

# El derecho en América Latina

Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI

**César Rodríguez Garavito**

coordinador



## **derecho y política**

Dirigida por Roberto Gargarella  
y Paola Bergallo



# El derecho en América Latina

Un mapa para el pensamiento jurídico  
del siglo XXI

**César Rodríguez Garavito**

coordinador

**XXI** grupo editorial  
siglo veintiuno

**siglo xxi editores, s. a. de c. v.**

CERRO DEL AGUA 248, ROMERO DE TERREROS,  
04310, MÉXICO, DF

**salto de página, s. l.**

ALMAGRO 38, 28010,  
MADRID, ESPAÑA

**siglo xxi editores, s. a.**

GUATEMALA 4824, C 1425 BUP,  
BUENOS AIRES, ARGENTINA

**biblioteca nueva, s. l.**

ALMAGRO 38, 28010,  
MADRID, ESPAÑA

 **igualitaria**  
Centro de Estudios sobre  
Democracia y Constitucionalismo

*Esta colección comparte con IGUALITARIA el objetivo de difundir y promover estudios críticos sobre las relaciones entre la política, el derecho y los tribunales.*

[www.igualitaria.org](http://www.igualitaria.org)

El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI // coordinado por César Rodríguez Garavito - 1ª ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. 432 p.; 23x16 cm - (Derecho y Política // dirigida por Roberto Gargarella y Paola Bergallo)

ISBN 978-987-629-192-7

I. América Latina. Derecho. I. Rodríguez Garavito, César, coord. CDD 340

*Esta publicación se ha realizado gracias al apoyo de la Fundación Ford.*

© 2011, Siglo Veintiuno Editores S.A.

Corrección: Teresa Arijón

ISBN 978-987-629-192-7

Impreso en Grafinor // Lamadrid 1576, Villa Ballester en el mes de noviembre de 2011

Hecho el depósito que marca la ley 11.723  
Impreso en Argentina // Made in Argentina

# Índice

**PRESENTACIÓN**, *Roberto Gargarella y Paola Bergallo* 9

**INTRODUCCIÓN**. Un nuevo mapa para el pensamiento  
jurídico latinoamericano, *César Rodríguez Garavito* 11

## **PRIMERA PARTE**

### EL CONTEXTO: DESIGUALDAD, VIOLENCIA Y GLOBALIZACIÓN

1. Desigualdad estructural y Estado de derecho,  
*Oscar Vilhena Vieira* 25
2. ¿Constitución o barbarie? Cómo repensar el derecho  
en las zonas “sin ley”, *Julieta Lemaitre Ripoll* 47
3. Navegando la globalización: un mapamundi para el  
estudio y la práctica del derecho en América Latina,  
*César Rodríguez Garavito* 69

## **SEGUNDA PARTE**

### CONSTITUCIÓN, ESTADO DE DERECHO Y CULTURA JURÍDICA

4. Pensando sobre la reforma constitucional  
en América Latina, *Roberto Gargarella* 87
5. Las transformaciones constitucionales recientes en  
América Latina: tendencias y desafíos, *Rodrigo Uprimny* 109
6. El horizonte del constitucionalismo pluralista:  
del multiculturalismo a la descolonización,  
*Raquel Z. Yrigoyen Fajardo* 139
7. Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de  
reglas en América Latina, *Mauricio García Villegas* 161
8. *Lusus naturae*, *Martín Böhmer* 185

### TERCERA PARTE

#### DERECHOS HUMANOS, CORTES Y DERECHO INTERNACIONAL

9. Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales, *Victor Abramovich* 211
10. Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo, *Francisca Pou Giménez* 231
11. Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos, *Jorge Contesse Singh* 251
12. Problemas persistentes y desafíos emergentes en materia de libertad de expresión en las Américas, *Catalina Botero Marino* 271
13. Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina, *Rachel Sieder* 303
14. Derecho social, medio ambiente y desarrollo. Reflexiones en torno a un caso exitoso, *Ronaldo Porto Macedo* 323

