en los procesos, ya que en muchos países de nuestra región no existían sistemas de asistencia jurídica letrada; sólo mecanismos de práctica universitaria y bufetes populares, algunos mejores y la mayoría de muy baja calidad de servicio.

En prácticamente todo el continente, se comienza a trabajar en el diseño y puesta en marcha de nuevos modelos de cobertura del servicio de defensa pública penal, bajo los criterios de autonomía funcional, autarquía financiera, descentralización administrativa, efectividad, transparencia y control de gestión, profesionalización del rol del defensor público con sistemas de selección y remoción similares al de jueces y fiscales, equiparación remunerativa, posibilidades de colaboración de abogados de práctica libre. Todo ello, sobre la idea fundamental de contar con un instituto de la defensa pública fuerte y con funcionarios de carrera, con dedicación exclusiva, consagración de deberes-garantías propias del defensor público y de la relación con su representado o defendido.

⁶ En su voto concurrente el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez alude al defensor como “Auxiliar de la Justicia” sólo entendido desde el lugar de una defensa técnica adecuada. Véase M. F. López Puleio, “Acceso a la justicia (también) para los detenidos”, en Haydée Birgin y Beatriz Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Buenos Aires, Biblos, 2004.

Esa fue la punta de lanza para contar con sistemas independientes de las estructuras tradicionales y alto grado de especialización en ayuda legal. Desde esta concepción, las instituciones de defensa pública deben ser organismos visibles, reconocidos, protagonistas, que puedan integrarse al dinamismo propio del resto de las instituciones ligadas a la justicia y que puedan desarrollar políticas para evitar limitaciones al acceso a la justicia y asegurar la provisión de un defensor técnico efectivo para quien no tiene acceso a un abogado. Una estructura para garantizar el servicio público de defensa penal y que también responda ante los obstáculos y presiones que puedan enfrentar los defensores oficiales en el ejercicio de su función, quienes han renunciado al ejercicio liberal de la profesión asumiendo un rol institucional como parte de un ministerio público de la defensa.

Con matices muy diversos, los países de la región comenzaron a recorrer ese camino no exento de dificultades. Sin embargo, hay un aspecto de fundamental importancia vinculado con el siempre creciente nivel de prestación de los servicios de defensa pública que no ha merecido igual atención en los recientes procesos de reforma de los códigos procesales. Los ordenamientos procesales de América Latina siguen regulando situaciones que impactan necesariamente en la actuación de la defensa pública, pero teniendo en la mira la figura de un defensor privado; es decir, ignorando las situaciones de vulnerabilidad que constituyen la raíz del problema y que es preciso abordar para contribuir a la mejor solución para la gente y para el sistema.

El enfoque limitado de la defensa pública podía tener sentido en los códigos europeos, donde la porción de casos representados por esta defensa suele ser radicalmente inferior en comparación con América Latina y donde sólo interviene como última reserva de la defensa (aunque en la actualidad los desatinos de las políticas migratorias han multiplicado los sujetos vulnerables). Lo cierto es que cuando esos mismos ordenamientos se desconectan de la realidad de los casos que llegan a los tribunales, repiten esquemas jurídicos cuya solución normativa es insatisfactoria para la justicia en su conjunto.

Son muchas las situaciones que deberían merecer especial atención, vinculadas todas ellas con el diseño de mecanismos específicos de protección contra la indefensión. Se trata de la necesidad de establecer reaseguros ligados a la defensa técnica ante arrestos policiales sin orden judicial; asegurar la respuesta judicial ante presentaciones *in forma pauperis* de los imputados; la falta de contemplación de situaciones de violencia moral de los defensores públicos para tomar intervención en determinados casos; la necesidad de establecer la continuidad en la gestión del caso por parte de los mismos defensores públicos, evitando eventuales quiebres de la relación de confianza construida entre el imputado y la defensa pública; las limitaciones existentes en los ordenamientos para la intervención conjunta de abogados de práctica libre; la falta de atención a las problemáticas típicas de

la defensa técnica en general y de la defensa pública en particular en el proceso de ejecución de la pena; la falta de regulación procesal de la naturaleza compleja de ciertas defensas que exigen plazos diferenciados para el ofrecimiento de la prueba y en el planteo de recursos; la necesidad de sustitución de defensores ante casos de renuncia o abandono de los abogados privados y las oportunidades procesales donde estos reemplazos se producen, de modo de prever que el defensor que deba intervenir pueda ofrecer una defensa técnica eficiente, puesto que de lo contrario, no sólo se violenta el derecho del abogado defensor para estudiar el caso, sino fundamentalmente el derecho de defensa de la persona imputada, sujeto principal de la protección de la garantía.⁷

Incluso desde una visión menos comprometida desde el punto de vista de la protección del derecho de defensa, tampoco suele observarse que la ausencia de respuestas rápidas e idóneas para las situaciones reseñadas que involucran la actuación de la defensa pública tiene impacto directo en la gestión de los casos procesales, provocando –más allá de la afectación y violación de garantías constitucionales– engorrosas tramitaciones incidentales accesorias al procedimiento principal con los evidentes dispendios jurisdiccionales que esto ocasiona.

De la misma forma, habrá que tener especial cuidado ante contrarreformas procesales penales que busquen supeditar el resguardo de garantías a una pretendida celeridad y eficientismo en la actuación de la acusación pública. En este esquema, una defensoría pública proactiva y con protagónico rol institucional, paradójicamente puede ser estigmatizada como causante de todo retraso o morigeración en la aplicación de la ley penal.

3. Políticas activas desde la administración de los servicios de defensa pública

Las leyes más modernas que regulan los sistemas de organización y gestión de las defensorías públicas en América Latina otorgan a estos organismos facultades para el dictado de recomendaciones e instrucciones sobre buenas prácticas para el ejercicio de la defensa técnica. Del mismo modo, les otorgan competencia para el diseño y ejecución de políticas de acceso a la justicia, que avanzan más allá de la

⁷ Éstas fueron algunas de las materias incluidas por parte de la Defensoría General de la Nación Argentina en el reciente *Anteproyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, por la Comisión Reformadora creada en el Ministerio de Justicia de la Nación en 2007, conformada por diputados, senadores, académicos, jueces, fiscales y defensores públicos. La fuerte posición que ostenta en Argentina la Defensoría General de la Nación, como entidad jerárquica del Ministerio Público de la Defensa que integra a todos los defensores públicos, funcionarios y empleados, es una circunstancia relevante a la hora de incidir en políticas públicas ligadas a la justicia.

simple administración como superintendente en la asignación de un defensor público para el caso individual.

A partir de estas facultades, las defensorías públicas cuentan con la posibilidad de avanzar en una cantidad de políticas activas que resultan de suma importancia para la mejor administración de los servicios de defensa.

En primer lugar, esta forma de organización institucional permite la actuación de un director o defensor general como representante institucional, con facultades para intervenir autónomamente y sin necesidad de autorización de un poder diverso, ante limitaciones de derechos en general. Sus facultades le permitirán ya sea prevenir estas violaciones de derecho e incluso proponer medidas legislativas o de otro carácter, ante las autoridades que corresponda de acuerdo con la afectación del derecho que se trate.

En segundo lugar, se genera una doctrina institucional de la defensa pública mediante el dictado de recomendaciones generales o específicas, la estipulación de estándares de actuación, control de gestión y evaluación sobre la base de relevamientos propios y estadísticas que midan aquellos aspectos relevantes para la defensa pública.

En tercer lugar, se establecen mecanismos de detección temprana de violaciones sistemáticas de derechos y garantías en casos que interviene la defensa pública, para planear estrategias de intervención adecuadas, con la conformación de equipos de trabajo y el eventual impulso de acciones colectivas de protección. No hay que olvidar el lugar de privilegio que le otorga a la defensa pública el conocimiento prácticamente total del funcionamiento del sistema penal, posibilitando un temprano conocimiento de comportamientos restrictivos de derechos. Esta identificación permite e incita a la toma de decisiones efectivas para la protección de los derechos en juego.

En cuarto lugar, se da la posibilidad de recurrir a las instancias internacionales o regionales de protección de derechos humanos, en contra de las resoluciones de la justicia local que resulten violatorias de los derechos de las personas asistidas o defendidas por los defensores públicos. Esta puesta en escena de un nuevo sujeto internacional *sui generis* (puesto que estando en la estructura del Estado patrocina un interés individual en contra del Estado) ha sido reconocida en las leyes nacionales y básicamente receptada por los organismos de protección supranacionales. No es casual que Argentina y Guatemala sean las dos defensorías públicas latinoamericanas que más casos han llevado ante los organismos interamericanos de protección de derechos humanos pues, en ambos casos, se trata de instituciones con autonomía institucional plena. En el ámbito de la Defensoría General de la Nación Argentina funciona un Programa para la aplicación de derechos humanos desde donde, a partir del impacto institucional de ciertos temas que muestran una pauta de comportamiento negativo de las agencias penales, o de leyes restrictivas de de-

rechos que deben ser modificadas, se accede a la jurisdicción internacional cuando se han agotado las instancias útiles para la salvaguarda del derecho violado en el ámbito interno.⁸

Un quinto aspecto a tener en cuenta es la posibilidad de conformar unidades específicas para la cobertura de necesidades de sectores especialmente vulnerables y colectivos discriminados: mujeres, niños y niñas, detenidos, asistidos internados en establecimientos neuropsiquiátricos, refugiados y migrantes, indígenas, entre otros. Estas comisiones de apoyo, que pueden estar integradas por defensores y personal auxiliar, suelen establecer canales aceitados de acceso a la información de que se trate, con la conformación de bancos de datos específicos, monitoreo y tendido de redes de colaboración con demás instituciones involucradas.

Finalmente, se destaca la integración de programas de cobertura social complementaria a la asistencia y defensa legal que prestan las defensorías públicas, de manera de desligar al defensor técnico de cuestiones que si bien inciden para la mejor solución de su caso, no constituyen propiamente defensa legal. Entre ellos, pueden contarse los programas para la atención de problemáticas sociales ligadas a la falta de documentación personal y necesidades básicas insatisfechas; la facilitación de visitas a detenidos por parte de familiares que no cuentan con los medios económicos que demanda el traslado a los lugares de detención; la creación de fondos especiales para cubrir erogaciones que permitan acceder a beneficios procesales o penitenciarios y que sean de imposible asunción por parte de los defendidos; o la constitución de equipos de apoyo multidisciplinarios dentro de la estructura de la defensa pública.

4. Modelos para armar

En vista de la situación actual de las defensorías públicas latinoamericanas, con sus desarrollos incipientes en muchos casos, con algunas burocracias arraigadas en otros, y con sus conocidas limitaciones materiales y presupuestarias en prácticamente todas, es preciso interrogarse acerca de si han podido cumplimentar gran parte del desafío de constituirse como el reaseguro del derecho a una defensa técnica efectiva, según los requerimientos de un proceso penal respetuoso del derecho internacional de los derechos humanos.

⁸ Este programa reglamenta otra atribución que la ley orgánica le asigna al Defensor General: "Patrocinar y asistir técnicamente, en forma directa o delegada, ante los organismos internacionales que corresponda, a las personas que lo soliciten" (art. 51 inc. v, Ley N° 24.946 de la República Argentina).

Al analizar la situación en retrospectiva, el crecimiento y fortalecimiento de las defensorías públicas en los últimos 10 años ha sido exponencial. Muchos de los avances que han incidido positivamente fueron abordados en los apartados anteriores. Un aspecto no desarrollado en este artículo pero que merece destacarse es el hecho de que las modernas instituciones se hayan fortalecido a partir de una gran apertura de cara a la sociedad, ya sea mediante la integración en sus estructuras o con vínculos permanentes de colaboración e interacción con diversas entidades de la sociedad civil, los colegios profesionales y las universidades. Las defensorías públicas no pueden ser instancias aisladas del tejido social, desatendiendo a los problemas reales de la gente que deben defender.

Por otra parte, ha quedado superada en gran medida la etapa de discusiones ligadas al diseño de prestación del servicio que pueden esquematizarse en las antinomias defensa oficial vs. defensa privada, o la confusión de la defensa mixta como sinónimo equivocado de defensa privatizada. En efecto, la referencia a un sistema mixto de defensa simplemente se refería a que conviven para la cobertura del servicio de defensa pública, los abogados de práctica libre de la profesión con abogados defensores de tiempo completo, estos *últimos normalmente integrados como funcionarios públicos a una institución que provee asistencia legal*.⁹

En la actualidad, la estructuración de modelos de defensa pública apunta a la constitución de sistemas que permitan cierta flexibilidad en la prestación, pero sobre la base de un núcleo institucional fuerte, integrado por lo general con funcionarios de carrera a los que se le suman otras alternativas de prestación, como abogados contratados por tiempo determinado o para casos específicos.

El prisma desde donde se deciden las políticas a implementar suele ser diverso: se otorga a quien administra el servicio de defensa pública un margen bastante amplio de acción para colaborar con la actuación de los defensores públicos oficiales que tienen dedicación exclusiva. El legislador entonces dicta los grandes lineamientos sobre la defensa pública, pero brinda herramientas para responder ante contingencias. Será responsabilidad del administrador, defensor general o director del servicio público, determinar cuál es la manera más efectiva de cobertura de cada una de las situaciones que se van presentando. Claro que esto implica que su gestión debe estar sujeta a contralores estrictos.

Por otra parte, la planta permanente de profesionales del derecho que conforman la defensa pública, no debe ser una mera puesta en escena que pueda depender del mayor o menor flujo de presupuesto asignado para cumplir con sus fines, diseñada sobre la base de un esquema pequeño de prestadores “oficiales” y

⁹ Las variantes que puede presentar esta complementación en un sistema de defensa mixto es amplísima.

dejando a las expectativas económicamente más favorables –nunca alcanzadas– la ampliación del número de prestadores, ya sea permanentes o contratados.

La institución que tiene a su cargo la defensa pública será respetada cuando pueda visualizarse y constituirse como un organismo eficaz según los objetivos de su constitución. Pero no podrá ser eficaz si depende de autorizaciones presupuestarias que no se basen en criterios y objetivos establecidos normativa o institucionalmente, como podría ser la mayor o menor sensibilidad de quien escucha los reclamos de los que menos tienen, o el *lobby* de sectores que siempre argumentarán que existe un mejor destino presupuestario que el solicitado para la defensa de “criminales”.

Por eso, se torna ocioso replicar aquellas discusiones, más dogmáticas que concretas, cuando todavía muchos de los países de la región no cuentan siquiera con una estructura de defensa pública a la que asirse, o una institución que mire el problema de la asistencia y patrocinio jurídico de los pobres desde el lugar de la protección prioritaria de los pobres y las necesidades de los sectores vulnerables, antes que desde el relativismo del funcionario o los abogados.

En muchos países de América Latina hemos sido testigos de los grandes avances jurisprudenciales promovidos por la defensa pública en las primeras etapas posteriores a la reforma procesal penal de tinte adversarial. Se trató de un momento fundamental no sólo porque fue delineada la doctrina más o menos garantista de interpretación de la nueva normativa, sino porque una defensa pública ausente, limitada o indolente, puede hacer fracasar el modelo acusatorio que se nutre, precisamente, de la potenciación de las partes.

La instauración de esquemas organizativos permanentes y con fortaleza institucional no se establecen simplemente para la distribución de carga de trabajo entre los defensores públicos o para la aplicación del poder disciplinario sobre ellos, sino que son el basamento para el diseño y ejecución de las políticas de acceso a la justicia para los sectores discriminados a quienes prioritariamente deben dirigir su accionar.

Hace ya diez años que la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó que garantizar un derecho, y como contrapartida, establecer la obligación positiva que ello genera –en el caso de la defensa pública, consistente en la obligación de prestación de un defensor eficiente y de una estructura que coadyuve con el acceso a la justicia–, implica para los Estados Partes organizar todas sus estructuras de manera “que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹⁰

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velázquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 175.

Parfraseando a mi maestro Ferrajoli, los derechos fundamentales siempre se han asegurado o fortalecido cuando, llegado cierto momento, su violación sistemática se volvió intolerable; y lo han hecho como ley del más débil, contra la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia:

del más fuerte físicamente, como en el estado de naturaleza hobbesiano; del más fuerte políticamente, como en los regímenes absolutistas, clericales o policiales; del más fuerte económicamente, como en el mercado capitalista; del más fuerte militarmente, como en la comunidad internacional.¹¹

El desafío siempre vigente de las defensorías públicas es el de constituirse como la ley del más débil; no sólo contra la ley del más fuerte en lo económico, político, social o procesal, sino también, contra la de aquellos que permanecen todavía insensibles ante los reclamos y necesidades de los que menos tienen.

¹¹ L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 28.

VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y ACCESO A LA JUSTICIA: LA AGENDA PENDIENTE

*Haydée Birgin
y Natalia Gherardi*

La violencia doméstica es un problema más complejo que la violencia sexual y no se puede reducir a una simple cuestión de cambio normativo. La atracción de potencial simbólico del derecho penal no sirve en estos casos porque es evidente que es difícil reducir la violencia doméstica a un “acontecimiento” puntual con dos protagonistas bien definidos en sus papeles de culpable y víctima.

*Tamar Pitch, Un derecho para dos: la construcción
jurídica de género, sexo y sexualidad*

1. Introducción

El mérito del movimiento feminista de los años 60 y 70 fue sacar de la invisibilidad el tema de la violencia contra las mujeres en el ámbito de sus relaciones interpersonales. En los años 80, con el inicio de las transiciones democráticas en los países del cono sur de América Latina, el tema de la violencia comienza a ser discutido. Así, el malestar de las mujeres se fue transformando lentamente en demandas y propuestas de acción: centros de atención, producción y difusión de información, sanción de leyes, modificación de procedimientos, entre otras cuestiones.

En este avance contribuyeron sin duda los estándares establecidos por las convenciones internacionales y regionales de derechos humanos, en particular la Conven-

ción para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará), y más recientemente el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional al establecer que la violencia sexual contra las mujeres en conflictos armados es un crimen de guerra.¹ En Argentina, la reforma de la Constitución Nacional en 1994 que otorga jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, no sólo incorporó procedimientos novedosos para el reclamo de los derechos vulnerados ante la justicia local, sino que también promovió el recurso a los instrumentos jurídicos e instancias regionales e internacionales de protección de derechos humanos para exigir la aplicación de estándares más elevados en la protección de las mujeres víctimas de violencia. En muchos países de la región, ya no se pone en duda el reconocimiento de la violencia contra las mujeres como una grave violación de los derechos humanos que les impide el pleno ejercicio de su autonomía.

El Informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de 2007 señala que las voces de las mujeres que desde hace más de tres décadas sacaron este problema de la oscuridad de sus vidas privadas y lo convirtieron en un tema de debate social –desafiando marcos normativos anacrónicos y nombrando a la violencia física, sexual y psicológica– han influido en las autoridades legislativas que, paulatinamente, fueron eliminando los obstáculos legales que impedían su sanción. Al mismo tiempo, la mayoría de los países de la región han adoptado normas inspiradas en la Convención de Belém do Pará, lo que convierte a América Latina en la región dotada de una de las legislaciones más avanzadas del planeta en esta materia. Sin embargo, las investigaciones realizadas en la región coinciden en señalar las dificultades persistentes que las mujeres víctimas de violencia enfrentan al recurrir a las herramientas legales disponibles en sus respectivos países para poner un límite a las situaciones de violencia que viven.²

A pesar del reconocimiento de la violencia existente contra las mujeres, aún no se ha logrado estructurar un movimiento social capaz de organizar y negociar demandas tendientes a erradicarla e incidir efectivamente en la orientación de la intervención del Estado.

Los problemas actuales en esta materia no se relacionan ya con la existencia de normas legales e instituciones responsables de su aplicación, que existen en la gran mayoría de los países de la región. Antes bien, se trata de lograr la efectiva aplicación de estas normas y la eficacia de los procedimientos administrativos y ju-

¹ Con relación a las implicancias del Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional para la condena de los delitos de violencia sexual contra las mujeres, véase Fries (2003) y Moreyra (2007).

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), CEPAL (2007 y 2009)

diciales vigentes. Son las carencias de políticas tendientes a asegurar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia lo que dificulta la aplicación concreta de las normas diseñadas para ponerle un freno.

En un Estado democrático el espacio público es un espacio de negociación en el que diferentes actores sociales —entre ellos las mujeres— organizan, coordinan y articulan sus demandas con la oferta del Estado. Con su poder regulador, el Estado condiciona las opciones de vida de varones y mujeres a través de diferentes instrumentos de intervención que los determinan y condicionan en los distintos aspectos de sus vidas. La orientación de la intervención estatal está definida por distintas fuerzas en tensión: entre ellas, el crecimiento económico y las organizaciones e instituciones de la sociedad civil.

¿Cuáles son los márgenes de acción? ¿Cuál ha sido el grado de influencia del movimiento de mujeres sobre el poder regulador y ordenador del Estado con relación a la violencia familiar? ¿De qué manera influyen las políticas públicas en las posibilidades efectivas de ejercer los derechos que consagran las leyes? ¿En qué medida la ausencia o limitaciones de esas políticas públicas dificultan el ejercicio de los derechos? Este artículo aborda estos interrogantes. En primer lugar, plantea el acceso a la justicia como un derecho humano fundamental, cuyo ejercicio debe ser garantizado por el Estado. En segundo lugar, presenta los debates en torno a la conceptualización de la violencia contra las mujeres en el ámbito de sus relaciones interpersonales, y discute cuáles son las expectativas puestas en el derecho y de qué manera la conceptualización misma de la violencia (como delito o como conflicto social) actúa como condicionante para el efectivo acceso a la justicia de estas mujeres. Finalmente, el artículo concluye con algunas reflexiones a partir de las cuales se intenta delinear la agenda pendiente en materia de violencia contra las mujeres para la superación de las barreras que flanquean el acceso a la justicia.

2. El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia

El acceso a la justicia es un derecho humano, como el derecho a la educación, a la salud, al trabajo. Obstaculizar el acceso a la justicia es violatorio de los derechos humanos garantizados por las constituciones políticas y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos; es una forma de excluir a las mujeres y varones del ejercicio de la ciudadanía.³

Un concepto amplio de acceso a la justicia excede la consideración del poder judicial, las condiciones de acceso al sistema de justicia y sus respuestas actuales

³ Véase, en general, Birgin y Kohen (2005).

o potenciales. Acceder a la justicia implica la posibilidad de convertir una circunstancia que puede o no ser percibida inicialmente como un problema, en un cuestionamiento jurídico. Esta posibilidad requiere varias etapas.⁴ En primer lugar, es necesario *reconocer* la existencia de un problema. En segundo lugar, *identificar* ese problema como uno de naturaleza jurídica. En tercer lugar, identificar la persona (pública o privada) *responsable* de haberlo causado o que hubiera incumplido su obligación de resolverlo. Luego, es necesario *convertir* el problema en una *demanda* o reclamo ya sea judicial o administrativo, y *sostener* el proceso que fue consecuencia de la judicialización del problema con todo lo que ello implica: seguir, instar, monitorear el proceso con la ayuda profesional necesaria, en su caso. Por último, una vez lograda la decisión judicial o administrativa, corresponderá *hacer efectiva* la resolución judicial o administrativa.

El acceso de la justicia, por lo tanto, puede ser considerado desde tres aspectos diferenciados aunque complementarios entre sí.⁵ En primer lugar, el acceso propiamente dicho, es decir, llegar al sistema judicial. En segundo lugar, la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir, que se asegure no sólo acceder al sistema, sino que éste brinde un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial. Por último, un tercer aspecto complementario es el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y, específicamente, la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo.

El reconocimiento de la existencia de un problema y su identificación como una cuestión justiciable representa uno de los mayores obstáculos a superar. Hace falta un grado importante de alfabetización jurídica y de conciencia de la existencia de derechos en la sociedad para identificar el componente jurídico o legal de un problema. Las evidencias indican que la discriminación en el acceso a la justicia no es sólo económica, sino sociocultural y que, por ese motivo, las condiciones que eventualmente permitirán su modificación exceden los recursos disponibles en una sociedad capitalista para tales fines.⁶

En los países de América Latina que cuentan con normas específicas para abordar los problemas de violencia contra las mujeres, es fundamental determinar cuál es el conocimiento que las mujeres tienen de las normas y sus herramientas de protección. Una investigación reciente en Argentina da cuenta que en los tres principales centros urbanos del país, 60% de las mujeres no conoce la existencia de una ley de violencia doméstica y menos de 3 de cada 10 pueden nombrar algún

⁴ Anderson (2003); véase en este volumen la versión de este trabajo en español.

⁵ Larrandart (1992).

⁶ Fucito (2003), p. 289.

aspecto de la ley vigente.⁷ Esto significa que desde el gobierno nacional, provincial y local no se han realizado suficientes campañas de difusión de la existencia de derechos que amparan a las mujeres víctimas de violencia y tampoco se han arbi-trado los recursos necesarios para brindar un servicio jurídico adecuado que per-mita garantizar el acceso a la justicia.

Si, como en el caso de Argentina, las mujeres desconocen que, desde hace más de una década, existen en sus países normas vigentes destinadas a proteger-las de situaciones que las afectan particularmente y que ellas mismas identifican como de fundamental importancia, habrá pocas posibilidades de que conozcan los medios para hacer efectivos esos derechos.⁸

3. Las leyes sobre violencia contra las mujeres en el ámbito de sus relaciones interpersonales

En la Argentina y en otros países de América Latina, hay dos debates concep-tuales recurrentes cuando se analizan las normas sobre violencia contra las muje-res.⁹ En primer lugar, la conceptualización de esta violencia ya sea como delito (que requiere por lo tanto la intervención del poder punitivo del Estado por medio de la sanción penal) o como conflicto social que exige, además, otras intervencio-nes. En segundo lugar, se debate la definición de la “violencia de género” en con-traposición al concepto de “violencia familiar”, que puede afectar a distintos inte-grantes de una unidad familiar.¹⁰

La ley es sólo un instrumento en el contexto de una política pública de preven-ción y erradicación de la violencia familiar, particularmente en contextos en que la consagración de derechos ha sido insuficiente para garantizar su ejercicio. En América Latina el tema no pasa ya por consagrar derechos, sino por protegerlos para impedir que —a pesar de las declaraciones solemnes— éstos sean continua-mente violados.¹¹

⁷ ELA (2009b). Encuesta realizada en 2006 sobre 1 600 mujeres de los mayores conglomerados ur-banos de la Argentina: Gran Buenos Aires, Rosario y Córdoba.

⁸ En la misma encuesta (ELA 2009b), casi el 100% de las mujeres respondió que la violencia familiar es un fenómeno “muy frecuente” o “frecuente”. Por otra parte, datos de la Cámara Nacional de Apela-ciones en lo Civil de la Capital Federal indican que del total de denuncias por violencia familiar, sólo en la ciudad de Buenos Aires, en seis de cada diez casos las víctimas son mujeres.

⁹ Se sigue aquí lo desarrollado en ELA (2009a), pp. 298-310.

¹⁰ En este artículo, las referencias al ámbito familiar se consideran equivalentes al ámbito de las re-laciones interpersonales. En ese sentido, el concepto de familia no se restringe a las unidades domésti-cas o a los vínculos de parentesco, sino que incluyen otras formas de relaciones sentimentales (noviaz-gos, concubinatos, situaciones de convivencia, presentes o pasadas).

¹¹ Bobbio (1991), p. 35.

En la última década hemos aprendido que, por su complejidad, la violencia que sufren las mujeres en el ámbito de las relaciones interpersonales no se resuelve exclusivamente ni con leyes ni con atención psicológica, sino que requiere una política global que, sin dejar de prestar la asistencia a quienes denuncian hechos de violencia, haga efectiva una política social activa que sostenga a las mujeres en su decisión de llevar adelante una denuncia ante el sistema de justicia. Ésta es todavía la gran asignatura pendiente.

También aprendimos que el derecho no se agota en el texto de la ley y que cobran centralidad otros discursos que lo atraviesan: el discurso político, cultural, geopolítico, religioso. Advertir la historicidad del discurso jurídico, su complejidad, su opacidad estructural, los aspectos ideológicos que le son propios, sus vínculos inescindibles con la política y el poder permite comprender “los textos” (leyes, precedentes jurisprudenciales, clasificaciones de la doctrina) con conciencia de que no hay un único sentido posible a descubrir en el derecho, sino que existen múltiples –aunque no infinitos– sentidos a construir en cada tiempo y lugar y que, por tanto, tampoco existe una única, justa y definitiva solución para el caso.¹² En tanto discurso social, el derecho otorga sentido a las conductas de varones y mujeres, a quienes convierte en sujetos; al mismo tiempo el derecho opera como gran legitimador del poder que habla y se impone por medio de las palabras de la ley. El discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer, y su sentido resulta determinado por el juego de relación de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en un cierto momento y lugar.¹³ Esta concepción del derecho reafirma la existencia de la ley como una herramienta de acción que requiere una política pública de prevención y erradicación de la violencia que la complementa, la orienta y le brinde sentido.

Casi todos los países de América Latina cuentan con una ley especial de violencia familiar. No obstante, aún existen tareas pendientes y necesarias para asegurar una adecuada justicia a las víctimas de violencia. Se trata de armonizar el conjunto de la legislación con los principios de los derechos humanos para eliminar en algunos casos los resabios de una legislación patriarcal o para identificar adecuadamente todas las formas de violencia. Se precisan además nuevas inversiones en las políticas sectoriales (educación, salud, seguridad ciudadana y trabajo), así como una integración de los acuerdos internacionales en la política de los países, de manera que la protección de los derechos de las mujeres sea parte de la columna vertebral de la acción del Estado.

La sanción de normas específicas sobre violencia familiar por parte de los Estados requiere un profundo debate previo en torno a dos temas que hacen a la con-

¹² Ruiz (1997).

¹³ Ruiz (2000).

ceptualización de la violencia y que se vinculan también con la eficacia y garantía de las medidas que se adopten. ¿La violencia es un delito que se resuelve recurriendo al derecho penal o un conflicto social que debe atenderse con otros recursos? ¿La violencia contra las mujeres se inscribe en el contexto de la violencia familiar o de la violencia de género? Estas cuestiones se abordan en los próximos párrafos.

La ley penal en el tratamiento de la violencia: ¿delito o conflicto?

No hay dudas de que diversos aspectos conviven en una problemática de esta complejidad. En los casos en que el agresor inflige lesiones graves (u otras formas de violencia definidas como delitos en las normas penales) resultan plenamente aplicables los tipos delictivos específicos contemplados en el Código Penal. En ese caso, el Estado tiene la responsabilidad de perseguir penalmente al agresor con la misma seriedad y recursos con que se persiguen todos los delitos, cuidando de no revictimizar a la persona agredida en el curso del proceso.

Sin embargo, no son pocas las dificultades que enfrentan las mujeres que recurren al sistema penal como única alternativa para denunciar hechos de violencia de distinta magnitud. Si bien no existen investigaciones empíricas rigurosas, hay señales del fracaso de las políticas establecidas en aquellos países que han optado por tipificar la violencia familiar como delito e incorporarla al Código Penal como principal estrategia para prevenir y erradicar esta forma de violencia. Como afirma Larrauri (1994), reconocer una situación como problemática no equivale a sostener que el derecho penal sea la mejor forma de solucionarla.

Es fundamental encarar investigaciones empíricas que revisen las dificultades que enfrentan las mujeres que denuncian hechos de violencia ante las fiscalías y juzgados penales, pues en no pocas ocasiones esos hechos se profundizan hasta causar la muerte de las denunciadas. Una investigación realizada en Argentina da cuenta del acelerado trámite y posterior archivo que reciben las denuncias de las mujeres por casos de violencia: el estudio señala que los casos de violencia extrema fueron precedidos por episodios menores que la justicia penal desatendió.¹⁴

Pitch (2003) señala que la denuncia de la violencia en el ámbito penal es inadecuada porque la mayoría de los procesos por malos tratos familiares acaban en absoluciones o condenas muy leves y, en particular, terminan mucho tiempo después

¹⁴ Cfr. "El tratamiento de la violencia doméstica en la justicia ordinaria de la Capital Federal", investigación realizada por la Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina. Esta investigación debería actualizarse a partir de la incorporación del Fuero contravencional de la ciudad de Buenos Aires, con competencia para investigar algunas conductas tales como hostigamiento.

de presentada la denuncia cuando la situación –de una forma o de otra– se ha modificado. Si aumentar la pena prevista resulta ser una medida bastante discutible para prevenir la violencia sexual, aún más discutible resulta en el caso específico de la violencia intrafamiliar, que en muchas ocasiones no se presenta como un acontecimiento único y concreto, incluso en los casos más extremos que finalizan en un trágico homicidio de la mujer o de los hijos o de ambos. Para estos casos, la justicia penal es lenta y más bien ineficaz.

El avance del pensamiento teórico feminista resulta contradictorio con la preeminencia de ciertos discursos que otorgan legitimidad al poder punitivo como instrumento que puede dar respuesta a las reivindicaciones de las mujeres. El poder penal –tanto en su definición como en su ejercicio práctico– representa en manos del Estado el medio más poderoso para el control social.¹⁵ Con la intervención de la justicia penal, el Estado se apropia del conflicto y la víctima pierde todo lugar en el proceso ya que no es ella, sino el Estado, la parte principalmente ofendida. Es el Estado, entonces, quien representa los intereses de la víctima.

Es indudable que hay una cierta atracción que ejerce el potencial simbólico del derecho penal, es decir, una percepción de que el derecho penal puede resolver problemas sociales. Pero el derecho penal no es eficaz como única respuesta institucional en los casos de violencia en el ámbito de las relaciones interpersonales, porque es evidente que es muy difícil reducirla a un “acontecimiento” puntual con dos protagonistas bien definidos en sus papeles de culpable y víctima. El optar por la vía penal como excluyente no satisface tampoco las exigencias de quienes denuncian, que reclaman un resarcimiento de tipo simbólico, pero también requieren soluciones de tipo “práctico”: acceder a recursos psicológicos y económicos para poder separarse de la pareja agresora, conseguir una vida propia y a veces defender a los hijos y a sí mismas de una violencia que continúa incluso después de la separación; y que, en la mayoría de los casos, no acaba pese a las denuncias, las actuaciones de la fuerza pública y la intimación judicial. Como contrapartida, la dificultad misma de afrontar las cuestiones derivadas de la violencia revela la escasa eficacia de los instrumentos de tutela de los individuos en las relaciones familiares cuando son adultos.

La violencia que viven las mujeres asume muchas veces otras formas más sutiles pero no menos dañinas, como la violencia psicológica y moral (Hirigoyen, 2003) que no logra ser captada por el derecho penal. Sin embargo, debe aclararse que la falta de estadísticas generales impide determinar qué prevalencia tiene una y otra forma de violencia entre las mujeres en muchos países de la región.¹⁶

¹⁵ Zaffaroni (2000).

¹⁶ Varios estudios han señalado la importancia de contar con información estadística de alcance nacional y en la misma dirección se han pronunciado el Comité de la CEDAW (en sus recomendaciones

Más allá de la inexcusable aplicación de las normas penales para los hechos que configuran delitos (como las lesiones graves, el homicidio o su tentativa), en tanto la violencia es un conflicto familiar y social se requieren además formas familiares y sociales de resolución. En ese entendimiento, algunos países como la Argentina definieron a la justicia nacional de familia como el ámbito judicial compatible con el entendimiento de la violencia como conflicto social. La justicia civil de familia se encuentra en posición de poner un límite al golpeador y resolver, además, temas como la tenencia de los niños, la asignación de alimentos, la comunicación entre los padres y las cuestiones económicas derivadas del vínculo entre la mujer y el golpeador, como la asignación de la casa familiar.

¿Violencia familiar o violencia de género?

Otra de las cuestiones centrales a debatir es la conceptualización de la violencia hacia las mujeres como violencia de género o su incorporación en el contexto de la violencia familiar. En algunos países de la región (como Argentina y Chile), se ha optado por una ley de violencia familiar comprensiva de la violencia que pueden sufrir tanto mujeres como varones, niños o adultos mayores, por dos razones fundamentales: porque el poder legislativo dicta normas para todos los ciudadanos y ciudadanas independientemente de su sexo o edad; y porque resulta inviable sancionar tantas leyes como sujetos posibles haya de ser incluidos. Esto no implica negar la especificidad de cada tipo de violencia, pero son las políticas públicas sectoriales las encargadas de organizar y asegurar acciones particulares. Por caso, será potestad de los organismos de la mujer desarrollar políticas y acciones centradas en la violencia de género, así como será responsabilidad de las instituciones con competencia en cuestiones vinculadas con los niños, niñas y adolescentes velar por su particular situación. Sin negar la especificidad de la violencia contra las mujeres, por motivos de técnica legislativa resulta inviable sancionar una ley de violencia contra las mujeres, otra contra los varones, otra contra los adultos mayores y una cuarta contra los niños.

Una corriente importante del movimiento feminista plantea la necesidad de una ley de violencia de género. Éste fue el caso de la ley sancionada en España llamada Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género que tipificó la violencia como delito y colocó nuevamente en el debate esta falsa opción entre vio-

particulares a varios estados de la región) y el Mecanismo de Seguimiento de la Convención contra la Violencia en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (MESECVI).

lencia familiar o violencia de género, justicia de familia o sistema penal.¹⁷ Esta situación se presentó en Argentina con la aprobación de la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, que no incluye a los niños y otras personas vulnerables de sexo masculino entre los sujetos protegidos.¹⁸

Desde la criminología crítica, Larrauri (2007) aporta elementos que enriquecen el debate: en su opinión se ha pasado de una explicación que atribuía las causas del maltrato a un hombre enfermo a otra que afirma como causa única o fundamental de la violencia, la situación de desigualdad, subordinación o discriminación de la mujer. Este último discurso –al que llama “oficial”– es el que se incorporó a la Ley de Protección Integral, aparece dominante en España y está trascendiendo a otros países de América Latina.

En ese mismo trabajo, Larrauri señala tres características del discurso feminista “oficial”: en primer lugar, simplifica excesivamente la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja al presentar este delito como algo que sucede “por el hecho de ser mujer”, como si la subordinación de la mujer en la sociedad fuese causa suficiente para explicar dicha violencia. En segundo lugar, en ciertas ocasiones razona de forma excesivamente determinista como si la desigualdad de género, a la que se atribuye el carácter de causa fundamental, tuviera capacidad de alterar por sí sola los índices de victimización de las mujeres ignorando otras desigualdades. Finalmente, esta posición confía y atribuye al derecho penal la ingente tarea de alterar esta desigualdad estructural a la que se ve como responsable principal de la victimización de las mujeres. En este viraje pendular propio de las ciencias sociales, se ha pasado de ignorar la variable género a pretender que ésta explique la complejidad que la violencia entraña.

La segunda característica de la perspectiva de violencia de género es que adopta un tono marcadamente determinista. La presunción es que en situaciones de igualdad de género la violencia contra las mujeres disminuirá. La idea que subyace en esta concepción es que la igualdad permitirá disminuir la violencia y una sociedad más igualitaria se logrará reestructurando las relaciones de género, teniendo las mujeres más poder, mayor autonomía y protagonismo para decidir.

La tercera característica de la perspectiva de género tiende a analizar la violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres como algo distinto del resto de los

¹⁷ Cabe recordar que desde la transición democrática, España optó por tipificar la violencia como delito y esta elección no parece haber dado resultados positivos.

¹⁸ Se trata de la Ley 26.485, aprobada en 2009, que se propone brindar un acercamiento integral al problema de la violencia. A diferencia de la Ley Orgánica vigente en España, esta norma no avanza en la tipificación de delitos específicos de violencia intrafamiliar ni agrava las penas en circunstancias particulares, como es el caso en ese país.

comportamientos violentos. Interpretan la violencia contra la mujer en tanto pareja como distinta incluso de la violencia dirigida a otras mujeres de la familia.

El último rasgo de esta concepción es atribuir una función central al derecho; en particular el derecho penal al que se considera un instrumento adecuado en la estrategia de proteger, aumentar la igualdad y dotar de mayor poder a las mujeres.

El discurso de género ha simplificado la explicación de un problema social, como es la violencia sobre la mujer en las relaciones de pareja, al presentar la desigualdad de género como la causa única o más relevante de este problema. Como señala Larrauri (2007, p. 23),

es importante destacar cómo el uso del valor igualdad por parte del discurso de género y su concepción determinista, recuerdan curiosamente los orígenes de la criminología crítica. Igual que la criminología crítica en su etapa inicial entendía que la pobreza era la causa última de toda la delincuencia, para la perspectiva de género lo es la estructura patriarcal de la sociedad. La primera, tuvo dificultades en explicar por qué todos los pobres no delinquen, la segunda por qué no todas las mujeres son víctimas de violencia.

La posición de subordinación y discriminación de las mujeres en la sociedad puede explicar algunas cuestiones pero no todas; no nos explica por qué no todas las mujeres tienen los mismos riesgos de ser víctimas o por qué es un comportamiento realizado sólo por un grupo minoritario de varones, o por qué ser mujer es un riesgo exclusivamente en las relaciones íntimas.

No está en discusión que la subordinación de las mujeres influye efectivamente en su victimización, pero es erróneo intentar explicar un problema complejo con una única variable: la desigualdad de géneros. Esta variable funciona a veces como factor de riesgo, pero en otros casos se deben agregar otros factores de vulnerabilidad. La incorporación del género al análisis no puede implicar ignorar el resto de los factores que tienen incidencia en las relaciones de pareja.

Si pudiéramos reducir la violencia contra las mujeres a su posición desigual en la sociedad, o a los valores culturales “machistas”, o al objetivo de mantener a las mujeres en su posición subordinada, parece difícil explicar por qué motivo en determinados países donde la situación de igualdad es mayor (como en los países escandinavos) el número de homicidios es muy alto. En sentido inverso, si la desigualdad fuera la variable fundamental, países con mayor discriminación (como en el caso de los países árabes) deberían tener una mayor tasa de homicidios a los caracterizados por altos índices de violencia (como los países africanos). La realidad es otra, aunque los estudios empíricos son relativos. En opinión de Larrauri, “la igualdad es sólo un factor relevante, y el cómo incide en los malos tratos contra

mujeres es más complejo de lo que podría suponer la ecuación ‘menor igualdad, mayor número de malos tratos’” (2007, p. 27).

La situación de desigualdad, entonces, puede incidir de diversos modos en los delitos que se cometen contra las mujeres y especialmente en las situaciones de violencia familiar, pero no se trata de una relación causal determinista que pueda afirmar que la desigualdad es el único factor, y que a mayor igualdad podrían darse menores tasas de violencia contra las mujeres.

Muchas feministas han sostenido durante años que la violencia afecta a todas las clases sociales, a todas las edades y a todos los grupos sociales. La experiencia ha mostrado que una generalización de este tipo sirve y ha cumplido la importante función –en tanto posición política– de colocar el tema en términos más amplios. Sin embargo, esta afirmación no es completamente correcta y requiere de matices y de la consideración de otras variables. Existen factores de riesgo, aunque ser mujer no es el único. Toda mujer puede ser víctima, pero no toda mujer tiene el mismo riesgo de ser víctima de la violencia doméstica.

Larrauri trata de desentrañar lo que ella llama “un mito” alrededor de este tema y es que la violencia contra la mujer “no conoce clases sociales”. Al ser el género –sostiene– el único factor de riesgo considerado, toda mujer puede ser víctima “con independencia de su clase social, edad o etnia”. Sin embargo, para la autora, esta afirmación es errónea:¹⁹ a partir en estudios criminológicos que señalan la incidencia de diversos factores de riesgo, sería sorprendente –dice– que ser mujer fuera el único riesgo. El eslogan de que “toda mujer puede ser víctima” expresa sólo una parte de verdad, pues toda mujer puede ser víctima, pero no toda mujer tiene el mismo riesgo de ser víctima de violencia doméstica. Sobre la base de los estudios de Sokoloff y Dupont (2005), Larrauri sostiene que la mayor probabilidad de ser víctimas de estos comportamientos se produce en las mujeres pobres, o en diversas situaciones de exclusión social o pertenencia a minorías étnicas.