### CUARTA PARTE

#### LOS RETOS DE LA JUSTICIA

15. Control y observación del Poder Judicial: la publicización de las acciones y trayectorias de los jueces del Supremo Tribunal Federal, *Leonardo Avritzer y Fernando Filgueiras* 349
  16. Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal, *Ramiro Ávila Santamaría* 367
  17. Medir la justicia: el caso del índice de confianza en la justicia (ICJ) en Brasil, *Luciana Gross* 401
- LOS AUTORES 421

## Presentación

Este libro ofrece una muestra especial del gran cambio experimentado por la reflexión sobre el derecho latinoamericano en las últimas dos décadas. Reúne a una generación de juristas que imaginó, primero, y ayudó a motorizar, luego, importantes avances sociales e institucionales en sus respectivos países y en la región.

Los escritos muestran a un conjunto de académicos y académicas que ha acompañado la producción de ideas con el activismo por la igualdad, la democracia y los derechos humanos. En sus países, cada uno de ellos ha contribuido, además, a la creación de nuevas instituciones para la enseñanza, la investigación y la lucha por el derecho, y ahora proyectan nuevos espacios de construcción transnacional. En la metáfora elegida por su coordinador, tanto el libro como la iniciativa que lo gestó representan un importante paso hacia la sustitución del mapa de Mercator en la producción colectiva del saber jurídico latinoamericano.

El trayecto hacia la reconfiguración del pensamiento sobre el derecho que demuestran los escritos reunidos ha sido sinuoso. Según lo sugiere la introducción de César Rodríguez Garavito, nuestros ejercicios de teorización deben resistir todavía la tendencia a la colonización de las perspectivas e ideas de los centros de generación de conocimiento. En ese sentido, las páginas que siguen exhiben, además, interesantes iniciativas de resistencia combinadas con la aspiración a la universalidad, a tomar y dialogar con las buenas ideas, de donde sea que provengan. El próximo desafío consiste en que más de esas ideas se desarrollen en instancias de diálogo e integración académica regional.

Al mismo tiempo, el libro constituye un nuevo aporte de la Colección Derecho y Política, destinado a ampliar los horizontes de la reflexión sobre el derecho. Si con el último volumen, *La Constitución en 2020*, iniciamos la línea de publicaciones que debaten el derecho argentino de nuestro tiempo, *El derecho en América Latina* es una introducción promisoriosa a la dimensión regional de nuestro proyecto editorial.

ROBERTO GARGARELLA

PAOLA BERGALLO

Igualitaria (Centro de Estudios sobre Democracia  
y Constitucionalismo)





# Un nuevo mapa para el pensamiento jurídico latinoamericano

## Introducción

*César Rodríguez Garavito\**

### **EL MAPA JURÍDICO CONVENCIONAL: ¿LATINOAMERICANO O LATINOAMERICANISTA?**

Este libro es producto de un esfuerzo colectivo por hacer un diagnóstico crítico de los estudios sobre el derecho en América Latina y proponer nuevos ángulos de visión para el pensamiento jurídico. Dicho en los términos cartográficos del título, es un intento por mapear el terreno legal y proponer cartas de navegación hacia rutas menos trajinadas, con destinos quizá más promisorios.

Como ha teorizado Santos, “las leyes, como los mapas, son distorsiones reguladas de territorios sociales” (1995: 458). Unas y otros son representaciones simplificadas, formas de imaginar y ordenar las relaciones humanas que, para ser eficaces, encogen la complejidad de lo real. Así como el cartógrafo traza sólo algunos detalles del terreno para hacerlo caber en un mapa legible de bolsillo, el jurista –sea legislador, juez, abogado o analista– escoge sólo una fracción de las prácticas sociales, para regularlas o entenderlas con un prisma legal.

De modo que el derecho y la cartografía operan mediante intervenciones altamente selectivas, que adoptan una perspectiva entre muchas. Por eso, “un mapa es apenas uno entre un número infinito de mapas que podrían ser producidos para la misma situación o los mismos datos” (Monmonier 1991: 2). Por ejemplo, para traducir la redondez del globo a un mapa en dos dimensiones, es preciso seleccionar una técnica de proyección, lo que a la vez requiere escoger un punto del planeta que sirva como centro de la proyección. Implica también elegir entre dos objetivos mutuamente excluyentes: representar fielmente los ángulos entre puntos del globo pero distorsionando las áreas (como en la proyección clásica de Mercator, que sobredimensiona el Norte del planeta) o representar con precisión las áreas pero distorsionar los ángulos (como en la proyección de Peters, que restaura la escala del Sur global) (Monmonier

\* Este texto está basado parcialmente en Rodríguez Garavito (2005; 2012).