En Argentina, como en otros países de la región, la ausencia de investigaciones de alcance nacional sobre el tema nos hace repetir un eslogan que no tiene corroboración empírica: nuestro propósito ha sido alertar que existe una violencia oculta contra las mujeres que no se denuncia y, al mismo tiempo, muchas entendimos que marcar la diferencia era una forma de estigmatizar a los sectores pobres. Sin embargo, la generalización no nos deja ver que aunque el porcentaje de agresores pudiera ser el mismo, la frecuencia de los actos no lo es y el impacto sobre las mujeres también es diferente.

Larrauri plantea que una estrategia adecuada es “deconstruir” lo que la “realidad” aparentemente muestra. Si las estadísticas e investigaciones indican que la violencia doméstica sucede más entre la población pobre o en situación de exclu-

¹⁹ Larrauri (2007), p. 33.

sión social, hay que tomar este indicador como un grito de alerta de la situación en que se encuentra este grupo social plagado de problemas. Esto será más útil que seguir repitiendo “que todas las mujeres sufren el mismo grado de violencia o que todas tenemos las mismas posibilidades de ser víctimas de la violencia”. Además de no ser cierto, esto lleva a que las campañas de prevención se articulen y dirijan en forma incorrecta. Las campañas no pueden ser iguales para toda la población porque los problemas que enfrentan son distintos. Ignorar las diferencias entre los grupos impide que se realicen políticas específicas para determinados colectivos de mayor riesgo.

Es posible que revisar los mitos que desde el propio feminismo hemos alimentado, nos permita después de treinta años lograr un mayor grado de eficacia en nuestras acciones y que la violencia comience a desaparecer de la vida de las mujeres.

4. Más allá del texto de la ley: el acceso a la justicia

Como el derecho resulta algo más complejo que la ley, ésta necesita del contexto de una política pública de prevención de la violencia en las relaciones interpersonales para contribuir a su eficacia: es una deuda pendiente en muchos países de la región. La violencia contra las mujeres no es aún un tema prioritario de la agenda pública. Los organismos de la mujer carecen de recursos humanos y económicos suficientes para llevar adelante políticas concretas y sólo existen acciones aisladas sin los suficientes niveles de articulación.

El acceso a la justicia es un elemento clave en la estrategia de erradicar la violencia contra las mujeres. Es bien conocida la diferencia entre proclamar derechos —a la igualdad, a una vida libre de violencia, al respeto por la integridad física, psíquica y moral— y satisfacerlos efectivamente. La dificultad para el acceso a la justicia constituye sin duda la mayor discriminación que enfrentan no sólo las mujeres, sino los sectores más desfavorecidos de la sociedad que se ven imposibilitados de ejercer y exigir el cumplimiento de los derechos más básicos que les reconocen las leyes, las Constituciones y las convenciones internacionales.

Con la vigencia de normas sobre violencia contra las mujeres en distintas jurisdicciones nacionales y locales, resulta indispensable indagar acerca del uso que se les ha dado. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la presentación de denuncias sólo se refiere a los casos en los que las personas involucradas han logrado vencer los obstáculos materiales y subjetivos que les impiden reclamar el uso de las herramientas legales para acceder a las medidas que contemplan las normas vigentes. La presentación de la denuncia por sí sola, no garantiza que la persona involucrada haya podido sostener el proceso hasta alcanzar un resultado deseado.

Con el objetivo de trascender la mera sanción de la norma como hecho relevante para la protección de las mujeres víctimas de violencia familiar y teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, es imprescindible reflexionar acerca de las dificultades que las mujeres enfrentan para recurrir a las herramientas legales. Aunque la protección que puede brindar la ley sea sólo una parte de los recursos necesarios para superar el problema de violencia, la formulación de la denuncia sosteniendo el proceso judicial constituirá un avance significativo tendiente a la resolución del tema.

Una reciente investigación realizada en Argentina sobre las opiniones tanto de expertas y expertos como de mujeres víctimas de violencia señala obstáculos adicionales que deberían tenerse en cuenta a la hora de informar las políticas públicas de prevención y erradicación de la violencia familiar.²⁰

En primer lugar, es fundamental la generalización del conocimiento entre profesionales vinculados al tema acerca de las características de los vínculos violentos, así como de los lugares que prestan ayuda durante el proceso. Las instituciones públicas que las mujeres frecuentan o a las que recurren ante una crisis de violencia (centros de salud, comisarías, delegaciones municipales) deben contar con información precisa, confiable y adecuada para orientar a las mujeres hacia los recursos legales que mejor las ayudarán a satisfacer sus necesidades ya que muchas veces, aun ante la ausencia de lesiones, se sugiere la denuncia policial (que en el mejor de los casos deriva en una causa penal que quedará impune) en lugar de dirigir las hacia los juzgados de familia. Por otra parte, es imprescindible llevar adelante campañas de prevención en todos los niveles, particularmente en las primeras relaciones amorosas desde la infancia y la pubertad, cuestionando los prejuicios y costumbres que favorecen el sometimiento y la denigración. Por su parte, las campañas públicas deben promover el entendimiento del maltrato de cualquier índole en la pareja como motivo para pedir ayuda, de modo de favorecer el inicio de la conciencia del problema y la formación de la red de apoyo necesaria. La optimización del funcionamiento de los circuitos de ayuda, incluyendo refugios y subsidios para mujeres o familias que quedarían sin techo o alimentos, también resulta importante y en ocasiones indispensable.

La denuncia de violencia debe formalizarse en las mejores condiciones, cuando las mujeres cuentan con una red para sostenerla y afrontarla: es la culminación de un proceso previo sin el cual la víctima se encuentra sola, desarmada y expuesta.

²⁰ ELA (2009b).

5. Reflexiones finales: aportes para la construcción de la agenda pendiente

El tema de la violencia, por su complejidad, no se resuelve ni con leyes ni con asistencia psicológica exclusivamente.²¹ Requiere una política global que, sin dejar de prestar asistencia a quienes denuncien y soliciten atención inmediata, realice estudios empíricos que permitan determinar los factores de riesgo, los grupos más vulnerables y las políticas específicas que se necesitan. Garantizar el acceso a la justicia, no sólo brindando patrocinio jurídico gratuito sino también políticas sociales activas que sostengan a las mujeres durante el proceso judicial (tales como subsidios, preferencias para vivienda, capacitación laboral y servicios de cuidado para los hijos menores), es condición necesaria de toda política pública de prevención y erradicación de la violencia familiar.

Una política pública global que se proponga llevar adelante acciones para erradicar la violencia contra las mujeres deberá también contemplar una estrategia comunicacional que logre la condena social del agresor, condición indispensable para contribuir a la eficacia de las acciones que se desarrollen. La observación de los estándares establecidos por las convenciones internacionales y la sanción de normas locales que faciliten la operatividad de tales principios son fundamentales para brindar mecanismos efectivos contra la violencia.

Un tema central es la información: se requieren datos, investigaciones empíricas y estudios exploratorios sobre el grado de eficacia de las leyes vigentes y de los servicios que se prestan. El Estado cuenta con el valioso aporte de las universidades, los centros académicos, las organizaciones sociales a quienes deberá financiar para realizar estos estudios.

Ante la violación de derechos, la ciudadanía cuenta con herramientas para procurar distintas estrategias en busca de su defensa y protección. Recuperar el espacio de la política en el marco de tales estrategias requiere indagar sobre el papel de la administración pública en los reclamos por la demanda de derechos sociales.²²

En términos más generales, diversos elementos pueden aportar a la construcción de una agenda de trabajo que incluya estrategias para mejorar el acceso a la justicia de los grupos desaventajados, y en particular una preocupación por conocer y promover los derechos de las mujeres. A grandes rasgos, esta agenda puede agruparse en torno de acciones vinculadas con la generación de conocimiento so-

²¹ Como bien señala Bidart Campos (1996, p. 93), la inserción de la mujer como parte del todo social en un Derecho Constitucional Humanitario no se consigue únicamente con normas favorables.

²² Hay buenas razones para creer que la administración no tiene grandes incentivos para responder favorablemente a los reclamos de los administrados, que son probablemente las mismas que llevaron a los activistas, abogados y organizaciones de la sociedad civil a seguir con cierta esperanza el camino de la demanda judicial para exigir el cumplimiento de los derechos sociales (Gherardi 2009).

bre las necesidades particulares de usuarios y usuarias (actuales y potenciales) del servicio de justicia y acciones vinculadas con la estructura y las prácticas al interior del sistema de justicia.

En primer lugar, sería recomendable impulsar, realizar y difundir investigaciones empíricas que busquen determinar el déficit de acceso a la justicia: en qué medida los conflictos de contenido jurídico que enfrentan las personas pueden ser y son efectivamente resueltos por aplicación de los mecanismos institucionales (administrativos, judiciales) disponibles, y qué circunstancias (económicas, sociales, simbólicas) atentan contra la resolución de los conflictos. Luego, es preciso documentar desde una perspectiva integradora con qué recursos jurídicos cuentan las personas para los fines de asegurar su acceso a la justicia: qué instituciones trabajan, si lo hacen de un modo articulado, de qué recursos disponen (tanto materiales como humanos), cuál es el alcance de los recursos que implementan (atención puntual de ciertas problemáticas o atención integral de los problemas jurídicos que atraviesa la persona).

Las investigaciones empíricas son fundamentales para permitir el diseño de políticas públicas que, desde los distintos poderes del Estado, fomenten las acciones integradas de modo de articular las respuestas fraccionadas que se dan desde diversas instituciones públicas.

En segundo lugar, pueden planificarse diversas acciones tendientes a mejorar los aspectos de infraestructura (ubicación, condiciones edilicias, espacios de espera, horarios de atención) y las prácticas del poder judicial que dificultan el acceso a la justicia. Entre las prácticas respecto de las cuales sería interesante indagar, se encuentra el uso del lenguaje. En algunos países existe un grado importante de conciencia acerca de la importancia de promover el uso de un lenguaje claro y accesible, como forma de mejorar la comprensión de las obligaciones que se contraen. Así, se promueve la eliminación de tecnicismos, de formularios, trámites e información general que afecte la vida cotidiana de las personas.²³

Finalmente, es central fortalecer la concepción de un poder judicial independiente, como un poder del Estado respecto del cual rige también el derecho a la información pública para la ciudadanía. La publicidad de las resoluciones judiciales, de los criterios de interpretación de las normas por parte de distintas dependencias vinculadas con el servicio de justicia, las soluciones dialogadas a las que puedan arribarse a partir de formas novedosas de resolución de conflictos,²⁴ entre otros, son aspectos que deben ser públicos no sólo en beneficio de la ciudadanía, sino

²³ En Inglaterra existe una campaña a favor del *Plain English* impulsada desde fines de la década de 1970 por una organización no gubernamental. Para mayor información sobre la campaña, sus alcances y logros, véase <<http://www.plainenglish.co.uk>>.

²⁴ Sobre las opciones en cuanto a los remedios judiciales en el marco de reformas estructurales mediante de litigios de interés público, véase Sabel y Simon (2004) y Bergallo (2005).

también de un mejor servicio de justicia. En la medida en que los sistemas judiciales de la región produzcan y publiquen los datos vinculados con el servicio de justicia que brindan, colaborarán también en la realización de investigaciones empíricas que permitan generar diagnósticos adecuados para la formulación e implementación de políticas públicas para mejorar el acceso a la justicia.

En la búsqueda de nuevas puertas para el acceso a la justicia y la materialización de los derechos, resulta imperioso rescatar la importancia de la articulación de esfuerzos entre los poderes públicos. La efectiva vigencia de los derechos de las personas, y en particular de los grupos desaventajados, es una responsabilidad del Estado en su conjunto.

La violencia contra las mujeres en el marco de sus relaciones intrafamiliares debe constituir un tema prioritario de la agenda pública y para ello se requieren políticas públicas a nivel nacional, provincial y local que formen parte de la programación social y constituya un componente de la política de salud, de desarrollo social, de seguridad, de comunicación, tomando en cuenta las características específicas de cada grupo social y los factores de riesgo que enfrentan. Sólo así, podríamos iniciar el camino hacia la prevención y erradicación de la violencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, Michael (2003). "Access To Justice and Legal Process: Making Legal Institutions Responsive To Poor People". Idcs", *IDS Working Papers*, 178 (véase la traducción al español "Acceso a la justicia y al proceso legal: creando instituciones legales más receptivas a los pobres en los países en desarrollo" en este volumen).
- Bergallo, Paola (2005). "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en *SELA 2005*.
- Bidart Campos, Germán (1996). *El derecho constitucional humanitario*. Buenos Aires, Ediar.
- Birgin, Haydée y Natalia Gherardi (2008). "Violencia familiar: acceso a la justicia y obstáculos para denunciar", en Élica Sanchez y María Luisa Femeninas (comps.), *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*. La Plata, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, Colección Campo Social.
- Birgin, Haydée y Beatriz Kohen (comps.) (2005). *Acceso a la Justicia como Garantía de Igualdad*. Buenos Aires, Biblos.
- Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid, Sistema.
- CEPAL (2007). *¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia*, LC/L.2808, Santiago de Chile.
- CEPAL (2009). *¡Ni una más! Del dicho al hecho: ¿cuanto falta por recorrer? Únete para poner fin a la violencia contra las mujeres*, Santiago de Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). "Informe sobre acceso a la justicia para víctimas de violencia", OEA/Ser. L/V/II.doc.68, 20 de enero.

- ELA (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género) (2009a). *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005-2008)*. Buenos Aires, Biblos.
- (2009b). *Violencia familiar: aportes para la discusión de políticas públicas*. Buenos Aires.
- Frías, Lorena (2003). “La Corte Penal Internacional y los avances en materia de justicia de género”, en *La Corte Penal Internacional: avances en materia de justicia de género*. Santiago de Chile, Corporación de Desarrollo de la Mujer - La Morada.
- Fucito, Felipe (2003). *Sociología del derecho*. 2a. ed. Buenos Aires, Editorial Universidad.
- Gherardi, Natalia (2009). “La administración pública y el acceso a la justicia: una oportunidad para la materialización de los derechos sociales”, en Víctor Abramovich y Laura Pautassi (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos en argentina*. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Hirigoyen, Marie-France (2003). *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Buenos Aires, Paidós.
- Larrandart Lucila (1992). “Acceso a la Justicia y tutela de los derechos ciudadanos”, en *Sistema Penal Argentino*. Buenos Aires, AD-HOC.
- Larrauri Elena (1994). *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid, Siglo XXI.
- (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid, Taurus.
- Moreyra, María Julia (2007). *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres*. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Pitch, Tamar (2003). *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid, Trotta.
- Ruiz, Alicia (1997). “Identidad Trabajo y Democracia”, en *Contextos, Revista Crítica de Derecho Social 1*, Buenos Aires.
- (2000). “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en Haydée Birgin (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires, Biblos (Colección Identidad, Mujer y Derecho).
- Sabel, Charles, y W. Simon (2004). “Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, en 117 *Harvard Law Review*
- Sokoloff, Natalie e Ida DuPont (2005). “Domestic Violence at the Intersections of Race, Class, and Gender: Challenges and Contributions to Understanding Violence Against Marginalized Women in Diverse Communities”, en *Violence Against Women*, 11, 1 (pp.38-64).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000). “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Buenos Aires. Biblos.

ACERCAR LA JUSTICIA A LOS POBRES. COOPERACIÓN DE ABAJO HACIA ARRIBA EN LAS ESTRATEGIAS LEGALES*

Benjamin van Rooij

1. Introducción

A principios de la década de los noventa, la ley recuperó un lugar central en el campo de la cooperación para el desarrollo, y las organizaciones donantes internacionales expandieron fuertemente sus programas destinados al fortalecimiento de la legislación y las instituciones legales en los países en desarrollo. El objetivo era promover el crecimiento económico, el buen gobierno y la protección de los derechos humanos. Con el transcurso de los años, el concepto de Estado de derecho se ha convertido en un amplio paradigma que proporcionó a los proyectos de cooperación una cierta dirección normativa y permitió establecer prioridades respecto de los proyectos, así como también brindó un vínculo para los distintos procesos legales, instituciones y metas que buscan alcanzar las intervenciones legales en el ámbito internacional.

En la última década se ha desarrollado un cúmulo de ideas, mejor definido como *enfoque de abajo hacia arriba* en torno a la cooperación de desarrollo legal. Estas ideas comprenden conceptos tales como “acceso a la justicia”, “empoderamiento legal” y, en forma más reciente, algunos académicos acuñaron el término “microjusticia”.¹ Los enfoques comparten un objetivo común respecto del hecho de que las intervenciones legales deberían beneficiar a los pobres y que sus necesidades y preferencias deberían formar la base de las intervenciones. Con algún al-

* Traducción de Lía Díaz.

¹ Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007).

cance, los enfoques se presentan como novedosos, alternativos y superadores de las prácticas y paradigmas de desarrollo legal existentes en lo que ha sido denominado “la ortodoxia del estado de derecho”.² Estas ideas han sido desarrolladas en forma simultánea por organizaciones donantes y un pequeño grupo de académicos, quienes en algunos casos trabajan para estas organizaciones. Los principales donantes influyentes son el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Banco Mundial (BM), la Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres (CLEP, por sus siglas en inglés), la Fundación Ford y el Banco Asiático de Desarrollo (BASD). En la última década de investigación sobre intervenciones legales en el ámbito internacional, se realizaron algunos estudios sobre estos enfoques,³ aunque debemos señalar que en gran medida fueron hechos por académicos que buscaban promoverlos como alternativas para los programas existentes, y también por organizaciones donantes que se habían involucrado en proyectos sobre la base de sus ideas.

Mientras que estas ideas ganan terreno lentamente y tienden a reemplazar enfoques y prácticas existentes, aún es preciso contar con una visión objetiva de sus méritos y desafíos pendientes. Este trabajo se propone hacer un aporte en esa dirección. Para ello, en primer lugar, se analiza el contenido de los enfoques de abajo hacia arriba, observando cómo se definen, cómo analizan los problemas que buscan resolver y las medidas que intentan aplicar para ello. Con este análisis, el trabajo se concentra en dos tipos de documentos: por un lado, documentos generales de programas de los principales donantes involucrados, y en segundo lugar, estudios que diseñan enfoques generales por parte de los académicos. Por lo tanto, no aborda enfoques de abajo hacia arriba implementados en contextos en particular y en países determinados. En segundo lugar, el trabajo aborda el por qué estos enfoques han surgido en la última década, analizando los cambios operados en los enfoques del desarrollo, estudiando las críticas sobre el paradigma del Estado de derecho. En tercer lugar, el estudio analiza los méritos de los enfoques de abajo hacia arriba. Para ello, se analiza si estos enfoques son nuevos y alternativos, y si ofrecen una solución a los problemas identificados en el paradigma existente del estado de derecho y las prácticas de cooperación para el desarrollo legal. El ensayo planteará que los enfoques de abajo hacia arriba, si bien no son nuevos, implican una gran contribución a las prácticas existentes y pueden resolver algunos de los problemas señalados. Sin embargo, muchos problemas permanecen con estos nuevos enfoques, mientras que nuevas dificultades pueden surgir. Además, los enfoques no proporcionan una buena alternativa para el marco del Estado de

² Upham (2006), Golub (2006), Trubek (2006), Rittich (2006).

³ Anderson (2003), Golub (2006b y 2006c), Golub y McQuay (2001), Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007).

derecho, puesto que les falta la función normativa inherente al Estado de derecho y su integralidad. La conclusión de este ensayo apunta a las amplias implicaciones de la tendencia al cambio hacia enfoques de abajo hacia arriba, y desarrolla los desafíos del pensamiento en esa dirección para el arribo a una exitosa cooperación de desarrollo legal.

2. ¿Qué son los enfoques de abajo hacia arriba?

Se conoce a los enfoques de abajo hacia arriba bajo dos denominaciones:⁴ “acceso a la justicia” y “empoderamiento legal”.⁵ Si bien hay bastante superposición, según cada enfoque, la diferencia entre los dos radica principalmente en que en el primer enfoque, el acceso a la justicia es el objetivo principal, mientras que en el segundo, el empoderamiento de los débiles y pobres es el objetivo y la falta de ese poder es la causa subyacente fundamental de la pobreza. No obstante, no hay limitaciones claras entre los dos enfoques, ya que el empoderamiento legal puede involucrar acceso a la justicia y el acceso a la justicia puede involucrar empoderamiento legal.⁶

Si bien hay bastante superposición respecto de lo que los enfoques de abajo hacia arriba buscan lograr y cómo intentan hacerlo, hay distintos métodos. El primer ejemplo es el enfoque de acceso a la justicia del PNUD, que resume su enfoque como “justicia de apoyo y sistemas relacionados a fin de que trabajen para aquellos que se encuentran en condiciones de pobreza y desventaja”.⁷ Según el PNUD, el “acceso a la justicia es un derecho humano fundamental, así como un medio indispensable en la lucha contra la pobreza y en la prevención y resolución de conflictos”. Este enfoque del PNUD al acceso a la justicia reconoce explícitamente que los sistemas de justicia pueden encontrarse tanto en las instituciones formales del Estado como en sistemas normativos informales, fuera del Estado.

⁴ Otro nombre es “Justicia para los Pobres”, adoptado por el Banco Mundial, que también es un enfoque de abajo hacia arriba. Véase <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTICE/EXTJUSFORPOOR/0,contentMDK:21172707~menuPK:3282963~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:3282787,00.html>>.

⁵ Hay una clara distinción entre los enfoques de empoderamiento legal que buscan soluciones más amplias de empoderamiento a los pobres mediante el uso de la ley (como fuere propagado por Golub, la Fundación Ford y el BAsD) y enfoques que usan el término empoderamiento legal para cubrir el trabajo realizado en la formalización de derechos de propiedad informal de los pobres (tal como fuere propagado por De Soto, CLEP, el Banco Mundial y USAID). Los enfoques posteriores al empoderamiento legal serán discutidos en la sección siguiente sobre pluralismo legal y justicia no estatal.

⁶ UNDP (2005), pp. 137-140; Asian Development Bank (2000), pp. 9-12.

⁷ UNDP. *Access to Justice, Practice Note*.

Un tipo similar de enfoque ascendente es el programa del Banco Mundial “Justicia para los Pobres”. En su documento de introducción, el Banco señala:

Justicia para los pobres es un intento del Banco Mundial de lidiar con algunos de los desafíos teóricos y prácticos en la promoción de la reforma de la justicia en ciertos países de África y Asia Oriental. Justicia para los pobres refleja la comprensión de la necesidad de la demanda orientada; es un enfoque orientado hacia la comunidad y la reforma de la gobernabilidad, que valora las perspectivas de los usuarios, en especial de los pobres y marginados, como las mujeres, los jóvenes y las minorías étnicas.⁸

Una segunda categoría de enfoques ascendentes utiliza el nombre “empoderamiento legal” o “empoderamiento legal para los pobres”. Bajo este nombre, podemos hallar dos amplias categorías. Los primeros enfoques fueron presentados por donantes entre los que se encuentran la Fundación Ford y el Banco Asiático de Desarrollo, y han sido desarrollados principalmente por Golub. Según este enfoque, “el empoderamiento legal es el uso de servicios legales, frecuentemente en combinación con actividades de desarrollo relacionadas, para incrementar el control de las poblaciones en desventaja sobre sus vidas”.⁹ Golub añade que “es tanto una alternativa a la problemática de la ortodoxia centrada en el estado de derecho, como un medio para la consecución del desarrollo de derechos con la ley como respaldo de las iniciativas de impulso socioeconómico”.¹⁰ Un segundo tipo de empoderamiento legal se basa en las ideas del economista De Soto, quien sostiene que la mayoría del patrimonio de los pobres no puede ser capitalizado, puesto que está regulado por sistemas normativos informales (fuera del Estado), excluidos de la participación en mercados de mayor envergadura que requieren reconocimiento formal (del Estado).¹¹ En respuesta a su trabajo, la Alta Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres (CLEP) apunta a “permitir que los pobres utilicen la ley y el sistema legal para aplicar todo su potencial humano”.¹² Si bien el enfoque de empoderamiento legal del CLEP comparte muchos aspectos con los enfoques de acceso a la justicia del PNUD y del Banco Mundial –y también con la alternativa de empoderamiento legal propuesta por Golub–, tiene un foco distinto. El trabajo de CLEP utiliza principalmente la optimización del acceso a la justicia y el empoderamiento legal para alcanzar la capitalización de los derechos de propiedad de los pobres y, para ello, se enfoca principalmente en la formalización de emprendimientos infor-

⁸ World Bank (2006), p. 161.

⁹ Golub (2006b), p. 161.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ De Soto (2000).

¹² CLEP. *Agreed Principles and Conceptual Framework*.

males y acuerdos sobre la posesión de la tierra.¹³ La contribución más reciente al vocabulario de los enfoques ascendentes ha sido el concepto de “microjusticia” aportado por Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer. Con este término, indican un enfoque que apunta a “reinventar las instituciones legales del primer mundo y adaptarlas al entorno y presupuesto del tercer mundo” y a desarrollar “vías hacia la justicia para los pobres que sean económicamente sostenibles, es decir, que resulten atractivas para los pobres y también para los proveedores, sin necesidad de grandes subsidios por parte del Estado o de los donantes”.¹⁴ El enfoque de microjusticia comparte muchas características con los enfoques de acceso a la justicia en la búsqueda de levantar barreras para el acceso a la justicia y a la resolución de conflictos. En su análisis de medidas a tomar, los enfoques son distintos y se basan en gran parte en los principios de mercado, teniendo en cuenta principalmente costos y beneficios de usuarios y proveedores de justicia, buscando sobreponerse a las fallas en el mercado de la justicia en países en desarrollo.¹⁵

Se sostiene que los enfoques de abajo hacia arriba están muy relacionados con los esfuerzos para la reducción de la pobreza. El PNUD, por ejemplo, señala: “El acceso a la justicia está muy ligado a la reducción de la pobreza, ya que, ser pobre y marginado significa no tener posibilidades de opción, oportunidades, acceso a recursos básicos, ni voto en la toma de decisiones”. De modo similar, Anderson sostiene que especialmente los pobres tienen acceso limitado a las instituciones legales y que este estado de falta de ley ejerce una mala influencia sobre ellos.¹⁶ Además, Golub y el BASD sostienen que el empoderamiento legal ha contribuido al alivio de la pobreza.¹⁷ En primer lugar, los enfoques ascendentes han analizado los obstáculos que los pobres deben superar al buscar justicia, o qué barreras los mantienen fuera del acceso al poder, ya sea mediante un sistema legal formal o de sistemas normativos fuera del Estado. Distintos estudios han logrado diferentes conclusiones, pero con bastantes puntos en común. Al combinarse y estructurarse, los obstáculos principales de los pobres en la búsqueda de la justicia pueden agruparse principalmente en dos. Primero, los problemas relacionados con las instituciones de justicia (tanto formales como informales), y segundo, los problemas relacionados con la persona pobre que intenta acceder a la justicia.

Un importante obstáculo para los pobres para involucrarse en el sistema legal está relacionado con las instituciones de justicia (formales/informales).¹⁸ En primer lugar se encuentran los problemas relacionados con la legislación y otras normas

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007).

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Anderson (2003), pp. 1-3.

¹⁷ Golub (2006b), pp. 17-19.

¹⁸ Asian Development Bank (2000a), pp.32-41.

en los sistemas legales formales e informales. Un problema es que estas normas pueden contener disposiciones contra los pobres o con sesgo de género.¹⁹ Un ejemplo reconocido de esto es la tesis de De Soto, que sostiene que la ley del Estado no reconoce los derechos informales de propiedad de los pobres.²⁰ Además, los estudios remarcan que el acceso es difícil debido a la cantidad excesiva de leyes existentes.²¹ Un tercer problema para el acceso, causado por la legislación mencionada en los estudios en análisis, es el lenguaje extraño, ajeno o excesivamente formal de las normas.²² Además de la legislación, los enfoques ascendentes también responsabilizan a los tribunales u otras instituciones de enjuiciamiento o sancionadoras, por la falla en la provisión de acceso a la justicia para los pobres. Por un lado, los estudios consultados sostienen que las normas, jueces y otros funcionarios judiciales pueden ser parciales en contra de los pobres o por causas de género.²³ Anderson destaca además que la falta de independencia judicial es un obstáculo para la justicia.²⁴ Otros problemas de las instituciones judiciales son su lentitud,²⁵ los costos del proceso legal,²⁶ la falta de disposiciones con información adecuada en las normas legales y en la práctica legal, y la distancia geográfica entre los pobres y los tribunales.²⁷ Malik hace hincapié en que el acceso a la justicia está obstruido por la impunidad de los agentes de justicia, de los gobiernos y los partidos políticos, y por la ausencia de responsabilidad de la profesión legal y su supervisión, a lo que se suma la corrupción generalizada y el abuso de poder.²⁸ Los impulsores de los enfoques ascendentes también señalan que los pobres encuentran dificultades al intentar buscar soluciones efectivas contra la injusticia debido a la falta de cumplimiento efectivo de las sentencias.²⁹ Señalan además que el acceso de los pobres a la justicia es limitado debido a la falta de sistemas de ayuda o a la dificultad para costear su patrocinio.³⁰ Houtzager finalmente señala

¹⁹ Anderson (2003); UNDP. *Access to Justice, Practice Note*; Asian Development Bank (2000a), pp. 39-40; Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007); Mayo-Anda (2001), p. 71.

²⁰ De Soto (2000).

²¹ UNDP. *Access to Justice, Practice Note*; Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007), p. 11.

²² Houtzager (2001, p. 15), Anderson (2003), Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007), p. 6.

²³ Anderson (2003), UNDP. *Access to Justice, Practice Note.*, Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007), p. 5.

²⁴ Anderson (2003).

²⁵ Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007), Anderson (2003), De Soto (2000).

²⁶ Houtzager (2001, p. 15), Anderson (2003), UNDP. *Access to Justice, Practice Note*, De Soto (2000); aquí, se hace referencia al trabajo de Galanter (1974).

²⁷ Abregú (2001), p. 60; Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007).

²⁸ Malik (2001).

²⁹ UNDP. *Access to Justice, Practice Note.*

³⁰ Anderson (2003); UNDP. *Access to Justice, Practice Note*; Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007), p. 5.

que la falta de sistemas de resolución alternativa de conflictos empeora más la capacidad de los pobres de acceder a la justicia.³¹

Otros obstáculos de los pobres al intentar recurrir al amparo de la ley son problemas relacionados con quien busca justicia cuando es pobre y débil. Los enfoques ascendentes señalan que la dificultad del pobre para utilizar el sistema legal está causada por sus características particulares. Sostienen, por ejemplo, que su falta de capacidad financiera y de experiencia para lidiar con instituciones formales de justicia es un obstáculo para la obtención de un resarcimiento legal.³² Un obstáculo relacionado es su limitado conocimiento legal y de sus derechos.³³ El BASD, en su trabajo sobre empoderamiento legal en Asia, señaló también que la dependencia económica obstruye a los pobres y débiles la exigencia del cumplimiento de sus derechos y el acceso a la justicia contra empleadores dominantes, esposos o propietarios.³⁴ La percepción de las instituciones legales y el inicio de los litigios también puede ser abrumadora, ya que se percibe un estigma social sobre la utilización de la ley como método de búsqueda de justicia, como un factor negativo.³⁵ Además, la gente pobre tiende a desconfiar de las instituciones formales y de la ley; en muchos casos esta desconfianza coincide con la percepción de que obtener justicia en el sistema legal es difícil, o imposible.³⁶ Así, los pobres están cada vez más inhibidos en la búsqueda de la justicia en instituciones formales debido al hecho de que muchos viven en la ilegalidad en términos de vivienda, pago de impuestos o inscripción y temen acudir a un tribunal formal o se les prohíbe su acceso.³⁷

En su retrato de estos problemas y de la dirección de sus soluciones, los enfoques ascendentes usan cierto estándar normativo que será utilizado en la determinación de prioridades en resultados de proyectos y evaluaciones. Un ejemplo de distintos enfoques puede encontrarse al comparar lo señalado por Golub con PNUD y Anderson. Los estudios de acceso a la justicia de PNUD y Anderson parten de una lista de estándares de derechos humanos básicos como su marco normativo prin-

³¹ Houtzager (2001), p. 15.

³² Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007); UNDP. *Access to Justice, Practice Note*: Anderson (2003): en este trabajo Anderson está influido por Galanter (1974) y por Cappelletti y Garth (1979).

³³ UNDP. *Access to Justice, Practice Note*; Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007, p.6); Abregú (2001).

³⁴ Asian Development Bank (2000a); sobre este punto, véase también Abregú (2001), p. 61.

³⁵ Anderson (2003). Asian Development Bank (2000a), p. 36). Este argumento es muy utilizado en estudios de uso y cumplimiento de contratos en comunidades empresariales occidentales, en el sentido de que en estas empresas es poco frecuente el uso de contratos formales, y además recurren en muy pocos casos a tribunales para el cumplimiento de dichos contratos por temor a que puedan alterar sus relaciones comerciales de largo plazo. Véase Moore (1973), Macaulay (1963).

³⁶ Anderson (2003), Dick (2007), pp. 54-55.

³⁷ Anderson (2003); CLEP. *Agreed Principles and Conceptual Framework*.

cial. El PNUD señala que los problemas que se abordan siempre deberán situarse en el contexto de los derechos humanos, a fin de determinar una base de responsabilidad sobre la que la sociedad pueda reclamar y otros actores lucharán por cumplir”.³⁸ El enfoque de empoderamiento legal de Golub está basado principalmente en las necesidades de los pobres y en cómo priorizan esas necesidades. Estas necesidades y prioridades, por lo tanto, parecen ser la base normativa en su trabajo. Los derechos humanos juegan un papel fundamental en estas necesidades y prioridades; señala que “el logro del alivio del empoderamiento, la libertad, y la pobreza, generalmente, es igual al cumplimiento de varios derechos humanos”.³⁹ Nota, además, que la universalidad de los derechos humanos es clave para el enfoque de empoderamiento legal.⁴⁰ Golub señala, sin embargo, que mientras el empoderamiento legal puede considerarse como un enfoque al desarrollo basado en los derechos, es más que eso, al ser “sobre el poder más que sobre la ley”,⁴¹ y puede apartarse de la capacitación en derecho de los pobres, también incluye medidas no legales, como organización de la comunidad y alfabetización.⁴² En los enfoques ascendentes, entonces, los estándares internacionales de derechos humanos tienen un rol fundamental. Cabría la pregunta en este caso si la base de este conjunto de normas que se origina en gran medida en tratados occidentales coincide con el carácter ascendente invocado y si los derechos humanos y el alivio de la pobreza realmente coinciden en la práctica.

Los enfoques ascendentes requieren un conjunto de reformas e intervenciones que pueden mejorar ya sean los problemas de acceso o el empoderamiento de los pobres. Si bien hay diferencias, también hay coincidencias en las medidas actuales que se proponen en los enfoques ascendentes. La mayoría de los enfoques incorporan esfuerzos dirigidos a la optimización de la conciencia legal, especialmente mediante la educación y entrenamiento en la conciencia de los derechos, mejorando la asistencia legal a los pobres, con clínicas jurídicas y letrados y asistentes interesados en esta problemática, que desarrollen mecanismos de resolución alternativa de conflictos y apoyen a las instituciones locales de resolución de conflictos, a la vez que fortalezcan a la sociedad civil en general y ayuden a las comunidades a organizarse más sólidamente.⁴³ En la mayoría de los enfoques, este trabajo debe realizarse de forma inclusiva, con la participación de interesados pobres y débiles y basarse en sus necesidades y preferencias.⁴⁴ Además, muchos autores instan a

³⁸ UNDP. *Access to Justice, Practice Note*, 20.

³⁹ Golub (2006b), p.166.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Idem*.

⁴³ UNDP. *Access to Justice, Practice Note*; Golub (2006b).

⁴⁴ Golub (2006b); UNDP. *Access to Justice, Practice Note*, 8-9.

la “integración” de las actividades del sector legal a otros sectores de trabajo en desarrollo tanto en países receptores como en instituciones donantes.⁴⁵ Los enfoques ascendentes, además, reconocen la importancia de los sistemas judiciales y normativos tradicionales no formales y señalan que debe apoyarse a estas instituciones ya que su vínculo es más cercano con los débiles y pobres.⁴⁶

Otro principio reconocido en distintos estudios sostiene que los enfoques ascendentes requieren tiempo y ciclos de proyectos más ajustados y debe evitarse la aplicación de un gran cúmulo de programas.⁴⁷ Asimismo, los estudios concuerdan en que el trabajo deberá basarse lo menos posible en el calco de modelos existentes; en cambio, deberá trabajarse en soluciones aplicables al contexto en particular.⁴⁸ Finalmente, los estudios toman en cuenta el hallazgo del suficiente apoyo para la búsqueda de reformas y cooptación de intereses.⁴⁹

Una diferencia principal en las medidas propuestas en los enfoques ascendentes⁵⁰ radica en si las instituciones del Estado deben ser un objetivo. Muchos enfoques ascendentes buscan establecer reformas integrales que incorporan instituciones de la sociedad civil y de la comunidad, del Estado y fuera de su alcance.⁵¹ Los estudios realizados por el PNUD, Anderson y el BASD, si bien abogan por reformas dirigidas al apoyo a las ONGs y a las iniciativas basadas en la comunidad, también buscan independencia judicial, reformas judiciales, logrando así que la legislación esté más a favor de los pobres y de la capacitación de personas en funcionarios de cumplimiento de la ley en derechos humanos. La “alternativa de empoderamiento legal” de Golub, por el contrario, aboga en gran medida por el financiamiento a organizaciones comunitarias. Golub señala: “Los servicios legales más exitosos y creativos para los pobres alrededor del mundo, en general, están realizados por ONGs, frecuentemente de la mano de organizaciones comunitarias, u ocasionalmente por programas de facultades de derecho que funcionan en la práctica como ONG”.⁵² Si bien no eliminan el rol del Estado completamente, el enfoque de Golub al empoderamiento legal cuestiona si el Estado puede hacer algo a favor. Para citarlo nuevamente:

⁴⁵ UNDP. *Access to Justice, Practice Note*, 8; Golub (2006b), pp. 170, 174-176; Asian Development Bank (2000a), pp. 120-121.

⁴⁶ Asian Development Bank (2000a), pp. 46-47; UNDP (2005), pp. 97-105; Golub (2006b), p. 164.

⁴⁷ UNDP. “Access to Justice, Practice Note”. 9; Golub (2006b), p. 170).

⁴⁸ Asian Development Bank (2000a), UNDP. *Access to Justice, Practice Note*, 9; Golub (2006b), p. 164.

⁴⁹ UNDP. *Access to Justice, Practice Note*, 17; Asian Development Bank (2000b), pp.79-80.

⁵⁰ Aquí nos referimos a los enfoques de empoderamiento legal más amplios y no a los que se dirigen directamente a la formalización de derechos de propiedad. Para la discusión de éstos, véase la sección siguiente.

⁵¹ Asian Development Bank (2000a); UNDP (2005); Anderson (2003).

⁵² Golub (2006b), p. 168.

A pesar de las mejores intenciones que muchos funcionarios (del Estado) puedan tener, varios actores y factores, o sus compañeros, pueden obstruirlos en la correcta realización de sus trabajos. Las consideraciones relacionadas que frustran la capacidad de respuesta del gobierno a las necesidades legales, y otras, de los pobres, incluyen la asignación inapropiada de recursos, la corrupción, el favoritismo, la parcialidad por cuestiones de género y la resistencia general al cambio.⁵³

Por lo tanto, el enfoque de Golub al empoderamiento legal no hace hincapié en la reforma de las instituciones del Estado que, según su opinión, beneficia solamente a pequeños grupos y no ayudan a los pobres.

El enfoque de microjusticia de Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer es, en alguna medida, distinto respecto de otros enfoques ascendentes. Si bien hace un análisis de la problemática de los obstáculos que encuentran los pobres al intentar acceder a la justicia que es similar a otros, basa sus soluciones en gran medida en innovaciones basadas en el trabajo de Prahald y Hart sobre la realización de productos rentables para los pobres.⁵⁴ Sobre la base de este trabajo, la microjusticia busca la creación de reformas legales innovadoras que usen la tecnología aportada por la Internet para colaborar en la participación de los pobres en la formación de normas, mejorar su conocimiento de derechos y tener un mejor acceso a la resolución de conflictos y montar procedimientos más sencillos para conflictos de naturaleza penal, proteger a los pobres contra la expropiación, disputas con vecinos y conflictos laborales. A los ojos del autor, la microjusticia debería ser manejada como una pequeña empresa que brinda un servicio efectivo y accesible lo suficientemente rentable para permitir su sostenibilidad.⁵⁵

Es interesante notar cómo las medidas generales y sus principios subyacentes en estos enfoques ascendentes se traducen en proyectos concretos. El PNUD, por ejemplo, brinda una lista de ejemplos de proyectos donde se da apoyo al Acceso a la Justicia. En la lista de proyectos mencionados, es claro que la mayoría de los proyectos involucran el sector penal, incluida la incorporación de estándares internacionales en legislación nacional, mejorando la conciencia en derechos humanos, fortaleciendo la defensa pública, capacitando en derechos humanos a los tribunales, preparando un plan de prevención contra el delito, brindando capacitación en los sectores policial y penitenciario, modernizando el ejercicio profesional de los fiscales y apoyando a las redes de la sociedad civil para la supervisión de las fuerzas militares y policiales.⁵⁶ Mientras que éstas son reformas importantes, sin duda, que

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ Prahald y Hart (2004).

⁵⁵ Barendrecht y Van Nispen tot Sevenaer (2007).

⁵⁶ UNDP. *Access to Justice, Practice Note.*

beneficiarán los derechos de aquellos aprehendidos por el sistema de justicia penal, uno puede preguntarse si estas medidas serían mayores en las prioridades de los pobres (especialmente aquellos que viven en zonas rurales) y si, en realidad, provocarían el alivio de la pobreza. Además, uno podría preguntarse si están en consonancia con otros principios mencionados, si hacen hincapié en las instituciones tradicionales/informales fuera del Estado, si están basadas en la creación de soluciones específicas locales y, por último, cómo actúan frente a los derechos adquiridos.

Tal vez en respuesta a las críticas sobre la falta de efectividad de los primeros programas de reforma legal, los estudios de alternativas a estos programas han intentado demostrar su efectividad en la práctica. Golub resume la investigación realizada por él y otros académicos.⁵⁷ Este trabajo ha sido realizado por donantes, entre los que se mencionan el BASD, el Banco Mundial y la Fundación Ford. Concluye en que este trabajo demuestra que el empoderamiento legal es útil para los pobres. En su estudio realizado para el BASD, Golub señala que el empoderamiento legal “ayuda a la prosperidad de la buena gobernanza y a la reducción de la pobreza en formas sustanciales y sutiles”.⁵⁸ De modo similar, Manning concluyó en su estudio para el Banco Mundial que las ONG han contribuido al empoderamiento legal, y de este modo, aliviaron la pobreza; por su parte, el estudio de McClymont y Golub, patrocinado por Ford, sostiene que ha tenido un “gran impacto positivo en el desarrollo equitativo y sostenible, así como en los derechos humanos, la participación cívica y la responsabilidad del gobierno”. Mientras la mayoría de los estudios observan el impacto que han tenido los proyectos en las comunidades, algunos también han observado el impacto de estos programas en asuntos de índole nacional. Golub resume estas observaciones señalando que el impacto nacional fue documentado, “describiendo numerosas instancias en las que el empoderamiento legal ha ayudado a generar esta reforma a nivel macro”.⁵⁹ En este último caso, han tenido especial influencia las ONG que trabajan desde el llano pero también participan en políticas nacionales, creación de leyes y utilización del litigio de interés público. Finalmente, Golub resume datos cuantitativos recolectados por organizaciones donantes sobre el efecto de sus proyectos de empoderamiento legal sobre las vidas de los pobres, y han encontrado mejoras considerables.⁶⁰ La información presentada en los trabajos de Golub y quienes él cita debería ser utilizada con cuidado. Esta información ha sido recolectada por instituciones donantes y por aquellos contratados por éstas para evaluar los proyectos. Si bien, por supuesto,

⁵⁷ Manning (1999), McClymont y Golub (2000), Golub y McQuay (2001).

⁵⁸ Golub y McQuay (2001).

⁵⁹ Golub (2006b), p.181

⁶⁰ *Ibid.*, p. 183.

se realiza de la manera más objetiva posible, puede ser un poco parcial. Como señala Channell:

Los informes están redactados principalmente por personas pagadas por quienes reciben los informes. El trabajo del redactor es proporcionar información de forma tal que satisfaga las expectativas del cliente. Una de ellas es el éxito de la implementación de su trabajo, que justificará el continuo o nuevo financiamiento [...] por lo tanto, hay pocos informes que detallen errores o fallas. Donde existen, los investigadores saben cómo presentarlos como un éxito.⁶¹

Toda la información presentada exitosamente ha sido muy positiva y ha sido redactada de la mano de organizaciones donantes que financiaron proyectos y en parte por consultores que ahora están interesados en el reconocimiento e implementación de las opciones propuestas. Parece que a fin de dar por cierta la información presentada, es necesario llevar a cabo más estudios por parte de investigadores independientes. En este estudio también deberían abordarse otros asuntos de metodología, como buscar vías para medir el impacto del enfoque ascendente sin medir el impacto de grandes donantes como el Banco Mundial o el PNUD en circunstancias locales y nacionales.

3. ¿Por qué los enfoques de abajo hacia arriba son tan populares?

La aparición de los enfoques de abajo hacia arriba debe comprenderse dentro de desarrollos más amplios en el campo de la cooperación de desarrollo internacional, el rol de la ley en él y la forma en que las intervenciones legales se han comentado en los últimos años. El acceso a la justicia, el empoderamiento legal y la microjusticia son en muchas formas reacciones contra las tendencias y prácticas del pasado o el resultado de cambios recientes en las tendencias.

Una primera causa importante para la popularidad de los enfoques ascendentes radica en los cambios en el concepto de desarrollo en sí mismo en las últimas décadas. El desarrollo ha pasado desde la economía a asuntos más amplios de desarrollo. El enfoque más temprano aún predominante sostiene la visión del desarrollo en términos económicos de crecimiento y distribución del ingreso. Desde la década de los setenta con el enfoque de las necesidades básicas y desde la de los ochenta con el enfoque de desarrollo humano, el desarrollo se ve como más que crecimiento económico o igualdad en el ingreso.⁶² Gesper señala: "El enfoque de

⁶¹ Channell (2006), p. 154.

⁶² Willis (2005).

desarrollo humano remarca la falta de una conexión adecuada entre los niveles de actividad monetizada y los niveles de bienestar con los vínculos frecuentemente poco confiables o perversos del crecimiento económico”.⁶³ Aun el Banco Mundial, que fue un sólido proponente del crecimiento económico, ha incorporado preocupaciones sociales en su enfoque de desarrollo con la adopción del Marco Integral de Desarrollo en 1999.⁶⁴ Con los enfoques más amplios, el desarrollo se tornó más complejo e incluyó cada vez más metas complementarias, en muchas ocasiones también contrastantes. Un segundo cambio en la concepción del desarrollo provino del movimiento desde el pensamiento nacional a nivel macro al pensamiento sobre el desarrollo en términos de grupos subnacionales o individuos.⁶⁵ El enfoque económico original estuvo orientado en gran medida a nivel macro y estuvo basado en la idea de que el crecimiento económico nacional puede llegar a todo, incluidos los pobres. En contraste con estos enfoques de desarrollo a nivel macro, los enfoques desde el llano, a nivel micro, han surgido a partir de la década de los setenta. El enfoque de las necesidades básicas, que empezó en los setenta, toma a los pobres como la base y define el desarrollo como sus necesidades. La OIT en 1976, por ejemplo, resaltó estas necesidades en términos de consumo personal (alimentos, habitación y vestimenta), acceso a servicios esenciales (agua dulce, saneamiento, educación, transporte y salud), acceso a un empleo remunerado y necesidades cualitativas (entorno seguro y saludable, capacidad de participar en la toma de decisiones).⁶⁶ Otro enfoque individual que trabaja en forma ascendente ha sido el relacionado con el enfoque al desarrollo desde los derechos o derechos humanos, en donde el desarrollo se concibe según los términos de los derechos de los pobres.⁶⁷ Sen, para nombrar otro ejemplo de enfoque dentro del marco ascendente de desarrollo, concibe el desarrollo como “un proceso de expansión de las libertades reales que disfruta la población”, basándose así él también en lo individual.⁶⁸ En general, el desarrollo se ha comprendido cada vez más en términos de erradicación de la pobreza, y la pobreza se comprende cada vez menos como un sinónimo de falta de ingreso, para incluir también la vulnerabilidad física y la falta de poder dentro de estructuras políticas y sociales existentes.⁶⁹ Es dentro de este cambio desde el crecimiento macroeconómico al alivio a nivel micro de las necesidades de los pobres, donde los enfoques ascendentes han encontrado su cauce. Su impacto es significativo dentro de los últimos documentos de políticas de desa-

⁶³ Des Gesper (2007).

⁶⁴ Blake (2000), Rittich (2006), p. 203; Santos (2006), p. 268 y 275.

⁶⁵ Para un panorama general véase Willis (2005).

⁶⁶ *Ibid.*, p. 94.

⁶⁷ Gready y Ensor (2005).

⁶⁸ Sen (1999), p. 3.

⁶⁹ Bernstein (1992), citado en Anderson (2003).

rollo y ayudan a los donantes a sostener por qué el dinero debería destinarse en primer lugar a la ley: para asistir a los pobres, a medida que las intervenciones legales se encuadran dentro de sus necesidades.

El segundo motivo por el cual los enfoques tales como el acceso a la justicia y el empoderamiento legal son cada vez más influyentes es que ofrecen un paradigma alternativo, ahora que el amplio paradigma existente detrás de las intervenciones legales —el Estado de derecho— se encuentra cada vez más atacado. Los académicos han criticado el surgimiento del concepto del Estado de derecho o de la forma en que opera dentro del campo de la ley y el desarrollo. Kennedy sostiene que la amplitud inherente al concepto, su vaguedad y su asumida neutralidad lo hace útil para rodear difíciles elecciones políticas y económicas.⁷⁰ Su crítica parte del hecho de que, al hallar que el Estado de derecho debido a su inherente amplitud, vaguedad y asumida neutralidad, ofrece a los creadores de políticas “el dominio de la experiencia, un programa de acción, que obstaculiza la necesidad de elecciones o la claridad sobre cómo distribuir las cosas de una forma en vez de otra, y que ello lleve al desarrollo”.⁷¹ Según su visión, el Estado de derecho ha sido una vía para trabajar en el desarrollo, ahora bien, no hay una posición clara sobre cómo se puede lograr este desarrollo.⁷² Los donantes, según su postura, mantienen, en cambio, un concepto general y vago del Estado de derecho para evitar cuestionamientos sensibles y prácticos al cooperar con funcionarios receptores. Otros académicos concuerdan con él en la idea de que los donantes han mantenido la operatividad del Estado de derecho en limitados proyectos específicos.⁷³ Bergling resume las visiones expresadas por otros académicos⁷⁴ en cuanto a que esta vaguedad puede tornar la idea de Estado de derecho en “conceptualmente sobrecargada cuando se invoca para demasiados motivos potencialmente opuestos”.⁷⁵ La vaguedad del concepto y sus múltiples significados inherentes y diferentes propósitos pueden lograr que algunas metas tales como la promoción de certeza y el establecimiento de la ley y el orden se opongan a la protección de los derechos humanos. Por lo tanto, sostiene que promover un Estado de derecho que apunte al desarrollo económico puede tutelar regímenes autoritarios sin mejorar la protección de los derechos humanos.⁷⁶ Kleinfeld también sostuvo que el modo en el que el concepto de Estado de derecho ha sido utilizado en términos de reformas dirigidas a ciertas instituciones ha perjudicado la consecución de las amplias reformas

⁷⁰ Kennedy (2003 y 2006).

⁷¹ Kennedy (2003), p. 19.

⁷² *Idem.*

⁷³ Véase, por ejemplo, Lindsey (2007), p.10.

⁷⁴ Clarke (1999), Jayasuriya (1999), Peerenboom (2004).

⁷⁵ Per Bergling (2006), p. 18.

⁷⁶ *Idem.*

necesarias para lograr los fines que el Estado de derecho debe lograr.⁷⁷ Otras críticas señalan que la reforma legal se basa en un modelo falso originado a partir de una situación ideal que tampoco existe en occidente.⁷⁸ Finalmente, hay muchas críticas que sostienen que las reformas legales basadas en el concepto de Estado de derecho serán inherentemente descendentes, centradas en el Estado, a favor de élites legales, portadoras del falso concepto de neutralidad política, creadoras de más formalismos y burocracia, además de cuestionar el impacto de estos programas del Estado de derecho sobre la pobreza y la optimización del desarrollo, bajo cualquier marco.⁷⁹ Los enfoques ascendentes tales como el acceso a la justicia, el empoderamiento legal y la microjusticia son ambiciosos ya que implícitamente, y en algunos casos explícitamente, tratan de ofrecer alternativas para el paradigma del Estado de derecho, que, como hemos visto, según algunos académicos, presenta algunas fallas.

Relacionadas con la crítica sobre el concepto de Estado de derecho, han habido muchas críticas sobre las prácticas de la intervención legal perseguidas en su nombre. Los enfoques ascendentes se enmarcan como modos de lidiar con estas críticas. Un primer punto de controversia general es que las prácticas de la ley y el desarrollo no han sido efectivas en la creación de desarrollo, especialmente si el desarrollo se concibe como un apoyo a los pobres y débiles.⁸⁰ Además, muchos académicos sostienen que la práctica de la ley y el desarrollo sufren de falta de conocimiento, haciendo hincapié en que la reforma legal sólo puede operar sobre la base del conocimiento suficiente de lo que puede hacer la ley por el desarrollo y cómo podría hacerlo.⁸¹ Muchos autores cuestionan, en primer lugar, la dificultad para probar que la ley puede asistir al desarrollo,⁸² aquí, la ambigüedad de los hallazgos sobre la causalidad de la ley y el desarrollo económico,⁸³ del Estado de derecho y la democracia⁸⁴ es interesante.⁸⁵ Debe notarse aquí que establecer relaciones causales entre la ley y el desarrollo o entre la ley y la democracia es difícil, ya que se miden efectos causales.⁸⁶ Otros que aún creen en la posibilidad del aporte de la ley al desarrollo sostienen que se necesita más información sobre exacta-

⁷⁷ Kleinfeld (2006).

⁷⁸ Upham (2006), p. 87.

⁷⁹ Golub (2006a).

⁸⁰ Dezelay y Garth (2001), Golub, (2006a), p. xix; Carothers (2006b), p. 11.

⁸¹ Carothers (2006a), Golub (2006a), p. 92.

⁸² Golub (2006a; 2005), Carothers (2006b).

⁸³ Golub (2005), p. 302, note 9; Carothers (2006a), p. 17; Messick (1999); Pistor y Philip A. Wellons (1998); Davis y Trebilcock (2001).

⁸⁴ Carothers (2006a), p. 18.

⁸⁵ Otra observación interesante es que la reforma de la ley en sí misma no “reduce la incidencia de la corrupción”, tal como anota Dick.

⁸⁶ Golub (2006a), p. 115.

mente qué tipo de reforma legal conduce al desarrollo. Carothers y Channell, por ejemplo, sostienen que el proceso de cómo lograr el cambio legal y qué aporta al desarrollo no se comprenden bien.⁸⁷ Garth sostiene que la práctica ha utilizado de modo insuficiente las técnicas y teorías de ciencia social como base para la reforma legal.⁸⁸ Con un acercamiento similar, Seidman y otros sostienen que una exitosa reforma en derecho sustantivo (reformas en la legislación) debería basarse en la investigación científica social sobre el comportamiento de las distintas normas que se abordan.⁸⁹ Tamanaha ha advertido, sin embargo, que en muchos contextos de desarrollo, esta capacidad de investigación puede estar limitada y la investigación cae en manos de los legisladores. Un segundo punto de crítica concierne a la característica descendente de los proyectos de reforma legal, que hacen que los contextos locales no sean lo suficientemente considerados o incorporados.⁹⁰ Faundez señala que “a pesar del desacuerdo sobre este punto en la práctica, raramente se realiza un análisis sobre el contexto local”.⁹¹ Sostiene que esto sucede debido a que los expertos occidentales tienden a dar el contexto por sentado en su propia zona de investigación.⁹² De modo similar, Dick señala que los expertos extranjeros, “confiados en su experiencia y buenas intenciones, no sienten la necesidad de interrogarse sobre su propia cultura política y legal o de investigar en profundidad la del país visitado”.⁹³ Una combinación de falta de conocimiento y políticas e implementación descendentes pueden llevar a resultados imprevistos,⁹⁴ frecuentemente opuestos a los objetivos originales que debilitan los contextos locales,⁹⁵ según advierten los autores. En proyectos internacionales, este método de operación de arriba hacia abajo también corre peligro de ser etnocéntrico.⁹⁶ Un tercer punto de crítica sostiene que la reforma legal ha estado muy centralizada en el Estado y enfocada en los procesos de legislación.⁹⁷ Como resultado, académicos como, por ejemplo, Golub, sostienen que las reformas no llegarán a los pobres y, por lo tanto, harán poco para mejorar sus vidas, e inclusive, lograrán fortalecer las élites buro-

⁸⁷ Carothers (2006a), Channell (2006), pp.148-149.

⁸⁸ Garth (2001).

⁸⁹ Seidman, Seidman y Abeyesekere (2001); Seidman y Seidman (1999).

⁹⁰ Dezelay y Garth (2001), pp. 4-5; Golub (2006a); Garth (2001), p. 24; Faundez (2001); Trubek (2006); Newton (2006), p.194; Gary Goodpaster (2007), p.197.

⁹¹ Faundez (2001), p. 378.

⁹² *Idem*.

⁹³ Dick (2007), p. 60.

⁹⁴ Garth (2001), p. 23.

⁹⁵ Faundez (2001), pp. 380-381.

⁹⁶ Garth (2001), Newton (2007), Lindsey (2007a), p. 28.

⁹⁷ Von Benda-Beckman (2001), Nader (2001), Golub (2006a), Woodman (2001), Crook (2001), Carothers (2006a).

críticas existentes.⁹⁸ Asimismo, los enfoques centrados en el Estado no son efectivos en contextos donde los sistemas normativos no estatales son importantes y donde la reforma legal debería abordar problemáticas de pluralismo legal.⁹⁹ Mientras tanto, otros académicos sostienen que el Estado no está bien posicionado para ayudar a los pobres y que se debe prestar más atención a la sociedad civil.¹⁰⁰ Un motivo para la característica descendente de los programas de reforma legal es la necesidad de algunos donantes como el Banco Mundial y el BID de cooperar inicialmente con sus “contrapartes naturales”: los gobiernos centrales y los países objetivo.¹⁰¹ Los académicos advierten además que la práctica de la ley y el desarrollo no tiene real dimensión de su naturaleza política inherente y es políticamente inocente. Parte de esta crítica comprende la concepción de que la reforma legal es pura “asistencia técnica”.¹⁰² Dick señala que “el problema fundamental en la reforma, no es la coherencia de la ley sino cómo el Estado con todas sus ramificaciones ejerce sus inmensos poderes, y en favor de los intereses de qué grupos”. Concluye sosteniendo que “la clave para la reforma es, por lo tanto, no la ley, sino la política”.¹⁰³ Dezelay y Garth notan que la ley está en el centro del poder y esto es central para el análisis de la función de la ley en la sociedad.¹⁰⁴ La reforma de la ley, aun si se trata de puros tecnicismos, implica, en consecuencia, la reforma del poder. Por ello, sostienen que la “ley no puede ser considerada simplemente un tecnicismo que se puede aprehender desde la práctica más eficiente”.¹⁰⁵ Los académicos sostienen que la ley está de hecho muy cerca del poder, y que la reforma legal está influida por distintos interesados en pugna por el poder. Por ende, la reforma legal puede fortalecer la postura de las élites autoritarias o estar exitosamente opuesta a ellas si está en contra de sus intereses.¹⁰⁶ Además, Hambergren sostiene que el desinterés general o la resistencia del público en general puede ser un obstáculo peor para una reforma legal exitosa.¹⁰⁷ Estos hechos no siempre están reconocidos en la práctica de la ley y el desarrollo, según sostienen los académicos.¹⁰⁸ Muy relacionado con este enfoque, Golub resume una serie de estudios se-

⁹⁸ Golub, (2006a), p.109; Taylor (2007), p. 98.

⁹⁹ Crook (2001), Von Benda-Beckman (2001; 2006), Woodman (2001), Nader (2001), Carothers (2006a).

¹⁰⁰ Golub (2006a), McClymont y Golub (2000).

¹⁰¹ Hambergren (2003), p.303.

¹⁰² Newton (2007).

¹⁰³ Dick (2007). Un argumento similar se encuentra en Goodpaster (2004), p.107.

¹⁰⁴ Dezelay y Garth (2001).

¹⁰⁵ *Ibid*, p. 5.

¹⁰⁶ Carothers (2006b), p. 4; Carothers (2006a), p. 22; Golub (2006a, pp. 112-113); Hambergren (2003), p. 297; Goodpaster (2007), p. 107.

¹⁰⁷ Hambergren (1998, p. 302).

¹⁰⁸ Newton (2007); Upham (2006), p. 76; Hambergren (2003, pp. 297-298).

gún los cuales, en ciertos contextos de intereses adquiridos, la falta de voluntad política hacia la reforma y los esfuerzos por reformar la corrupción generalizada en instituciones estatales no han rendido frutos.¹⁰⁹ De modo similar, según los estudios, cuando existe una falta de demanda de reforma legal entre las élites, dicha reforma muy probablemente no pueda llegar a la meta, y, en cambio, se deberían apoyar otras reformas que ayudarán a crear esta demanda.¹¹⁰ La ley y el desarrollo han hecho grandes promesas que no pueden cumplir, según algunos autores. Dadas las grandes complejidades de la ingeniería social a través de la ley¹¹¹ y las limitaciones inherentes en términos de recursos, conocimiento y asistencia, deben considerarse las expectativas sobre lo que se puede lograr a partir de la reforma legal. La velocidad esperada para el cambio está relacionada con esto. Muchos autores sostienen que la reforma legal sólo puede ser exitosa en el tiempo,¹¹² y advierten sobre el efecto negativo del hastío y la impaciencia.¹¹³ El problema con el tiempo es que la mayoría de los proyectos legales y de desarrollo tienen un ciclo corto programado para su consecución. En relación con ello, los académicos sostienen además que la ley y el desarrollo sufren de problemas internos relacionados con la burocracia del donante.¹¹⁴ Sostienen que la presión del donante de gastar dinero, el uso de las mejores prácticas, la influencia del sentido común, las preferencias por la responsabilidad y medición y ciertas estructuras de incentivos, combinadas con la complejidad inherente de mejorar el Estado de derecho en distintos escenarios ha llevado a la pobre confección de proyectos, al uso de conocimiento previamente adquirido, a la mala ubicación de las metas que buscan responsabilidad en vez de efecto, a las pobres evaluaciones, y consecuentemente, a la pobre información sobre lo que funciona y lo que no, y con ello, a la continuación de tipos deficientes de proyectos. Una década de investigación presenta una visión borrosa de la práctica de la ley y el desarrollo. La ley y el desarrollo no tienen conocimiento, están desconectados de la realidad local, no comprenden las relaciones de poder que le son inherentes y no tienen llegada a los pobres que intentan ayudar. Los enfoques ascendentes ofrecen esperanza en medio de esta crítica y ofrecen alternativas para las intervenciones, aparentemente fallidas y obsoletas.

¹⁰⁹ Golub (2006a), pp. 112-114, 116, 121.

¹¹⁰ Goodpaster (2007), pp. 130-131; Clark, Armstrong, y Varenik (2007), pp.172-173.

¹¹¹ Houtzager (2001), pp. 14-15.

¹¹² Bergling (2006), p. 45; Faundez (2001), pp.372-373; Carothers (2006b), p.12; Lindsey (2007a), pp. 29-30; Dick (2007), p.48; Goodpaster (2007), p. 107.

¹¹³ Allott (1980) ya se quejó en instancias anteriores sobre la impaciencia de los legisladores en países en desarrollo que buscan crear grandes cambios sociales a través del uso pragmático de la ley.

¹¹⁴ Jensen (2003); Carothers (2006a), pp. 25-27; Bergling (2006), pp. 45-46; Channell (2006); Golub (2006a), pp.128-131; Hammergren (2003), pp. 292-293.

4. Los enfoques de abajo hacia arriba, ¿son buenas opciones?

Los enfoques de abajo hacia arriba, por lo tanto, parecen ofrecer una alternativa a los programas existentes del Estado de derecho. No obstante, la pregunta es si los enfoques ascendentes son realmente alternativas al paradigma del Estado de derecho existente y a las prácticas de reforma legal. Esto lleva a tres preguntas: estos enfoques, ¿son realmente nuevos y alternativos? ¿Forman una alternativa válida y posible de llevar a la práctica en el paradigma actual de Estado de derecho e intervenciones legales? ¿Pueden lidiar realmente con los problemas existentes del pasado y los enfoques de intervenciones legales?

La respuesta al primer planteo sobre si los enfoques son nuevos, es corta: en realidad, no. Muchas de las medidas de reforma que han sido propagadas en los enfoques de empoderamiento legal y acceso a la justicia parecen tener una historia más larga que la actual. Si bien algunos presentan estos enfoques como opciones,¹¹⁵ queriendo decir que son nuevos, en realidad no lo son. La práctica de la ley y el desarrollo que apuntan a mejorar el acceso a la justicia y a apoyar la asistencia legal, los programas de conciencia legal y la reforma de los tribunales en pos del mejor acceso, han sido desarrollados al menos desde la década de los setenta.¹¹⁶ Las fundaciones donantes que funcionan a nivel internacional, como la Fundación Ford y Novib, han tenido un rol fundamental en el fortalecimiento del acceso a la justicia y en el trabajo en empoderamiento legal desde la década de los setenta en adelante, a la vez que los gobiernos nacionales de los países en desarrollo también han buscado soluciones para fortalecer el acceso a sus instituciones de justicia.¹¹⁷ Además, Blake sostiene que en relación con las críticas del Movimiento de Ley y Desarrollo en los setenta, surgió una “práctica de microparadigma de ley y desarrollo” alternativo, que tenía por objeto el desarrollo de la ley y recursos legales para los más pobres. Menciona organizaciones como el Centro de Desarrollo del Derecho Internacional, el Instituto Internacional de Derecho del Desarrollo y la Asociación Internacional de Estudios Legales para el Tercer Mundo, como los proponentes principales de ley y desarrollo fundados a principios de los años ochenta. Además, menciona esfuerzos, entre ellos, actividades relacionadas con derechos humanos, reforma de la distribución de la tierra, recursos ambientales y naturales, alfabetismo legal, servicios legales, derecho de género, derecho la-

¹¹⁵ Golub (2006b).

¹¹⁶ Para una buena reseña de las prácticas vigentes desde principios de los ochenta, véase Blake (2000), pp. 169-170.

¹¹⁷ Un ejemplo puede ser la gran conciencia legal de China mediante campañas de diseminación de la información legal. Véase Troyer (1989), Exner (1995).

boral, derecho del consumidor y derechos reales, llevada adelante por parte de organizaciones, con el fin de ayudar a los pobres.¹¹⁸ Mientras tanto, los esfuerzos de reforma legal que apuntan a la sociedad civil continúan en los años noventa, por ejemplo, USAID y su énfasis en el trabajo con ONGs en los proyectos de reforma legal en América Latina durante el gobierno de Clinton.¹¹⁹ El estudio académico del acceso a la justicia fuera del campo de la ley y el desarrollo también tiene una larga historia. En especial, la serie de volúmenes bajo la edición general de Cappelletti en 1978 y 1979 ha sido muy importante, tanto en términos de su análisis conceptual como de recolección de datos comparativos, incluidos algunos estudios de países no occidentales. En especial, el trabajo de Cappelletti y Garth es notable en la relevancia que adjudica al acceso a la justicia en el momento,¹²⁰ según una encuesta mundial;¹²¹ el trabajo de Johnson, que señala estrategias para mejorar el acceso;¹²² el estudio de Friedman, que proporciona un marco de distintos problemas de acceso, los orígenes de estos problemas y sus posibles soluciones;¹²³ el artículo de Trubek sobre la defensa legal;¹²⁴ el artículo de Koch con enfoques antropológicos¹²⁵ y, finalmente, el artículo de Bush sobre acceso a la justicia en África y cómo lidiar con el pluralismo.¹²⁶ Otros estudios importantes son el trabajo de Galanter en los Estados Unidos, quien sostiene que los pobres tienen peor acceso a la justicia debido a la falta de financiamiento y de experiencia en litigios,¹²⁷ y la conceptualización de Felstiner y otros de los elementos del acceso a la justicia, observándolos como una secuencia de procesos que permiten que quienes acudan a la justicia encuentren resarcimiento.¹²⁸ Los estudios actuales sobre el acceso a la justicia y el empoderamiento legal sólo hacen una referencia limitada a estos trabajos existentes o a las prácticas desarrolladas en el pasado. De los trabajos anteriores, principalmente el trabajo de Galanter y Felstiner, entre otros, se utiliza en cierta medida mientras que la gran investigación dirigida por Cappelletti es ignorada. En suma, si bien hay nuevas ideas –algunas no probadas en su etapa inicial como los enfoques de microjusticia y el énfasis en los enfoques ascendentes– los enfoques ascendentes en sí no son nuevos. Los donantes internacionales realizan trabajos en el fortalecimiento de la asistencia legal, las clínicas jurídicas y la concientización

¹¹⁸ Blake (2000). Véase también Paul (2003), p. x.

¹¹⁹ Hammergren (2003), p. 311.

¹²⁰ Cappelletti y Garth (1978).

¹²¹ Cappelletti, (1978), Cappelletti y Garth (1978).

¹²² Johnson (1979).

¹²³ Friedman (1978).

¹²⁴ Trubek (1979).

¹²⁵ Koch (1979).

¹²⁶ Bush (1979).

¹²⁷ Galanter (1974).

¹²⁸ Felstiner, Abel y Sarat (1980-1981).

sobre el derecho desde la década del setenta. De modo similar, podemos ver que a nivel de los actores nacionales, tanto estatales como no estatales se han desarrollado programas similares. Parece que, como se discute en la sección anterior, la crítica contra los proyectos de reforma legal existentes han estado basados en un retrato limitado de las prácticas existentes, y es una especie de caricatura. Esto parece producirse en parte en respuesta al argumento de un fuerte alejamiento de las prácticas de la ley y el desarrollo dirigidas al Estado, o en colaboración con las instituciones del Estado.

La segunda pregunta es si los enfoques ascendentes son buenas alternativas para el amplio paradigma del Estado de derecho: en otras palabras, si podemos ignorar el Estado de derecho con sus fallas, como la centralización en el Estado, amplia y vaga. Algunos proponentes de la alternativa de empoderamiento legal, especialmente Golub, responderían que sí. Ellos han sido clave en la exposición de la crítica a las reformas legales basadas en el Estado de derecho y han acuñado para ello el término “ortodoxia del Estado de derecho”, argumentando que el empoderamiento legal es un buen marco alternativo para el Estado de derecho.¹²⁹ El problema que presenta el enfoque de empoderamiento legal de Golub es que le falta la integración del Estado de derecho, ya que no incluye el trabajo realizado en lo sucesivo por los actores estatales, que a fin de cuentas, influyen en las leyes y las más altas esferas del sector judicial, que constituyen la garantía de justicia final ante fallas de los mecanismos locales de resolución de disputas.¹³⁰ Los enfoques del acceso a la justicia, dentro del marco del PNUD y sobre la base del trabajo de Felstiner y otros, dejan de cubrir asuntos importantes como la ley y el orden o la proyección en la prevención de daños. Además, los paradigmas ascendentes pueden no tener la misma función normativa que el Estado de derecho. El Estado de derecho consiste en un concepto normativo central que aborda las limitaciones que imparte a la acción gubernamental. Si bien su esencia es clara, su contenido exacto es más oscuro y puede definirse de modo distinto en diferentes contextos y países. Esto lo ha tornado útil para dar dirección a una normativa amplia, al mismo tiempo que no es del todo etnocéntrica. Los enfoques ascendentes fallan al proporcionar un marco normativo amplio o en la búsqueda de este marco en tratados de derechos humanos. Mientras que los elementos normativos de dichos tratados presentan muchas ventajas,¹³¹ son importantes y conectan el trabajo de la reforma legal con los derechos humanos, los tratados de derechos humanos pueden, en sí mismos, en algunos contextos y países, ser vistos como productos de occidente con objetivos opuestos a los intereses nacionales. Esto puede ser aplicable espe-

¹²⁹ Golub (2006b).

¹³⁰ Kleinfeld (2006).

¹³¹ Gready y Ensor(2005).

cialmente a los tratados en derechos humanos de segunda y tercera generación con derechos sociales, políticos y de grupos, especialmente importante desde la óptica de las necesidades de los pobres, pero que están en conflicto con el mundo occidental. En suma, parece que los nuevos enfoques tienen mucho para agregar al marco existente del Estado de derecho. Se enfocan en el trabajo en los pobres y en las realidades que deben encarar, incluyen ideas fuertes para cambiar las relaciones de poder existentes y una visión normativa nueva contra la injusticia. Sin embargo, no existe una alternativa total al Estado de derecho tal como plantea Golub, sino que pensamos que debería combinarse con el paradigma existente. Mientras mucha de la crítica al concepto de Estado de derecho es válida, y las alternativas pueden en realidad lidiar con algunos de estos puntos críticos, es una lástima que la crítica al Estado de derecho se haya convertido en circunspecta. Citando a Bergling: “Que el Estado de derecho es controversial e insuficientemente teorizado, no quiere decir que el concepto no tiene utilidad. En cambio, sus cualidades inherentes como declaración política por sus elementos centrales, como fueren definidos, son requisitos mínimos de cualquier sociedad decente”.¹³²

La tercera pregunta que debe ser respondida es, hasta dónde los enfoques ascendentes logran resolver los problemas notados en los anteriores esfuerzos de reforma legal, tal como se describen en la literatura. Los enfoques sostienen muchas ideas importantes. Se concentran en los pobres y tratan de basar las reformas en sus prácticas; por lo tanto, tratan de construir un puente entre sus necesidades y lo que el derecho les ofrece. Están conscientes de la realidad política y la resistencia que pueden tener las reformas y luchar realmente para cambiar las relaciones de poder. En un estudio más cercano, parece que los enfoques ascendentes, si bien ofrecen algunas soluciones, presentan algunos viejos problemas. En primer lugar, si bien se han registrado efectos positivos, la información en la que se basan no es suficientemente independiente y tiene desafíos metodológicos, como cualquier estudio sobre la relación causal entre la ley y el desarrollo. Por ello, el que los enfoques ascendentes ayudan a la asistencia a los pobres no es del todo cierto. Para verlo, es necesario el paso del tiempo y la realización de más investigación por parte de académicos que no trabajen directamente como evaluadores empleados por los donantes. En segundo lugar, si bien hay grandes críticas sobre la falta de conocimiento aplicado en las prácticas de desarrollo legal existentes, nadie se ha preguntado cuál es la base del conocimiento de los enfoques ascendentes. Si bien hay un gran cuerpo de estudios sobre el acceso a la justicia y el empoderamiento legal, especialmente desde fines de la década de los setenta, este cuerpo se usa de modo limitado en el diseño de nuevos enfoques que, como resultado, también se basan en un fundamento débil, con marcos sin operación coherente. Un buen

¹³² Bergling (2006).

ejemplo del último caso es la forma en el que el PNUD ha remarcado el modelo de acceso a la justicia de Felstiner y otros en donde el acceso se concibe como el proceso desde el daño hasta el resarcimiento, que incluye cinco elementos, el último de ellos, la exigencia del cumplimiento de las sentencias. Esta exigencia, en consecuencia, indica la ejecución de decisiones de adjudicación que apuntan a proporcionar un resarcimiento por daños. Sin embargo, en su explicación de este último elemento de su modelo de acceso a la justicia, el PNUD interpreta la exigencia de un modo distinto, discute las prácticas injustas como ocurren en el caso del cumplimiento en derecho penal. El marco de acceso a la justicia del PNUD mezcla incoherentemente la ejecución de sentencias como un elemento de resarcimiento de un daño con la prevención de la injusticia en el cumplimiento de las sanciones del derecho penal.¹³³ En tercer lugar, los enfoques ascendentes todavía contienen algunos elementos descendentes, tales como la base normativa de derechos humanos, el foco resultante (al menos, según el PNUD) de proyectos de justicia penal que no parecen originarse en preferencias de los pobres (rurales), un modelo de medidas de reforma para tomar (si bien hay conciencia de variaciones locales), y un convencimiento de que, especialmente en el enfoque sostenido por Golub, las ONG representan a los pobres, mientras muchos pueden estar basados en capitales nacionales y pueden hablar por los pobres en vez de representarlos realmente.¹³⁴ Jensen sostuvo que la representación real es una ficción. Sostiene que “aquellos que deberían considerarse interesados son simplemente demasiados”. Mientras que la participación de las ONG es importante, y hasta un cierto nivel han contribuido a los programas existentes, los enfoques ascendentes probablemente no son del todo capaces de sobreponerse a los desafíos de dar lugar realmente a la voz de los pobres en la reforma legal. En cuarto lugar, los enfoques ascendentes, por cierto, están menos centrados en el Estado y son menos parciales con respecto a la reforma de los tribunales, que las criticadas viejas formas de reformas de la ley. Sin embargo, hay un riesgo en centrar la mirada demasiado en la sociedad civil, especialmente como lo hace Golub, tanto que los elementos necesarios de las instituciones del Estado pueden quedar obstruidas. Quinto, los enfoques ascendentes, por oposición a las formas criticadas de reforma legal, atienden a la naturaleza política de la reforma política y a las estructuras de poder existentes, y en alguna medida ayudan a cambiar esas estructuras de poder existentes. Cómo se logra esto en la práctica y con qué efecto, sigue sin aclararse de lo que surge en los estudios bajo análisis. Si son exitosas en el cambio de las estructuras de poder existentes y en el empoderamiento de los débiles, deberán responderse más preguntas sobre qué les da el derecho a los donantes a cambiar las estructuras de poder, cómo selec-

¹³³ UNDP. *Access to Justice, Practice Note*.

¹³⁴ Jensen (2003), pp. 355-337.

cionar a aquellos que pueden beneficiarse de ellas, qué límites existen al cambio de estas estructuras, y qué significa entonces la supremacía del Estado: preguntas que hasta ahora no se han abordado. Sexto, los enfoques ascendentes también pueden sufrir de exceso de ambición tal como los programas del pasado. Al leer los estudios y documentos, el objetivo de estos programas va más allá del alivio de la pobreza, la erradicación de la injusticia y la protección de los derechos humanos, a la vez que intentan cambiar las estructuras de poder existentes, no sólo a nivel local, sino también nacional. Estas ambiciones pueden llevar fácilmente a la desilusión, tal como pasó con las reformas legales anteriores. En los documentos, hay conciencia sobre el tiempo que lleva implementar estos cambios; sin embargo, no hay conciencia del tiempo que lleva aplicar medidas específicas, dependientes del marco burocrático de la institución donante, que no parece haber cambiado. Y esto nos lleva al séptimo punto de crítica de los enfoques anteriores: los obstáculos democráticos dentro de las organizaciones donantes y cómo fallan constantemente. No hay indicios de que se establezca un cambio en su funcionamiento a raíz de los nuevos enfoques. Siguen su camino al éxito, si es posible con medidas de fácil aplicación y en el corto plazo, dependientes de un limitado grupo de consultores, operativas dentro de una visión limitada del conocimiento existente, y preocupadas más por la repetición que por la innovación.¹³⁵

5. Conclusión

Los enfoques de abajo hacia arriba en la cooperación para el desarrollo legal son importantes y necesarios. Dirigen la atención a los pobres y grupos desaventajados y a cómo los poderes arraigados pueden obstruir los intereses de los desposeídos. Ofrecen vías para dirigir los programas de reforma legal fuera de la esfera legal y combinarlos con medidas políticas de defensa, organización y participación. El acceso a la justicia y al empoderamiento legal es por lo tanto esencial, pero no se trata de puntos mágicos. Al reconocer los méritos de estos enfoques, concluimos en este ensayo que no se trata de sustitutos completos del paradigma del Estado de derecho actual o están libres de los mismos problemas que han plagado las prácticas de cooperación de desarrollo legal tan criticadas. Como

¹³⁵ Es interesante notar que Hammergren (2003, pp. 311-313) toma un punto relacionado en que un cambio a la colaboración con la sociedad civil y la iniciación de la defensa y tipos de ayuda legal no cambian los asuntos de evaluación y responsabilidad. Hace esto al discutir el impacto limitado de la colaboración de USAID con las ONG en los años noventa. "Las ONG, tal como las agencias en colaboración con el gobierno, fueron notorias por su resistencia al control y la evaluación. USAID, sin las conexiones políticas de sus socios, le resultó frecuentemente más fácil aceptar el argumento que otros conocían para seguir sus instintos en vez de defender sus métodos y documentar sus progresos".

tales, ofrecen mucho a las prácticas y al paradigma de Estado de derecho existentes, y deberían concebirse como agregados y estar incorporados a las prácticas existentes en vez de reemplazarlas por completo. Aquí, nuestros hallazgos son similares a los de un estudio anterior del “microparadigma de ley y desarrollo” de Blake, que sostiene que mientras “la microteoría es una vía constructiva y esperanzadora para aquellos en desventaja [...], el microdesarrollo no es la panacea: muchos problemas no pueden abordarse efectivamente por técnicas que actúan sólo desde el llano”.¹³⁶ Aunque Golub ha sido crítico del paradigma actual del Estado de derecho y los enfoques centrados en el Estado a la cooperación de desarrollo legal, y es un importante proponente detrás de la “alternativa de empoderamiento legal”, él mismo reconoce la necesidad de combinar estos enfoques con el trabajo basado en el Estado de derecho en las instituciones estatales.¹³⁷

La ley y el desarrollo es un campo de fuertes tendencias. A lo largo de las décadas ha retrocedido y avanzado, desde el movimiento de Ley y Desarrollo en los años sesenta a su crítica y caída en los setenta, de los microenfoques a la ley y el desarrollo a principios de los años ochenta a la importancia de la ley para los mercados a principios de los años noventa, pasando por la conversión del Estado de derecho en la meta del desarrollo a fines de los noventa, a los enfoques ascendentes que han ganado importancia desde 2000. La ley y el desarrollo es un campo de tendencias, así como lo es el desarrollo. Un factor constante en ambos campos es la actitud crítica al pasado y al presente, combinado con una gran esperanza para la propagación de tendencias en el futuro. El surgimiento de los enfoques ascendentes en la última década es un buen ejemplo de ello. Por un lado, estos enfoques se han desarrollado dentro de la creciente crítica a los programas existentes; por otro, los nuevos enfoques en sí mismos se presentan con gran esperanza, con énfasis en los méritos y poco reconocimiento de sus posibles limitaciones. Una explicación posible para esta aparente contradicción entre la crítica y la esperanza es que la esperanza creada por los cambios en las tendencias ofrece posibilidades de reinvigoración del apoyo público a los programas de inherente desafío y abiertos a la crítica. Los cambios en las tendencias, en consecuencia, corresponden al campo de la ley y el desarrollo. Sin embargo, los académicos deberían ser cuidadosos de no excederse en estas tendencias y continuar ofreciendo información que asista a los legisladores a tomar las decisiones correctas y así mejorar los programas existentes. Para ello, será necesaria más investigación sobre los efectos de los proyectos realizados por los enfoques ascendentes, especialmente aquellos realizados por académicos independientes que no trabajen para los donantes, ni que se encuentren en la búsqueda de la promoción de nuevos paradigmas.

¹³⁶ Blake (2000), pp. 170-171.

¹³⁷ Golub (2005).

BIBLIOGRAFÍA

- Abregú, Martín (2001). "Barricades or Obstacles, The Challenges of Access to Justice", en Rudolph V. van Puymbroeck (ed.). *Comprehensive Legal and Judicial Development*. Washington D.C., World Bank (pp. 53-71).
- Allott, A. (1980). *The Limits of Law*. Londres, Butterworths.
- Anderson, Michael R. (2003). *Access to Justice and Legal Process: Making Legal Institutions Responsive to Poor People in LDCs*. IDS Working Paper, núm. 178.
- Asian Development Bank (ASDB) (2000). *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank Legal Empowerment: Advancing Good Governance and Poverty Reduction*. Manila, ASDB.
- (2000a). *Reform of Environmental and Land Legislation in the People's Republic of China*. Manila, ASDB.
- Barendrecht, Maurits y Patricia van Nispen tot Sevenaer (2007). "Microjustice", en <<http://www.microjustice.org/>>.
- Bergling, Per (2006). *Rule of law on the international agenda: international support to legal and judicial reform in international administration, transition and development co-operation*. Antwerpen, Intersentia.
- Bernstein, H. (1992). "Poverty and the Poor", en H. Bernstein, B. Crow y H. Johnson (eds.), *Rural Livelihoods: crisis and responses*. Oxford, Oxford University Press.
- Blake, Richard Cameron (2000). "The World Bank's Draft Comprehensive Development Framework and the Micro-Paradigm of Law and Development", en *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 3.
- Bush, Robert A. (1979). "A Pluralistic Understanding of Access to Justice: Developments in Systems of Justice in African Nations", en M. Cappelletti y B. Garth

- (eds.), *Access to Justice*. Vol. III: *Emerging Issues and Perspectives*. Alphen a/d Rijn, Sijthoff and Noordhoff (pp. 259-310).
- Cappelletti, M., y B. Garth. (1978). "Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report", en M. Cappelletti y B. Garth (eds.), *Access to Justice*. Vol I: *A World Survey, Book 1*. Alphen a/d Rijn, Sijthoff & Noordhoff (pp.1-124).
- Cappelletti, M. (1978a). "Access to Justice Project Questionnaire", en M. Cappelletti y B. Garth (eds.), *Access to Justice*. Vol I. *Op.cit.* (pp. 125-139).
- Cappelletti, M. y B. Garth (1979). "Foreword", en *Access to Justice*. Vol. III. *Op.cit.* (v-xvii).
- Carothers, Thomas. (2006). "The Problem of Knowledge", en Thomas Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad. In search of knowledge*. Washington D. C., Carnegie Endowment for International Peace (pp.15-28).
- (2006b). "The Rule of Law Revival", en Thomas Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad. In search of knowledge. Op.cit.* (pp. 3-14).
- Channell, Wade (2006). "Lessons not Learned about Legal Reform", en Thomas Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad, In search of knowledge. Op.cit* (pp.137-159).
- Clark, Jeffrey A., Patricia Armstrong y Robert O. Varenik (2007). "The Collapse of the World Bank's Judicial Reform Project in Peru", en Tim Lindsey (ed.), *Law Reform in Developing and Transitional States*. Londres y Nueva York, Routledge, (pp.159-179).
- Clarke, D. (1999). "The many meanings of the rule of law", en K. Jayasuriya (ed.), *Law, Capitalism and Power in Asia*. Londres, Routledge (pp. 28-45).
- CLEP. *Agreed Principles and Conceptual Framework*. En <http://legalempowerment.undp.org/pdf/Agreed_principles_conceptual_framework.pdf>.
- Crook, Richard C. (2001). "Editorial Introduction", en Richard C. Crook y Peter Houtzager (eds.), *Making Law Matter, Rules, Rights and Security in the Lives of the Poor*. IDS Bulletin, Vol. 32, Nº 1, Norwich (pp. 1-8).
- Davis, Kevin E. y Michael J. Trebilcock (2001). "Legal Reforms and Development", en *Third World Quarterly* 22, No. 1 (pp. 21-36).
- De Soto, Hernando (2000). *The Mystery of Capital, Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere else*. Londres, Black Swan.
- Dezelay, Y. y B. Garth (2001). "The Import and Export of Law and Legal Institutions: International Strategies in National Palace Wars", en D. Nelken y J. Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures*. Oxford, Hart Publishing (pp. 242-255).
- Dick, H. (2007). "Why Law Reform Fails, Indonesia's Anti-Corruption Efforts", en T. Lindsey (ed.). *Law Reform in Developing and Transitional States. Op.cit* (pp. 42-64).