1995). Para cumplir su función, todo mapa debe distorsionar la realidad desde una perspectiva que gira alrededor del centro geográfico elegido.

Lo mismo ocurre con el derecho. En el caso de América Latina, cualquier mapeo rápido de lo que se escribe y se enseña en las facultades muestra que el pensamiento jurídico de la región ha enclavado su centro de visión en Europa y Estados Unidos. En nuestros textos y nuestras clases, la producción intelectual del Norte es magnificada desproporcionadamente (y la del Sur, reducida en consecuencia), como en los mapas clásicos de Mercator. En efecto, una porción tristemente desmedida de tiempo, recursos y energías de los juristas sureños se consume en asimilar, traducir y glosar –o simplemente “estar al día” con– los materiales que se producen en el Norte.

Este mapeo crítico es, a la vez, un ejercicio de autocrítica. En la construcción de una mirada subordinada al derecho y la sociedad latinoamericanas hemos sido partícipes todos. No hay quien esté libre de culpa para tirar la proverbial primera piedra.

Por ejemplo, en el campo de la *dogmática jurídica*, prevalecen aún los manuales especializados de todo tipo –desde los que se ocupan de las obligaciones y los contratos civiles hasta los que disertan sobre la estructura de la Constitución– que comienzan invariablemente con un largo recorrido histórico –de dudoso rigor científico, dicho sea de paso– que va desde Roma hasta el Código de Napoleón, pasa por el derecho canónico y finaliza con el comentario de la adopción de dicha tradición en nuestro medio. Más allá de la relevancia práctica de semejantes panoramas históricos para el estudio del tema específico de que se trate, lo que importa resaltar aquí es la *perspectiva* que suele orientar estos ejercicios de dogmática jurídica. En tanto que el período que va de Roma a Francia –en ocasiones con algunas paradas intermedias o posteriores– es explicado como una progresión hacia un modelo consumado, la etapa del derecho nacional tiende a ser vista como la de importación y asimilación de aquél. Por ello, implícita o explícitamente, el derecho local suele ser considerado una (mala) copia de un modelo al que, por definición, nunca puede emular satisfactoriamente, sea este el derecho de contratos francés, el sistema penal acusatorio o el sistema de control constitucional estadounidenses, o la carta de derechos española o alemana. De allí que el contenido de buena parte de los textos de enseñanza del derecho consista en un cúmulo de largas citas textuales de la doctrina internacional, en un *collage* que –además de suscitar dilemas de autoría– limita el papel del doctrinante local al de comentarista de las autoridades extranjeras citadas.

Algo similar sucede con la *teoría jurídica*. Nuestra reflexión sobre el derecho tiene una marcada predilección por la exégesis y el comentario de autores, sin referencia a la práctica del derecho y, menos aún, a la realidad de este en la cultura y el ejercicio jurídicos de nuestro medio. El estilo del análisis teórico

tiende a ser ventrilocuo: proliferan en nuestros países los portavoces locales de teóricos del derecho europeos o estadounidenses, cuyo trabajo no pocas veces tiene una estructura filosófica o defiende unos postulados profundamente dependientes de la realidad académica y social en las que son producidos y, por tanto, son de discutible relevancia para entender los grandes problemas teóricos del derecho en Latinoamérica. “Estar al día” con la producción más reciente del autor escogido y ser su voz en los debates locales continúa siendo, infortunadamente, una forma influyente de reflexión sobre el derecho en nuestros países.

Un mapa de los *estudios sociojurídicos* revela un panorama similar. La mirada subordinada en este campo proviene con frecuencia del uso erróneo del concepto de “tipos ideales” de Weber. Como se sabe, para Weber la utilidad metodológica de los tipos ideales es puramente descriptiva y heurística: son creaciones mentales que ayudan al analista a clasificar y analizar la complejidad de la realidad social (Weber 1944: 17). De allí que los tipos ideales –por ejemplo, el de derecho moderno, el de capitalismo, el de burocracia– son modelos sólo en sentido descriptivo, no normativo. Son formulaciones de la imaginación que ayudan a entender los hechos, mas no un ideal al que estos deban tender.

Esta distinción se pierde con mucha frecuencia en los estudios sociojurídicos latinoamericanos. Por ello, proliferan aquellos que, para explicar las instituciones y las prácticas jurídicas de la región, contrastan estas realidades con los tipos ideales (en sentido normativo, es decir, como modelos superiores) extractados de una lectura cándida de las realidades de Europa o Estados Unidos. El resultado es la repetición irreflexiva de diádas tan inexactas empíricamente como problemáticas analíticamente: monismo jurídico en el Norte *versus* pluralismo jurídico en el Sur, Estado de derecho allá *versus* autoritarismo acá, cultura del cumplimiento del derecho en el Norte *versus* incumplimiento en el Sur, y así sucesivamente.

En suma, lo que comparten los diversos campos del pensamiento jurídico latinoamericano es un cierto ángulo de visión, una perspectiva de análisis que reconstruye y refuerza el lugar de América Latina como “contexto de recepción” de normas, teorías y doctrinas provenientes de los “contextos de producción” del Norte global, en general, y de los Estados Unidos, en particular (López, 2004).

Los efectos de esta mirada subordinada son tan profundos como palpables en la práctica diaria. Son visibles, por ejemplo, en el sesgo hacia la lectura y las citas de publicaciones de autores septentrionales, y la correspondiente falta de lectura o invisibilización de las contribuciones de colegas meridionales. De allí que, una y otra vez, las historias sobre las innovaciones jurídicas latinoamericanas –por ejemplo, el constitucionalismo social de las últimas dos décadas, que ha sido pionero en teorías, doctrinas y fallos sobre derechos sociales en

el mundo—<sup>1</sup> terminen siendo contadas muchas veces desde fuera de la región, y no por quienes las construyeron o las pensaron originalmente. De allí también que, para ganar la atención de sus colegas, los autores latinoamericanos tengan primero que ser reconocidos en los medios académicos dominantes y luego, en versiones traducidas de sus textos, reconocidos por sus vecinos de oficina.

Por supuesto, la mirada subordinada no es exclusiva del pensamiento jurídico, ni su crítica es nueva. De hecho, ha sido teorizada ampliamente en otros campos académicos latinoamericanos, como los estudios culturales (Fernández Retamar, 2005; Grüner, 2005) y las ciencias sociales (Lander, 2003; Santos, 2009), que han propuesto un giro analítico y epistemológico reflexivo orientado a contrarrestarla. Los historiadores latinoamericanos están yendo más allá y han emprendido un esfuerzo colectivo por publicar nuevas historias de diez países de la región que, en una impresionante colección de noventa y cinco libros, repensarán las trayectorias nacionales a la luz de los acontecimientos y las ideas del resto de Latinoamérica (Schwarcz, 2011).

El campo legal, sin embargo, se ha mostrado bastante impermeable a estas discusiones críticas, con dos consecuencias negativas. Primero, al atrincherarnos en un lugar periférico, contribuimos eficazmente a profundizar las desigualdades de los circuitos jurídicos globales. El problema es patente para cualquiera que haya participado en alguna red transnacional de estudios o de activismo jurídico. Me atrevería a apostar que todos los académicos y abogados con algún tipo de experiencia internacional tienen alguna anécdota sobre la verticalidad Norte-Sur, que, consciente o inconscientemente, rebrota periódicamente en esos espacios. Segundo, al reemplazar la producción y la lectura de los trabajos propios por la glosa de los ajenos, se corre el riesgo de replicar las incompletas viñetas de nuestra práctica legal, que dibujan incluso los mejores análisis de nuestros pares del Norte global.