- Exner, M. (1995). "Convergence of ideology and the law: the functions of the legal education campaign in building a Chinese legal system", en *Issues and Studies*, August (pp. 68-102).
- Faundez, Julio (2001). "Legal Reform in Developing and Transitional Countries", en Rudolph V. van Puymbroeck (ed.), *Comprehensive Legal and Judicial Development. Op.cit* (pp. 369-397).
- Felstiner, W., R. Abel y A. Sarat (1980-1981). "The Emergence and Transformation of Disputes: naming, blaming, claiming", en *Law and Society Review*, 15 (p. 631).
- Friedman, Lawrence M. (1978). "Access to Justice: Social and Historical Context", en M. Cappelletti y J. Weisner (eds.), *Access to Justice. Vol II: Promising Institutions*. Alphen a/d Rijn, Sijthoff and Noordhoff (pp. 5-36).
- Galanter, M. (1974). "Why the "Haves" come out ahead: Speculations on the limits of Legal Change", en *Law and Society*, 9, No. 1 (pp.95-160).
- Garth, B.G. (2001). "Rethinking the Processes and Criteria for Success", en Rudolph V. van Puymbroeck (ed.), *Comprehensive Legal and Judicial Development. Op.cit*. (pp. 11-31).
- Gesper, Des (2007). "Human Rights, Human Needs, Human Development, Human Security, Relationships between four international 'human' discourses", en *ISS Working Paper 445*.
- Golub, Stephen (2005). "Less Law and Reform, More Politics and Enforcement: A Civil Society Approach to Integrating Rights and Development", en Philip Alston y Mary Robinson (eds.), *Human Rights and Development, Towards Mutual Reinforcement*. Oxford, Oxford University Press (pp.297-327).
- (2006a). "A House Without Foundation", en Thomas Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad. In search of knowledge. Op. cit.* (pp.105-136).
- (2006b). "The Legal Empowerment Alternative", en Thomas Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad. In search of knowledge. Op. cit.* (pp. 161-191).
- (2006c). "Legal Empowerment: Impact and Implications for the Development Community and the World Bank", en Caroline Sage y Michael Woolcock (eds.), *The World Bank Legal Review, Law, Equity, and Development. Volumen 2*. Washington, Martinus Nijhoff (pp.167-184).
- Golub, Stephen y Kim McQuay (2001). "Legal Empowerment: Advancing Good Governance and Poverty Reduction", en Asian Development Bank. *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank, 2001 Edition. Op.cit*.
- Goodpaster, Gary (2007). "Law Reform in Developing Countries", en T. Lindsey (ed.), *Law Reform in Developing and Transitional States. Op.cit.* (pp.106-139).
- Gready, Paul y Jonathan Ensor (2005). "Introduction", en P. Gready y J. Ensor (eds.), *Reinventing Development, Translating Rights-Based Approaches from Theory into Practice*. Londres, Zed Books (pp.1-47).

- Hammergren, Linn A. (1998). *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*. Boulder, Co., Westview Press.
- Hammergren, Linn A. (2003). "International Assistance to Latin American Justice Programs: Towards an Agenda for Reforming the Reformers", en E. G. Jensen y Eric Helland (eds.), *Beyond Common Knowledge. Empirical Approaches to the Rule of Law*. Stanford, Ca., Stanford University Press (pp. 290-336).
- Houtzager, Peter (2001). "We Make the Law and the Law Makes Us: Some Ideas on a Law and Development Research Agenda", en Richard C. Crook y Peter Houtzager (eds.). *Making Law Matter, Rules, Rights and Security in the Lives of the Poor. Op.cit.* (pp. 8-19).
- Jayasuriya, K. (1999). "The Rule of Law and Governance in the Asian State", en *Australian Journal of Asian Law*, 1, N° 2 (pp.107-123).
- Jensen, E.G. (2003). "The Rule of Law and Judicial Reform: The Political Economy of Diverse Institutional Patterns and Reformers' Responses", en E. G. Jensen y T. C. Heller (eds.). *Beyond Common Knowledge. Empirical Approaches to the Rule of Law. Op.cit.* (pp.336-381).
- Johnson, Earl (1979). "Thinking About Access: A Preliminary Typology of Possible Strategies", en M. Cappelletti y B. Garth (eds.). *Access to Justice*. Vol. III. *Op.cit* (pp. 1-168).
- Kennedy, David (2003). "Laws and Developments", en John Hatchard y Amanda Perry-Kessaris (eds.). *Law and Development. Facing Complexity in the 21st Century*. Londres, Cavendish Publishing Limited (pp.17-27).
- Kennedy, David (2006). "The 'Rule of Law', Political Choices and Development Common Sense", en David M. Trubek y Álvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. Cambridge, Cambridge University Press (pp.95-174).
- Kleinfeld, Rachel (2006). "Competing Definitions of the Rule of Law", en Thomas Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad. In Search of Knowledge. Op. cit* (pp.31-75).
- Koch, Klaus F. (1979). "Access to Justice: An Anthropological Perspective", en Klaus F. Koch (ed.). *Access to Justice. Vol IV: The Anthropological Perspective, Patterns of Conflict Management: Essays in the Ethnography of Law*. Alphen a/d Rijn, Sijthoff & Noordhoff (pp. 2-16).
- Lindsey, T. (2007). "Legal Infrastructure and Governance Reform in Post-Crisis Asia, The Case of Indonesia", en T. Lindsey (ed.), *Law Reform in Developing and Transitional States. Op.cit.* (pp. 3-41).
- Lindsey, Tim. (2007) "Preface", en T. Lindsey (ed.), *Law Reform in Developing and Transitional States. op.cit.* (xix-xxii).

- Macaulay, S. (1963). "Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study", en *American Sociological Review*, 28 (pp.55-67).
- Malik, Shahdeen (2001). "Access to Justice, A Truncated View from Bangladesh", en Rudolph V. van Puymbroeck, (ed.), *Comprehensive Legal and Judicial Development. Op.cit.* (pp.93-97).
- Manning, Daniel (1999). *The Role of Legal Services Organizations in Attacking Poverty*. Washington D. C., World Bank.
- Mayo-Anda, Grizelda (2001). "Engaging and Empowering Communities", en Rudolph V. van Puymbroeck (ed.), *Comprehensive Legal and Judicial Development. Op.cit.* (pp. 71-91).
- McClymont, Mary y Stephen Golub (2000). *Many Roads to Justice, The Law Related Work of the For Foundation Grantees Around the World*. Washington D.C., Ford Foundation.
- Messick, Richard E. (1999). "Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues", en *The World Bank Research Observer*, 14, núm. 1 (pp. 117-136).
- Moore, S. F. (1973). "Law and Social Change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study", en *Law and Society Review*, 7 (pp. 719-746).
- Nader, L. (2001). "The Underside of Conflict Management - in Africa and Elsewhere", en Richard C. Crook y Peter Houtzager (eds.). *Making Law Matter, Rules, Rights and Security in the Lives of the Poor. Op.cit.* (pp. 19-28).
- Newton, Scott (2006). "The Dialectics of Law and Development", en David Trubek y Álvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development, A Critical Appraisal. Op.cit.* (pp. 174-203).
- (2007). "Law and Development, Law and Economic and the Fate of Legal Technical Assistance", en J. M. Otto, Julia Arnscheidty B. Van Rooij (eds.), *Lawmaking for Development*. Amsterdam, Amsterdam University Press.
- Paul, James C. N. (2003). "Foreword: Law and Development and Peter Slinn", en John Hatchard y Amanda Perry-Kessaris (eds.), *Law and Development: Facing Complexity in the 21st Century. Op.cit.* (vii-xxiii).
- Peerenboom, R. (2004). "Varieties of Rule of Law: An Introduction and Provisional Conclusions", en R. Peerenboom (ed.), *Asian Discourses of Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and the U.S.* Londres y Nueva York, Routledge.
- Pistor, Katharina y Philip A. Wellons (1998). "The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960-95", en Paper Presented for the Asian Development Bank, Manila.
- Prahalad, C. K y S. L. Hart (2004). *The Fortune at the Bottom of the Pyramid: Eradicating Poverty Through Profits*. Upper Saddle River, N. J., Wharton Publisher.
- Rittich, Kerry (2006). "The Future of Law and Development: Second-Generation Reforms and the Incorporation of the Social", en David M. Trubek y Álvaro Santos

- (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal. Op. cit.* (pp. 203-252).
- Santos, Álvaro (2006). "The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise", en David M. Trubek y Álvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal. Op. cit.* (pp. 253-300).
- Seidman, A., R. B. Seidman y N. Abeyesekere (2001). *Legislative Drafting for Democratic Social Change, a manual for drafters*. La Haya, Kluwer Law International.
- Seidman, R. B. y A. Seidman (1999). "Using Reason and Experience to Draft Country-Specific Laws", en A. Seidman, R. B. Seidman y T. Walde (eds.), *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*. Londres, Kluwer Law International (pp. 249-83).
- Sen, Amartya. (1999). *Development as Freedom*. Nueva York, Anchor Books.
- Taylor, Verónica (2007). "The Law Reform Olympics, Measuring the Effects of Law Reform in Transition Economies", en Tim Lindsey (ed.), *Law Reform in Developing and Transitional States. Op.cit.* (pp. 83-105).
- Troyer, Ronald J. (1989). "Publicizing New Laws: The Public Legal Education Campaign", en Ronald J. Troyer, John P. Clark y Dean G. Royek (eds.), *Social Control in The People's Republic of China*. Nueva York, Praeger (pp. 70-83).
- Trubek, David M. (1979). "Public Advocacy: Administrative Government and the Representation of Diffuse Interests", en M. Cappelletti y B. Garth (eds.), *Access to Justice*. Vol. III. *Op.cit.* (pp. 445-494).
- (2006). "The "Rule of Law" in Development Assistance", en David M. Trubek y Álvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development, A Critical Appraisal. Op.cit.* (pp.74-95).
- United Nations Development Program (UNDP). (2004). *Access to Justice, Practice Note*. En <http://europeandcis.undp.org/files/uploads/HR/mat%20PracticeNote_AccessToJustice.pdf>.
- (2005). *Programming for Justice: Access for All*. Bangkok, UNDP.
- Upham, Frank K. (2006). "Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy", en Thomas Carothers (ed.), *Promoting the Rule of Law Abroad, In Search of Knowledge. Op.cit.* (pp.75-104).
- Uvin, Peter (2004). *Human Rights and Development*. Bloomfield, Kumarian Press.
- Von Benda-Beckman, Frans (2001). "Legal Pluralism and Social Justice in Economic and Political Development", en Richard C. Crook y Peter Houtzager (eds.), *Making Law Matter, rules Rights and Security in the Lives of the Poor. Op.cit.* (pp. 46-57).
- Von Benda-Beckman, Frans (2006). "The Mutiple Edges of Law: Dealing with Legal Pluralism in Development Practice", en Caroline Sage y Michale Woolcock (eds.), *The World Bank Legal Review, Law, Equity, and Development, Volume 2. Op.cit.* (pp. 51-86).
- Willis, Katie (2005). *Theories and Practices of Development*. Nueva York, Routledge.

- Woodman, G.R. (2001). "Customary Law in Common Law Systems", en Richard C. Crook, y Peter Houtzager (eds.). *Making Law Matter, rules Rights and Security in the Lives of the Poor. Op.cit.* (pp. 28-35).
- World Bank (2006). *Justice for the Poor Program*. En <<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/JusticeforthePoorProgramOverview.doc>>.

DETRÁS DEL CRISTAL CON QUE SE MIRA: ÓRDENES NORMATIVOS E INTERLEGALIDAD. DERECHOS Y JUSTICIA PARA MUJERES INDÍGENAS, CAMPESINAS Y DE PUEBLOS ORIGINARIOS DE BOLIVIA*

*Mercedes Nostas Ardaya
y Carmen Elena Sanabria Salmón*

1. Introducción

La Constitución Política del Estado de Bolivia reconoce la presencia y ejercicio de órdenes jurídicos indígenas, también conocidos como “justicia comunitaria”. En los hechos, la existencia de prácticas y formas específicas de regulación social y de resolución de conflictos en comunidades y pueblos, así como en algunas zonas urbanas, opera en forma combinada y entrecruzada con el sistema jurídico estatal, mostrando casos de diversa prevalencia y articulación entre ambos sistemas. Es decir, se evidencia la coexistencia de una legalidad estatal con formas de regulación social provenientes de diversas culturas y fuentes normativas.

En ese contexto, y dado el carácter heterogéneo y pluricultural del Estado, las mujeres bolivianas acceden a libertades y derechos en espacios donde la legalidad estatal –no siempre de alcance nacional– coexiste con formas de regulación social provenientes de las diversas culturas que lo conforman. La efectiva aplicación de

* Este artículo es un extracto de un trabajo de investigación desarrollado por la Coordinadora de la Mujer, una red de organizaciones no gubernamentales creada en Bolivia, con el objetivo de reflexionar sobre el vínculo que existe entre la práctica de la justicia comunitaria, el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres y las relaciones de poder que pueden mediar entre ambos campos, para lo cual se generaron espacios de diálogo, reflexión y discusión. Este resumen fue preparado por Verónica Asurey, con la revisión y edición general de Natalia Gherardi. La versión completa se encuentra en Mercedes Nostas Ardaya y Carmen Elena Sanabria Salmón (coinvestigadoras) (2009). *Detrás del cristal con que se mira: órdenes normativos e interlegalidad. Mujeres Quechuas, Aymaras, Sirionó, Trinitarias, Chimané, Chiquitanas y Ayoreas*, Coordinadora de la Mujer, Bolivia, disponible en <<http://www.coordinadora-mujer.org>>.

estos derechos y libertades es influida por relaciones de poder, género e interculturalidad. Por lo tanto, las mujeres indígenas, especialmente en las comunidades y zonas rurales, se encuentran sujetas en el ejercicio de sus derechos y libertades y en la resolución de disputas y conflictos que las afectan, a sistemas permeados por referentes normativos y mecanismos que provienen de varias fuentes: cultura propia, derecho estatal, discursos globales sobre derechos humanos. Estos aspectos adquieren connotaciones específicas relacionadas a diversos momentos históricos del proceso de construcción del Estado republicano de Bolivia desde 1825 y del actual Estado Plurinacional.

El proceso de reconocimiento y respeto a la constitución plural de Bolivia y la coexistencia de diversas formas de organizar la vida económica, social, jurídica, política y cultural en distintas regiones del país, brindan un marco interesante para reflexionar sobre el vínculo que existe entre la práctica de la justicia comunitaria, el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres y las relaciones de poder que pueden mediar entre ambos campos. Ese fue el interés que guió el trabajo de investigación desarrollado por la organización Coordinadora de la Mujer orientado a lograr una mayor comprensión de las dimensiones y formas de diálogo existentes entre los órdenes normativos del Estado de Bolivia y los de diversos pueblos, con particular interés por las formas en que esas formas de legalidad operan respecto de los derechos de las mujeres.

A partir de espacios de diálogo generados en las regiones de Santa Cruz, Beni, Cochabamba y La Paz, se recogieron las visiones, testimonios e historias de vida desde la cotidianidad y las prácticas familiares, culturales y sociales. Así, se identificaron de manera colectiva mecanismos de incidencia que podrían aplicarse para que el ejercicio de las normas consuetudinarias contribuyan a la equidad de género. Asimismo, se establecieron espacios de incidencia que, desde lo personal hasta lo comunitario, posibilitaron analizar, revisar y repensar la manera en que los usos y costumbres afectan la vida de las mujeres, así como los modos en que las reglas sociales y simbólicas limitan o consolidan el ejercicio de sus derechos.

Este artículo ofrece una síntesis de las investigaciones que analizan los derechos y la justicia para mujeres indígenas, campesinas y de pueblos originarios de Bolivia, desde la perspectiva de diversos órdenes normativos e interlegalidad. El trabajo se organiza en cuatro partes. A continuación de esta breve introducción, en el próximo apartado se presenta una breve descripción del marco teórico en el que se inscribe este trabajo, así como la metodología de investigación empleada para el abordaje de las problemáticas analizadas. En el tercer apartado se presentan los principales hallazgos de la investigación a modo de síntesis de los aspectos más relevantes de las indagaciones regionales, resaltando algunas particularidades de los pueblos. Sin proponerse realizar una estricta comparación de similitudes y diferencias, la síntesis del tercer apartado se organiza a partir de dos ejes temáticos.

En primer lugar, se indagan los principios regulativos, normatividades y prescripciones de género vinculadas a la integridad personal de las mujeres y a la violencia de género, con el objetivo de rescatar las prescripciones y reglas que se atribuyen como sugerencias, el deber ser o las prohibiciones para las mujeres. En segundo lugar, se explora la interlegalidad, en cuanto a valores y prácticas de resolución de disputas y conflictos que involucran especialmente a las mujeres. En cada caso, los hallazgos se organizan en relación a tres grandes grupos de pueblos: un primer grupo incluyó a los pueblos originalmente agricultores, cazadores, pescadores, sedentarios –con mayor o menor grado de desarrollo tecnológico. En este grupo se agruparon a los chiquitanos, guarayos y mojeño-trinitarios. En segundo término, los pueblos de origen cazador, recolector, horticultor y nómada o itinerante se reunieron en un nuevo grupo representado por los ayoreode, chimanes y sirionó. Finalmente, el tercer grupo reunió a los pueblos agricultores, campesinos, con conocimiento de tecnología de riego y amplia interrelación con el mercado, como las comunidades aymara y quechua.

Para finalizar, en las conclusiones que se esbozan en el cuarto apartado se busca recuperar las visiones de las mujeres respecto al ejercicio de sus derechos en tanto mujeres indígenas, originarias y campesinas, dentro de sus respectivos órdenes normativos y en situaciones de interlegalidad. Con la plena conciencia de que se trata de conclusiones preliminares, se avanza en torno de las reflexiones y debates pendientes, las acciones estratégicas y el contenido tentativo de una agenda de investigación que se proponga ahondar en la reflexión entre las formas de interlegalidad que permitirán mejores alternativas para el ejercicio de los derechos de las mujeres de Bolivia, lejos de visiones esencialistas que suelen construir las culturas y los sistemas jurídicos indígenas como entidades aisladas, sin considerar su adscripción al contexto estatal y a los entornos externos.

2. Marco teórico y metodología de la investigación¹

Antropología y pluralismo jurídico e interlegalidad

El estudio sobre los diferentes arreglos normativos e institucionales y las formas que adquiere su interrelación en los Estados contemporáneos presenta una complejidad reconocida en diversas disciplinas de las ciencias sociales, la antropología, las ciencias jurídicas y la sociología. Desde sus inicios, la antropología jurídica propuso delimitar su campo de estudio. Una lectura retrospectiva sobre los estudios

¹ Esta sección se encuentra desarrollada con mayor detalle en el trabajo original de Coordinadora de la Mujer.

del “derecho no estatal” como tal y en su interrelación con el “derecho estatal” ha perfilado una sucesión constante de diferentes antropologías jurídicas, evidenciando diversos énfasis teóricos, conceptuales y áreas temáticas (Roberts, 1991, p. 63).

Los debates sobre pluralismo jurídico pusieron en evidencia que una de sus limitaciones centrales es la visión dualista que apela a dos polos contrapuestos o sistemas paralelos: tradición y modernidad, costumbre y ley, escritura y oralidad, que no resuelve la compleja interacción y las relaciones jerárquicas y de poder. En otras palabras, más allá del rechazo al monismo jurídico, esa perspectiva de pluralismo que reconoce la coexistencia simultánea del “derecho consuetudinario o indígena”, no renuncia a la primacía del derecho estatal (Inksater, 2006, pp. 7-8). El Estado tolera formalmente, sin renunciar a su rol dominante y subordina otros órdenes jurídicos definidos como derecho.

En el marco de lo que autodenomina “concepción posmoderna del derecho” y como una forma de emanciparse del enfoque dualista que subyace a las aproximaciones pluralistas, Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 251) plantea la noción de *interlegalidad* como un campo conceptual que remite a la porosidad del mundo jurídico, lo que da lugar a un derecho constituido por múltiples redes de juridicidad. Se trata del cruzamiento de diferentes fronteras jurídicas y de su intersección, que dan cuenta de las influencias mutuas y de la complejidad de los fenómenos jurídicos.

Al evocar la permeabilidad y los puntos de contacto y comunicación entre diferentes visiones de juridicidad, se abandonan las visiones esencialistas que imaginan los órdenes normativos de pueblos indígenas y sus prácticas como resultado de un pasado incontaminado, sin tomar en cuenta su inscripción al contexto estatal y a los entornos regionales, nacionales y globales. Se trata de sistemas jurídicos gestados en relación continua con el orden jurídico estatal, con el que interactúan, y que se han ido ajustando y adecuando con el pasar del tiempo. Así, lo que se denomina derecho consuetudinario en los pueblos indígenas, antes que ser visto como la perpetuación de costumbres y repetición de tradiciones inmutables es resultado de imbricaciones y sincretismos, donde el derecho indígena ha incorporado prácticas del derecho colonial y nacional, en el marco de procesos de encuentro no exentos de conflictividad, poder, resistencia y cambio (Sierra, 1997, p. 135).

La interlegalidad como proceso dinámico se distancia de la idea de mestizaje jurídico, de una fusión indiferenciada de elementos normativos que dan lugar a un nuevo orden o categoría jurídica. Por el contrario, hace énfasis en un proceso que se nutre de una construcción permanente y dinámica de entrecruzamientos y de combinaciones irregulares e inestables, de diversas visiones del mundo y de la justicia. En este sentido, según Hernández (2007, p. 327), el derecho indígena y el derecho estatal no sólo están en contacto, sino que su articulación “...afecta[n] el contenido mismo de las normatividades, proponiéndonos la existencia de una mutua constitución de ambas legalidades”.

Esta forma de abordar el tema de interlegalidad permite descartar posturas esencialistas que asumen el ordenamiento jurídico de los pueblos y comunidades indígenas como supervivencias o herencias del pasado, sin considerar que son resultado de procesos históricos complejos en el que el derecho estatal resulta hegemónico.

Un aspecto adicional para el análisis es el uso del término justicia comunitaria. Éste se adopta en Bolivia para aludir un sistema específico de administración de justicia en su connotación funcional, donde el concepto de comunidad hace referencia a un espacio de jurisdicción territorial (Molina y Arteaga 2008, p. 18). Sin embargo, cabe notar que entre algunos pueblos indígenas la noción de comunidad en los términos referidos arriba está en proceso de construcción, ya que sus formas de organización social operan sobre la base de las familias extensas.

Si bien la denominación de justicia comunitaria ya es de uso generalizado para aludir diversos sistemas jurídicos y formas de justicia, en este trabajo se recurre a la noción de orden normativo de pueblos indígenas refiriendo a una pluralidad de valores, principios, regulaciones, normas y mecanismos de resolución de conflictos.²

La idea de interlegalidad y la existencia de órdenes normativos locales y de pueblos, que se traslapan e intersectan con el derecho estatal, ofrece perspectivas para pensar las prácticas y los derechos relativos a las mujeres indígenas. Desde una perspectiva de género, las jerarquías de poder que atraviesan las relaciones entre hombres y mujeres, afectan los derechos de las mujeres en ambos espacios –el de la jurisdicción estatal y el orden normativo propio– debido a que exponen ideologías de género que pueden compartir elementos y manifestar también especificidades. La manifestación de valores y concepciones genéricas se visualizan no sólo en la legislación estatal, sino también en el orden normativo indígena o local. Están presentes en las prácticas de los operadores del sistema oficial (jueces, fiscales y abogados) y también –dada la interacción entre los discursos y legalidades provenientes de ambos órdenes– se suelen actualizar en el lenguaje y códigos del propio orden. En ambas instancias, en el momento de procesar demandas y resolver conflictos, se reproducen mandatos diferenciados de género y se forjan subjetividades que impactan en las prácticas, comportamientos y representaciones sociales.

El cruce de los discursos normativos de género puede ser redefinido desde la respuesta y resistencia de las mujeres, quienes moviéndose de modo estratégico en los espacios de interlegalidad pueden apelar a referentes normativos del discur-

² En una primera aproximación, se concibe a estos órdenes normativos atendiendo problemas de “orden”, “disputa” y “dominación”, distintos e interrelacionados entre sí. El problema del “orden” hace a pautas sociales y regulaciones socialmente aprobadas y legitimadas; pero que pueden ser “contestadas”, “resistidas” o “cambiadas”, como resultado de relaciones de poder en contextos históricos específicos. La esfera de “la disputa” trata “casos” paradigmáticos de atención y resolución de conflictos.

so estatal o de las normativas locales o indígenas para la resolución de sus conflictos. De manera que, tomando en cuenta el repertorio discursivo de legalidades, tienen la virtual posibilidad de “cuestionar tradiciones arraigadas y generar alternativas”, y contradecir resoluciones locales poniendo en tensión su ordenamiento normativo, sostenido por costumbres y tradiciones, o bien “abrir opciones para disputar derechos en el espacio de la justicia estatal”.

En los casos que las normas locales resultan ser contrarias a sus intereses, las mujeres recurren al derecho nacional para renegociar sus relaciones, rechazar imposiciones o ganar derechos.

Todas las culturas construyen significados sobre los cuerpos sexuados desde sus propias elaboraciones simbólicas, por lo que así como “existiría una relación arbitraria entre el dato biológico y su simbolización, no existiría una esencia en el cuerpo que determine su representación”. Desde esta perspectiva habría “un determinado grupo social con una determinada convicción acerca de una esencia del cuerpo humano (y sus diferencias) en un determinado tiempo, que sostiene la elaboración de un determinado tipo de subjetividad” (Gavilan, 2005, p. 2).

Las representaciones de lo masculino y lo femenino y sus relaciones no son categorías homogéneas para todo tiempo y lugar. Por el contrario, se construyen desde prácticas y discursos que responden a imaginarios valores, creencias, normas e instituciones, a partir de las cuales los cuerpos sexuados se insertan en la cultura con implicaciones en sus vidas concretas, sus prácticas y sus representaciones (Barbieri, s/f). Sin embargo, las convenciones y arreglos sobre qué es ser hombre o mujer no se construyen en el vacío, sino a partir de procesos atravesados por conflictos y relaciones de poder que definen sus lugares en la sociedad y que ordenan sus intercambios e interrelaciones.

En el marco de la investigación implementada, se delimita la identidad de género como una dimensión subjetiva que se construye históricamente en el marco de sociedades y culturas concretas, donde prima un imaginario hegemónico de género que incluye valores, regulaciones y normas, roles y estereotipos que ayudan configurar el sí mismo de hombres y de mujeres. Por otro lado, la referencia a “la mujer” no representa una identidad acotada, unitaria y homogénea; sino que está atravesada por múltiples y diversas posiciones que cambian a lo largo del ciclo vital-generacional, lo que explica que también puedan existir jerarquías intragenéricas. En este marco, algunos contenidos de las identidades de género pueden variar, de acuerdo a las distintas etapas de vida.

En la perspectiva de este trabajo, las heterogeneidades que se registran dentro del orden de género permiten vislumbrar distintas formas de relación entre hombres y mujeres, según los contextos históricos y culturales en que estas relaciones se desenvuelvan. Por otra parte, se puntualiza que las mujeres y los hombres no se encuentran definidos sólo por su género ni es ésta la única experiencia que ordena

sus vidas. El orden de género se empalma con otras categorías de clasificación, como identidad cultural, etnia, clase, nacionalidad, lugar de residencia, orientación sexual, que estructuran formas de vida particulares y configuran otras contradicciones y formas de opresión. El análisis de las relaciones de género posibilita identificar diversas formas de desigualdad social articuladas a otras jerarquías y asimetrías.

La categoría género se utiliza como una perspectiva epistemológica que permite leer las percepciones y representaciones inmersas en las prácticas, regulaciones y normativas e instituciones de los pueblos indígenas y originarios. Es un punto de partida a partir del cual se busca analizar cómo se construyen las relaciones entre mujeres y varones en distintos ámbitos de lo social: en su visión del mundo; las relaciones de parentesco, la familia y la reproducción; la integridad personal; las formas de organización económica, así como el acceso, manejo y control de recursos. Todo esto, además, en el contexto de la organización política y participación pública de varones y mujeres en espacios de decisión política.

Marco metodológico³

La investigación impulsada por la Coordinadora de la Mujer entre septiembre de 2007 y noviembre de 2008, se propuso aportar a la construcción de bases conceptuales y empíricas sobre las construcciones de género en distintas culturas, derechos de mujeres y prácticas de pluralismo jurídico en Bolivia. Mediante un acercamiento inicial a la vida cotidiana de mujeres de diversos pueblos indígenas se busca conocer las visiones, concepciones del mundo, reglas, prácticas, en su interrelación con órdenes normativos configurados por procesos históricos de interculturalidad e interlegalidad, y la forma en que dichos aspectos se manifiestan en las vidas de estas mujeres. A partir de ello, se trata de contar con insumos para que las mujeres indígenas, campesinas y originarias, profundicen su trabajo de incidencia política y elaboren propuestas de cambio a mediano y largo plazo.

Debido a los contextos sociales adversos en los que viven los distintos pueblos y la complejidad de sus culturas en proceso de reconfiguración en espacios dinámicos, esta investigación no puede sino considerarse como una aproximación inicial.⁴ Los datos resultantes generaron más preguntas que respuestas, provocando

³Elaborado por Mercedes Nostas Ardaya, con aportes y revisión de Carmen Elena Sanabria y Diana Urioste.

⁴La investigación que dio origen a este trabajo fue ejecutada en el ámbito de instituciones que aplican las ciencias sociales con fines de incidencia, y por lo tanto, marcaron una perspectiva de “conocimiento aplicado” utilizando la antropología y la sociología aplicada como área de ambas disciplinas que privilegian la investigación con fines principalmente de utilización práctica, no estrictamente académica.

interpretaciones que dieron paso a sugerencias para investigaciones posteriores con el objetivo de aportar progresivamente a una comprensión más amplia de la situación de las mujeres en esas culturas.

El objetivo de este trabajo fue indagar en la interrelación de derechos, pluralismo jurídico, construcciones de género y visiones de mujeres, interculturalidad e interlegalidad. Se utilizó un abordaje principalmente cualitativo y de análisis socio-cultural y jurídico, con un diseño metodológico que da primacía a las voces, miradas e interpretaciones de los/as actores sociales participantes, comunarios/as, líderes y dirigentes de las organizaciones indígenas. Se buscó la participación de mujeres y varones de cada pueblo seleccionado para que se involucren en el diseño de la investigación, ejecución del trabajo de campo, análisis y validación de los datos, creando diversos espacios, nacionales y locales, para establecer diálogos y lecturas interdisciplinarias e interculturales. También la participación de autoridades indígenas se hizo efectiva como respaldo al proceso de investigación por sus organizaciones y estructuras políticas. Se busca obtener de su parte un consentimiento informado a la investigación, respetuoso de las convenciones vigentes para la realización de este tipo de trabajo. No se trata de una aproximación a objetos o sujetos de estudio, sino a personas que permitieron respetuosamente entrar en su mundo para recoger sus visiones y expectativas, en un ejercicio de reflexión y construcción de conocimientos y aprendizajes mutuos.

La investigación tiene carácter nacional, incluyendo pueblos indígenas cuyas comunidades se encuentran en regiones del oriente, valles y occidente del país: quechua (del departamento de Cochabamba), aymara (del altiplano rural y urbano del departamento de La Paz), ayoreode de comunidades rurales y peri urbanas y chiquitanos, del departamento de Santa Cruz), también sirionó, chimane y trinitarios (en comunidades rurales y peri urbanas) del departamento del Beni.⁵

A riesgo de incurrir en una simplificación que pudiera resultar negativa, los pueblos se reunieron en tres grupos que luego sirvieron de ordenadores para el trabajo de análisis. Un primer grupo incluyó a los pueblos originalmente agricultores, cazadores, pescadores, sedentarios –con mayor o menor grado de desarrollo tecnológico. En este grupo se agruparon a los chiquitanos, guarayos y mojeño-tri-

En ese sentido, se acude a una diversidad de ideas y abordajes para construir perspectivas analíticas y métodos adecuados, pretendiendo aprehender aspectos básicos de los temas.

⁵ Para la selección de los pueblos participantes se consideraron criterios tales como el tipo de asentamiento o forma de ocupación espacial; definiciones previas sobre una tipología de pueblos basada en características del sistema de producción y nivel de desarrollo tecnológico, existencia o grado de estratificación social; acercamiento al mercado, tipo de organización política, especialmente cambios sociales e institucionales. Para mayor información sobre la clasificación de las sociedades adoptada, desde la antropología cultural y social, véase el informe completo de la investigación Coordinadora de la Mujer (2009), citado.

nitarios. En segundo término, los pueblos de origen cazador, recolector, horticultor y nómada o itinerante se reunieron en un nuevo grupo representado por los ayoreode, chimanes y sirionó. Finalmente, el tercer grupo reunió a los pueblos agricultores, campesinos, con conocimiento de tecnología de riego y amplia interrelación con el mercado, como las comunidades aymara y quechua.⁶

3. Los hallazgos: integridad personal de las mujeres e interlegalidad en Bolivia⁷

La riqueza y diversidad de los hallazgos de la investigación respecto de las particularidades de cada pueblo fueron recogidas en siete libros, dedicados cada uno a un grupo cultural de mujeres, en los que se utilizó una combinación de fuentes secundarias y de datos del trabajo de campo.⁸ En este artículo, se seleccionaron algunos de los ejes temáticos centrales de la investigación y se sistematizan y sintetizan los elementos más relevantes de las investigaciones realizadas a nivel de comunidades de siete pueblos indígenas en las cuatro regiones del país.⁹

Los hallazgos que se presentan a continuación tienen por finalidad sintetizar y analizar los aspectos más relevantes de las investigaciones regionales, resaltando algunas particularidades de los pueblos. Sin embargo, esta sistematización no se propone realizar una estricta comparación de similitudes y diferencias observadas. A esos efectos, los hallazgos se organizan atendiendo a dos grandes componentes que ordenan la discusión a manera de ejes temáticos. En primer lugar, un eje relativo a los principios regulativos, normatividades y prescripciones de género vinculadas a la integridad personal de las mujeres y a la violencia de género, en el que trata de rescatar las prescripciones y reglas que se atribuyen como sugerencias, el

⁶ La categorización adoptada para la selección de los pueblos implicó un desafío por cuanto cada uno presenta además, una diversidad de situaciones internas respecto a aspectos socioeconómicos, culturales y de procesos de inserción en el contexto, cuyo impacto en las construcciones de género, la condición y posición de las mujeres, y el ejercicio de derechos es evidente.

⁷ Elaboración de la síntesis y análisis de los grupos 1 y 3 a cargo de Carmen Elena Sanabria, y grupo 2 por Mercedes Nostas Ardaya y Carmen Elena Sanabria. Con revisión y aportes conjuntos de las dos autoras y de Diana Urioste en la lectura y sugerencias generales.

⁸ Cada uno de los volúmenes están dedicados a las mujeres del altiplano; mujeres sirionó; mujeres trinitarias; mujeres chimane; mujeres chiquitanas; Mujeres ayoreas-ayoredie; y mujeres de Cochabamba, respectivamente. Los textos completos pueden accederse desde <<http://www.coordinadoramujer.org>>.

⁹ En este texto no se hace referencia a las fuentes bibliográficas consultadas en los estudios de cada pueblo ni a los testimonios recogidos en el trabajo de campo, sino que solamente se exponen las conclusiones y hallazgos más relevantes. Quien desee profundizar y aclarar las ideas expuestas o sobre algún tema específico, debe remitirse a los libros respectivos.

deber ser o las prohibiciones para las mujeres.¹⁰ En segundo lugar, se presentan los hallazgos relativos al eje vinculado a la interlegalidad, en cuanto a valores y prácticas de resolución de disputas y conflictos que involucran especialmente a las mujeres.

Es importante señalar que el esfuerzo de síntesis y sistematización se realiza sobre textos complejos, que abarcan una serie de temas, expuestos de forma extensa en los estudios de pueblos y comunidades respectivos. En tal sentido, se advierte del riesgo que implica una tarea de esta naturaleza, en términos de llegar a simplificar o a descontextualizar los datos y hallazgos emergentes, o de sustentar afirmaciones que generalizan hechos y situaciones particulares y específicas, así como a omitir aspectos sustanciales. Como todo esfuerzo de síntesis, sistematización y análisis general, este artículo no puede pretender plasmar la riqueza presente en los datos y en la información recogida en las siete investigaciones realizadas. Se trata, fundamentalmente, de contar con un instrumento útil de trabajo que aporte a la discusión y al debate, sobre la base de elementos empíricos y teóricos consistentes, principalmente desde las voces y visiones de las mujeres relativas al ejercicio de sus derechos.

Primer eje de análisis: principios regulativos, normatividades y prescripciones de género vinculadas a la integridad personal de las mujeres

La investigación se ocupó de analizar diferentes ámbitos normativos que regulan prácticas sociales, relaciones de género y el ejercicio de derechos y márgenes de libertad y autonomía de las mujeres. En el acercamiento a los preceptos y normativas locales, se advierte que sus contenidos se inscriben en gran parte en valores, visiones y prácticas de la propia cultura y cosmovisión, expresados mediante mitos y relatos. Pero también, se construyen sobre referentes que emergen de otras fuentes, en muchos casos de la propia legislación estatal. Es decir, se determinan y cambian por medio de los procesos históricos y las interacciones. Las nor-

¹⁰ El eje de integridad personal de las mujeres y violencia es sólo uno de los cinco que fueron abordados en el curso de la investigación. Allí se distinguieron cinco ámbitos o esferas de estudio, en tanto distintas facetas de la vida social: el primero, vinculado con los asuntos de identidad cultural e identidad de género; el segundo, un ámbito sobre las relaciones familiares y los aspectos reproductivos; en tercer lugar, un ámbito relativo a la temática de integridad personal y violencia de género; un cuarto ámbito vinculado en la esfera económica al manejo y control de recursos; y finalmente, un quinto ámbito relativo a la organización y participación política. Esta síntesis sólo desarrolla el tercer ámbito, relativo a la temática de integridad personal y violencia de género, que expone valores y preceptos sociales y culturales sobre los que se construye el deber ser de hombres y mujeres.

mas locales se pueden expresar o manifestar de diversas formas, como principios, consejos, reglas de conducta, y no necesariamente como mandatos o prohibiciones explícitas.

En tanto normas, prescripciones, mandatos y obligaciones, el orden normativo es una construcción cultural, signado por elementos de diferenciación de género que operan afirmando el significado de lo masculino y lo femenino. Es decir, hay una interpretación de los contenidos y las formas de ejercer los derechos de sus integrantes, así como los mecanismos de resolución de conflictos.

En este marco, de acuerdo con la perspectiva de Orellana (1999, p. 51), las sociedades étnicas crean normas y establecen prohibiciones a fin de regular el orden social interno en un proceso de construcción de derecho. Para este caso, se trata de la regulación de las relaciones de género. El empeño se inscribe en lo que el autor define como “lectura dinámica de la normatividad indígena”, que implica comprender que las sociedades étnicas construyen su derecho definiendo y redefiniendo sus normas morales y sociales, de forma dinámica y de acuerdo con los contextos históricos, sociales, económicos y políticos. Al respecto, se coincide con este autor (*ibid.*, p. 50), cuando propone comprender los órdenes normativos locales como “órdenes entrecruzados, entretejidos, superpuestos, como formas de normas-valores, más o menos heterodoxos, resultantes de relaciones sociales dinámicas con el orden jurídico oficial y la sociedad mayor”.

Por tanto, lo que se hace es tratar las disposiciones normativas que ordenan las relaciones de género y definen derechos, obligaciones, prohibiciones y libertades de las mujeres, tomando en cuenta que se trata de principios regulativos emergentes de los “procesos de apropiación y recreación de normas”, resultantes de una trama de relaciones sociales que “se cruzan, contactan e interactúan con otras normas-valores que forman parte de otros órdenes jurídicos, incluso el estatal” (*ibid.*, p. 52).

En lo relativo a la integridad personal y violencia de género, se exponen los valores y preceptos sociales y culturales sobre los que se construye el deber ser de hombres y mujeres. En ese horizonte, la violencia hacia las mujeres se inscribe en una red de valoraciones y prácticas que reproducen jerarquías de género. Se trata también de referentes basados en jerarquías y asimetrías de poder que definen las relaciones conyugales al delimitar actividades, comportamientos y espacios a las mujeres. En los párrafos que siguen se presentan las reflexiones de las mujeres y varones de cada uno de los grupos, que fundamentalmente apuntan a la necesidad de reclamar y ejercer sus derechos humanos, principalmente frente a la violencia y el maltrato.

*Grupo 1: Pueblos agricultores, cazadores y pescadores:
chiquitano y mojeño-trinitario*

En el pueblo chiquitano, los principios y reglas que envuelven la violencia hacia las mujeres en las relaciones de pareja, pretenden básicamente garantizar el respeto y obediencia a la figura masculina en su posición de autoridad familiar. Una síntesis de los preceptos que regulan y constriñen los comportamientos de las mujeres en la pareja comprende, entre otras, que no debe discutir ni reclamar, especialmente con relación a la fidelidad y a los recursos económicos; no debe ser floja ni tener mal humor; debe atender a los hijos/as, cuidar el hogar y la alimentación, a su debido tiempo; debe respetar a su marido y solicitar su consentimiento para desplazarse en determinados espacios con la finalidad de proteger el honor y la reputación masculina; debe sostener relaciones sexuales como parte de los deberes de esposa, siendo que una respuesta negativa se asocia a la infidelidad y genera desconfianza.

El mayor número de casos recogidos en el trabajo de campo corresponde a conflictos y problemas de violencia en las relaciones de pareja.

Por otra parte, se destaca también que los conflictos y desavenencias entre mujeres, como expresión de una violencia simbólica, indisponen y enfrentan a las mujeres a tiempo de exponerlas a la descalificación y reprobación social; por ejemplo, se observan recriminaciones mutuas por supuestos comportamientos sexuales relajados.

Las normas e instituciones que garantizan los accesos y libertades de las mujeres se encuentran debilitados y frecuentemente son transgredidos, originando situaciones de creciente vulnerabilidad. Por ejemplo, el derecho a la protección y apoyo por los padres, el esposo, los suegros y suegras, los padrinos y madrinas, y las autoridades comunales en situaciones de conflictos. Muchos casos muestran que ante la ausencia del Estado o por la precariedad de los servicios que éste oferta, la única garantía que en realidad tienen las mujeres frente al maltrato o a la vulneración de sus derechos, es su propia familia.