De allí a caer en la conocida trampa epistemológica de exotizar la realidad latinoamericana hay solo un paso. El mismo paso en falso que critica con elocuencia el novelista colombiano Juan Gabriel Vásquez en un premiado ensayo, *El arte de la distorsión* (2009). Al comentar un escrito clásico de Alejo Carpentier de 1943 sobre el supuesto exotismo de América Latina, Vásquez lanza el siguiente dardo: “Carpentier ha utilizado, para escribir su tesis, los ojos de

1 Véanse los capítulos de Contesse, Gargarella, Pou y Uprimny en este libro. Véanse también Arango (2005), Abramovich y Courtis (2002), Arcidiácono, Espejo y Rodríguez Garavito (2010), Gargarella (2007), Rodríguez Garavito (2011) y Uprimny y García (2004).

un europeo [...] De hecho [...] de tanto pensar América Latina, ha dejado de ser latinoamericano para volverse latinoamericanista” (2009: 34).

Al convertirnos en latinoamericanistas, los juristas y académicos latinoamericanos entramos en un círculo vicioso. Por no(re)conocer la producción regional, terminamos flotando en un campo académico internacional cuya fuerza de gravedad conduce directamente hacia los centros tradicionales de producción académica: Alemania o Italia en el ámbito del derecho penal; Francia en asuntos de derecho administrativo; España o Portugal en otras materias de derecho público; Estados Unidos en derecho constitucional, teoría jurídica o sociología del derecho. Esto, a la vez, alienta una importación al por mayor de dicha producción, independientemente de su calidad o pertinencia. Lo cual inhibe el despegue del trabajo propio y de una comunidad académica sólida, cerrándose así el redondo círculo.

¿Cómo salir del círculo? ¿Cómo construir una perspectiva que esté arraigada en la realidad latinoamericana y, a la vez, ingrese en un diálogo cosmopolita con miradas de otros lugares, en un mundo jurídico cada vez más globalizado? ¿Qué significa pensar el derecho desde América Latina? ¿Cómo consolidar una comunidad que lo haga? ¿Cómo vincular ese pensamiento con prácticas jurídicas que profundicen la democracia, la igualdad, la pluralidad y los derechos humanos en el subcontinente?

Desde campos y temas distintos, los capítulos de este libro intentan responder estas preguntas. Sin pretender hablar por sus autores ni reducir la diversidad de ideas, países y enfoques que presentan, en lo que sigue resalto un hilo conductor que, a mi manera de ver, atraviesa los textos incluidos en este volumen y la propuesta que hacen en conjunto. Al hacerlo, esbozo la estructura del libro y el proyecto colectivo que dio lugar a él.

#### **UNA NUEVA CARTOGRAFÍA JURÍDICA**

Más que tesis o estilos analíticos, creo que los ensayos de este libro comparten una mirada. Para seguir con el paralelo cartográfico, lo que los enlaza es una cierta técnica de proyección, que ubica su centro geográfico en América Latina y dibuja, desde allí, el derecho en la región y en el mundo. En este sentido, emprenden una tarea que los cartógrafos han llamado “contramapeo”:<sup>2</sup> un esfuerzo por representar el territorio (en este caso, el jurídico) desde perspectivas distintas de las dominantes.

2 Sobre el contramapeo y la cartografía crítica en general, véase Wood (2010).

Fernández Retamar –contracartógrafo pionero de los estudios culturales latinoamericanos– ha expresado ese giro valiéndose de la literatura, específicamente de los personajes-conceptos de Próspero (el colonizador, el amo) y Caliban (el colonizado, el esclavo) de *La tempestad*, de Shakespeare. “Asumir nuestra condición de Caliban implica repensar nuestra historia desde el *otro* lado, desde el *otro* protagonista” (Fernández Retamar, 2005). En esta línea, la contracartografía jurídica intenta ir más allá de la perspectiva dominante en sus diversas formas históricas –el Norte, Occidente, el “mundo civilizado”, el centro, el Primer Mundo, el mundo desarrollado, lo masculino, el blanco, etc.–, para pensar el derecho desde el otro punto de visión –el Sur, Oriente, el “mundo bárbaro”, la periferia, el Tercer Mundo, el mundo subdesarrollado, lo femenino, el indígena, el negro, el mestizo, etc.–.