Los tipos de violencia más frecuentes que sobrelleva una mujer tienen que ver con agresiones físicas y psicológicas del marido alegando borrachera, chismes, celos y desobediencia femenina. También se resalta la violencia sexual y la imposición de relaciones no consentidas en la pareja conyugal. Es decir, la mujer está obligada a aceptar al esposo cuando él lo exige, siendo que en muchos casos incluso no se considera su estado de salud.

*Grupo 2: Pueblos de origen cazador recolector, agricultor/horticultor,
nómadas: ayoreode, chimane y sirionó*

En el pueblo sirionó, aunque la violencia y el maltrato físico hacia las mujeres no parecen hechos frecuentes y discursivamente se le rechaza, se advierte la exis-

tencia de valores y prácticas cuyo incumplimiento se interpreta como factores o causas de la violencia de género, aludiendo los siguientes casos: cumplir con los roles asignados a las mujeres relativos a la esfera doméstica, como por ejemplo, no preparar las comidas, cumplir con el mandato de laboriosidad, y cumplir con los mandatos sociales como el compartir y distribuir productos.

En el pueblo sirionó existe actualmente una tendencia al incremento de las situaciones de vulnerabilidad de las mujeres por el mayor acceso a droga y a bebidas alcohólicas, que también provocan mayor infidelidad. En ese marco, se alude de forma específica a una mayor disponibilidad de dinero entre los hombres.

Los insultos a las mujeres son más frecuentes, sobre todo “floja”, “fea”, lo que para algunos hombres significa una pérdida de respeto. También se dan casos de peleas entre mujeres por causa de celos. De acuerdo con varios testimonios, se considera violación a la relación sexual cuando una mujer tiene su período menstrual.

En el pueblo chimane, el maltrato y la violencia no son frecuentes en la vida y en las relaciones; ello se explica con la noción y actitud de “evitar el enojo”, dado que se consideran comportamientos y actitudes inaceptables, que alcanzan incluso a “alzar la voz y expresar enojo”. Sin embargo, en la actualidad se observa un relativo incremento de la violencia, paralelo al aumento de problemas y conflictos de carácter “machista”, que se estarían proyectando desde áreas urbanas y en el contexto de empleos externos a las comunidades. En otras palabras, se refiere a que en el proceso histórico de interrelación con el entorno, la valoración y autonomía de las mujeres se ha visto afectada por diversos factores que incrementan el maltrato, así como la incorporación de valores y prácticas religiosas cristianas.

La violencia y abuso sexual es un fenómeno poco frecuente y que se da en comunidades donde los hombres trabajan afuera o en las comunidades cercanas a San Borja. Más frecuentes parecen ser las relaciones sexuales no consentidas con el esposo, que algunas mujeres consideran “maltrato y abuso sexual”.

Cuando se producen casos de violencia de los hombres a sus mujeres en las relaciones de pareja, generalmente se trata de situaciones en las que la residencia matrimonial es en el lugar del hombre. Los argumentos a los que se recurre para explicar los hechos de violencia y agresiones, aluden a un mayor consumo de bebidas alcohólicas, los celos, el descuido de la madre a sus hijos/as. En muchos casos, éstos son tratados dentro de la familia, y en otros se remiten a los corregidores y al Gran Consejo Chimane, de acuerdo a la gravedad y a la reincidencia.

Una forma de violencia compartida por las mujeres y los hombres chimane son los malos tratos y discriminación que experimentan en el acceso a los servicios que se encuentran localizados en San Borja.

En el pueblo ayoreode se registra violencia física y sexual, dentro y fuera de la pareja. Se evidencia un incremento de la violencia entre jóvenes y de éstos hacia personas de diferentes edades y de ambos sexos, atribuido en general al consumo

de drogas, como el alcohol y la *clefa*.¹¹ Del análisis de los testimonios se observa la internalización de nociones sobre violencia conyugal, como un hecho privado al ámbito de la pareja, y cuya resolución sea de responsabilidad de la familia nuclear.

Por otra parte, al parecer el ser mujer/persona ayoredie se relaciona también con la pertenencia a un clan y a un *jogasui* y red de parentela poderoso que proteja y respalde sus acciones. Dichas nociones son importantes para comprender la vida cotidiana de las mujeres y su acceso a una vida sin violencia, a la autoridad y al poder, o su situación de fragilidad en el grupo; aunque eventualmente pueda encontrarse en una situación de poder; cuando no es miembro de una familia poderosa, se arriesga a una inestabilidad.

Grupo 3: Pueblos agricultores campesinos: comunidades quechua y aymara

En las comunidades de origen quechua existe un conjunto de normas y prescripciones que legitiman y sostienen las prácticas de violencia hacia las mujeres, que en general hacen referencia al control de los maridos y la obediencia que ellas les deben. Las mujeres deben cumplir con sus roles de esposas y madres, el cuidado de sus hijos y de la casa y no ser infiel, como referentes normativos para no provocar la violencia; la mujer debe aceptar el rol cultural de disciplinamiento que en el marco del “parentesco político”, ejerce su suegra en el proceso de adquisición de su nueva identidad de nuera; la fidelidad es un valor fundamental que ordena las relaciones de género. Sin embargo, el cuerpo y la sexualidad de las mujeres está expuesto a un control social mayor y a una normatividad menos benevolente que en el caso de los varones. La infidelidad masculina, en tal sentido, convive con una tolerancia y flexibilidad, que contrasta con la de las mujeres. Ante una esposa infiel, el hombre tiene como prerrogativa el castigo y disciplinamiento de su cónyuge, como una forma de restaurar su poder y control dentro de la familia y en torno a la comunidad, coadyuvando en tanto autoridad familiar a pautar el comportamiento femenino de su pareja. La mujer debe obediencia a los requerimientos sexuales del varón en el ámbito matrimonial y cuando se dan relaciones no consentidas, las mujeres no encuentran referentes discursivos para denunciarla, ya que responde a un marco ideológico que pauta sus comportamientos y suprime su libertad.

En las comunidades aymara, la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja se ha intensificado, siendo que también se han deteriorado los mecanismos de control social que antes la mantenían relativamente limitada. Entre los preceptos y obligaciones extendidas en las comunidades, se establece que en las reuniones so-

¹¹ Apelación local para designar fuertes pegamentos químicos usados también como drogas inhalantes, características de poblaciones que viven en una situación marginal (muy frecuentemente personas de la calle).

ciales donde se produce el consumo de bebidas alcohólicas, la mujer tiene que mantenerse más sobria porque debe “recoger al hombre”; por lo tanto, se estipula que “la mujer tiene que tomar con mucha atención”. También se prescribe el mandato de obediencia femenina para soportar los hechos de violencia conyugal.

Muchas situaciones de violencia y maltrato se vinculan con la infidelidad del hombre o de la mujer. Cuando se trata de la infidelidad masculina, la esposa suele hacer caso omiso del comportamiento del varón. Sin embargo, la situación es diferente cuando la mujer es quien ha cometido la infidelidad, pues en este caso se activan componentes de doble moral. Mientras el adulterio del varón es visto como “normal” y no lleva a sanciones mayores, en la mujer se autoriza y hasta aprueba un grado de violencia física y psicológica.

Segundo eje de análisis: orden normativo e interlegalidad

En este acápite se presentan las principales características que revisten las prácticas de resolución de conflictos y disputas en que participan las mujeres en el marco de procesos de interlegalidad y que definen y delimitan sus derechos, libertades y decisiones.

Mediante seis indicadores (experiencias de interlegalidad; perspectivas críticas desde las mujeres; el recurso al marco estatal; valoraciones y procedimientos; sentido de las acciones y opciones en el procesamiento de conflictos; e interlegalidad y usos diversos de los espacios normativos) se examinan las experiencias, expectativas, dificultades y estrategias desplegadas por las mujeres en los procesos de resolución de conflictos y problemas donde se han producido transgresiones o se han puesto en cuestión los preceptos, obligaciones y mandatos de género construidos culturalmente. Esas situaciones de conflictos y disputas concretas son las que dan lugar a que los ordenamientos locales se materialicen.

A partir del análisis de algunas características de los órdenes normativos locales en relación con los derechos de las mujeres, se evidencia que las realidades diversas hablan —en términos generales— de procesos de interrelaciones y cruces entre los órdenes locales, indígenas u originarios con el estatal. Este fenómeno es denominado por De Sousa Santos como “interlegalidad”. Este eje analítico pone de manifiesto la complejidad de los temas abordados y permite reflexionar sobre los derechos de las mujeres indígenas en el marco del pluralismo jurídico con un enfoque que se aleja de visiones esencialistas que habitualmente construyen las culturas y los sistemas jurídicos indígenas, como entidades aisladas sin considerar su adscripción al contexto estatal y a los entornos externos.

De acuerdo con Hernández (2008), algunos estudios, al considerar la confluencia entre género, poder, legalidad y cultura, replantean también la relación entre el

derecho estatal y el derecho indígena. Este enfoque desiste de ver las culturas de los pueblos indígenas como un todo homogéneo e idealizado, y no ignora sus contradicciones o conflictos internos. En tal sentido, esa investigadora sostiene que muchas concepciones sobre disciplina, responsabilidad materna, relaciones entre hombres y mujeres, prevalcientes en las comunidades indígenas se han construido en un diálogo permanente con los discursos legales estatales, nacionales y hasta internacionales.

Al evocar la permeabilidad y los puntos de contacto, la perspectiva empleada toma en cuenta la necesidad de considerar los ordenamientos indígenas como entidades dinámicas y flexibles, insertas en procesos históricos de poder y de cambio (Sierra, 1997). Por lo tanto, los datos empíricos que se exponen de forma sintética proponen que los órdenes normativos locales no están cerrados en sí mismos, sino que se intersectan e imbrican en relaciones dinámicas con el sistema jurídico estatal aunque frecuentemente algunos actores buscan legitimarlas discursivamente como un derecho o una justicia “originaria”, representativa de lo ancestral y tradicional.

a) Experiencias de interlegalidad

De acuerdo con Orellana (2003, p. 12), la riqueza del derecho comunal indígena-campesino y de sus formas de resolución de problemas estriba en su dinamismo, capacidad para mutar, reinventarse y someterse con cierta flexibilidad a dinámicas desarrolladas por diferentes agentes. Por ello, en los eventos de resolución de disputa y deliberación, “circulan discursos que reconfiguran el derecho, usando incluso materiales valóricos, argumentos formales y principios normativos del propio Estado o de lo que la gente percibe como estatal”.

No se trata entonces de sistemas u órdenes normativos de carácter premoderno, o basado en tradiciones pre coloniales (Inksater, 2006). Se trata de procesos que dan como resultado una matriz más compleja de pluralismo jurídico, tal como lo muestran algunas experiencias en Bolivia, que exponen un esquema de convivencia entre autoridades de origen colonial y otras de fuente estatal correspondientes a diferentes momentos históricos (Orellana, 2004).

De esta manera, mediante los “casos” y los procesos de resolución de conflictos se pueden evidenciar las dinámicas puestas en acción. De acuerdo con Orellana (1999, p. 53), en tales escenarios los sujetos actúan acudiendo a diferentes normas, inventando procedimientos para salvar emergencias, buscando agentes de resolución oficiales o legales, empapando a estos últimos de sus lógicas procedimentales y sus valores; en fin, constituyendo un escenario de interacción, en el que las normas-valores y autoridades de distintos órdenes jurídicos procesan los con-

flictos mediante intersecciones, es decir, de cruces, de contactos entre unos y otros elementos de los órdenes normativos.

Con mayor o menor fuerza, el derecho estatal se encuentra presente como referente en las prácticas jurídicas indígenas, en algunos casos desde posiciones hegemónicas (Inksater, 2006), aunque esto no ha significado su disolución o desaparición. Otros autores van más allá, proponiendo una relación que también impacta en la propia estructura jurídica estatal y en sus operadores, cuando sostienen que: “Las autoridades locales que forman parte del orden jurídico oficial son permeables a las prácticas y normas-valores comunales, pudiendo incluso desarrollar procesos de resolución, usando elementos del derecho consuetudinario, aunque eso suponga cierta ilegalidad” (Orellana 1999, p. 54).

En algunas experiencias relevadas en el trabajo de campo, muchas mujeres se han visto implicadas, ilustrando así, desde los hechos y la práctica, procesos de interlegalidad. Se destaca la importancia de mirar tales experiencias en sus contextos históricos y culturales específicos, para entender cómo las mujeres, al mismo tiempo que legitiman sus propios referentes normativos e instancias de resolución de conflictos, también utilizan el lenguaje de derechos y recurren a la esfera estatal para demandar su reconocimiento y protección. Esas experiencias les posibilitan a las mujeres indígenas, originarias y campesinas enfrentar las estructuras coloniales y de género, aún vigentes en el Estado y las sociedades.

Grupo 1: Pueblos agricultores, cazadores y pescadores: chiquitano y mojeño-trinitario

En el pueblo chiquitano una experiencia llevada por mujeres dirigentes de las organizaciones intercomunales de San Javier y Concepción muestra situaciones de interlegalidad e intersección con referentes normativos. Los problemas y disputas atendidos bajo ese modelo manifiestan la intervención tanto de las autoridades de la esfera comunal e intercomunal, como de aquellas que corresponden al orden estatal. Exponen también la utilización de las normativas locales y las del derecho estatal.

Las modalidades y procedimientos para la resolución de las disputas exponen varias alternativas y combinaciones, dando lugar a variadas posibilidades. Una alternativa es la resolución a cargo de la secretaría de género y la directiva de la organización intercomunal, en la jurisdicción territorial de su zona (comunidades y pobladores chiquitanos en los pueblos), con un manejo articulado del derecho estatal y congruente con el orden local. Una alternativa distinta es la derivación al Servicio Legal Integral Municipal (SLIM) Defensoría de la Niñez y Adolescencia o a la Policía, para tramitar los conflictos en esas instancias, dando acompañamiento y apoyo a su gestión. En general, los referentes normativos a que recurren sus

operadores son los del derecho estatal y la derivación se realiza a abogados no indígenas de las organizaciones regionales, así como a organizaciones representativas étnicas que en su calidad de profesionales llevan los casos cuando corresponde a la jurisdicción ordinaria y según la materia (penal, familiar, civil, u otros).

Cuando los problemas, especialmente los de violencia conyugal hacia las mujeres, se procesan en la esfera externa a la comunidad, se pueden presentar diversas combinaciones de carácter aleatorio, involucrando agentes del orden normativo local y del oficial, lo que expresa una dinámica de movimiento y readecuación. Por caso, un conflicto relevado en el curso de la investigación fue atendido tanto por autoridades de la esfera comunal, como por la central intercomunal, mediante la responsable de género. Otro caso, sin embargo, fue llevado por el Servicio Legal Integral Municipal y por dirigentes de la central indígena, mientras que un tercer caso contó con la intervención conjunta del Servicio Legal Integral Municipal, la central y las autoridades de la comunidad.

En el pueblo chiquitano, aunque la jurisdicción territorial se visualiza con claridad en el ámbito comunal, las estructuras intercomunales están ganando presencia y legitimidad al ampliar sus competencias asumiendo funciones de resolución de conflictos, principalmente en temas de violencia y disputas conyugales. En muchos casos, son las organizaciones políticas reivindicativas las que se constituyen en espacios de referencia para la defensa de los derechos ante el orden jurídico estatal.

Por su parte, el orden normativo trinitario opera a nivel comunal y sobre la base del sistema de parentesco y cultura. Pese a la libertad y relativa autonomía que tiene cada comunidad en la gestión de su orden normativo, existen elementos comunes y una jurisdicción comunal de las autoridades.

La autoridad del Cabildo Indígenal asume el control incorporando a las familias. Cada autoridad tiene sus propios roles y funciones en la resolución de los conflictos, pese a la ausencia de algunos cargos y a la variedad en las funciones. En este contexto, los problemas considerados graves, o que afectan a todos, son tratados con la participación de la comunidad. El cabildo no interviene cuando el caso no es considerado grave o cuando nadie lo ha presentado formalmente ante las autoridades comunales y sólo actúa de oficio en casos que involucran muertes. En los otros casos, su intervención se produce únicamente por demanda formal. Tampoco interviene en problemas que involucran a una pareja que no está casada o cuando se trata de conflictos que implican a madres solteras.

Los casos leves son atendidos en la esfera comunal, al igual que los hechos de reincidencia. Cuando los problemas sobrepasan los límites de la tolerancia procede la transferencia del caso del cabildo comunal a los Grandes Cabildos. Por otra parte, cuando el conflicto no puede ser resuelto en ellos, o los problemas son más graves, se recurre a las autoridades estatales, generalmente policiales. Cuando se

trata de comunidades muy alejadas, se transfiere a través de comunicaciones radiales, o enviando una comisión con un “acta” sobre el caso firmada por las autoridades del cabildo.

En casos de violación, las mujeres recurren a la familia, el cabildo, las organizaciones indígenas, la Defensoría de la Mujer o a la Brigada de Protección a la Familia (instancia policial). Uno de los casos analizados en el curso de la investigación, que involucraba un caso de violencia sexual al interior de la familia, fue denunciado ante el cabildo. Sin embargo, la demanda no prosperó debido a la falta de testigos y a la negación del autor para reconocer el hecho. Las autoridades sólo aconsejaron y abandonaron el caso, y recién ante una segunda demanda y luego de un nuevo careo, dichas autoridades acudieron a la Policía. Como consecuencia de la investigación policial el caso fue resuelto.

Grupo 2: Pueblos de origen cazador recolector, agricultor/horticultor, nómadas: ayoreode, chimane y sirionó

En la anterior sección, al analizar la intersección de las normas y reglas de los pueblos con otros referentes normativos, se han presentado hechos de interlegalidad. Por tanto, en esta parte, se busca abordar las características de esos órdenes normativos de pueblo en relación a los procesos de resolución de conflictos y disputas en situaciones de interlegalidad.¹² Sin embargo, para dar cuenta de situaciones y procesos de interlegalidad es pertinente referir de forma previa algunos elementos sobre el proceso histórico y de vinculación al entorno regional, a diversos actores externos y al Estado, que en general, son procesos de reciente data.

En el pueblo chimane, a partir de la década de 1990 las comunidades que tenían influencia y relacionamiento directo con los misioneros evangélicos son articuladas mediante una autoridad central a quien se denomina corregidor. Posteriormente, con la Ley de Participación Popular (1994), en las comunidades se designa presidentes de las organizaciones territoriales de base.

En los asentamientos organizados como comunidad, la atención y resolución de problemas y disputas es facilitada por el corregidor, considerado una autoridad interfamiliar o comunal, y de origen “post misional”. Su intervención procede cuando las familias lo solicitan. El criterio para la atención por otras autoridades es que se trate de “casos difíciles de solucionar”, principalmente porque sobrepasan el ámbito comunal o las redes familiares, dando lugar a la intervención del Gran Consejo Chimane –organización supracomunal del Territorio Indígena Chimán (TICH), crea-

¹² Para mayor información sobre experiencias concretas de interlegalidad, véanse los estudios específicos disponibles en <<http://www.coordinadoramujer.org>>.

da en 1989—, en coordinación con los corregidores de todas las comunidades que lo componen.

La jurisdicción del ordenamiento normativo chimane, no se aplica a los no chimane que conviven en sus comunidades, lo que podría devenir en una situación de debilidad progresiva, resultado de relaciones de desvalorización de la cultura en el contexto regional en que interactúa su población (el mercado, entidades religiosas y actores sociales del ámbito local).

La familia nuclear y extensa tiene la responsabilidad de intervenir cuando se trata de infracciones a normas y prácticas de parentesco y de las relaciones de género, para ejercer control y, en algunos casos, sancionar comportamientos, espacios donde las mujeres tienen roles importantes. Dada la residencia matrimonial en el lugar de la mujer, uxori-local, esa responsabilidad de control es ejercida principalmente por la familia de la esposa. Dicho en otras palabras, en el control social y en la resolución de conflictos intervienen las redes de parentesco que conviven en las comunidades, y que a veces las sobrepasan ampliando su accionar al territorio indígena.

En el pueblo sirionó, su orden normativo muestra elementos que se van articulando en el proceso histórico. Antes de su establecimiento en puestos misionales, los *ererékwa* o capitanes contaban con el apoyo de un consejo de ancianos que velaba por la observación de los tabúes y normas sociales. Los conflictos y disputas más frecuentes eran de carácter familiar y raramente terminaban en agresiones y daños físicos; el ámbito de tratamiento y resolución de los problemas era el de la familia nuclear. Cuando se daban casos de asesinato y robo, adulterio e incesto (comportamientos poco frecuentes) se podía recurrir a la expulsión de los autores por un tiempo o se esperaba que sobrevenga la venganza, apareciendo este tipo de castigo como una posibilidad esperada.

En la etapa en los puestos misionales, y posteriormente, los problemas familiares graves por la violencia o el escándalo, pasan a ser atendidos por los *ererekwua*, capitanes o jefes de “bandas”, y por los pastores evangélicos. Posteriormente, se instituye la autoridad del corregidor y del cacique, quienes ya no sólo “llaman la atención a la pareja”, sino que sancionan con trabajos comunales y multas pecuniarias. Ello se explica señalando que durante el período de administración misional se instituyen normas y castigos rígidos; y como los misioneros buscan transformar la unión conyugal en una relación monógama y permanente, en esa etapa se inicia la aplicación de castigos físicos a las infracciones a esos preceptos. En la actualidad, la “guasca”, si bien sigue siendo una forma de castigo, sólo se aplica en casos considerados muy graves. Se refiere, que de forma paralela, la sanción social permanece como forma de control.

En este rápido repaso a la configuración del orden normativo sirionó, se puede encontrar la influencia de normas y sanciones que provienen de las misiones, lo

que significaría que los procesos de interlegalidad emergen desde la época misional. Otro ejemplo se manifiesta con la figura del corregidor, que surge como autoridad instituida para resolver problemas relacionados con el abigeato o robo de ganado, entre *carayanas*, no indígenas y sirionó, y para atender conflictos que no se estaban resolviendo internamente, emergentes en especial de los matrimonios interétnicos. Este cargo fue mantenido luego de la constitución del Consejo Sirionó, y con el transcurso del tiempo, el corregidor se transforma en una autoridad legítima reconocida, y electa por los sirionó.

En la actualidad, el corregidor interviene en los casos de abigeato, con participación del cacique como mediador, existiendo la posibilidad de “elevar” el caso a la Policía Nacional. En la atención a disputas interfamiliares e intrafamiliares, se espera que el corregidor cumpla una función de disuasión o de conciliación. Sin embargo, en el trabajo de campo quedó de manifiesto que por su origen y su relación con el Estado, esta autoridad suele encontrarse en la disyuntiva de remitir los casos a la esfera estatal o aplicar las regulaciones y sanciones internas.

Otro agente que interviene en los eventos de resolución de conflictos es el Consejo Chimane –a veces en apoyo al corregidor– con atribuciones en la regulación de las relaciones intracomunitarias, aunque se registra que esa función se estaría debilitando ante una creciente población de jóvenes que adoptan progresivamente otros valores y actitudes, al tomar como referencia la juventud marginada de los escenarios urbanos, como la ciudad de Trinidad.

En cuanto al orden normativo del pueblo ayoreode, se destaca la articulación de principios, regulaciones y prácticas emergentes del orden mítico con pautas, reglas y normatividades sociales del ámbito de la “costumbre”, que se vinculan a normas y preceptos del orden de la “moral” y de la religión cristiana, adoptadas en la época misional y con la normativa del derecho estatal. Esas articulaciones y entrecruzamiento advierten toda su complejidad.

Las características y componentes –autoridad, jurisdicción, procedimientos y sanciones– se visibilizan en el análisis de conflictos que resultan del quebrantamiento y transgresión a valores y prácticas en las relaciones sociales, es decir, cuando se incumplen reglas y mandatos.

Por ejemplo, en los conflictos que se atribuyen al accionar *dajjnai* (chamanes) o por el uso de *sarode* (palabras poderosas, generalmente secretas que deben ser dichas con mucho cuidado en virtud de su poder performativo, llamadas también fórmulas), o al quebrantamiento de reglas que prescriben mantener la armonía en el grupo, en muchos casos se producen hechos de venganza contra los acusados o contra aquellos que se identifican como participantes del evento. Esos sucesos afectan no sólo a los individuos directamente involucrados, sino en general a miembros del *jogasui* (familia extensa, lo que implica tanto lazos de consanguinidad, residencia y alianza) e incluso a la comunidad, debido a que en algunas situa-

ciones se intensifica la rivalidad entre redes de parentela dando lugar a la división de las comunidades. Debido a la dificultad de probar los hechos, estos casos se procesan a nivel comunal, involucrando miembros de los *jogasui*, entre redes de parentelas y autoridades comunales, y no se acude a las autoridades y al derecho estatal.

Se pueden destacar dos características del orden normativo ayoreode. La primera, vinculada con el sistema de organización política, cuyo rasgo central ha sido la inexistencia histórica de un liderazgo y un poder centralizado. La segunda, el ejercicio de cierta discrecionalidad en el accionar de las autoridades (líderes guerreros, *dacasutè*) de los grupos locales, respecto a los procedimientos, formas de regulación y de sanción a determinadas conductas.

Ambos aspectos marcan los actuales procesos de resolución de conflictos y las posibilidades de su reconfiguración. Hoy, existe ambigüedad al aceptar la existencia de autoridades intercomunales al mismo tiempo que se cuestiona a quienes asumen la representación comunal y del conjunto de pueblo. Las autoridades intercomunales, por su parte, no se consideran legítimas al estilo de los *dacasutedie*, ya que las comunidades y asentamientos —espacios nuevos de convivencia, con problemas internos y de conflictividad— no parecen sustituir a los grupos locales. Aunque la jurisdicción territorial se visualiza con más claridad en el ámbito comunal, allí influyen la amplitud del *jogasui*, la movilidad estacional de los grupos familiares, la extensión de las redes de parentesco y las alianzas por pertenencias clánicas. Además, en las comunidades son distintos los agentes y cargos que intervienen en la resolución de conflictos, dado que también se recurre a las autoridades e instituciones estatales principalmente en casos de violencia, que afectan la integridad de las personas y pueden eventualmente generar hechos de venganza.

Como se ha dicho, el pueblo ayoreo no se encuentra aislado y su orden normativo actual no es un todo cerrado e inmune al cambio y a las influencias del entorno social y del sistema jurídico estatal, con el cual actualmente se intersecta en relaciones dinámicas y contradictorias. Como un ejemplo ilustrativo se puede señalar que durante la época del Gran Chaco, los hechos de sustracción de bienes eran denunciados ante el *dacasutè*, quien castigaba al culpable con la muerte. En la actualidad, se ha incorporado el concepto de robo y se acude a la Policía demandando la captura y castigo al responsable.

Grupo 3: Pueblos agricultores campesinos: comunidades quechua y aymara

En las comunidades de origen quechua el sindicato opera no sólo como instrumento de movilización y defensa. En el marco de nuevos imaginarios, en el nivel local se perfila como instancia para recuperar normas, revitalizar usos y costumbres, así como espacio para la resolución de los conflictos. Eso quiere decir que

las autoridades organizan la convivencia colectiva, recrean normas y producen un orden con base a prácticas y costumbres.

El cargo de “Justicias” es el que tiene la función de resolver conflictos: peleas, robos, agresiones físicas, deudas, disputas y peleas matrimoniales, abigeatos, asesinatos. En algunas comunidades quien detenta el cargo de “Justicias” coincide con la figura de corregidor. Sin perjuicio de ello, la población también acude a la esfera estatal para resolver disputas o conflictos, invocando derechos consagrados en las leyes.

Al existir una relación permanente y compleja entre ambos referentes normativos se generan dinámicas flexibles. Es así que los actores sociales, varones y mujeres de las comunidades, se apropian de los significados de las leyes o de las prácticas propias. En este marco, las normas del derecho estatal y del orden comunal, se actualizan de acuerdo a las alternativas que brindan para afirmar derechos individuales, o en su caso mantener las tradiciones y costumbres.

En las normas y las prácticas de resolución de conflictos en la esfera de las relaciones económicas y del acceso a recursos o bienes, se reconocen situaciones particulares que expresan la pervivencia de costumbres tradicionales y de nuevas prácticas y procedimientos influenciados por el derecho estatal. En los procesos y disputas de herencia por tierras, cuando no existen acuerdos entre los familiares, se recurre a la autoridad del dirigente sindical quien realiza una subdivisión de parcelas luego de verificar los linderos y realizar mediciones, mediante acta de compromiso que formaliza la partición. Se espera que la solución sea respetada a riesgo de pagar multas al sindicato. Los casos que no logran ser resueltos por los dirigentes son llevados ante la autoridad estatal (en este caso, ante el juez agrario).

Los casos de violencia doméstica en general son tratados por los padrinos como instancia informal de resolución. Eso no impide que en ocasiones la autoridad sindical intervenga, pero mediando la denuncia de la víctima y no de oficio. Cuando la acción de la comunidad es insuficiente, el caso se deriva al orden estatal.

Para el caso de las diferentes comunidades aymara, aunque el estudio específico no permite ilustrar situaciones concretas de interlegalidad, se pueden inferir algunos elementos de análisis, los cuales tienden a mostrar una mayor opción de las mujeres hacia el ordenamiento local y hacia sus propias autoridades. Por caso, los hechos de infidelidad conyugal suelen resolverse entre parientes y afines, situación en que la autoridad interviene para confirmar las sanciones o para garantizar la compensación comprometida. De igual manera, en Santiago de Llagua se prefiere acudir a las autoridades familiares y comunales para resolver conflictos de diferente naturaleza, ya que no se suelen presentar denuncias en la Policía porque demanda tiempo y erogación de recursos.

b) Perspectivas críticas desde las mujeres

En algunos estudios sobre los órdenes normativos locales y su alcance respecto a los derechos de las mujeres indígenas, se perfilan miradas críticas que reconocen la presencia de estructuras internas de poder en las comunidades. En ese sentido, Sierra (1997, p. 136) argumenta que el reconocimiento y vigencia de mecanismos de negociación, de participación y de discusión en la toma de decisiones colectivas y en la resolución de disputas, no implica que en algunas comunidades no se reproduzcan relaciones de poder, como sucede en todo grupo social, lo que en ocasiones afecta intereses de individuos o de grupos desfavorecidos en la comunidad y particularmente con las mujeres.

En especial, las prácticas y mecanismos con que operan algunos sistemas normativos indígenas han sido objeto de análisis a partir de estudios sobre procesos de conflictos y disputas. Nader (en Quintal Avilés, s/f), se refiere a una “ideología de la resolución de conflictos” por el papel central que tiene la idea de armonía en las relaciones sociales y en la resolución de conflictos y arreglos de disputas. Señala la misma autora que este fenómeno se evidencia con mayor fuerza en los países que tuvieron una evangelización cristiana. Las preguntas pertinentes serían: ¿cómo se entiende la armonía en las comunidades? ¿Desde el punto de vista de quién y de qué intereses? ¿Cómo se expresa y qué implican, por ejemplo, las nociones de respeto, justicia y prestigio?

En este contexto, en muchos procesos de disputa, el propósito central de reparar las relaciones sociales y mantener el equilibrio se entrelaza con visiones, valores y prácticas que desconocen los derechos de las mujeres al no prestar atención adecuada a sus demandas y requerimientos, al no recibir de manera alguna sus quejas o al relativizar o justificar los daños contra las mujeres. Es decir, se trata de derechos que en ocasiones son vulnerados por acciones directas o por omisiones de las autoridades indígenas.¹³

La línea de argumentación sustentada por las autoridades ratifica la importancia de mantener la convivencia comunal porque en muchos casos se trata de comunidades conformadas a partir de familias extendidas y emparentadas. En ese marco, muchas mujeres al no encontrar respuesta a sus demandas optan por recurrir en algunos casos a instancias municipales, tales como las Defensorías de la Niñez o Servicios Legales Integrales Municipales. En otros casos, recurren a la institución policial, aunque cuestionando algunos modos de proceder de sus autoridades. En sentido estricto, no significa quitarles legitimidad a las autoridades indígenas, sino

¹³ Respecto a estos puntos, véase “Análisis de Género y Derecho de Igualdad entre Mujeres y Hombres”, en *Múltiples. Boletín informativo del Grupo de Gobernanza y Justicia*, núm. 6, febrero 2009.

que recurriendo a las autoridades estatales, se está demandando mayor efectividad de la primera.

En un número importante de disputas y conflictos, especialmente cuando se trata de violencia hacia la mujer en las relaciones conyugales –uno de los problemas más recurrentes, y reprochados por las mujeres de todos los pueblos y comunidades– los requerimientos hacia las autoridades indígenas reclaman la aplicación de sanciones proporcionales al responsable, y no sólo llamados de atención y consejos a la pareja. Claramente, no se trata de un fenómeno exclusivo de los sistemas jurídicos indígenas, ya que en muchos casos existen también resistencia y prejuicios de los operadores judiciales de la esfera estatal para recibir y atender a las víctimas de este tipo de problemas.

Grupo 1: Pueblos agricultores, cazadores y pescadores: chiquitano y mojeño-trinitario

En el estudio sobre el pueblo chiquitano se señala que a partir de casos y experiencias particulares, algunas mujeres cuestionan la ingerencia de factores de poder en los procesos locales de resolución de conflictos y disputas. Destacan, de manera concreta el peso de los lazos de parentesco y la ideología de género portada por sus autoridades, como factores que influyen en sus criterios e intervenciones impidiendo que en muchos casos se apliquen sanciones de manera efectiva, especialmente en las disputas y los hechos de violencia conyugal.

Al parecer, las autoridades justifican sus intervenciones de forma implícita, tomando en cuenta sus implicaciones en la trama de relaciones de parentesco y de mecanismos de reciprocidad que rigen su vida comunal, debido a que en gran parte de las comunidades, particularmente en las más antiguas, subsisten los vínculos que generan extensos lazos de parentesco entre las familias. De manera particular, en los procesos de disputas conyugales, violencia, abandono de la pareja y asistencia familiar, las mujeres refieren un menor apoyo de las autoridades comunales que intervienen aconsejando la reconciliación marital y la comprensión, lo que en las percepciones de varias mujeres no siempre resulta satisfactorio ni “justo”.

Entre los trinitarios se advierte que especialmente en los problemas de pareja emergen ciertos rasgos de inequidad en la resolución de conflictos y disputas y en la aplicación de sanciones. Por ejemplo, en un caso de abandono de la mujer a su marido por la violencia sufrida, el cabildo da mayor importancia al abandono, es decir, se censura el comportamiento femenino y no los maltratos y agresiones que provocaron esa acción.

Como la infidelidad es considerada una transgresión que supone el riesgo de romper un matrimonio y la desatención a los hijos/as, en los conflictos ocasionados por infidelidades, las sanciones dispuestas por las autoridades comunales son físi-

casos y morales. En uno de los casos recogidos se castiga a los cónyuges y a sus padres por “no respetar el matrimonio”. Hay quienes consideran que en esos problemas todos son culpables, incluso el esposo por permitir que su esposa sea infiel. Se evidencia en estos casos una posible aplicación desigual del derecho indígena, cuando se trata de mujeres que no tienen familiares en la comunidad.

En los problemas relativos a la integridad de las mujeres, las sanciones aplicadas por las autoridades comunales a los casos demandados fueron de carácter “moral”, consistente en una reflexión orientada a corregir esos comportamientos.

En general, las mujeres cuestionan el debilitamiento de sus autoridades en el proceso de control y resolución de los conflictos, como en el caso de censura y castigo a los hombres que abandonan a sus mujeres e hijos, o de aquellos que maltratan a los hijos de su esposa. De igual manera, reprueban el insuficiente apoyo a sectores vulnerables, como mujeres viudas, madres solteras, huérfanos, ancianos/as que no tienen hijos hombres. En tal sentido, muchas mujeres no presentan sus quejas porque en el cabildo “todos son hombres” o porque tienen vergüenza, temor al chisme o a las represalias de su esposo o agresor.

Grupo 2: Pueblos de origen cazador, recolector, agricultor/horticultor, nómadas: ayoreode, chimane y sirionó

En el caso del orden normativo del pueblo chimane, al operar básicamente sobre las redes de parentesco, su eficiencia está vinculada a la identidad, por lo cual no se procesan infracciones cometidas por gente no chimane (aunque en los hechos se registren casos en las comunidades). Debido a que no se recogen perspectivas críticas de las mujeres a su ordenamiento, sí se identifican, desde hombres y mujeres, como “temas y problemas” el debilitamiento de valores y prácticas que definen la base cultural y social chimane, y el incremento de la violencia y el maltrato.

Las mujeres se refieren a contextos y problemas para los cuales no existen normas o situaciones en las que las normas y sistemas de control y sanción actuales no son suficientes. Es en este marco que el incremento del maltrato y la violencia se explican por la creciente adopción de valores y prácticas de matriz “patriarcal machista”. El mayor consumo del alcohol y manejo de dinero por el hombre; su mayor contacto con la cultura no chimane y la creciente presencia de población no chimane en las comunidades, que no siempre respeta sus normas y valores culturales.

Otro aspecto que se pone en cuestión es la ineficiencia en atender y sancionar hechos de abuso sexual, en tanto “problemas nuevos o culturalmente poco comunes”. Se alude, concretamente, a “infractores que escapan a otras comunidades o asentamientos” y al “encubrimiento de las redes familiares”. Se ilustra lo señalado con el caso de un profesor que no es sancionado por violación en la comunidad, siendo derivado a su instancia sectorial.

Es interesante destacar que dirigentes del Consejo Chimane manifiestan que para fortalecer los mecanismos de resolución de conflictos y disputas en las comunidades y asentamientos, se debe incorporar a las mujeres como “autoridades de justicia”.

Para el caso del pueblo sirionó, del trabajo de campo se advierte que pese a las adaptaciones y cambios acontecidos, las formas de organización y de resolución de conflictos mantienen los valores de respeto a las libertades individuales y de protección al bien colectivo y los espacios de poder de las mujeres. Sin embargo, se advierte un debilitamiento de las autoridades tradicionales y un abuso de poder en las autoridades o dirigentes nuevos. Al parecer, también las mujeres que intervienen en situaciones de conflicto para impedir actitudes individualistas, perciben que ese poder se está debilitando. Dos casos ilustran este punto: el primero en que ellas no logran impedir la distribución de forma individual de los recursos obtenidos de proyectos y donación para la gestión territorial. Un segundo caso es la molestia de un marido por “la libertad que se toma su mujer” para disponer de recursos y productos que han sido trabajados principalmente por él.

En el pueblo sirionó no se han fortalecido las capacidades de resolución de conflictos, particularmente en la sanción a faltas y transgresiones de los propios sirionó, que se diversifican e incrementan en su relación de inclusión. La flexibilidad y tolerancia de las reglas sociales, la casi ausencia de sanciones en una sociedad con población poco numerosa y emparentada, con disposición para adaptarse y relacionarse, generan efectos contradictorios en el sistema de valores y prácticas protegidas: el grupo, la identidad, el territorio y, en este marco, la integridad de las mujeres y los niños/as.

En este sentido, se identifican riesgos en la adaptación cultural y la voluntad sirionó para establecer puentes entre su sistema normativo y de autoridad propios con la esfera estatal. En otras palabras, se propone que para las mujeres sirionó el relacionamiento y la inclusión podrían tener implicaciones críticas.

En lo que respecta al pueblo ayoreode, en una reflexión que incluye a mujeres y a hombres, líderes, dirigentes e intelectuales, se pone en evidencia la necesidad de recoger y trabajar sobre algunos elementos de un orden normativo ayoreode justo (recreando y construyendo) que permita responder a las necesidades de su población en la actualidad, y de forma particular, a las demandas y requerimiento de las mujeres.

En ese marco, y desde una perspectiva propositiva, se manifiesta una voluntad de actualizar su repertorio normativo; de debatir y reflexionar iniciando ese ejercicio con una reinterpretación de la historia ayoreode, incluyendo definiciones y elementos centrales sobre la recuperación y revisión del orden anterior de los *jnanibajade* y *chequebajedie* (antepasados masculino y femenino) en la vida actual de los *disi ejode* (generación actual), sobre el *ayipie* (pensamiento, entendimiento, sabi-

duría), y la bipartición del mundo en la cosmovisión ayoreode. Se sugiere la definición de prácticas que deberían mantenerse, tales como la reciprocidad, la distribución de recursos, las prescripciones de relacionamiento entre familiares y entre mujeres emparejadas y solteras; las modalidades de socialización de los hijos/as y formas de control de natalidad; las definiciones y decisiones sobre las enfermedades y la muerte; el rescate del conocimiento *dajjnai* y de la medicina tradicional; la vigencia de los *sarode*, el reconocimiento de los “derechos” de la naturaleza, entre otros aspectos.

Se resalta la importancia de rescatar nociones y prácticas valoradas del orden ayoreode anterior, vigente en el periodo de vida en el Gran Chaco, que en la actualidad se articulan con algunos valores judeo-cristianos, con otros transmitidos por los medios de comunicación y la escuela y con algunos derechos establecidos en la legislación estatal, poniendo énfasis en considerar los derechos reconocidos a las mujeres y a los pueblos indígenas. En especial, quienes han crecido en comunidades, en zonas rurales y ciudades, proponen que se incorpore el reconocimiento de valores y prácticas que den respuesta a situaciones actuales en su relación con los *cojñone* (designa a personas no ayoreode, en particular mestizos cruceños).

En el proceso de análisis colectivo se llega a plantear incluso la pertinencia de definir los preceptos y atributos que deben tener sus liderazgos, en tanto “requisitos”, postulando un término alternativo al de *dacasuté*, ya que los atributos de ese cargo, no son aplicables en la actualidad, por ejemplo, coraje para matar en defensa del grupo y de su armonía interna.

Los ayoreode consultados centran su análisis en nociones de prevención de hechos considerados transgresiones que violentan la armonía de la comunidad y en buscar formas de evitar conflictos y venganzas entre redes de parentesco. Hombres y mujeres demandan que su orden normativo no reproduzca ese tipo de mecanismos.

Grupo 3: Pueblos agricultores campesinos: comunidades quechua y aymara

En las comunidades de origen quechua, un hecho que está marcando las dinámicas comunitarias es la pérdida de legitimidad y eficacia de instancias tradicionales como los padrinos, para la resolución de los problemas de la violencia conyugal. Las mujeres reconocen que en las desavenencias de pareja, cada vez se logran menos procesos de conciliación a través de la intervención de padrinos y parientes. Ellas aluden a una situación de indefensión o la dificultad que implica recurrir al derecho estatal.

Se destaca un caso de discriminación política, por las autoridades municipales (alcalde y concejales/as) que se oponen a la postulación de una representante de la organización de mujeres como candidata al consejo departamental, porque “una

mujer no reúne los atributos para ostentar ese cargo”, a pesar que se trata de una resolución emergente del máximo poder intercomunal.

Ante el silencio de las autoridades comunales –que no reclaman ni median– las mujeres asumen un papel activo e intervienen en la gestión del conflicto desplegando sus propias estrategias. Por un parte, apelan a la identidad y solidaridad de género de una concejala a la que apoyaron para acceder a ese cargo, en procura de obtener posteriormente su respaldo. En vista que la persuasión fracasa, amenazan con la presión social, convirtiendo el problema en una disputa de y entre mujeres, pues en el marco de una violencia simbólica hacen pasible de sanción a la concejala, obviando la responsabilidad de otros actores varones.

Lo que también se pone en evidencia en ese escenario es que la omisión o complicidad de las autoridades locales responde a una forma de legitimar la discriminación a las mujeres con respecto a su acceso a lugares de poder, así como el ratificar prejuicios y jerarquías de género que marcan los imaginarios en las comunidades.

Por su parte, desde el derecho estatal tampoco se prevén mecanismos para sancionar la discriminación y el acoso político a mujeres que ejercen cargos de representación, faltas que son frecuentes en comunidades alejadas. Esta situación explica los esfuerzos realizados por organizaciones y movimientos de mujeres para que se promulgue una ley contra el acoso y la violencia política, que garantice sus derechos políticos y sancione conductas individuales o colectivas, de acoso, violencia y discriminación.

En el caso de las comunidades aymara, una revisión de los casos en los diferentes ámbitos, muestra que las transgresiones cometidas por mujeres y varones no son sancionadas de la misma manera. Por caso, el adulterio cometido por una mujer es considerado más grave que en el varón, que generalmente se pasa por alto. El control social de la familia y de la comunidad del esposo se ejerce más férreamente para vigilar la castidad femenina. La reconciliación y el perdón son usuales en el adulterio masculino, mientras el varón no perdona y todo extremo de violencia se admite por ser “culpa” de la mujer.

Un caso de violación de un hombre joven a una mujer joven y el intento de violación a la madre de la muchacha, revela que los modos de resolución de conflictos en el orden comunal no resultan satisfactorios. Primero se da un proceso de negociación entre las familias para que el caso no trascienda, sin lograr un acuerdo. Esta situación impulsa a la familia de las víctimas a recurrir a las autoridades comunales que determinan una sanción para el agresor. La queja sobre las instancias comunales resalta que “no se consigue una compensación, resarcimiento ni arrepentimiento del agresor”. Por su parte, el varón esposo y padre de las dos víctimas, al sentirse agredido en su honor, no conforme con la resolución, apela a las autoridades oficiales para que se castigue al culpable, y llega a demandar al agre-

sor en la Policía en la ciudad de La Paz, aunque sin resultado porque al ser el agresor menor de edad no pudo ser encarcelado.

Las comunidades aymara han disminuido el recurso a la autoridad de la familia extendida y de los padrinos para mediar en los conflictos conyugales, dejando libradas a las mujeres a situaciones de mayor arbitrariedad. Por ejemplo, en uno de los casos de violencia recogidos en el trabajo de campo, no funcionó ningún mecanismo para defender a la mujer y la culpa fue atribuida a la mujer por su infidelidad, asumida como el origen del problema.

c) El recurso al marco estatal

Los resultados de los estudios regionales muestran que en algunos casos y en determinadas condiciones, las mujeres recurren a la esfera estatal. Investigadoras como Hernández (2007, p. 327) señalan que, en el contexto mexicano y a pesar de sus limitaciones, las indígenas “son usuarias del derecho estatal”. Cuando la “justicia comunitaria” les es adversa, las mujeres recurren a espacios estatales para renegociar sus relaciones, rechazar imposiciones o ganar derechos. De igual manera, Chenaut (2006) coincide que el derecho del Estado en múltiples oportunidades se convierte en una arena de negociación en las disputas, aun cuando no brinde una solución adecuada al problema.

La trama en la que gestan sus decisiones parece estar relacionada a varios factores. Se alude a las autoridades que en muchos casos se encuentran debilitadas en su conformación y capacidad para regular y controlar las relaciones y comportamientos sociales. De otro lado, se destaca que en varias comunidades, en las que se registra mayor presencia de dirigentes jóvenes se focaliza el interés en otras áreas, dando menor atención a los temas de regulación interna. Otro elemento relevante es que en la mayor parte de las comunidades, dados los extensos lazos de parentesco, no es raro que las autoridades deban atender casos de sus parientes. La menor presencia de mujeres en los cargos de resolución de conflictos es otro dato que puede desanimarlas, aunque en algunos casos —como en el chiquitano y el trinitario— sea cada vez más frecuente ver a mujeres asumiendo cargos como corregidoras.

La naturaleza de los casos o el tipo de problemas es otro factor que fomenta que las mujeres acudan a la esfera estatal. En general, en muchas situaciones se advierte que en el ordenamiento local se presta menor atención a los conflictos emergentes de separaciones, cuando las mujeres buscan que se reconozca la asistencia familiar y el apoyo económico de su cónyuge, por lo cual parecen preferir las instancias del Estado. Sin embargo, ese recurso al orden estatal no significa que sea efectivo y que obtengan respuestas satisfactorias, sino que en algunos casos, las mujeres lo utilizan como mecanismo de negociación. De igual manera, las

autoridades locales suelen apelar discursivamente al mismo recurso –derivar el problema a la esfera estatal– para persuadir a los varones a cumplir con sus responsabilidades familiares.

En los pocos casos denunciados de violencia sexual que se identificaron en el trabajo de campo, en algunos pueblos se evidencia un mayor acercamiento a las instancias estatales, normalmente a los servicios municipales o a la Policía. La cercanía a los servicios municipales de atención a víctimas de violencia de género, y a las Defensorías de la Niñez, Adolescencia y Juventud, así como a la Policía, instalados en los pueblos o ciudades intermedias cabeza de municipio, permite que un sector de mujeres que reside en esas localidades o en comunidades cercanas, recurra a tales instancias.

La experiencia de muchas mujeres en casos recogidos en investigaciones previas coincide con lo que plantea Sierra (1997, pp. 136-137) para el contexto mexicano, en el sentido de que existe la conciencia de poder recurrir al derecho nacional para protestar contra prácticas y costumbres locales que resultan opresivas o contra la decisión injusta de las autoridades comunitarias. Si bien este recurso no garantiza necesariamente una salida justa, sí constituye una opción o alternativa a la que se puede recurrir para presionar a las autoridades locales. Pero también se da una dinámica que opera en sentido inverso: de acuerdo con la misma autora en varios casos, los mecanismos y prácticas de corrupción e ineficiencia que suele caracterizar a los órganos judiciales estatales, terminan impulsando a que las comunidades decidan obviar esa instancia cuando pueden hacerlo y tomen decisiones que no les competen, llevando en algunos casos a expulsar de la comunidad a individuos reincidentes o no deseados o a imponer castigos no permitidos por la ley estatal (*idem*).

Grupo 1: Pueblos agricultores, cazadores y pescadores: chiquitano y mojeño-trinitario

En el estudio sobre el pueblo chiquitano, algunas mujeres manifestaron de forma explícita haber recurrido a la jurisdicción estatal en varias oportunidades. En los pueblos y las comunidades más grandes, se trataba de problemas suscitados en relaciones económicas y laborales ya que las mujeres más jóvenes se insertan en un mercado de trabajo caracterizado por el abuso y la precariedad.

En este tipo de conflictos, que rebasa la jurisdicción territorial de las autoridades comunales y las enfrentan con no indígenas, recurren frecuentemente a dirigentes de las centrales intercomunales que resuelven por sí mismos o realizan un acompañamiento ante instancias del orden estatal (tales como los Servicios Legales Integrales Municipales o SLIM, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, la Policía) o derivan el caso hacia abogados/as que prestan servicios en sus oficinas o en insti-

tuciones aliadas. Es así que en este pueblo, las organizaciones intercomunales están constituyendo también un espacio de referencia y orientación para la defensa de derechos ante el orden jurídico estatal.

Algunas mujeres valoran de manera positiva las formas de atención y resolución en los SLIM y en las Defensorías, aunque también perciben en ciertas oportunidades señales de racismo y parcialidad con los esquemas de poder. Por otra parte, hacen explícita referencia a experiencias críticas en la tramitación de conflictos y demandas ante la jurisdicción oficial, aludiendo a los gastos económicos que implica cubrir, por ejemplo, el transporte y los costos de las gestiones.¹⁴ Por otra parte, la interacción con los operadores suele ser asimétrica y pautada por elementos con los cuales ellas no están familiarizadas.

El recurso a las instituciones y autoridades del sistema oficial es más factible para quienes residen en pueblos y comunidades cercanas, por la misma proximidad. Sin embargo, esto no significa que los resultados y soluciones obtenidos ante el sistema oficial satisfagan plenamente las demandas y requerimientos formulados.

Para el caso trinitario, en las poblaciones rurales que registran alta ausencia de mecanismos judiciales del Estado, la institución más antigua y recurrida por las autoridades indígenas es la Policía Nacional.

En el Cabildo de Trinidad se registra un caso de infidelidad que también fue planteado ante autoridades no indígenas, porque la mujer comprendió que en su condición de viuda ha quebrantado una norma al convivir y tener un hijo con un hombre soltero. De acuerdo con las normas locales, los problemas que involucran a mujeres que no están formalmente casadas no son considerados por las autoridades indígenas. Este caso muestra también la posibilidad de agencia de las mujeres indígenas que radican en la ciudad de Trinidad, donde pueden acudir a otras instancias. Este caso particular muestra a la mujer recurriendo a espacios policiales como la Brigada de Protección a la Familia, porque en su calidad de viuda y conviviente con un hombre soltero, no puede recurrir al cabildo.

En la dinámica de recurso al marco estatal también se destaca que los cabildos comunales tienen opción de recurrir a los Grandes Cabildos, que suelen tener mayores capacidades, o de coordinar con autoridades policiales para que atiendan los casos graves que no pueden ser resueltos en las instancias anteriores. Sin embargo, existen serias dificultades con las instancias judiciales y de defensa de la mujer. No sólo por la distancia y los altos costos para movilizarse y comunicarse, sino

¹⁴ La falta de acceso a servicios judiciales se evidencia con mayor fuerza en las zonas rurales y áreas con población indígena. Los datos de la Red Participación y Justicia (en Guachalla, s/f, p. 13) exponen la baja cobertura del sistema judicial manifiesta en que sólo 55% de municipios del país registran un juez, 23% un fiscal y 3% un defensor público. Las instancias municipales también presentan baja cobertura: sólo 35% de municipios cuenta con Servicios Legales Integrales Municipales (SLIM) y para las Defensorías de la Niñez y Adolescencia (DNA) se registra 61%.

por la ausencia de relaciones. En el ámbito urbano, especialmente en la población de los cabildos, la cercanía a las instituciones y autoridades del sistema oficial y a instancias de defensa de la mujer constituyen una opción para las mujeres, que acuden con mayor frecuencia. Esto, sin embargo, también supone debilitar la competencia de los Grandes Cabildos, que afectaría a los cabildos comunales.

Uno de los problemas que enfrentan las comunidades es la falta de documentación personal, que bloquea el acceso a derechos, dado que muchas personas no están inscritas en el registro civil. Esto influye particularmente en el acceso de la población indígena a los servicios de justicia nacional, y especialmente en el área rural. Ello limita la denuncia y tratamiento de los problemas de violencia intrafamiliar.

Grupo 2: Pueblos de origen cazador, recolector, agricultor/horticultor, nómadas: ayoreode, chimane y sirionó

En el pueblo chimane, en términos generales, se puede señalar que los problemas de violación y de abuso sexual se procesan en la esfera familiar, aunque también se registran experiencias de búsqueda de apoyo afuera de las comunidades, principalmente ante los mecanismos de servicios municipales, la Defensoría de la Niñez y Adolescencia o en los Servicios Legales Integrales Municipales o SLIM.

Aunque se han dado iniciativas importantes de apoyo a la resolución de conflictos y de protección contra el maltrato y la violencia, se ha desconocido a la organización chimane al designar en algunas comunidades a mujeres como representantes de la Defensoría de la Mujer.

El análisis da cuenta que en muchos casos las instancias judiciales y los operadores estatales muestran falta de voluntad o incapacidad para respetar las decisiones indígenas y procesar casos transferidos por sus autoridades y dirigentes. En otros casos, la aplicación de la normativa estatal puede resultar en conflicto con las determinaciones de las autoridades chimane. En ese sentido, se alude a un desconocimiento o invisibilización desde los operadores estatales, respecto al fundamento cultural mitológico chimane.

Las instancias judiciales y los operadores estatales muestran en ocasiones falta de voluntad o incapacidad para respetar las decisiones indígenas y procesar casos transferidos por sus autoridades y dirigentes. En otros casos, la aplicación de la normativa estatal puede resultar en conflicto con las determinaciones de las autoridades chimane. En ese sentido, se alude a un desconocimiento, o invisibilización desde los operadores estatales, respecto al fundamento cultural chimane, frente a la manifiesta voluntad chimane para establecer un diálogo intercultural ante el orden estatal.

Por otra parte, el idioma utilizado en las instituciones estatales representa un obstáculo que afecta particularmente a las mujeres, dado su menor dominio del

castellano y limitados conocimientos sobre el mundo externo a su cultura y a prácticas no indígenas.

En lo que respecta al pueblo sirionó, se señala que el recurso a la institucionalidad y al derecho estatal procedería en los problemas y conflictos “graves” que involucran a “hombres no sirionó”, que se prefieren derivar a la esfera estatal porque se esperan sanciones drásticas.

Existen casos de violación denunciados generalmente a la Policía Nacional, para que sean autoridades ajenas a la cultura sirionó las que sancionen esos hechos. Sin embargo, también se ha castigado el abuso sexual dentro del seno de las comunidades.

En el actual contexto, ante la emergencia y diversidad de conflictos, los sirionó comenzaron a recurrir con mayor frecuencia a instancias externas, religiosas, de derechos humanos, de apoyo a pueblos indígenas e instancias públicas especializadas. Por otra parte, se han incrementado situaciones en que las mujeres recurren ante las autoridades estatales para demandar el pago de pensiones, especialmente cuando sus maridos las han abandonado por otra mujer.

En un caso sucedido en Trinidad ante la Defensoría de la Niñez y Adolescencia –que entrega en adopción a dos niños sirionó– se pone de manifiesto la intolerancia e inequidad de los operadores estatales, respecto al ordenamiento y las autoridades indígenas. Ese caso también evidencia que los temas relativos a la niñez, específicamente con decisiones sobre la adopción, no constituyen para los sirionó algo personal o familiar, sino un asunto colectivo de pueblo.

En el trabajo de campo, integrantes de la comunidad sirionó evaluaron críticamente las respuestas obtenidas desde el marco estatal, ya que consideran que normalmente las instancias estatales ignoran el origen étnico de las mujeres y de los valores y normas sirionó. Por ejemplo, en un caso de violencia sexual y asesinato en Trinidad, pese a la movilización de la familia para exigir el esclarecimiento y la sanción del hecho, con el acompañamiento de los dirigentes sirionó, el hecho no es resuelto con particularidades que dejaron de manifiesto la desigualdad en el funcionamiento del sistema judicial ante una víctima indígena.

Al indagar en torno al proceso de filiación personal a comunarios/as sirionó y chimane, las personas entrevistadas hacen uso del concepto de “violencia simbólica” para referir los comportamientos de los funcionarios estatales que realizan la tarea. Los testimonios muestran que las personas con mayores problemas de indocumentación y de documentación con errores son indígenas particularmente de pueblos no reducidos o tardíamente reducidos, lo que apunta a factores de pobreza, de diferencia cultural y de diseño social que afecta la reproducción cultural del grupo étnico.

En el estudio sobre el pueblo ayoreode queda de manifiesto que algunas líderes, al igual que mujeres de otros pueblos indígenas, adoptan y recrean un lenguaje de derechos que también utilizan para defender su integridad personal. Tienen

claro que el marco jurídico del Estado les brinda posibilidades para proteger derechos como mujeres, a pesar de la debilidad institucional para aplicar la ley y salvaguardar de forma efectiva los derechos. Ellas tienen conocimiento de instancias estatales existentes para defenderlas o hacer respetar sus derechos; sin embargo, tienen también claridad sobre sus dificultades y debilidad que, sumados a sus normativas y valores, impiden acciones de exigibilidad y efectividad.

Por otra parte, la resolución de conflictos que resulta de la relación intercultural se complica por la poca claridad que tienen los ayoreode sobre las competencias de las autoridades y por el desconocimiento de los operadores de justicia de la cultura y de su ordenamiento normativo, así como del marco legal nacional e instrumentos nacionales de derecho que deberían ser considerados en sus actuaciones.

Las ayoredie son explícitas en sus demandas para que ciertas prácticas y regulaciones sociales puedan ser cambiadas, interpellando a su sociedad ante hechos que las afectan. Especialmente algunas mujeres jóvenes demandan “derechos” que les permitan vivir en un ambiente de no violencia, que disminuya o erradique restricciones a su libertad para tomar decisiones específicas. Encuentran en las plataformas de demandas de derechos de género algunos planteamientos importantes: no violencia, mayor participación en sus organizaciones de representación política y en aspectos relativos a la maternidad, sexualidad, salud y educación.

Es importante dar cuenta de la complejidad del momento actual para los ayoreode, pues existen hechos y prácticas que quieren erradicar, como por ejemplo, las posibilidades de abuso de poder de algunos líderes o la actuación de familias poderosas. Al mismo tiempo, proponen conservar otras prácticas consideradas positivas –como aceptar el entierro de ancianos, solicitado por ellos mismos para evitar el sufrimiento– pero que se contraponen a principios, valores y normas vigentes en el orden jurídico estatal.

Es de destacar la propuesta formulada por los ayoreode para que sus autoridades internas en los asentamientos urbanos, que funcionan paralelamente a los de juntas vecinales y organizaciones territoriales de base, sean reconocidos formalmente, dado que deben sujetarse a la gestión administrativa pública. En ese sentido, es coherente la demanda de reconocimiento formal de sus autoridades propias en el contexto urbano, para que adquieran legitimidad en sus cargos ante la colectividad ayoreode y las autoridades municipales.

Grupo 3: Pueblos agricultores campesinos: comunidades quechua y aymara

En las comunidades de origen quechua, cuando las autoridades comunales no son accesibles o no gozan de legitimidad frente a las personas afectadas, el caso es remitido a la Policía o a una oficina de la subprefectura para que las autoridades provinciales asuman la atención y resolución de los conflictos.

En los casos que involucran el mercado de tierras, el trabajo de campo mostró que las mujeres suelen encontrar mayor discriminación y obstáculos que los varones. Por ejemplo, se les resta credibilidad y posibilidades financieras en su interlocución con instancias de crédito, por lo que tienen menos posibilidades de obtener recursos que les permitan consolidar su capacidad de compradoras. Existen mecanismos de exclusión que dificultan su acceso a la titularidad de la tierra y es común que tengan menores oportunidades para consolidar su derecho a la propiedad porque tienen tasas mayores de analfabetismo, sumado al desconocimiento sobre los trámites, falta de documentación personal y otros factores que les dificultan formalizar su acceso a la tierra.

En los conflictos por herencia de tierra, cuando los dirigentes del sindicato no resuelven las disputas, se acude a la autoridad estatal, generalmente porque las autoridades locales no son consideradas con capacidad para resolver el caso. Otro motivo que determina el recurso a las autoridades estatales es la falta de confianza por parte de las personas involucradas, quienes dudan de su imparcialidad, entre otros motivos. En ocasiones son las propias autoridades comunales las que prefieren evitar el compromiso de asumir una decisión por temor a la venganza o a ganarse la enemistad de alguien con poder.

En lo que respecta a problemas de familia y pareja, algunas mujeres recurren al ámbito estatal para hacer valer sus derechos. Es así que muchas mujeres buscan hacer reconocer a sus hijos/as y lograr una pensión mediante procesos judiciales. Se trata de una nueva realidad que se contrapone a tiempos pasados en que era considerado una vergüenza o humillación pedir al hombre que reconozca a un hijo/a.

La mayor parte de casos por los que las mujeres recurren a la esfera estatal son los hechos de violencia en la pareja. Cuando los padrinos no logran la conciliación, las autoridades comunales derivan los casos al campo estatal, a diferencia de otros conflictos que son resueltos en el ámbito comunal (problemas con linderos, robo, infidelidad). Esto sucede en particular en las comunidades del valle alto, donde las autoridades sindicales prefieren que esos casos sean dirimidos en instancias del Estado (en especial, en caso de reincidencia), quizá para lograr acuerdos más duraderos.

Los factores que las personas tienen en consideración al elegir entre el recurso a la justicia comunitaria y la justicia estatal son variados: la persistencia del orden normativo local, la débil presencia del sistema estatal, la falta de confianza en la efectividad de las instituciones judiciales, las dificultades que enfrenta la población en el acceso a las instituciones judiciales, en particular las mujeres por el monolingüismo; la poca disponibilidad de recursos económicos y las limitaciones de tiempo. La falta de documentación es otra dificultad, sobre todo en comunidades alejadas.

Sin embargo, las mujeres recurren al derecho estatal cuando las autoridades comunales (corregidor o secretario de justicia) o sus procedimientos se tornan insuficientes para resolver conflictos, faltas y agravios que ponen en riesgo su dignidad y el equilibrio, y las relaciones al interior de la comunidad y la familia. Así las mujeres acuden a la legalidad estatal como una instancia de apelación, cuando en sus comunidades no encuentran salida a sus disputas o por considerar que no existen situaciones de neutralidad para resolver adecuadamente los conflictos.

En el contexto de las comunidades aymara, son frecuentes las llamadas de atención y recomendaciones a las parejas en conflicto por parte de los padres, padrinos y tíos, que ocupan el lugar de la autoridad local. Estas recomendaciones, sin embargo, no siempre son tomadas y muchas veces la pareja reincide, poniendo incluso en grandes desavenencias a sus padres. En estos casos en que ni las autoridades comunales como los *Mallkus* pueden resolver el problema, por lo cual, como última instancia, acuden a la Policía.

En lo que se refiere a los casos de divorcio, en el trabajo de campo fue señalado que realizar estos trámites ante la esfera estatal implica un importante gasto de recursos económicos y la posibilidad de enfrentar pérdida de respeto de la familia y la comunidad.

d) Valoraciones y procedimientos

Si bien no es posible establecer patrones procedimentales uniformes que rijan los procesos de resolución de conflictos que involucran a las mujeres, parece importante resaltar algunas características subyacentes en los valores y prácticas, así como evidenciar posibles similitudes y diferencias con el derecho estatal. En algunas investigaciones realizadas en el contexto boliviano, se alude a esa interrelación. La presencia de tantos elementos comunes lleva a plantear que en el proceso histórico, la dinámica de imposición y asimilación de autoridades, normas y procedimientos ha sido importante, contrariamente a lo que se podría pensar (Molina y Arteaga, 2008, p. 20).

En palabras de Orellana (1999, p. 48): “Prácticas y normas de diferentes órdenes jurídicos se cruzan para validar un proceso de resolución. Esta interacción normativa, entonces, permite la invención de un procedimiento coyuntural...”

De acuerdo con el enfoque asumido en la investigación, se reconoce –a partir de los diferentes estudios y del análisis de fuentes bibliográficas– que tanto el derecho estatal como los órdenes normativos indígenas, reproducen y en muchos casos profundizan las desigualdades de género y las relaciones donde la mujer se encuentra subordinada (Hernández, 2003; Chenaut, 2001; y Sierra, 2007). Como explica Hernández (2003), encontrar una mutua constitución entre el llamado derecho indígena y el derecho positivo, permite puntualizar que no sólo se comparten con-

cepciones de género, sino que continuamente se interrelacionan por medio de las estrategias legales de los actores sociales que recurren a ambos ámbitos de justicia. Se entiende, entonces, que esa superposición y traslape, que en algunos contextos se evidencia como contraposición, termina afectando los contenidos de los distintos espacios, evidenciando que las ideologías de género tienden a moldear las prácticas jurídicas.

Chenaut (2001, p. 10) por su parte, al destacar que los sistemas imbricados y en situación de interlegalidad, comparten una ideología asimétrica de las relaciones de género, llama la atención sobre prácticas y procedimientos jurídicos que en ambos espacios reproducen concepciones patriarcales al interactuar con los/as usuarios. Explica que especialmente en casos de desavenencias conyugales, cuando la mujer denuncia al hombre por maltrato, incumplimiento de obligaciones familiares, alcoholismo, adulterio, entre otros; ambas autoridades, indígenas y estatales, promueven la conciliación de la pareja, argumentando la necesidad de mantener la vida familiar, aun contra los deseos que manifiestan las mujeres.

En esas circunstancias, se ha comprobado que en muchos casos, las decisiones tienden a ser favorables a los hombres. La autora mencionada pone como ejemplo que en algunas regiones el tratamiento otorgado en acusaciones de adulterio depende si la mujer es la acusada por su marido, y se comprueba el hecho, ella y su amante reciben el castigo; en cambio, no ocurre lo mismo si el hombre es el acusado del mismo hecho; es decir, acontece sólo si la mujer es casada y es su marido quien interpone una queja en su contra (*ibid.*, p. 11).

Por lo señalado, se insiste en que las ideologías de género que implican desigualdades suelen reflejarse muchas veces en los procesos de disputas entre el hombre y la mujer (*ibid.*, p. 12). En muchos lugares forman parte de procesos contradictorios, que muestran la asimilación de ideologías hegemónicas de género en concepciones y valores en las comunidades indígenas. En el caso de los operadores judiciales de la administración estatal, en sus prácticas se traslucen no sólo las ideologías de género, sino también el tamiz de valores y concepciones que tienden a desvalorizar a la mujer indígena, por lo que suele suceder que a los prejuicios relacionados con la pertenencia étnica, se sumen los de clase (*idem*).

De manera sintética, se puede decir que los resultados de los estudios realizados con distintos pueblos de Bolivia coinciden con los de otras realidades y culturas que muestran cómo las ideologías de género –que justifican la subordinación de las mujeres y naturalizan la violencia y la exclusión– penetran los valores y concepciones, las normatividades, las instituciones y las prácticas de resolución de conflictos y disputas, mediante los procedimientos, resoluciones y decisiones y sanciones.

De acuerdo con Hernández (2003), ambos espacios comparten visiones y preceptos, formando parte de un mismo entramado legal que pretende disciplinar a las mujeres y mantener su subordinación. Dando un ejemplo ilustrativo, esta autora (Hernández, p. 328), manifiesta que en algunas zonas, los ministerios públicos no indígenas comparten con los campesinos indígenas las perspectivas de que los jóvenes que se fugan deben pagar una multa a sus padres para ser perdonados.

En ese contexto, los procedimientos de conciliación promovidos por las autoridades de ambos sistemas son objeto de análisis crítico en tanto se instrumentan para sostener las identidades y deber ser femenino y masculino. Hernández (*ibid.*, p. 327) explica que varias autoras mexicanas, al reconocer lógicas culturales distintas, reivindican de alguna manera los procesos conciliatorios, con sus desigualdades y contradicciones “como más respetuosos del sentir de las mujeres indígenas”, en comparación con los procesos de los operadores oficiales, que no hablan su lengua y muchas veces las tratan con irrespeto y racismo.

En la problemática de violencia contra las mujeres, Hernández (2003) alude a concepciones compartidas, tanto en la ley como en la costumbre, respecto a una violencia legítima –que cumple un papel correctivo– e individuos autorizados para ejercerla. En ese marco, las autoridades, tradicionales o autonómicas, pueden solicitar a los hombres que expliquen la razón que los llevó a usar la violencia, para verificar si ese uso es “justificado” ya que las mujeres pueden “provocar” episodios de violencia cuando no cumplen con sus obligaciones de atención y servicio familiar. En esos casos, las autoridades indígenas en los juicios públicos reprimen tanto al marido golpeador, como a la mujer “irresponsable”.

Por otra parte, siguiendo con la misma autora (*ibid.*, p. 32), en los casos de violación se ha encontrado que los padres de la mujer intervienen para negociar una “reparación del daño”, mediante la promesa de matrimonio. Se recurre a la denuncia para luego arribar a un acuerdo de pago por el acusado. Esa realidad permite reconocer que en muchos casos, las denuncias de violación no tienen como preocupación central la situación de las mujeres.

Muchas conciliaciones a las que se llega en problemas y disputas por violencia doméstica, por lo general, legitiman los roles de género al conminar a las mujeres para que se comprometan a seguir cumpliendo sus responsabilidades, mientras los hombres prometen no volver a golpearlas (*ibid.*). En esos procesos conciliatorios operan desigualdades, debido a que los consejos de las autoridades se enmarcan en ideas del “deber” masculino y femenino; es decir, los arreglos tienden a confirmar y reforzar la relación desigual entre hombres y mujeres. O, en palabras de Hernández (*idem*), pareciera que la finalidad sería “conciliar”, en un contexto de desigualdad, a quienes no tienen poder con su posición de inferioridad.

Grupo 1: Pueblos agricultores, cazadores y pescadores: chiquitano y mojeño-trinitario

En muchos de los casos analizados en el estudio sobre el pueblo chiquitano, especialmente cuando se trata de problemas en las relaciones matrimoniales, de “peleas y separaciones” y situaciones de agresiones y violencia, por lo general, tanto los agentes de la justicia estatal como comunitaria operan a partir de valores compartidos manifiestos en discursos sobre la importancia de la unidad familiar y el bienestar de los hijos/as. Es decir, parecen compartir perspectivas del “deber ser femenino y masculino” que implica reconocer determinadas obligaciones y derechos a mujeres y a hombres.

Los modos de proceder exponen consejos y reflexiones para unir y acercar a la pareja, dando la impresión que esa perspectiva se pone por encima de los motivos que originaron las disputas. La figura de la conciliación aparece como un mecanismo recurrido en ambos sistemas, que se implementa sin considerar las relaciones de poder subyacentes y la condición de subordinación de las mujeres involucradas. Las resoluciones suelen comprometer a las mujeres a seguir ejecutando sus responsabilidades, esta vez con mayor eficiencia.

En el caso del pueblo trinitario, el primer objetivo de las autoridades del cabildo en los procesos de resolución de conflictos y disputas es corregir o encauzar los valores, sentimientos y actitudes que provocan o sustentan una transgresión o un mal comportamiento. En varios casos de abandono de las mujeres a sus maridos por causa de maltrato permanente, atendidos por las autoridades comunales del Cabildo Indigenal, las mujeres entrevistadas refieren que “la sanción es moral y se dan consejos a ambos cónyuges hasta lograr el llanto o arrepentimiento”.

En todo caso, brindar una segunda oportunidad es la regla en el tratamiento de los conflictos. El castigo físico y la expulsión de la comunidad son consideradas como las sanciones más graves. En general, como ya se indicó anteriormente, para este pueblo las sanciones tienen la finalidad de componer, corregir, en este sentido serían ‘educativas’ y punitivas. Por ese motivo, el consejo, el regaño, el arreglo entre partes, son las primeras medidas que se adoptan.

Al atender los casos de mujeres que abandonan a sus esposos y sus hogares por el problema del maltrato, las autoridades comunales reprenden a los procesados haciendo referencia al significado del compromiso matrimonial ante Dios y a la obligación de la mujer de no abandonar el hogar y del hombre de tratar bien a la esposa.

Grupo 2: Pueblos de origen cazador recolector, agricultor/horticultor, nómadas: ayoreode, chimane y sirionó

El análisis de algunos conflictos y casos registrados en el estudio sobre el pueblo chimane, permite señalar, de manera general, que existen algunos valores y procedimientos característicos de su orden normativo.

En el pueblo chimane los hechos de violencia no son muy frecuentes. Cuando suceden, en aquellas comunidades que cuentan con autoridades locales, han sido las mujeres quienes denuncian el problema e involucran a las familias. En esos eventos se aplicó incluso el castigo físico además de las “palabras fuertes”. Esta última noción alude a pautas culturales compartidas que restringen lo más posible las manifestaciones de enojo, aplicándose como castigo a infractores chimane. Otra modalidad registrada en la resolución de conflictos, que al mismo tiempo es un castigo, es el abandono de la comunidad o asentamiento donde se produce el conflicto por la víctima o por los infractores.

En el trabajo de campo se destacó la participación de las mujeres en el tratamiento y resolución de algunos conflictos: las mujeres son solidarias entre ellas y aconsejan o regañan a los hombres que tratan mal a sus mujeres.

En lo que respecta al pueblo sirionó, el análisis del tratamiento dado a los conflictos muestra que los problemas relativos a la familia y el matrimonio son gestionados al interior del Territorio Indígena, generalmente por las propias familias involucradas con la intervención de las mujeres de la comunidad o territorio, en calidad de demandantes o de fiscalizadoras. Un dato importante en el tratamiento de los conflictos de violencia es el control y censura a las conductas del hombre agresor, que generalmente es un no sirionó, y que en algunos casos corresponde con jóvenes influenciados por la cultura urbana. Por ello, se destaca la vigencia de un mayor control y una menor tolerancia a la libertad individual hacia hombres no sirionó.

En casos de maltrato y violencia física contra la mujer sirionó en algunos matrimonios interétnicos, la comunidad ha reaccionado con la expulsión de ese cónyuge del territorio. Cuando una mujer es maltratada o cuando los hombres “no cumplen” con sus responsabilidades de manutención económica, entre los modos propios de tratamiento y resolución, los testimonios de la comunidad resaltan la interpelación de las mujeres de la comunidad. Se explica, por tanto, que las mujeres –debido a los vínculos de solidaridad entre sí y el reconocimiento a la autoridad moral de algunas que circulan el “rumor”– realizan un control y una fiscalización. En el trabajo de campo se menciona también el “comadreo” como un mecanismo de control que difunde información por las mujeres. El comadreo tiene su representación política en la organización de mujeres encargadas de velar por las buenas relaciones entre varones y mujeres del territorio: ellas controlan y resuelven abusos a menores de edad, maltrato a mujeres, en general asuntos relacionados con la fa-

milia. En las comunidades se conoce a las mujeres que dirigen de manera casi formal el comadreo, quienes suelen ser las primeras seleccionadas para ocupar cargos de dirigentes en las organizaciones sironó.

Ante un hecho violento, no es inusual que también las mujeres se defiendan golpeando a sus parejas, o que el resto de las mujeres de la comunidad acudan en su defensa con consejos o regaños a los hombres. En casos de separación, la censura afecta principalmente a los varones, quienes en muchas situaciones prefieren salir temporalmente de la comunidad para evitar la crítica del resto de las mujeres. Sin embargo, las entrevistas evidenciaron que en la actualidad esa solidaridad entre mujeres es menor que en tiempos pasados, e incluso hay quienes consideran que en realidad ellas son las generadoras de conflictos. Las mujeres, por su parte, encuentran que los cambios se están dando por la creciente adaptación de nuevos valores y prácticas ajenas.

En el caso del pueblo ayoreode, se destacan como valores compartidos por sus propias autoridades y por las autoridades *cojñone* algunas nociones relativas al “deber ser femenino” que priorizan la unidad de la familia y el bienestar de los hijos e hijas frente al resguardo de la integridad personal de las mujeres que sufren violencia en la pareja. Por ejemplo, la figura de la “conciliación” aparece como un mecanismo procedimental recurrido en ambos sistemas, que se implementa sin considerar situaciones de poder en las relaciones de género. Esto parece poner límites a las demandas de justicia de género que proponen las mujeres.

De manera similar al pueblo sironó, en el ordenamiento normativo ayoreode está presente la venganza o represalia. Durante la época de vida en el Gran Chaco era un procedimiento tolerado (como se registra también en la literatura etnográfica) que fue censurado mediante la introducción de valores cristianos en la etapa de vida en los puestos y asentamientos misionales. En la actualidad al mismo tiempo que se rechazan las agresiones a la integridad personal y el maltrato, la venganza aún se presenta, aunque no se la reconoce de forma explícita y por ello la posibilidad de que la familia de la víctima recurra a actos de ese tipo es una estrategia posible de defensa de las mujeres, especialmente pertenecientes a familias poderosas. Actualmente, la venganza es una reacción posible y, por tanto, un instrumento cuyo impacto requiere de investigación mayor.

En los puestos misionales, los misioneros o pastores prohíben una serie de valores y prácticas promoviendo la internalización y valoración de la moral cristiana, especialmente en lo relativo al derecho a la vida, matrimonio y familia. Una de las principales formas de resolución de conflictos entre los ayoreode es el control de comentarios sobre los orígenes del conflicto y la restricción de las interacciones entre las personas y familias involucradas. En lo posible, tratan de no encontrarse, no hablan, no se miran o uno de los grupos involucrados se aleja de la comunidad para evitar la interacción.

Otros valores y modos propios para el tratamiento y resolución se registra en los problemas de enfermedades cuya causa se atribuye a “brujería”, en los cuales la víctima busca apoyo de su familia y no se denuncia por temor a la represalia de la persona acusada de solicitar la brujería o el *sarode*, que se expresa con nuevos maleficios o con la venganza de miembros de la familia del presunto culpable. Muchos de estos casos permanecen como conflictos latentes, pudiendo dar lugar a que los afectados se sientan indefensos y abandonen la comunidad.

Grupo 3: Pueblos agricultores campesinos: comunidades quechua y aymara

En las comunidades de origen quechua, el procedimiento de algunos casos no siempre sigue el mismo curso, como en los problemas de infidelidad. Muchas veces cuando opera el rumor se toman acciones directas al encontrar a los culpables *in fraganti*. Cuando se trata de un hecho cometido por la mujer, el marido no recurre a las autoridades comunales, pudiendo ejercer violencia contra ella. En contraste, cuando el hombre comete la infidelidad, la mujer suele denunciar el caso ante los padrinos y las autoridades comunales. Por lo general, la directiva del sindicato convoca a la comunidad para deliberar sobre este tipo de transgresiones, registrando las determinaciones en actas. Las sanciones, por otra parte, tienen “carácter ejemplarizador” porque se desarrollan en espacios públicos donde se dramatiza y se publicita el hecho; por ejemplo “sacar la ropa y hacer subir a la persona sobre un burro para que los hagan pasear y que toda la comunidad los mire”, constituye una sanción fuerte para los inculpados y un ejemplo moralizador con carácter preventivo.

En casos de violaciones, se hace evidente que el orden local resulta insuficiente para proteger los derechos de las mujeres. Por su parte, el sistema estatal no prevé mecanismos jurídicos en los cuales las mujeres sientan que pueden confiar por los prejuicios arraigados en sus operadores. Se alude, en estos casos, a la resolución mediante “un arreglo” entre partes que incluye el recurso a un pago a la víctima o el matrimonio como un medio para desagraviar a la mujer y a su familia. Ese tipo de resolución naturaliza la subordinación de la mujer y su dependencia a los intereses de la comunidad y de la familia, antes que la afirmación de sus propios derechos.

Respecto a la violencia doméstica, su resolución aún encuentra obstáculos que enfrenta a las mujeres a prejuicios e ideologías de género que operan tanto en la legalidad estatal, como en las prácticas del orden normativo local apelando a justificaciones, sentidos morales, jerarquías y roles de género. Una característica del procedimiento en el ámbito comunal es el uso del libro de actas, donde se asientan demandas y se registran acuerdos, y en caso de reincidencia se prevén sanciones. El acta es válida como respaldo para iniciar un proceso ante la justicia ordinaria.

Las dinámicas de negociación y conciliación en los conflictos de pareja, que implica el compromiso de las partes de buscar acuerdos, calmar su enojo y perdonarse, provoca sentimientos contradictorios en las mujeres. En la mayor parte de los casos, los episodios de violencia no suelen terminar con arreglos, es decir, la violencia no cesa porque la negociación está basada sobre acuerdos que demandan a las mujeres comportamientos adecuados de género.

En las comunidades aymara, las transgresiones cometidas por mujeres y varones no son sancionadas de la misma manera. En los casos de infidelidad queda de manifiesto la vigencia de patrones de doble moral y de visiones diferenciadas de género, respecto a lo que representa la transgresión masculina y femenina. Mientras el adulterio del varón es visto con naturalidad y no conlleva mayores sanciones, en el caso de la mujer se autoriza y hasta aprueba socialmente un nivel de violencia física y psicológica que le suele proporcionar su esposo como “castigo”. Por otra parte, las formas de resolver hechos de violencia en la pareja, en muchos casos, muestra la intervención de los padrinos, quienes mediante chicotazos y llamadas de atención a la pareja, buscan “reparar los daños”. Luego, empiezan a servir bebidas pidiendo que retorne la armonía al hogar.

En los casos de violencia sexual, la búsqueda de acuerdos internos entre familias es una práctica compartida en ambos órdenes y con otros pueblos y comunidades. Sin embargo, en algunas regiones como Cacachi, se han dado casos en que la violación y el incesto se castigan mediante la aplicación de medidas severas, generalmente la expulsión de la comunidad.

Una situación muy particular se da con el tema del aborto. En el pasado se relacionaba este hecho a las granizadas y la destrucción de los sembradíos, por lo cual reunían a todas las jóvenes y les apretaban el pecho para comprobar si tenían leche. De presentarse el caso, si la joven era responsable de la criatura abandonada se aplicaban castigos a los padres por permitir el hecho con azotes y multas, y en ocasiones se ofrecían ofrendas al *achachila* del granizo, para evitar que caiga y siga destruyendo sembradíos.

e) Alternativas para plantear conflictos ante distintos órdenes normativos

El sentido que revisten las acciones de las mujeres indígenas, originarias y campesinas al convertir en “público” un conflicto producido por la trasgresión a los mandatos y preceptos de género adquiere centralidad en el estudio de las formas de procesamiento y resolución de conflictos. Es interesante indagar, entonces, respecto de las motivaciones e intereses que se ponen en juego, cuando ellas gestionan de forma pública esos problemas y se involucran en procesos y dinámicas de resolución de conflictos y disputas. Al respecto, en su estudio sobre justicia comunitaria en el altiplano boliviano, Molina y Arteaga (2008, p. 12) señalan “...las perso-

nas involucradas en conflictos persiguen distintos intereses, muchas veces manipulan situaciones y no se comportan como meros autómatas que cumplen sus roles obligatorios”.

De acuerdo con Chenaut (2001 y 2004), en muchos estudios se ha constatado que las mujeres indígenas acuden a diferentes instancias para presentar denuncias sobre actos que vulneran su integridad y su dignidad, así como para reclamar derechos que consideran han sido vulnerados. En estas dinámicas es más usual que sean las mujeres quienes denuncien a los hombres, que a la inversa.

Los factores que parecen entrar en escena para animar e impulsar a las mujeres a recurrir a las autoridades y sentar denuncias y reclamos son varios y se vinculan en gran parte con las condiciones y dinámicas culturales, y la configuración de sus estructuras sociales y políticas. Chenaut (2001, pp. 12-13) explica que en las comunidades donde existen autoridades indígenas que funcionan de manera estructurada para atender los conflictos, las mujeres acuden con relativa asiduidad a plantear daños y agravios. En cambio, en comunidades donde las autoridades y cargos que intervienen en la resolución de conflictos y disputas funcionan de manera desigual y aleatoria, las mujeres suelen desanimarse o recurren a la esfera estatal.

Por lo general, los problemas que implican transgresiones de las mujeres a esas normas y preceptos, en tanto “obligaciones femeninas quebrantadas” no son procesados como conflictos, es decir, no se convierten en “casos públicos” porque no se denuncian ante autoridades externas, y al ser manifestadas como “quejas” se resuelven al interior de las estructuras familiares. En términos generales, los casos que involucran a las mujeres y tienen mayor exposición y resolución pública son los hechos de violencia en las relaciones de pareja, especialmente, cuando se trata de situaciones de agresiones físicas y de reincidencia. Sin embargo, muchos conflictos de ese tipo no suelen registrarse en las actas de las autoridades comunales y cuando son asentados, la información consignada es limitada.

Ahora bien, de acuerdo con Chenaut (*ibid.*, p. 13), cuando los problemas de violencia son procesados y las agresiones denunciadas se originan en la percepción del marido de que la mujer no cumple los roles de esposa y madre que implican la atención y el cuidado, las denuncias de las mujeres indígenas buscan renegociar esos roles, como un medio para tener mejores condiciones de vida.

Las entrevistas realizadas en el trabajo de campo coinciden con estas indagaciones previas, confirmando la convergencia de factores subjetivos que las mujeres manejan para acudir a las autoridades, ya sea las de su orden local o las del ámbito estatal. Estas situaciones se presentan cuando las mujeres buscan el reconocimiento de un derecho, el proporcionar un daño similar al sufrido o la búsqueda de mecanismos para negociar desde otra posición. En otras palabras, se trata de la construcción de espacios donde ellas buscan dirimir los conflictos en mejores tér-

minos, especialmente en las disputas familiares y los casos de violencia conyugal. Por ese motivo, se resalta que las iniciativas y esfuerzos que las mujeres indígenas, originarias y campesinas asumen cuando presentan denuncias y demandas sobre daños recibidos y cuando reivindican sus derechos ante instancias públicas, revisten mucha importancia, ya que implican un avance que les permite desafiar el peso de las ideologías de género que justifican su subordinación. De acuerdo con Sierra (2008), ese caminar enfrenta resistencias internas, especialmente inercias culturales que muchas veces impiden construir mayores niveles de equidad al interior de las comunidades indígenas. En ese contexto, se evidencia que el marco legal es recurrido para legitimar sus demandas y, aunque no garantizan cambios inmediatos en las prácticas, ofrece un paraguas discursivo para apoyar sus reivindicaciones.

Grupo 1: Pueblos agricultores, cazadores y pescadores: chiquitano y mojeño-trinitario

En el trabajo de campo sobre el orden normativo chiquitano se explica que aunque la ideología de la “privacidad de la pareja” tiene peso, una parte importante de los casos recogidos relativos a problemas en las relaciones matrimoniales – “peleas y separaciones” que actualizan disputas en torno a derechos y obligaciones de la pareja– se han procesado en la esfera pública comunal. Muchos ante las autoridades locales y otros, en menor medida, en mecanismos estatales, tales como los Servicios Legales Integrales Municipales y la Policía.

Las mujeres chiquitanas llegan a las autoridades comunales o a las instancias estatales luego de encontrar insatisfactorios los arreglos procurados en las estructuras familiares, ya sea que se trate de la familia nuclear o extensa, que tienden a favorecer al hombre. Debido a las reglas de residencia postnupcial de virilocalidad, las mujeres no suelen recurrir a su propia familia.

En los pueblos y localidades intermedias, en general se encubren los casos de violencia sexual con el argumento de proteger el honor y prestigio familiar, como valor social, por lo cual no se denuncia ante autoridad pública alguna. En algunos casos, la intervención activa de la familia en la gestión del conflicto se manifiesta en “acuerdos o arreglos” que se pueden concretan con el matrimonio de la pareja como forma de reparación.

En muchas situaciones, los hechos de violencia sexual que revisten mayor complejidad, especialmente cuando involucran a niñas, toman carácter público y suelen ser trasladados a la esfera de las autoridades estatales más cercanas, tales como la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, los servicios legales municipales o la Policía.

También en el caso del pueblo trinitario, la construcción del espacio familiar como “privado”, sustrae a esta esfera del control social, disminuyendo el ámbito comunal. La vida familiar se encuentra cada vez más cerrada al control social, de acuerdo a como se amplía el ámbito familiar y disminuye el ámbito comunal, a lo que se añade la mayor presencia de hombres en las instituciones de gobierno y justicia comunal. Por ello, muchas mujeres señalan que añoran los tiempos pasados. Esto explica, de alguna manera, que sólo la mitad de los casos recogidos en el estudio sobre disputas familiares y de pareja haya contado con la intervención de las autoridades comunales del cabildo.

Grupo 2: Pueblos de origen cazador recolector, agricultor/horticultor, nómadas: ayoreode, chimane y sirionó

En el caso de los pueblos chimane y sirionó, los estudios no registran elementos que den cuenta de forma explícita sobre las motivaciones que pueden llevar a las mujeres a plantear problemas y conflictos en la esfera pública, ya sea en su orden normativo o en el ámbito estatal.

Respecto al pueblo chimane, mujeres y hombres chimane confrontan problemas en su acceso a las instancias estatales. Debido a la falta de inscripción al registro civil y, consiguientemente, a las dificultades para obtener documentación personal, hay un déficit de ciudadanía entre los y las integrantes del pueblo chimane que les dificulta, por lo tanto, cualquier acción de reclamo de derechos.

En el pueblo sirionó se puede evidenciar que en general, el procesamiento de los conflictos que involucran a las mujeres –que son mayormente los de violencia conyugal– se da con la intervención de las mujeres y de los familiares.

Los intentos de violación no son denunciados como hechos de violencia, sino como un problema de “irrespeto al derecho de las mujeres para decidir sobre su sexualidad”. Este caso y su calificación, exponen la necesidad de indagar con mayor profundidad las perspectivas de las mujeres al respecto.

En el pueblo ayoreode, el hecho de que las mujeres puedan sacar un conflicto del ámbito privado, familia nuclear y del *jogasui*, para acudir a la institucionalidad estatal, suele estar vinculado a que conozcan la existencia de los mecanismos de atención a los que pueden recurrir. De ahí la posibilidad de que, en el marco de una decisión propia, acudan al servicio legal municipal o a la Policía, aunque esto podría estar en contraposición con sus pautas culturales y referentes normativos, que privilegian la resolución del conflicto en el ámbito del *jogasui* y de redes de parentela.

En situaciones de violencia está presente la noción de la venganza, como una posibilidad que utiliza el agresor. Esto coloca a las mujeres en situación de indefensión, lo que opera en la práctica como un límite cultural al derecho de acudir a la es-

fera institucional del Estado. La frase utilizada por mujeres consultadas “No tengo quién me defienda”, muestra el poder de amenaza que todavía tiene la venganza.

En tal sentido, es posible que para las mujeres el hecho de acudir a las autoridades del propio orden o de la esfera estatal, represente posibilidades para dirimir conflictos en mejores términos. Otros factores que pueden motivar esa acción pueden ser el reconocimiento de su condición de víctima, hacer un daño similar (una especie de represalia), no tener que dejar la comunidad ante un abuso que no afecta sólo a su persona, sino que puede extenderse a otros miembros de su entorno, y la impunidad en que actualmente quedan ese tipo de problemas.

Grupo 3: Pueblos agricultores campesinos: comunidades quechua y aymara

En las comunidades de origen quechua, la posibilidad de plantear problemas de violencia familiar ante instancias externas a lo comunal (como las Brigadas de Protección a la Familia) representa para las mujeres la posibilidad de contar con un espacio para presentar sus demandas y eventualmente hacer reconocer sus derechos. Significa también la posibilidad de desarrollar formas de control internas que retan y desafían a las autoridades comunales, en su debilidad o en su incapacidad para administrar justicia.

Cuando el maltrato es denunciado a las autoridades comunales, en algunos casos se tiene temor a las represalias del cónyuge por verse expuesto públicamente y, con ello, a la amenaza de nuevos episodios de violencia. Desde la perspectiva del ámbito local se teme afectar las relaciones de parentesco establecido entre las familias, al mismo tiempo que debilitar la imagen de su propia unidad familiar. Otro tema relevante a la hora de denunciar hechos de violencia ante las autoridades estatales es el sentimiento de aislamiento emocional y geográfico que experimentan las mujeres. En otros casos, opera el desconocimiento o la falta de información sobre servicios de protección a víctimas de violencia. La falta de recursos económicos para los gastos del proceso o el miedo a enfrentarse a operadores que no hablan su idioma y a quienes deben mostrar golpes y moretones, violando su intimidad, es otra causa que opera contra la denuncia de la violencia.

Los casos que expresan mayor gravedad, como el incesto y la infidelidad, despiertan la reacción de la población y de las autoridades. La infidelidad se convierte en intolerable cuando se torna en un evento público, porque atenta contra el valor del matrimonio y su red de parentesco. En contraste, los hechos de violación no son frecuentemente tratados por las autoridades comunales porque el prejuicio de género adjudica a las mujeres ser las causantes, provocando que las víctimas se inhiban de denunciar y buscar el castigo de los infractores.

En general, el silencio y la falta de denuncia revelan que se trata de una respuesta social antigua ante los prejuicios de la comunidad, pero también refleja la tole-

rancia de las autoridades comunales. Se apela a un mandato de género que prescribe silencio, resignación y culpabilización de las mujeres. El modelo de mujer es aquel que tolera como lo han hecho sus madres, porque romper la privacidad de sus experiencias de miedo es convertirse en transgresoras, en “lleva cuentos, cuento q’epi”.

Por su parte, en el estudio sobre las comunidades aymara, se destaca que muchas mujeres no dan a conocer los problemas conyugales a sus padres ni a otros familiares para evitar las críticas hacia ellas, afirmando, en el extremo, que las agresiones del marido son algo normal en ciertas etapas de la vida de pareja. Al poner en un plano central la honorabilidad y prestigio de la familia, los padres de la agredida y la misma comunidad se hacen cómplices. En ese marco, la culpabilización a la víctima se justifica alegando una supuesta mala conducta de la agredida. Es así que muchas mujeres que sufren violencia conyugal manifiestan que no saben qué hacer, sobre todo cuando son *yuxch’as*, nueras alejadas de su propia comunidad y cuando no quieren “molestar” a los padrinos para que intervengan en los problemas.

La presencia de familiares en los actos de conciliación de la pareja muestra que las mujeres solas no pueden acceder a la justicia comunitaria, siendo importante la negociación y los acuerdos entre ambas familias, representadas por los varones.

f) Interlegalidad y usos diversos de los espacios normativos

Las perspectivas de interlegalidad y de uso estratégico de los espacios jurídicos para abordar los conflictos y las respuestas y acciones de las mujeres indígenas, evita representaciones victimizadas de las mujeres. De acuerdo con Hernández (2003, p. 37) aunque es difícil pensar en resistencia cuando se trata de violencia y sometimiento femenino, la realidad muestra que el hecho de presentar una denuncia y gestionar un caso, constituye en sí mismo un acto de resistencia que es importante reconocer, para no cosificar a las indígenas y negarles capacidad de agencia social.

Por tanto, es importante considerar la capacidad de respuesta de los actores en los espacios de intersección normativa y de entrecruzamiento, donde desaparece la idea del orden local como algo estático y absoluto. La posibilidad de las mujeres de balancear opciones –dentro de los límites que impone su condición social– en espacios de interlegalidad, de acuerdo con Sieder (s/d), indica no sólo un punto de vista sobre códigos y prácticas, sino que también muestra el papel importante que tiene la agencia¹⁵ y las negociaciones sobre significados, identidades y entendi-

¹⁵ La agencia social, entendida no sólo como sinónimo de resistencia a las relaciones de poder, sino también como la capacidad de acción en ciertas relaciones de subordinación; para subvertir normas y prácticas opresivas. En procesos propios de transformación (Textos sobre feminismo poscolonial).

mientos subjetivos de derechos y obligaciones. Es claro, entonces, que los procesos de interlegalidad permiten a las mujeres indígenas hacer un “uso estratégico” de los referentes normativos para reclamar sus derechos, a partir de las ventajas y desventajas que implican (Hernández, 2003, p. 37).

Los momentos de disputa se convierten así en espacios donde se despliegan normatividades, discursos y prácticas y donde se materializa la interlegalidad y los usos estratégicos de los espacios normativos. Orellana (1999, p. 50) explica que en los procesos de resolución de conflictos, las interacciones y entrecruzamientos de normas y prácticas entre los órdenes normativos locales con el sistema jurídico oficial se hacen evidentes “precisamente porque en ellos, los disputantes respaldan sus estrategias en diferentes normas de un repertorio legal plural”.

El análisis de los casos recogidos muestra que en muchas comunidades existen prácticas en su población para moverse entre ambos esquemas de regulación y resolución. Las experiencias de las mujeres indígenas muestran que acuden a las autoridades del orden local y del estatal, en muchos casos, a partir de visiones estratégicas.

Respecto al uso estratégico, Sierra (2000) explica que el cruce de los discursos normativos de género puede ser redefinido desde las respuestas y resistencias de las mujeres, al moverse de modo estratégico justamente en los espacios de interlegalidad, que les posibilita apelar a los referentes estatales o a las normativas locales o indígenas en las coyunturas de resolución de conflictos y disputas. Es así que, de acuerdo con Hernández (2007, p. 329) cuando las normas locales resultan contrarias a sus intereses “recurren al derecho nacional para renegociar sus relaciones, rechazar imposiciones o ganar derechos”. Sierra (2000, pp. 1-2) advierte que no se trata de un campo exento de tensiones, pues la posibilidad de “contradecir resoluciones locales” o de “abrir opciones para disputar derechos en el espacio de la justicia estatal” implica decisiones que pueden poner en tensión los ordenamientos locales.

Haciendo un balance, Hernández (2003) sostiene que las mujeres deben generarse aprendizajes al momento de acudir a la esfera estatal y a sus órdenes locales. Es importante reconocer, por ejemplo, que en los casos de violencia sexual y doméstica, para recurrir al apoyo de la ley, las mujeres necesitan enfatizar su papel de víctimas pasivas. La autora explica que, en el contexto mexicano, en las denuncias ante autoridades comunitarias y de ministerio público, ellas tratan de presentarse como mujeres “buenas”, que cumplen sus “responsabilidades” domésticas, frente a los discursos masculinos que, por lo general, justifican la violencia como forma de disciplinar a sus mujeres. Es decir, la ley y “la costumbre” demandan a las mujeres indígenas que reafirmen sus roles de género, si quieren contar con apoyo.

De igual manera, Chenaut (2001, pp. 15-16) menciona los procesos de las mujeres indígenas que, como sujetos sociales, realizan un uso constante y activo del

derecho (indígena y estatal), como una forma de ejercer su agencia, cuestionando normas locales, reclamando derechos, denunciando formas de violencia y negociando roles de género. Esto manifiesta el carácter dual del derecho: por un lado, ejerce dominación mediante sus formas de sancionar y castigar e imponiendo normatividades, conceptos y categorías. Por otro lado, el derecho se convierte en un medio para reclamar daños y agravios, para resistir determinadas formas de dominación y para reacomodar las relaciones sociales y obtener los derechos y garantías reclamadas.

Las mujeres indígenas están construyendo un discurso propio que se nutre de diferentes registros y tradiciones normativas, y al hacerlo legitiman sus reivindicaciones en el discurso internacional de derechos de las mujeres y derechos humanos; hacen valer la ley del Estado para defender conquistas legales, pero también recurren de manera selectiva a las costumbres para defender sus identidades como mujeres indígenas. Dichos discursos ofrecen repertorios jurídicos que les permiten moverse en territorios distintos para defender sus derechos, según experiencias que, desde contextos distintos, buscan la manera de confrontar la opresión de género en el marco de sus culturas. Así lo revelan ejemplos y procesos en diferentes países de América Latina, especialmente en los nuevos contextos de renovación de la justicia, lo cual está implicando discutir los modelos del derecho y la justicia indígena (Sierra, 2008, pp. 18-19).

Las investigaciones confirman la importancia de los usos estratégicos que realizan las mujeres indígenas, originarias y campesinas, de lo jurídico. Y, al margen de sus resultados, los espacios de disputas y resolución de conflictos en situaciones de interlegalidad expresan sus esfuerzos para redefinir su condición de género, registrando dinámicas contradictorias de avances y retrocesos. Como sostiene Hernández (2007, p. 328), un mayor acercamiento de las mujeres indígenas al derecho estatal puede contribuir a debilitar la jurisdicción del orden normativo local, y por lo tanto se pregunta “¿Cómo apoyar el reconocimiento de un derecho propio sin descartar las posibilidades de tener acceso a la justicia del Estado?”.

Grupo 1: Pueblos agricultores, cazadores y pescadores: chiquitano y mojeño-trinitario

En el estudio sobre la población chiquitana, se pone en evidencia que se reconoce un uso estratégico de los espacios normativos. Eso puede explicar que, por ejemplo, en la mayor parte de los casos de chamanismo –donde se trata el accionar de los chamanes al “provocar enfermedades y causar daño”– éstos no sean llevados a instancias de justicia estatal. Es así que las denuncias de “brujería”, que constituyen uno de los conflictos más comunes en las comunidades chiquitanas, suelen ser atendidas por las autoridades comunales con un procedimiento de

asamblea con presencia pública que considera su gravedad e impacto en el conjunto de las relaciones sociales. Se trata de los casos menos permeados por el recurso al derecho estatal, dada su complejidad y los factores en juego.

Ahora bien, en las coyunturas de resolución de conflictos, donde las mujeres chiquitanas pretenden reclamar por sus derechos vulnerados, se puede encontrar algunos elementos relevantes que ellas sopesan. Especialmente en los problemas que implican violencia conyugal, se percibe que las mujeres recurren, sea de forma paralela o correlativa, a su ordenamiento local y a las instancias oficiales como espacios dónde renegociar relaciones y, eventualmente, garantizar su derecho a vivir sin violencia y coerción.

En general, se advierte que las mujeres chiquitanas acuden al corregidor cuando esa autoridad no está emparentada con su familia afín ni tiene relaciones de compadre, cuando tienen cierta idea del manejo de referentes normativos a desplegarse, o si no es evangélico, en una comunidad con predominio de la religión católica, etc.; acuden a los servicios legales municipales y a la Policía cuando éstas imponen sanciones buscadas por ellas, cuando los maridos reconocen la legitimidad de sus agentes, cuando existe mayor equilibrio en las relaciones de poder en el contexto local y perciben que no serán muy discriminadas. Asimismo, recurren a sus organizaciones políticas intercomunales cuando los hechos de violencia adquieren mayores dimensiones y son reincidentes, porque en muchos casos han encontrado apertura en las dirigentes de género.

Con respecto al esquema estatal, las mujeres no sólo ponderan limitaciones económicas, sino también la caracterización de las autoridades y operadores, relacionada al conocimiento y valoración hacia su cultura y su pueblo. En el caso chiquitano es importante tomar en cuenta que sus organizaciones políticas son parte de las estructuras de gobierno municipal en San Javier y Concepción, lo cual ha generado avances en la condición de su población en esas localidades, más caracterizadas por ser “pueblos mestizos o interculturales”.

En el pueblo trinitario, en el ámbito familiar, opera el control social y la reproducción de los valores, normas y principios del orden normativo local. Al interior del hogar, en orden, la principal figura jerárquica es el padre, seguido de la madre en relación a hijos; los hermanos en relación a hermanas; el marido y la suegra e incluso cuñadas, en relación a la esposa; además de padrinos y madrinan a sus ahijados y ahijadas desde fuera hacia el interior de las familias. Las madrinan y padrinos tienen el mandato de garantizar la buena convivencia de la pareja e impedir malos comportamientos, pudiendo entrar al ámbito privado de la familia, para intervenir en la resolución de los conflictos de la pareja. Las autoridades de los cabildos no intervienen si alguien no denuncia formalmente el caso, o si los problemas que presenta una pareja, una familia, o un individuo, no afectan la vida de la comunidad en su conjunto.

En general, mientras la comunidad está más cercana a los centros urbanos, se registra menor vigencia del orden normativo local, mayores modificaciones y adaptaciones culturales, menor jurisdicción de los cabildos y mayor acceso a los derechos ofertados por el Estado. En ese sentido, las mujeres están más desprotegidas de su propia sociedad y sus autoridades, pero cuentan con mayor capacidad de agencia y posibilidades de acceder a las instancias estatales. Esto muestra mayor debilidad o incapacidad del Estado para facilitar el acceso y ejercicio de los derechos ciudadanos, y habilidad para imponer su orden social y normativo. Así como menor capacidad de adaptación e interlegalidad de los Cabildos Comunales.

Las mujeres, cuando se trata de problemas y conflictos relacionados con la vida personal y familiar, suelen aceptar el orden normativo, incluso cuando restringe sus libertades, dado que el valor central es la protección de la familia, bajo la esperanza que contarán con apoyo y protección familiar y comunal. Mientras que frente a las libertades y acceso en la vida comunal y espacios de participación, consideran que en general han ganado importantes derechos y libertades.

Grupo 2: Pueblos de origen cazador recolector, agricultor/horticultor, nómadas: ayoreode, chimane y sirionó

En el estudio sobre el pueblo chimane se explica que los mecanismos de control social y de resolución de conflictos no se restringen al ámbito comunal, puesto que se da la intervención de las redes de parentesco que conviven en las diferentes comunidades, ampliando su accionar al territorio indígena. Desde esa perspectiva, las mujeres tendrían roles relevantes en los procesos de disputas de tratamiento y resolución de disputas y conflictos, y es en este sentido que se puede hablar de un mayor uso estratégico de su espacio normativo.

Otras situaciones de usos estratégicos del espacio normativo se evidencian en los problemas de maltrato de hombres a sus mujeres –generalmente cuando la residencia es en el lugar del hombre o por el influjo del alcohol, los celos, etc.– cuando éstos son procesados tanto dentro de la familia, como en algunos casos que se remiten a los corregidores y al Gran Consejo Chimane, de acuerdo a la gravedad y reincidencia.

El pueblo chimane necesita dar respuesta a los problemas que surgen en los nuevos contextos que les toca vivir y para los cuales no existen normas o casos en los que los sistemas de control y sanción, creados recientemente, no son suficientes. Es así que en varias comunidades se han concertado algunas normas para regular el abandono y maltrato a las mujeres, pues ello constituye un tema de preocupación para las autoridades y dirigentes. Al respecto, el Gran Consejo Chimane y el Territorio Indígena, en el marco de una estrategia organizativa y territorial sobre su propia base cultural, busca establecer normas y procedimientos, estatutos y re-

glamentos escritos, para que el pueblo y las comunidades chimane resuelvan de mejor manera los conflictos. La decisión de los dirigentes del Consejo Chimane de fortalecer su orden normativo incluye la propuesta de una mayor inserción de las mujeres como autoridades con capacidad y potestad para intervenir en la resolución de disputas y conflictos.

En lo que se refiere al pueblo sirionó, se pueden destacar como situaciones de interlegalidad el hecho de que a medida que los problemas de violencia de género tienden a incrementarse, se torna más frecuente la acción de las mujeres, así como de las autoridades y dirigentes de acudir a instancias estatales, como la Policía y las Defensorías. Aunque en general, las mujeres manejan un repertorio de mecanismos de control y sanción cuando intervienen en el tratamiento de problemas de maltrato y violencia contra la mujer, eventos en los que se involucran para detener la agresión, protegiendo a las mujeres agredidas y/o demandando la intervención de las autoridades sirionó. Esto pone en evidencia los usos estratégicos que realizan las mujeres de mecanismos y modos de proceder de su cultura.

Cuando se registran problemas que involucran a su propia gente y que revisten gravedad, como ocurre en uno de los casos de violencia sexual por un grupo de jóvenes varones sirionó, las autoridades y dirigentes se encuentran ante un conflicto. En un caso concreto solicitaron ayuda a una institución de desarrollo y apoyo a los pueblos indígenas del Beni, para conocer la ley y sus implicaciones. Otros casos de violencia sexual suelen ser remitidos a autoridades urbanas, de la esfera estatal, porque se espera que sean esas instancias las que apliquen una sanción, a pesar del conflicto que ello puede generar al interior de las familias.

El análisis de otro tipo de problemas expone un manejo de estrategias en el orden interno. En el tratamiento de dos casos, uno sobre familia y matrimonio y el segundo sobre aborto, se alude a una “posible manipulación del problema” para ocultar la protección a prácticas y/o valores que no pueden ser fácilmente entendibles por otros, no sirionó. Lo que estaría mostrando “la presión simbólica” en la que actualmente funcionan algunos procesos de resolución de conflictos en las comunidades sirionó.

En el pueblo ayoreode actualmente los conflictos pueden ser atendidos y resueltos en la esfera de la familia nuclear y/o unidad doméstica, especialmente cuando se trata de problemas conyugales, como violencia o separación. Dependiendo de la gravedad, se exponen los problemas para solicitar la intervención de consejeros, padres u otros miembros del *jogasui*. En casos de conflictos mayores –robo, violencia intragenérica e intergeneracional, peleas por drogas y atentados a la integridad personal– se admite la intervención de la red de parentela, lo que puede implicar que se solicite una participación de las autoridades comunales. En algunos casos que afectan a diversas redes de parentela en las comunidades, intervienen autoridades o líderes ayoreode del nivel intercomunal como mediadores que aplican criterios del propio orden.

Si los conflictos no son resueltos en esos ámbitos, las personas afectadas o representantes de su grupo familiar buscan la intervención de la Policía y de las instancias municipales, recurriendo también a las normativas locales, informales en los barrios, y a las del derecho estatal, mediante la presencia de abogados que atienden los casos como representación privada. El obstáculo mayor de las mujeres para denunciar es que temen ser sujetos de una acción de represalia por parte del autor o de miembros de su familia.

Al parecer, las mujeres ayoredie han encontrado en la legalidad estatal, específicamente en las Defensorías y Policía Nacional, una alternativa para disminuir o erradicar la violencia. Acuden también a un lenguaje de derechos, difundiendo entre mujeres y hombres la existencia de sanciones, como la privación de libertad para agresores, que puede implicar la posibilidad de alejamiento de la familia y de la comunidad. Este hecho al parecer tiene fuerza coactiva entre varones ayoreode. Más allá de la debilidad de las instituciones estatales para una eficaz lucha contra la violencia, la red de parentela del agresor, como una forma de eludir la acción de la Policía, se organiza en su defensa, en algunos casos respondiendo con ataques físicos a los policías.

El uso estratégico de los espacios legales plantea las siguientes posibilidades: la intervención de la Policía de la jurisdicción territorial de su zona (comunidades rurales y asentamientos urbanos o periurbanos); la intervención de los servicios legales municipales, Defensoría de la Niñez y Adolescencia; buscando el acompañamiento y apoyo de sus equipos interdisciplinarios para la atención de conflictos; y la intervención de abogados/as no indígenas que, en su calidad de profesionales, asumen la defensa o patrocinio llevando los casos, cuando corresponde, a la jurisdicción ordinaria y según la materia.

La Policía se percibe como una institución a la que se puede recurrir, por lo cual adquiere un papel relevante. Las personas buscan apoyo para resolver sus conflictos, sin considerar los resultados del accionar policial, que generalmente no son positivos. Al parecer, la figura del policía es apropiada ante la necesidad de contar con una entidad que combine una imagen de autoridad y de imposición de sanción.

En algunos casos las mujeres ayoredie acuden a abogados privados que generalmente no pueden pagar. Por otra parte, los costos de los procedimientos y la deficiencia de los servicios son identificados como obstáculos para recurrir a la esfera estatal. Las interacciones con los operadores también son complejas porque se producen en el marco de relaciones de poder y de discriminación, pautadas desde marcos culturales diversos y escasamente compartidos.

Grupo 3: Pueblos agricultores campesinos: comunidades quechua y aymara

En las comunidades de origen quechua existen mecanismos, formas de resolver problemas e instituciones que dan cuenta de las situaciones de interlegalidad y

de usos estratégicos desde las mujeres. Por ejemplo, en el ámbito económico y de acceso a recursos, la compra como forma de adquisición de tierras contiene mecanismos que entrelazan los espacios. Las tierras adquiridas a través de la compra y venta, por lo general, cuentan con alguna documentación proveniente del sistema oficial o están registradas en los libros de actas de las comunidades. La titulación se otorga a nombre de ambos cónyuges, titulación conjunta que tiene la ventaja de debilitar la noción de jefatura única masculina y fortalecer la idea que marido y mujer representan a la familia y que ambos pueden administrar esa propiedad.

Respecto a los usos estratégicos de los espacios, existen problemas que son resueltos en la familia, como una primera instancia. Por ejemplo, algunos conflictos de tierra, como se dan generalmente entre familiares o parientes, primero tratan de ser arreglados internamente. Las separaciones o disputas conyugales, de igual manera se gestionan en el ámbito interno, a menos que uno de los cónyuges no pertenezca a la comunidad y prefiera presentar una denuncia al sindicato. En estos últimos casos se destaca la figura de los padrinos, que en tanto garantes de la estabilidad de la pareja ejercen las funciones de consejeros y mediadores en los conflictos, estando facultados para reprender a los cónyuges, e incluso castigarlos físicamente, de acuerdo a la falta.

Cuando las formas locales de resolución de conflictos no funcionan para las mujeres, especialmente en los problemas de violencia, a pesar de las dificultades, las mujeres recurren a la legalidad estatal, los servicios legales municipales o las Brigadas de Protección a la Familia, como referentes alternativos para disputar derechos y negociar nuevos órdenes de género. Lo importante de ese ejercicio de interlegalidad es reconocer la capacidad de las mujeres para valerse de otros órdenes jurídicos y cuestionar las costumbres, a tiempo de poner límites a la violencia. Si bien la interlegalidad reconoce opciones para manejar los conflictos y generar alternativas en defensa de las mujeres, usos estratégicos, tanto el derecho estatal como el orden comunal están impregnados —en sus normas y en sus prácticas— de ideologías de género. En ambos casos, las mujeres enfrentan situaciones de dependencia y subordinación, no solo genéricas, sino también de clase y étnica, cuando se amplía el rango de la comunidad.

En lo que respecta a las comunidades aymara, aunque no se cuenta con elementos sobre los procesos de interlegalidad, se puede señalar de manera general, que los problemas en la esfera económica son los más permeados por dinámicas de entrecruzamiento e intersección entre los órdenes normativos locales y el estatal. Por ejemplo, en un caso se recurre a respaldar el proceso con certificados de salud del sistema público, el mismo que sirve para evidenciar los daños sufridos por la mujer y establecer la reparación, que consistió en pagar su curación.

En otras transgresiones de carácter económico, tales como invasión de terrenos linderos o disputas sobre tierras, las autoridades buscan su resolución median-

te el careo entre las partes y la determinación de sanciones. La importancia de “arreglar de a buenas” pretende evitar que el conflicto se agudice y se obtenga armonía entre las partes, dándose una conciliación con compromisos y reprimendas.

4. A modo de conclusión

A partir del proceso de investigación desarrollado se plantean algunas propuestas y sugerencias con el objetivo de aportar al avance del ejercicio de derechos de las mujeres indígenas, campesinas y originarias. Éstas se derivan tanto de los debates e intercambios entre las investigadoras, como de las visiones y demandas formuladas por las mujeres indígenas, campesinas y originarias que fueron parte del proceso, respecto al reconocimiento y protección de sus derechos dentro de sus respectivos órdenes normativos, en situaciones de interlegalidad y en articulación con el derecho estatal.

En lugar de plantear medidas programáticas en ámbitos precisos o responsabilidades institucionales, las propuestas que siguen son de carácter conceptual y político, para aportar a la reflexión, el debate, la incidencia, la negociación. En el actual contexto que vive el país es particularmente relevante que las mujeres indígenas, campesinas y originarias puedan contar con mayores elementos para encarar el proceso de discusión y diseño de la legislación y la política pública que tendrá que desarrollar los principios sobre la jurisdicción indígena originaria campesina, reconocida hoy con rango constitucional.¹⁶

Hay un conjunto de problemas que es necesario debatir y profundizar desde perspectivas críticas y análisis interdisciplinarios. Entre ellos, las cuestiones vinculadas con la cultura, el género y su relación con el poder y el derecho, los contextos de cambio y las visiones vinculadas con los derechos de las mujeres.

Es necesario encarar el desafío de reflexionar con mayor profundidad la relación entre la cultura como ámbito de construcción de las identidades de género y los derechos de las mujeres. En tal sentido, en el marco del respeto por la autonomía de los pueblos indígenas, es importante promover un análisis de las bases políticas, económicas y filosóficas en las que se insertan las relaciones de género y de poder en los pueblos y comunidades indígenas, en tanto impactan en los procesos y mecanismos de resolución de problemas y conflictos que enfrentan las mujeres. Esto también implica asumir un rol protagónico en la re-definición, y en algunos casos, construcción de conceptos, principios, valores y prácticas, recuperando elementos de sus culturas, resignificándolos, o mediante la apropiación de otros referentes normativos, en el marco de la interlegalidad.

¹⁶ Artículos 191 a 193 de la Constitución Política del Estado.

Las diversas realidades de vida de las mujeres indígenas, en términos de las dificultades y problemas que enfrentan para demandar sus derechos en el interior de sus propios ordenamientos normativos, ratifican el esfuerzo de pensar la diversidad considerando también sus propias visiones y perspectivas, para discutir los retos que demanda en hombres y mujeres un pluralismo jurídico que las considere en esa diversidad y que dé respuestas a sus planteamientos y demandas de equidad de género.

Los planteamientos relativos a la descolonización de la sociedad y del Estado demandados por los movimientos indígenas, campesinos y originarios son compartidos por las mujeres, quienes reivindican un tipo de ciudadanía que no implique discriminación y menosprecio por su condición étnica. Estos planteamientos se articulan a las interpelaciones y demandas que ellas también realizan al interior de sus pueblos y comunidades, cuando reclaman mayores márgenes de libertad y autonomía, y rechazan algunas prescripciones y prácticas culturales que las limitan y que, en muchos casos, promueven mecanismos de control y violencia sobre sus opciones y decisiones.

Para hablar sobre las construcciones de género y la condición de las mujeres indígenas, es fundamental referirse a procesos históricos y a contextos de cambio, considerando que esas construcciones se dan en el marco de confrontación y encuentro de culturas y prácticas, por lo cual no es posible ignorar la marca de relaciones coloniales y otros órdenes de poder.

El análisis en mayor profundidad sobre la base cultural y los procesos históricos de los pueblos permite mostrar y comprender situaciones donde las mujeres indígenas no encuentran respuestas ni en sus ordenamientos normativos ni en la esfera del derecho y la institucionalidad estatal. Éste es el caso de problemas vinculados con la violencia de género en el pueblo ayoreode, donde las mujeres carentes del apoyo de una red extensa de parentesco no logran resoluciones favorables ni internamente ni en instituciones como la Policía, que no entiende esta cultura. O como en el caso chiquitano, donde la fuerte vigencia de una base ideológica católica ayuda a comprender las estrictas regulaciones y prohibiciones morales sobre las mujeres.

Por otra parte, las dinámicas de cambio, los crecientes procesos de diferenciación social, la migración y los efectos de una cada vez mayor integración de las comunidades a los espacios regionales y nacionales, impactan en los roles de género y obligan a redefinir normas y costumbres tradicionales. Las mujeres perciben que las reglas para la conformación de parejas y matrimonios se han ampliado y cada vez dependen más de sus decisiones, o la existencia de un mayor número de indígenas que se insertan en relaciones laborales en los contextos urbanos. Sin embargo, estos procesos implican necesariamente mayores espacios de libertad o de ventajas para las mujeres.

Las realidades de las mujeres indígenas, campesinas y originarias en los contextos urbanos, que en muchos casos se caracterizan por su configuración multi e intercultural, cuestionan visiones que asimilan lo indígena al ámbito rural. En los escenarios urbanos, las mujeres despliegan estrategias para lograr su reconocimiento como sujetos de derecho, con resultados que no siempre muestran eficiencia o éxito. En los contextos ciudadanos, muchos/as integrantes de las nuevas generaciones incorporan como referentes las instancias y mecanismos estatales y no sus propias estructuras, que en muchos casos confrontan problemas de legitimidad y de ajuste a las nuevas realidades, ello se evidencia en el caso de los pueblos reunidos en el Grupo 1, pueblos de origen cazador, recolector nómada.

En este contexto, resulta clara la necesidad de profundizar espacios de debates plurales para pensar desde la perspectiva de los derechos e intereses de las mujeres, los mecanismos de cooperación y coordinación intercultural en el funcionamiento de la jurisdicción indígena y de la jurisdicción ordinaria, de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política del Estado. Existen valores y procedimientos compartidos tanto por los agentes de los ordenamientos locales como por los operadores de las instancias estatales. Por ejemplo, en ambos espacios, la utilización de pautas y mecanismos procedimentales, como la reconciliación en los problemas y disputas de violencia hacia las mujeres en las relaciones de pareja, y la práctica de promover el resarcimiento de daños y de acuerdos internos para hechos de violencia sexual, generan impunidad y desprotección en las víctimas. El carácter leve de las sanciones es otro aspecto cuestionado también por las mujeres, tanto en su orden local como en el derecho estatal.

Muchos derechos de las mujeres se realizan a nivel de lo individual, es decir, aun siendo de carácter social, su titularidad es individual, de allí que pueden existir tensiones en cuanto a su reconocimiento y ejercicio en espacios donde las mujeres no gozan del mínimo nivel de autonomía personal, más aún en aquellas esferas donde el peso de lo colectivo y lo comunal es predominante. Entre los nudos centrales de esta discusión se encuentran especialmente el problema de la violencia contra la mujer, los usos políticos de la cultura y las tensiones entre derechos individuales y derechos colectivos.

A partir de estas observaciones pueden plantearse algunas propuestas tentativas que sirven para orientar estrategias en torno a posibles mecanismos y acciones de articulación entre el sistema judicial del Estado y los órdenes normativos de pueblos indígenas. Estas estrategias se ordenan alrededor de diversos ejes: la creación de mecanismos de coordinación intercultural; la relevancia de contar con mujeres en ámbitos de resolución de conflictos; la capacitación, el impulso por una normatividad escrita en las comunidades, y los retos que el proceso enfrenta.

La apuesta por una articulación entre el derecho estatal y los ordenamientos normativos de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico y el reco-

nocimiento a la interlegalidad, permite superar el discurso esencialista que define la cultura y sus órdenes jurídicos como núcleos duros, para plantear las posibilidades de diálogos y mecanismos interculturales, que permitan avanzar en las demandas de los pueblos indígenas y en el fortalecimiento de los derechos colectivos e individuales de las mujeres. Es importante considerar estrategias y acciones para que en los procesos de articulación, las normatividades y reglas que reconocen derechos y libertades a las mujeres indígenas en sus pueblos y comunidades, puedan ser recuperados, fortaleciendo de esa manera al derecho estatal. De igual manera, los ordenamientos locales podrían incorporar a su repertorio, normas y leyes que protegen los derechos de las mujeres, hecho que ya está sucediendo en la práctica. Las agendas de las mujeres indígenas tendrían que incorporar el análisis de mecanismos que les permitan participar en instancias estatales a las que ellas suelen recurrir en demanda de protección a sus derechos, especialmente aquellas que se encuentran en el nivel municipal. Por ejemplo, la conformación de consejos asesores y consultivos de mujeres en los Servicios Legales Integrales Municipales (SLIM) y en las Defensorías de la Niñez y Adolescencia.

Por otra parte, en los pueblos y comunidades incluidos en el trabajo de campo existe un importante consenso en torno a la necesidad de impulsar una mayor participación de las mujeres indígenas en el ejercicio de cargos de autoridad que tienen como competencia la resolución de conflictos y disputas. Los criterios para ocupar esos cargos en general están vinculados a atributos que refieren a un capital simbólico, que suele ser portado por los hombres, tales como “tener carácter, hacerse respetar, hablar en público, saber castellano...” Es una tarea pendiente incidir también en la definición de esos criterios, proponiendo la recuperación de saberes y conocimientos que tradicionalmente las mujeres manejaron y que les proporcionaban prestigio en sus sociedades.

El fortalecimiento de las capacidades de las mujeres es un asunto estratégico para promover y defender sus derechos. Muchas mujeres indígenas requieren fortalecer sus capacidades para incidir en la promoción de sus derechos, tanto dentro de sus culturas y sociedades, como en los espacios externos a las mismas. Por tanto, parece relevante promover y apoyar procesos organizativos y de reflexión sobre temas vinculados con derechos humanos, cultura, costumbres, violencia de género, procedimientos y sanciones.

También es importante la capacitación en el conocimiento y manejo del marco institucional y normativo del Estado, puesto que para las mujeres de varios pueblos, los derechos reconocidos en la legislación, e incluso en los instrumentos internacionales de derechos humanos son convocados y utilizados para limitar el ejercicio de la autoridad masculina familiar/conyugal.

Por otra parte, muchas comunidades ya cuentan con reglamentos escritos donde han incorporado sus normas y valores culturales y que mayormente regulan te-

mas de uso y acceso a los recursos naturales. Se evidencia que en muchos casos, la normativa escrita es una necesidad política, aunque muchas normas no están orientadas a regular la vida y las relaciones sociales cotidianas. Aunque se identifican los riesgos que puede implicar registrar por escrito normas y valores indígenas, que tienen carácter histórico, siendo dinámicas y flexibles, también se resaltan sus ventajas y posibilidades. Es decir, los procesos de elaboración y construcción de esos mecanismos pueden ser una oportunidad para que las mujeres incorporen allí sus demandas y requerimientos, desde la perspectiva de sus derechos y considerando los procesos y situaciones de interlegalidad. Por otra parte, ello podría dar lugar a controlar posibles criterios discrecionales y de ejercicio de poder, que eventualmente puedan adoptar sus autoridades.

Se sugiere tomar en cuenta en los procesos de análisis, debate y reflexión los temas vinculados al reconocimiento de principios y mecanismos de garantía para la defensa dentro de los ordenamientos locales y la jurisdicción indígena. No se trata de “codificar” prácticas y dinámicas flexibles, sino definir y establecer principios generales referidos especialmente a las instituciones y los procedimientos. De igual manera, es recomendable discutir con mayor profundidad el tema de las sanciones, desde las perspectivas e intereses de las mujeres, y no asumir *per se* medidas que muchas veces vulneran la dignidad de las personas.

Desarrollar en mayor profundidad la discusión sobre los derechos de las mujeres, especialmente aquellos que hacen a sus decisiones sexuales y reproductivas, es uno de los principales retos a superar. En ese sentido, es fundamental atender de manera diferenciada y específica las nuevas situaciones, como por ejemplo, lo relativo a la condición de la juventud indígena, para que se pueda dar respuesta a esas situaciones con creatividad, legitimidad y eficacia.

Considerar en el debate sobre el derecho y la jurisdicción indígena, las diversas realidades de los pueblos indígenas del país, pues sin perder su esencia de pueblos indígenas, tienen sus propias realidades históricas, cosmovisión, sistema económico, etc. Existen pueblos que tienen al interior muchas comunidades; otros que viven situaciones de mayor vulnerabilidad; existen territorios con población de campesinos colonizadores y pueblos indígenas y otros pueblos en proceso de recuperación de sus identidades.

En el proceso de investigación ha quedado puesto en evidencia la necesidad de encarar nuevos estudios e investigaciones a temas diversos que permitan comprender la relación entre género, poder y legalidad, en el contexto de las dinámicas económicas, políticas y sociales de sociedades multiculturales e interculturales. Nuevas investigaciones, con sólida base conceptual y empírica, pueden ser de utilidad para orientar estrategias futuras.

Las tensiones entre el reconocimiento y la protección a valores, principios y libertades individuales frente a propuestas que resaltan el carácter comunal y colec-

tivo, es un asunto que amerita mayor reflexión e investigación. Es decir, la relación entre la universalidad de derechos y el reconocimiento de las diferencias, aun entre mujeres. El develamiento de mecanismos de ejercicio de poder en los ordenamientos normativos indígenas y en la esfera del derecho estatal constituye un tema que requiere mayores investigaciones, desde la antropología jurídica, tanto en áreas rurales como en espacios de lo urbano.

BIBLIOGRAFÍA

- Adonon Viveros, Akuavi (2007). "Estado, derecho y multiculturalismo. Un enfoque de antropología jurídica en México", en *V Congreso Europeo de latinoamericanistas. Derecho, sociedad e interculturalidad en América latina: Cambios y perspectivas*. Bruselas, CEISAL. Disponible en <www.resau-amerique-latine.fr/ceisal-bruxelles>.
- Barbieri, Teresita (s/f). "Certezas y malos entendidos sobre la categoría de género". Disponible en <www.psicosocial.net/index.php?option>.
- Blondet Oliart, Patricia (s/f). "Las mujeres y el género", en Marta Fort Brescia y Moisés Lemlij (eds.), *En el umbral del milenio. Investigaciones preparatorias para la conferencia*. Volumen IV, Lima, Prom.
- Bonan, Claudia y Virginia Guzman (s/f). "Aportes de la teoría de género a la comprensión de las dinámicas y los temas específicos de asociatividad y participación, identidad y poder". LUGAR (mimeo).
- Chenaut, Victoria (2001). *Género y antropología jurídica en México*. CIESAS, LUGAR.
- (2004). "Prácticas jurídicas e interlegalidad en el distrito judicial de Papantla Veracruz", en María Teresa Sierra y Miguel Ángel Porrúa (eds.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*. CIESAS, LUGAR.
- (2006). "Dinámicas familiares y disputas por la tierra entre los totonacas de Veracruz, México". Disponible en <www.mpl.ird.fr/colloque_foncier/Communications/PDF/Chenaut.pdf>.
- Galvan, Vivian (2005). "Representaciones del cuerpo e identidad de género y étnica en la población indígena del norte de Chile", en *Estudios Atacameños*, núm. 30 (pp.135-148).

- Harvey, Penélope (1989). "Participación política de la mujer en pueblos andinos", en *Biblioteca Virtual de Ciencias Sociales. Documentos de Trabajo*, núm. 33 (Serie Antropología núm. 9). Lima, Instituto de Estudios Peruanos. Disponible en <www.cholonautas.edu.pe/>.
- Hernández, Rosalía A. (2003). "El derecho positivo y la costumbre jurídica: Las mujeres indígenas de Chiapas y sus luchas por el acceso a la justicia", en Marta Torres Falcón (comp.), *Violencia contra las mujeres en contextos urbanos y rurales*. México, El Colegio de México, Programa Interdisciplinario de Estudios de la Mujer.
- Hernández, Rosalía A. (2007). "Por los entrecruces del género, la justicia y la legalidad en tierras indígenas", en Revista *Desacatos*, núm. 23, enero-abril (reseña al libro *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas, op.cit*).
- Inksater, Kimberly (2006). "Resolviendo tensiones entre Derecho Indígena y Normas de Derechos Humanos a través del pluralismo juri-cultural transformativo". Ottawa, Estudio de Post Graduado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Ottawa (versión en inglés).
- Lachenal, Cécile (s/f). "Jurisdicción indígena e interlegalidad en Talea de Castro, Sierra Juárez de Oaxaca". Disponible en <www.cemca.org.mx/UserFiles/Jurisdiccion_ind_gena_e_interlegalidad.pdf>.
- Lamas, Marta (1996). "Usos, dificultades y posibilidades de la categoría de "género", en Marta Lamas (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. México, PUEG.
- Molina, Ramiro, Ana Arteaga (2008). "¿Dos racionalidades y una lógica jurídica? La justicia comunitaria en el altiplano boliviano". La Paz, EDITORIAL.
- Orellana H., René (1999). "Re-pensando: Propositiones y conceptos sobre el derecho consuetudinario", en *Artículo Primero*, año 3, núm. 7, mayo-diciembre, Santa Cruz de la Sierra.
- (2003). "Prácticas judiciales en comunidades indígenas Quechuas", en *Justicia comunitaria en los pueblos originarios de Bolivia*. Sucre, editorial.
- (2004). "Interlegalidad y campos jurídicos. Discurso y derecho en la configuración de órdenes semiautónomos", en *Comunidades Quechuas de Bolivia*. Cochabamba, Huella Editores.
- Roberts, Simón (1994). "Law and dispute processes", en Tom Ingold (ed.), *Companion Encyclopedia of Anthropology, culture and social life*. Londres, Routledge.
- Santos, Boaventura de Sousa (2003). "Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia", en 18 *Derechos Humanos y desarrollo*. Volumen I, *Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer.
- Scott, Joan (1996). "El género: una categoría útil para el análisis histórico", en Marta Lamas (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual, op.cit*.

- Sierra, María Teresa (1997). "Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas", en *Alteridades*, UAM (pp. 131-143).
- (2000). "Hay derechos humanos en Zacapoaxtla. Género, legalidad y derechos en la sierra norte de Puebla", en *XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos en el Tercer Milenio*. Arica, Universidad de Chile-Universidad de Tarapacá,
- (2008). "Mujeres indígenas, justicia y derechos: los retos de una justicia intercultural", en *Revista de Ciencias Sociales Iconos*, núm. 31, Quito.
- Stavenhagen, Rodolfo (1990). *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México, Instituto Indigenista Interamericano - Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

ESTRATEGIAS DE LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO PARA EL AVANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS SISTEMAS DOMÉSTICOS DE DERECHO*

Vinodh Jaichand

Basado en el tema del coloquio “El Estado de derecho y la construcción de la paz”, este ensayo ha sido esbozado desde la perspectiva de una organización no gubernamental nacional que se ocupa de la legislación referida a los derechos humanos. Las observaciones parten de una premisa: para avanzar en el campo de los derechos humanos es necesario acudir a los tribunales, a fin de elucidar qué entienden por derechos humanos para grupos de personas. Se toman como referencias ciertas experiencias recientes ocurridas en Sudáfrica, algunas de las cuales no son necesariamente exclusivas de este país.¹

Mucho se ha dicho en este coloquio sobre el desarrollo de la legislación internacional y la utilización de sistemas regionales de derechos humanos. En resumen, se puede decir que ha habido una evolución gradual de esta legislación que pasa de los sistemas internacionales a los regionales. Cuando las normas internacionales y regionales de derechos humanos se internalizan por medio de su incorporación en el sistema doméstico, se abre un campo fértil para el litigio de interés público.²

* Traducción de Miriam Osuna.

¹ El litigio de interés público está bien establecido en Estados Unidos, Canadá y la India, por ejemplo. En relación con la experiencia de la India, véase “Circle of Rights” en <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/circle/justiciability.htm>. [Consulta: 15 de abril de 2004]

² Es interesante notar que “el sistema internacional tuvo un mayor impacto donde las normas de los tratados fueron incorporadas a la ley nacional de forma más o menos espontánea (por ejemplo, como parte de la reforma constitucional y legislativa), y no como resultado del cumplimiento de la norma (por informes individuales, quejas, o procedimientos de investigación confidencial)”. Christof Heyns y Frans

La expresión “litigio de interés público” ha sido definida como “una acción legal iniciada en un tribunal para exigir la aplicación del interés público o interés general, en casos en que el público, o un grupo de personas de la comunidad, tiene algún interés económico o de otro tipo, con relación al cual sus derechos o sus responsabilidades legales fueron afectados”.³

El Simposio sobre Derecho de Interés Público,⁴ realizado en Durban, adoptó una visión más amplia de este campo del derecho, definiéndolo en términos de lo que no es: no se trata de derecho público, ni de derecho administrativo, ni de derecho penal, ni de derecho civil. La denominación fue empleada para designar una forma de trabajar con la ley y una actitud ante la ley. Se advirtió sobre el hecho de que llevar a los tribunales casos seleccionados no es la única estrategia de interés público, y que es posible incluir la reforma de la legislación, la educación legal, la alfabetización y la prestación de servicios jurídicos. No es un terreno reservado a los abogados, pues puede incluir actividades de lobby, investigación, defensa de intereses y educación en derechos humanos. Por último, el litigio de interés público constituye una tentativa expresa de legitimación en ese campo, que atribuye significado y contenido tangibles a los derechos humanos.

1. El contenido de la estrategia

El derecho es muchas veces intimidatorio y desconcertante, y pareciera que nunca ve las cosas desde el punto de vista de los marginados, los vulnerables o los indigentes. La mayoría de la gente piensa que la ley está de su lado cuando los tribunales se pronuncian a favor de sus derechos, lo que fortalece la creencia de que los derechos humanos constituyen una realidad tangible. “Para crear tal sentido de inclusión se necesitan muchas cosas, incluso un *marketing* agresivo del concepto de justicia para los pobres”, dice un crítico.⁵ Además, el éxito en los tribunales representa una significativa contribución para apoyar ese *marketing*, porque los marginados, los vulnerables y los indigentes se acostumbraron a la idea de que serán siempre derrotados.

Viljoen, “The Impact of the United Nations Humans Rights Treaties on the Domestic Level”, en *Human Rights Quarterly*, 23, 2001, pp. 483-486.

³ *Black's Law Dictionary*.

⁴ Realizado entre el 29 de junio y el 8 de julio de 1997 en la Universidad de Natal, Durban, Sudáfrica, con el auspicio del Public Interest Law Initiative, Columbia University, y patrocinado por la Ford Foundation y el Open Society Institute. Véase <<http://www.pili.org/publications/durban/preface.html>>. [Consulta: 15 de abril de 2004]

⁵ Hernando De Soto, “The Economist versus the Terrorist” (2003), en <http://www.economist.com/people/displayStory.cfm?story_id=1559905>. [Consulta: 15 de abril de 2004]

Un buen punto de partida en lo que se refiere a la estrategia en litigios judiciales de real interés público puede encontrarse en el juicio que opone al ministro de Salud y otros, a la Campaña de Acción para el Tratamiento y otros⁶ en el Tribunal Constitucional de Sudáfrica. El análisis de la estrategia empleada puede ayudar a formular una lista de los temas y de los interesados que es necesario atender para que la acción resulte exitosa. Un método simplista de división podría ser analizar al “público”, como representante de la opinión general; al “interés público”, en cuanto plataforma jurídica; y, finalmente, al “litigio”, en relación con las cuestiones legales presentadas al tribunal y sus resultados.

El público

La Campaña de Acción para el Tratamiento convirtió la actitud del gobierno en relación con el tratamiento de los pacientes portadores del VIH en una cuestión nacional.⁷ Movilizó organizaciones no gubernamentales sensibilizadas por la indiferencia del gobierno ante las personas que sufren el sida, capitalizando la incapacidad del Estado para articular una postura coherente frente a la enfermedad.⁸

Un gran número de ciudadanos interesados salieron a la calle para mostrar su disconformidad con la actitud oficial.⁹ Los portadores del VIH fueron vistos como víctimas de la incapacidad del gobierno para hacer frente a la enfermedad.

En consecuencia, cuando un agente de la Campaña de Acción para el Tratamiento introdujo clandestinamente en el país medicamentos genéricos contra el sida por una fracción del precio de venta habitual, las amenazas de hacerle juicio cedieron lentamente ante lo que parecía ser el gesto de un individuo intrépido decidido a mostrar la hipocresía del sistema.¹⁰ En una acción anterior, la Campaña de

⁶ *Minister of Health et al. vs. Treatment Action Campaign et al.* Caso número CCT 8/02; 2002 (5) SA 721 (CC); 2002 (10) BCLR 1033 (CC).

⁷ Se informó que el presidente Thabo Mbeki había cuestionado la relación entre VIH y sida, lo que parece haber tenido impacto sobre el programa de combate a la enfermedad por parte del Ministerio de Salud.

⁸ “Las autoridades de salud y el presidente Thabo Mbeki fueron el centro de las críticas por no haber reconocido la magnitud de un problema que podría devastar la población, según algunos pronósticos médicos.” Claire Keeton. “South African Government Ordered to Provide Nevirapine”, en <<http://www.q.co.za/2001/2001/12/14-tacwins.html>>. [Consulta: 15 de abril de 2004]

⁹ Sally Sara, de Australian Broadcasting Corporation, registró una de las muchas manifestaciones, el 27 de noviembre de 2001, cuando habría una audiencia sobre el tema en el Supremo Tribunal de Pretoria: “Los manifestantes traían cruces blancas en memoria de las personas que ya habían muerto como consecuencia de la epidemia [...]”.

¹⁰ Sobre la vida de Zackie Achmat se hizo la película *It's My Life*. Véase <<http://www.q.co.za/2001/2001/11/28-STEPSzachie.html>>. [Consulta: 15 de abril de 2004]

Acción para el Tratamiento se había opuesto, junto con el gobierno, a la demanda promovida por la Cámara de la Industria Farmacéutica para bloquear una legislación de apoyo a los medicamentos genéricos y más baratos. Bajo presión, la Cámara retiró su demanda del tribunal. Uno de los dirigentes de la Campaña, que también es seropositivo, rehusó tomar medicamentos antirretrovirales hasta que éstos estuvieran a disposición de todos, en hospitales públicos y clínicas. La Campaña de Acción para el Tratamiento continuó cuestionando el letargo del gobierno, ahora apoyada en el “interés público”.

El interés público

Surgió entonces un caso judicial ideal para ser capitalizado por la Campaña de Acción para el Tratamiento: la incapacidad política del gobierno para proveer a los establecimientos públicos de salud la Nevirapina, un antirretroviral altamente recomendado, usado para reducir la transmisión de madre a hijo. El medicamento estaba disponible nada más que en dos lugares por provincia. Y las víctimas de esta política estatal insensible eran inocentes bebés. Al juzgar una acción promovida en el Supremo Tribunal de Pretoria, el 14 de diciembre de 2001, el juez Chris Botha determinó que era un deber del gobierno proveer Nevirapina a las mujeres embarazadas seropositivas. El gobierno apeló esta decisión en distintas instancias, hasta que el Tribunal Constitucional examinó el caso el 2 y 3 de mayo de 2002. El “interés público” ganó relevancia por la aparente incapacidad del gobierno de aceptar la derrota con un mínimo de elegancia.

El litigio

En relación con el “litigio”, la Campaña de Acción para el Tratamiento reunió a los mejores especialistas jurídicos en el abordaje de los derechos sociales, que en muchos países ni siquiera se consideran derechos. La campaña contó con el apoyo de varias ONG: Legal Resources Centre, Child Rights Centre, Community Law Centre,¹¹ Institute for Democracy in South Africa y Cotlands Baby Sanctuary. Los

¹¹ Una nota de prensa emitida por el Community Law Centre el 30 de abril de 2002, afirmaba que “creían que las mujeres embarazadas infectadas por el VIH tienen derecho al tratamiento sobre la base del derecho esencial de que todos deben tener acceso a un nivel básico de asistencia médica, incluso de medicina reproductiva, congruente con la dignidad humana. Los ricos gozan automáticamente de ese servicio, pero los pobres sólo pueden disponer significativamente de él si el Estado lo suministra gratuitamente. Los niños también tienen derecho a la asistencia médica necesaria para reducir el riesgo de transmisión del VIH por parte de la madre”.

tres últimos eran *amici curiae*, o sea, especialistas designados para elucidar problemas técnicos ante el tribunal en base a sus conocimientos.¹² Tras la victoria de la Campaña de Acción para el Tratamiento en la Suprema Corte, el gobierno apeló ante el Tribunal Constitucional. Éste, por su parte, falló a favor de la Campaña de Acción para el Tratamiento declarando que el programa del gobierno para evitar la transmisión de madre a hijo era inadecuado.

2. Los resultados más amplios del juicio

El Tribunal consagró otros varios principios importantes en el juicio de la Campaña de Acción para el Tratamiento, que serían igualmente valiosos para los marginados (víctimas del sida), los vulnerables (hijos y madres) y los indigentes (personas pobres que no pueden pagarse el tratamiento). Estos principios podrán usarse en otros casos futuros. El Tribunal Constitucional, la corte más alta del país, reiteró¹³ su poder de juzgar en casos referidos a los derechos sociales porque la Constitución le concedió tal poder. Dijo incluso que, en el debate sobre la separación de los poderes, estaba autorizado a examinar el problema aunque hubiese implicaciones financieras.¹⁴ Ya antes, el Tribunal Constitucional había aplicado el criterio de razonabilidad a derechos sociales en cuestión, en el caso *Grootboom*.¹⁵

Las formas y el contenido precisos de las medidas a ser adoptadas son fundamentalmente una cuestión de competencia de los poderes legislativo y ejecutivo. Estos deben, con todo, asegurar que las medidas adoptadas sean razonables. Un tribunal que examine la razonabilidad no inquirirá sobre si se hubieran podido adoptar medidas más deseables o favorables o si el dinero público hubiera podido ser mejor usado. El problema se resume a determinar si las medidas tomadas fueron razonables. Es necesario reconocer que el Estado puede adoptar una amplia variedad de medidas para cumplir sus obligaciones. Muchas de ellas se ajustan a la exigencia de razonabilidad. Una vez demostrado que tales medidas lo hacen, esa exigencia se dará por cumplida.

¹² La Comisión de los Derechos Humanos, citada originalmente en este caso como *Amicus*, “brilló por su ausencia, de hecho, bajo alegaciones de que se había retirado por presión del gobierno”, según la doctora Rachel Murray del Birkbeck College de la Universidad de Londres. Véase “Is the hrc Playing Fair?” de Michael Morris, en <<http://allafrica.com/stories/200303210601.html>>. [Consulta: 15 de abril de 2004]

¹³ *Soobramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 (1) SA; 1997 (12) BCLR 1969 (cc) y *Government of the Republic of South Africa et al. vs. Grootboom et al.* 2001 (1) SA (cc); 2000 (11) BCLR 1169 (cc).

¹⁴ Véase nota 19.

¹⁵ Véase nota 14, párrafo 41.

Se suele considerar que los temas de política social pertenecen a la esfera de actuación del Poder Ejecutivo.¹⁶ El Tribunal Constitucional advirtió sobre el hecho de que la mayoría de sus decisiones tiene alguna implicación financiera. En el caso Grootboom,¹⁷ el Tribunal reafirmó lo que había dicho anteriormente:¹⁸ si se ordenara la asistencia jurídica a un individuo acusado, como derecho civil, esto también tendría una implicación financiera.

El juez Albie Sachs, uno de los once jueces del Tribunal Constitucional, en una conferencia titulada “La aplicación de la ley en relación con los derechos sociales y económicos”, en el Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Economía de Londres,¹⁹ afirmó:

La aplicación de la ley en relación con los derechos sociales y económicos no se basa en la indiferencia hacia todos los problemas planteados, porque éstos son problemas legítimos. No se trata de una victoria de los derechos sociales y económicos sobre una filosofía conservadora que considera como función de los tribunales simplemente defender las libertades básicas. Se basa en la reconciliación de principios fundamentales profundos relacionados con el papel de los tribunales en el siglo XXI. [...] Es muy posible que una afirmación que tuve la ocasión de escuchar recientemente en París se vuelva realidad. El siglo XIX fue el siglo en el que el poder ejecutivo asumió el comando del Estado. El XX fue el siglo en el que el Parlamento asumió el comando del poder ejecutivo. El XXI será el siglo en el que el poder judicial asegurará las reglas, los procesos y los valores básicos de funcionamiento tanto del Parlamento como del ejecutivo. Debo resaltar que fue un magistrado quien hizo este vaticinio. Pero pienso que estamos ingresando ahora en una nueva era, y la cuestión está dejando de ser si podemos o no exigir el cumplimiento de los derechos sociales y económicos por medio de los tribunales, para pasar a ser: ¿cuál es la mejor manera de hacerlo?

En relación con la Campaña de Acción para el Tratamiento, el Tribunal Constitucional tomó debidamente en cuenta la adecuación de los tribunales para juzgar en relación con los derechos sociales y económicos al declarar:

Los tribunales no son instancias apropiadas para juzgar cuestiones en las que las órdenes judiciales podrían acarrear múltiples consecuencias sociales y económicas

¹⁶ Véase Kevin Hopkins, “Shattering the Divide – When Judges Go too Far”, en <<http://www.derebus.org.za/archives/2002Mar/articles/divide.htm>>. [Consulta: 15 de abril de 2004]

¹⁷ Véase nota 14.

¹⁸ Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 (4) SA 744 (CC).

¹⁹ Centre for the Study of Human Rights, “Enforcement of Social and Economic Rights”, Londres, London School of Economics (2003) (Borrador de la transcripción: 27 de febrero, 2003).

para la comunidad. La Constitución prevé un papel restringido y focalizado para el Tribunal, a saber, exigir que el Estado tome medidas para cumplir sus obligaciones constitucionales y evaluar la razonabilidad de tales medidas. La determinación de la razonabilidad puede efectivamente tener implicaciones presupuestarias, pero no tiene por objetivo reordenar presupuestos. En este sentido, las funciones judiciales, legislativas y ejecutivas alcanzan un mayor equilibrio.²⁰

El Tribunal Constitucional llevó a cabo también un provechoso examen de la jurisprudencia de otras jurisdicciones, con respecto a la cuestión de donación de medicamentos, en casos donde hubo violación de derechos, incluidos los socioeconómicos. El Tribunal analizó las prácticas de Estados Unidos, India, Alemania, Canadá y el Reino Unido, y concluyó que mientras tres países habían expedido algún tipo de interdicción estructural, el Reino Unido y Canadá se habían resistido a hacerlo prefiriendo emitir órdenes declaratorias, por el hecho de que sus gobiernos suelen observar las decisiones de sus tribunales.²¹

En el caso *Grootboom*, la señora Irene Grootboom fue desalojada de su casa situada en un terreno que había sido destinado al desarrollo de un proyecto habitacional de bajo costo para personas como ella y sus hijos. La señora ocupaba ese terreno junto con otras personas, cuyas casas, en la estación lluviosa, sufrían frecuentes inundaciones. El juez Yacoob, del Tribunal Constitucional, determinó que la política del gobierno no se ajustaba al requisito de la razonabilidad. Afirmó que la razonabilidad puede comprobarse en el ámbito de la programación legislativa y en el de su implementación:

Las medidas legislativas en sí mismas no constituyen el cumplimiento de la Constitución. La mera legislación no es suficiente. Es obligación del Estado actuar para alcanzar el resultado pretendido y las medidas legislativas tendrán invariablemente que ser apoyadas por políticas y programas apropiados y bien dirigidos, implementados por el poder ejecutivo. El propio programa también debe ser implementado ajustándose a la racionalidad. Un programa razonable que no sea implementado de manera razonable no se puede considerar como cumplimiento de las obligaciones del Estado.²²

El juez Yacoob incluso agregó:

La razonabilidad debe ser también entendida en el contexto de la Declaración de Derechos como un todo. El derecho de acceso a una vivienda adecuada ya está arraigado porque valorizamos a los seres humanos y queremos garantizar que se

²⁰ *Ibid.*, nota 7, párrafo 38

²¹ *Ibid.*, nota 7, párrafos 107 a 111.

²² *Ibid.*, nota 14, párrafo 42.

atiendan sus necesidades básicas. Una sociedad basada en la dignidad humana, en la libertad y en la igualdad debe procurar asegurar que todos tengan sus necesidades básicas vitales satisfechas. Para ser razonables, las medidas no pueden dejar de tener en cuenta el grado y la extensión de la negación del derecho que buscan hacer efectivo. Aquellos cuyas necesidades son más urgentes y cuya capacidad de gozar de todos los derechos corre mayor peligro no pueden ser ignorados por las medidas que buscan alcanzar la realización del derecho. Para la prueba de razonabilidad, puede no ser suficiente que las medidas se muestren capaces de representar un avance estadístico en la efectivización de los derechos. Además, la Constitución exige que todos sean tratados con cuidado y atención. Si las medidas, aunque exitosas en el aspecto estadístico, fallan al responder a las necesidades de los más desesperados, posiblemente no pasen la prueba.²³

Los principios sistematizados en la Campaña de Acción para el Tratamiento y en el caso *Grootboom* son aplicables en acciones futuras sobre derechos económicos, sociales y culturales.

3. El abordaje en red

De modo general, la estrategia del esfuerzo combinado, o abordaje en red, es un proceso ventajoso que permite además, establecer un área definida de atención de casos adecuados de interés público.

Acceso a la justicia

Los abogados no siempre son eficientes en la movilización de la opinión pública; los líderes comunitarios suelen hacerlo mejor. En Sudáfrica, una figura importante en este aspecto es la del paralegal comunitario, que es un individuo oriundo de la comunidad en la cual actúa. En un futuro próximo, es posible que el medio jurídico de Sudáfrica admita la profesión del paralegal como proveedor de servicios jurídicos, en los términos propuestos por la Legal Practice Bill.

Aunque la definición de paralegal no sea del todo clara y los abogados estén en contra de que represente a un cliente sin supervisión, los paralegales pasaron a ser conocidos como los “abogados descalzos”, que ofrecen asesoramiento jurídico al ciudadano en temas legales o casi legales. Reciben capacitación sobre la mecánica de una determinada legislación y orientan a los ciudadanos en lo relativo a ella.

²³ *Ibid.*, nota 14, párrafo 44.

Aunque esto amplíe el acceso a la justicia, pues permite educar a la población sobre sus derechos, el aspecto de la prestación de servicios jurídicos plantea problemas de calidad e igualdad: los ricos pueden pagar por el mejor servicio, mientras que los pobres se quedan con los paralegales. Los pobres no conocen la diferencia entre un abogado y un paralegal, y los resultados prometidos por algunos paralegales son notoriamente extravagantes.

Si, como propone la Legal Practice Bill, la mayoría de los paralegales migra hacia el ejercicio legal del derecho, se romperá un vínculo muy importante con la comunidad. Esto significaría una gran pérdida porque los paralegales llevaron adelante buenos casos, como el de la señora Grootboom. Las organizaciones no gubernamentales que prestan asistencia jurídica también son vitales para la estrategia de acciones de interés público. En Sudáfrica hay algunas que brindan este servicio. El ya referido Legal Resources Centre es una ONG de interés público muy exitosa y que actuó como parte en el caso de la Campaña de Acción para el Tratamiento. Otras son la Black Sash, la más antigua de las ONG que se dedican a los derechos humanos en Sudáfrica, y la Lawyers for Human Rights.

Si consideramos la definición de derecho de interés público dada por el Simposio de Durban, la ONG Lawyers for Human Rights se ajusta a muchos de los criterios para la práctica de este derecho. La organización ofrece asesoramiento jurídico, llevar adelante litigios, instrucción y defensa en cuestiones de derechos humanos.

Lawyers for Human Rights también tuvo participación en casos muy significativos de interés público, incluido el caso *Makwanyane*,²⁴ que abolió la pena de muerte, en el cual actuó como *amicus curiae*. Más recientemente, tuvo el éxito de obtener una declaración de inconstitucionalidad en la nueva ley de inmigración, sobre aspectos centrales referidos a la prisión y a la detención de extranjeros.²⁵ Con su Proyecto para la Seguridad de los Trabajadores Rurales, estableció el precedente que permite al marido adquirir el derecho de permanecer en una hacienda a partir del derecho de su esposa, basándose en el derecho a la vida familiar.²⁶

Centros de educación jurídica

El asesoramiento y la asistencia jurídicos son componentes vitales del derecho de interés público, pero se trata de un servicio caro. Para las organizaciones no gu-

²⁴ 1995 (3) SA 391 (CC).

²⁵ Nota de prensa del 22 de abril 2003: "Lawyers for Human Rights *et al.* v. Minister of Home Affairs *et al.*".

²⁶ *Conradie v Hanekom LCC 8 / RR.*

bernamentales que no se dedican a cuestiones legales, es vital tener acceso a una asesoría jurídica consistente. En varias partes del mundo, estudiantes de derecho se encargan de prestar este tipo de servicio, supervisados, en centros universitarios de atención jurídica, a modo de entrenamiento. Fuera de Estados Unidos, no hay muchos otros países en que los reglamentos de entrenamiento profesional permitan tal procedimiento.²⁷ En Sudáfrica, los diversos centros de atención formaron una asociación propia que ofrece su trabajo a los pobres y compite con las ONG por financiamientos para la mejora del servicio.

Asistencia legal

Aunque haya alguna forma de asistencia jurídica en la mayoría de los países, hay dificultades para atender la demanda con los recursos disponibles, y esto limita el trabajo a ser realizado. En Sudáfrica, el Legal Aid Board (Consejo de Asistencia Jurídica) pasó por una gran transformación, de un sistema de *judicare*²⁸ a un modelo remunerado, con centros de justicia implantados en todas las grandes ciudades y en algunas áreas rurales. El modelo *judicare* se volvió inviable en la medida en que las acciones promovidas por los abogados no se llegaban a analizar a tiempo.²⁹ El sistema de verificación de las reivindicaciones era incómodo y lento. Por eso, el Consejo decidió reducir los honorarios y muchos abogados se sintieron traicionados. Concebían el sistema como una forma de incrementar sus ingresos, no como una prestación de servicios de atención a los sectores pobres, marginados y vulnerables de nuestra sociedad. Jeremy Sarkin³⁰ afirma que durante “el ejercicio 1997-1998, 196 749 personas recibieron asistencia legal al costo de 210 millones de rands. De éstas, 193 177 fueron representadas por abogados particulares”. Los centros de justicia emplean actualmente abogados remunerados y mantienen empleados que desempeñan la representación jurídica sólo en algunos tipos de casos, a un costo fijo y previsible. Aunque, según las pautas del Legal Aid Board, para recibir asistencia estatal hay que tener un nivel de ingresos muy bajo, son muchos los que no pueden acceder a tal servicio. Éstos son la mayoría dentro de los grupos con necesidades de asistencia y son conocidos como el “grupo laguna”.

²⁷ Jeremy Sarkin, “Promoting Access to Justice”, en *41. Indicator SA*, vol. 19, núm. 3, 2002, p. 44.

²⁸ Se contrataron abogados particulares para representar a determinados clientes que cumplían ciertos requisitos en cuanto a su nivel de ingresos. Fueron remunerados por el Legal Aid Board que se basó en el análisis, caso por caso.

²⁹ J. Sarkin, “Promoting Access to Justice”, en *op. cit.*, p. 42.

³⁰ *Ibid.*, p. 41.

Pro bono público

Una manera de enfrentar la inmensa falta de orientación de calidad es la introducción o, en muchos casos, la reintroducción del concepto de trabajo *pro bono*, que se convertiría en una parte integral de la responsabilidad social de todo abogado.³¹ El vicepresidente del Tribunal Superior de Sudáfrica resumió así esta necesidad:

Nuestra sociedad necesita confiar en nuestros tribunales y en las otras estructuras destinadas a la ejecución de la justicia. Esta confianza se intensificará por la habilidad de los tribunales para llegar y ayudar a los más pobres entre los pobres y los más débiles entre los débiles. La capacidad de la justicia y los tribunales para hacerlo se verá gravemente perjudicada si el compromiso en la interacción entre los tribunales y las personas que necesitan los servicios jurídicos es insuficiente e ineficiente.³²

La práctica del servicio gratuito está presente en muchos sistemas legales, generalmente como acto de caridad, pero raramente está institucionalizada. Se podría crear para los abogados la obligación de emprender este tipo de trabajo. Una asociación de abogados (o el órgano estatal competente) podría dejar de emitir la habilitación para la práctica profesional en determinado año, si no fuera prestada una cantidad mínima de horas de trabajo en favor de la población pobre, marginada y vulnerable. Otro dispositivo sería exigir que para participar en una licitación pública, el abogado presentara su ficha de trabajo de asistencia jurídica gratuita.

La profesión jurídica debería considerar el trabajo gratuito “no como un acto de caridad, ni como una herramienta de *marketing*, sino como un paso deliberado en la construcción del tipo de sociedad que queremos, en la cual todo el pueblo pueda ejercer sus derechos”.³³ Pero deben encontrarse medios de reconocer la contribución dada, siempre que los abogados fueran más allá de lo mínimo exigido, estableciéndose premios o la publicación de sus nombres en los periódicos. Para el buen resultado de este trabajo, es fundamental que se realice una operación organizada que reúna los datos referidos a las necesidades y una lista de los proveedores de servicio. A esto podrían vincularse las ONG no jurídicas, el sistema de asistencia legal, los paralegales y las ONG jurídicas destinadas a casos que se ajustan a los procesos de interés público. El sistema no debe montarse para eximir al Estado de su responsabilidad de proveer representación legal, sino para complemen-

³¹ Vinodh Jaichand, “A Social and Moral Responsibility”, en *37 Indicator SA*, vol. 19, núm. 3, 2002; y “LHB Calls on Lawyers to Embark on ProBono Work”, en *De Rebus*, febrero, 2002.

³² Pius Langa, “Marking Rights a Reality”, en *38 Indicator SA*, vol. 19, núm. 3, 2002, p. 39.

³³ Groff Budlender, “Proposals for a New System”, en *50 Indicator SA*, vol. 19, núm. 3, 2002, p. 51.

tar el sistema existente de asistencia jurídica. Algunas conferencias sobre la abogacía gratuita en la Argentina, Sudáfrica y Chile examinaron minuciosamente muchas de estas ideas. Y se están planeando conferencias similares que serán realizadas en el Brasil y en Australia.

4. Algunas observaciones finales

El papel desempeñado por las organizaciones de la sociedad civil en Sudáfrica, en cooperación con la profesión jurídica organizada, es una buena ilustración de cómo sus contribuciones para los derechos humanos mejoraron y fortalecieron los derechos de un grupo específico de personas. El impacto de las victorias legales en el campo de los derechos socioeconómicos en una jurisdicción nacional repercute en todo el mundo, en solidaridad con otras poblaciones pobres, vulnerables y marginadas. Un comentarista hizo la siguiente observación:

Uno de los desdoblamientos más alentadores, con todo, es la consideración de los derechos económicos y sociales como cuestiones justiciables en el plano nacional. En Canadá y en Europa se pueden encontrar ejemplos de aplicación de la ley para el cumplimiento de derechos culturales, pero los derechos económicos y sociales se ven desde hace mucho tiempo como materia de políticas y, por lo tanto, sujetos a un bajo nivel de prioridad. Elevarlos de la arena de las políticas al dominio de los derechos abre una nueva dimensión, que le puede conferir un significado sustantivo al concepto de la indivisibilidad de todos los derechos humanos.³⁴

El desafío en muchas otras jurisdicciones tal vez sea más importante: crear alguna medida para dar vigencia a los derechos socioeconómicos, mediante la protección constitucional. Pero las constituciones son marcos que supuestamente contemplan todos los derechos: los interdependientes e indivisibles derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. No nos dejemos confundir y pensar que no hay cuadro si no hay marco. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados asumieron la obligación de:

utilizar todos los medios de que dispongan para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. A este respecto, hay que tener presentes las prescripciones fundamentales de la legislación internacional sobre derechos humanos. Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a tra-

³⁴ Roland Rich, "Solidarity Rights Give Way to Solidifying Rights", en *21 Dialogue: Academy of Social Sciences* (3), 2002, pp. 25-33.

vés de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos.³⁵

Un examen más atento de muchas jurisdicciones puede revelar que hay protección para algunos de estos derechos en el derecho administrativo o en piezas específicas de la legislación.³⁶ Esto fue lo que sostuvo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al afirmar:

El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto.

Aclarar el contenido de los derechos requiere una estrategia parecida a la que hemos examinado. Para eso, es fundamental asegurar el acceso a la justicia, incluso con la colaboración de los distintos actores de la sociedad civil, como lo ilustran las experiencias recientes en Sudáfrica. Algunos pueden querer darle categoría de movimiento social al abordaje de la Campaña de Acción para el Tratamiento del sida. Al respecto, Neil Stammers dice:

Los movimientos sociales fueron típicamente definidos como actores colectivos formados por individuos que consideran la alternativa de compartir algún interés común y que se identifican unos con los otros, por lo menos hasta cierto punto. Los movimientos sociales están principalmente interesados en defender o cambiar por lo menos algún aspecto de la sociedad, y cuentan con la movilización de masas, o la amenaza de la movilización, como su principal sanción política.³⁷

³⁵ Párrafo 2o., Observación General No. 9 (19o. período de sesiones, 1998). Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, UN doc.E/1999/22, pp. 117-121.

³⁶ *Idem*, párrafo 9o.

³⁷ Neil Stammers, "Social Movements and the Social Constructions of Human Rights", en *Human Rights Quarterly*, 21, 4, 1999.

Prosigue afirmando que hay una función potencial para los movimientos sociales en la reconstrucción de los derechos humanos,³⁸ y finalmente cita las palabras de Richard Devlin:

Si los derechos humanos llegasen a ser entendidos como un desafío al poder, como una forma de resistencia a la dominación, entonces necesitamos enfrentar al poder en todas sus manifestaciones.³⁹

³⁸ *Ibid.*, pp. 1003-1004.

³⁹ *Ibid.*, p. 1008.

COLABORADORES

Michael Anderson

Maestro en Derecho por la Universidad de Londres y maestro en Antropología Social por la Universidad de Oxford. Jefe de la Oficina del Departamento del Reino Unido para el Desarrollo Internacional de la India. Investigador Asociado del School of Oriental and African Studies. Fue director de Estudios del British Institute of International and Comparative Law. Sus áreas de especialidad son los proyectos vinculados con reformas legales, políticas de ayuda y desarrollo internacional.

Haydée Birgin

Abogada y presidenta del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA). Fue codirectora del Programa Justicia y Género de la Ciudad de Buenos Aires y ha dirigido los proyectos “La mujer en la agenda política parlamentaria” y “El derecho en el género y el género en el derecho”. Es asesora del Senado de la Nación y ha realizado consultorías para UNIFEM, la OIT, la CEPAL, y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ha publicado diversos artículos en libros y revistas argentinos y de otros países, y ha compilado los siguientes libros: *El derecho en el género y el género en el derecho* (2000), *Las trampas del poder punitivo, el género del derecho penal* (2000); *Ley, mercado y discriminación. El género del trabajo* (2000), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas* (2006). Fue coautora del *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en la Argentina* (2005) y *Violencia*

familiar. *Leyes de violencia familiar: ¿una herramienta eficaz?* (2005), entre otras publicaciones.

Luigi Ferrajoli

Jurista por la Universidad de Roma. Doctor *honoris causa* por las universidades de Buenos Aires, La Plata, Lomas de Zamora, Rosario y Montevideo. Ha sido reconocido como profesor distinguido en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Profesor de la Universidad de Roma Tre. Ha publicado: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1995); *Derechos y garantías. La ley del más débil* (1996); *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001); *Razones jurídicas del pacifismo* (2004); *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia* (2006); *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (2007); y *Democracia y garantismo* (2008).

Marc Galanter

Filósofo y abogado por la Universidad de Chicago. Profesor de Derecho y Estudios Asiáticos en la Universidad de Wisconsin, Madison y profesor de la London School of Economics and Political Science. Sus áreas de interés son el litigio y la profesión y cultura de la legalidad. Es autor de numerosos trabajos sobre litigios y resolución de conflictos en los Estados Unidos. Ha publicado diversos libros y artículos relacionados con la ley, la profesión jurídica y la prestación de servicios legales en dicho país, entre los cuales se destacan *Competing Equalities: Law and the Backward Classes in India* (1984), y *Law and Society in Modern India* (1989). Es Profesor Honorario de la National Law School of India. Fue editor de *Law and Society Review*, presidente de Law and Society Association y de la International Commission on Folk Law and Legal Pluralism.

Natalia Gherardi

Maestra en Derecho por la London School of Economics and Political Science. Directora ejecutiva del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la maestría en Derecho y Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Lanús. Sus principales áreas de interés son el acceso a la justicia, las políticas de conciliación entre trabajo productivo y la familia, violencia contra las mujeres y participación política de las mujeres. Coautora del *Informe sobre Género y Derechos Humanos* (2004 y 2005), y del *Informe sobre Género y Derechos Humanos. Vigencia y res-*

peto de los derechos de las mujeres en Argentina (2005-2008) y (2009) y autora de artículos publicados en varios libros y revistas nacionales y extranjeras.

Rosemary Hunter

Profesora de derecho en la Kent Law School. Fue directora del Instituto de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Griffith, así como su decana. Su principal área de interés es el feminismo legal. Dentro de esa área, ha trabajado en el ámbito del derecho de familia, acceso a la justicia, violencia doméstica, empleo de las mujeres (incluyendo acceso de las mujeres a la profesión legal y mujeres juezas), legislación antidiscriminación y resolución de conflictos. Ha publicado numerosos trabajos y libros sobre los temas en los que trabaja, entre ellos, *Domestic Violence Law Reform and Women's Experience in Court: The Implementation of Feminist Reforms in Civil Proceedings* (2008).

Vinodh Jaichand

Maestro y doctor en Derecho por el Centre for Civil and Human Rights de Notre Dame School. Abogado de la Suprema Corte Sudafricana y vicedirector del Centro Irlandés de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Irlanda. Fue profesor asociado y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Durban-Westville. Se desempeñó como director ejecutivo nacional de Lawyers for Human Rights, una de las organizaciones no gubernamentales más importantes de Sudáfrica. Publicó numerosos libros y artículos en su área de especialidad en más de 20 países. Ha estado involucrado en la formación de policías, abogados, fiscales y jueces en China, Sudáfrica, Eslovenia, Eslovaquia, Hungría, Irlanda, Nepal y la India.

María Fernanda López Puleio

Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Defensora pública oficial argentina. Ex consultora internacional de Naciones Unidas para el Fortalecimiento Institucional de la Defensa Pública en Guatemala. Ha realizado consultorías e impartido cursos y conferencias sobre defensa pública en Argentina, Italia, Chile, Perú, Uruguay, Panamá, Nicaragua y República Dominicana. Autora de diversas publicaciones.

Cecilia Medina

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile y doctora en Derecho por la Universidad de Utrecht, Holanda. Codirectora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ha sido profesora en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la Universidad de Lund, el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Instituto de Estudios Sociales de Ámsterdam, la Universidad de Toronto y en la Universidad para la Paz de las Naciones Unidas. En 1997, ocupó la cátedra Robert F. Kennedy en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. De 2002 a 2009, fue jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y presidenta de la misma de 2008 a 2009. Durante ocho años fue integrante del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y presidenta del mismo en los años 1999 y 2000.

Mercedes Nostas Ardaya

Maestra en Filosofía en Antropología Económica y candidata a doctora en Antropología Política por la Universidad de Cambridge, King's College. Sus temas de interés son la economía y la gestión de recursos naturales, organización política e identidades, ordenamientos jurídicos y género con pueblos indígenas del oriente boliviano. Tiene especial interés en temas de metodología de investigación y lecturas críticas de la antropología aplicada y el desarrollo sostenible en pueblos indígenas. Es integrante del colectivo de investigación y acción DECIDÍ.

Carmen Elena Sanabria Salmón

Abogada. Se especializa en procesos de investigación y capacitación sociojurídica. Trabaja en áreas de género, derecho y pluralismo jurídico y desarrollo con pueblos indígenas del oriente boliviano. Es integrante del colectivo de investigación y acción DECIDÍ.

Benjamin van Rooij

Doctor en Derecho por la Universidad de Leiden, Holanda. Profesor en la Escuela de Derecho de Ámsterdam. Director del Centro de Derecho de China en los Países Bajos. Profesor en la Facultad Global de la Facultad de Derecho en la Universidad de Nueva York. Su principal área de interés es la legislación china y la teoría socio-jurídica. Ha publicado diversos trabajos, entre los que destacan: "The Return of the Landlord: Chinese Land Acquisition Conflicts as Illustrated by Peri-Urban Kunming"; "Greening Industry without Enforcement? An Assessment of the World Bank Pollution Regulation Model for Developing Countries"; e "Introduction, Pollution Law Enforcement in Emerging Markets".

ÍNDICE

Presentación	vii
<i>Mónica Maccise Duayhe y Rodolfo Vázquez</i>	
Introducción	ix
<i>Haydée Birgin y Natalia Gherardi</i>	
Acceso a la justicia y al proceso legal: creando instituciones legales más receptivas a los pobres en los países en desarrollo	1
<i>Michael Anderson</i>	
Por qué los “poseedores” salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico	41
<i>Marc Galanter</i>	
Los fundamentos del Instituto de la Defensa Pública	75
<i>Luigi Ferrajoli</i>	
Protección en las fronteras del imperio de la ley: exploraciones feministas del acceso a la justicia	85
<i>Rosemary Hunter</i>	

Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana	119
<i>Cecilia Medina Quiroga</i>	
Acceso a la justicia penal y defensa pública: modelos para armar	153
<i>María Fernanda López Puleio</i>	
Violencia contra las mujeres y acceso a la justicia: la agenda pendiente	167
<i>Haydée Birgin y Natalia Gherardi</i>	
Acercar la justicia a los pobres. Cooperación de abajo hacia arriba en las estrategias legales	187
<i>Benjamin van Rooij</i>	
Detrás del cristal con que se mira: órdenes normativos e interlegalidad. Derechos y justicia para mujeres indígenas, campesinas y de pueblos originarios de Bolivia	221
<i>Mercedes Nostas Ardaya y Carmen Elena Sanabria Salmón</i>	
Estrategias de litigio de interés público para el avance de los derechos humanos en los sistemas domésticos de derecho	287
<i>Vinodh Jaichand</i>	
Colaboradores	301