De allí que este libro abra con una sección de contexto que se ubica decididamente en América Latina. En los tres capítulos que la integran, los autores reflexionan sobre sendas condiciones que atraviesan la práctica jurídica en la región: la desigualdad (Oscar Vilhena Vieira), la violencia (Julieta Lemaitre Ripoll) y la globalización (César Rodríguez Garavito). De allí también que en esta y las demás partes del libro haya un esfuerzo por mirar los procesos jurídicos desde la perspectiva subalterna: la de millones de ciudadanos indigentes para quienes el Estado de derecho es aún una lejana aspiración frente a los afanes de la supervivencia diaria (Vilhena Vieira), la de las víctimas de la violencia en la misma situación (Lemaitre Ripoll), o la de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes que han transformado o utilizado las herramientas jurídicas nacionales e internacionales –desde las constituciones hasta el sistema internacional de derechos humanos– para resistir los procesos históricos de colonización y discriminación, como lo muestran los capítulos de Rachel Sieder y Raquel Yrigoyen Fajardo.

Esta perspectiva, sin embargo, no le da la espalda al pensamiento jurídico mundial. Un aislamiento intelectual de este tipo sería tan inviable como indeseable. Inviabilidad porque, como argumento en mi capítulo sobre la globalización del derecho, la práctica y la reflexión jurídicas tienen lugar hoy, en buena medida, en comunidades e instituciones internacionales, o en instituciones nacionales –como las cortes o las facultades de derecho– que están insertas en redes y diálogos transnacionales. Indeseable, porque la visión radicalmente autóctona, al encerrarse en lo propio, desperdiciaría un legado jurídico internacional que ha generado innovaciones institucionales (por ejemplo, la protección judicial de derechos constitucionales) y corrientes de pensamiento (por ejemplo, los estudios legales críticos) que desestabilizan las prácticas y aproximaciones dominantes.

Aunque anclada en América Latina, la contracartografía que se vislumbra en los siguientes capítulos es un híbrido de los aportes de los pensamientos ju-

rídicos originados dentro y fuera de la región. Se trata de un sincretismo legal que pone patas arriba la interpretación convencional del mestizaje intelectual, tan usada por los latinoamericanistas. Contrario a lo que estos sostienen, las “culturas híbridas” (García Canclini, 1989), como las culturas jurídicas latinoamericanas, constituyen una fuente especialmente propicia para la renovación del pensamiento y las prácticas sociales, y albergan la posibilidad de plantear un diálogo horizontal entre distintas tradiciones intelectuales y legales (Santos y Rodríguez Garavito, 2007). En contraposición con el provincianismo y monolingüismo que campean en el terreno jurídico y académico del Norte, los juristas de la periferia conviven con normas, ideas e instituciones híbridas. Para sobrevivir en un mundo jurídico desigual, deben conocer los sistemas y las culturas jurídicas del Norte tan bien como los propios.

Esta hibridez sale a la superficie, con toda claridad, en los capítulos de la segunda parte del libro. Roberto Gargarella, Rodrigo Uprimny y Raquel Yrigoyen Fajardo combinan el derecho constitucional comparado con una reflexión “desde adentro” de los procesos constitucionales fundamentales de las dos últimas décadas, desde el colombiano de 1991 hasta el ecuatoriano de 2008 y el boliviano de 2009, pasando por el argentino de 1994. Entre tanto, Martín Böhmer y Mauricio García Villegas echan mano de la teoría y la sociología jurídicas mundiales para caracterizar las culturas jurídicas híbridas de Latinoamérica, a la vez que cuestionan la relevancia y utilidad de esos marcos para entender dichas culturas.

Un último rasgo que quisiera destacar de la mirada que se despliega a lo largo este libro es el vínculo entre la reflexión y la práctica. Aunque patente en los capítulos anteriores, la conexión es especialmente visible en la tercera y cuarta partes. En ambas, los autores reflexionan sobre innovaciones institucionales en cuyo desarrollo han participado, como las doctrinas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (véase el capítulo de Víctor Abramovich), la protección regional de la libertad de expresión impulsada por la relatoría de la OEA sobre el tema (Catalina Botero Marino), la aplicación judicial de los derechos constitucionales en México (Francisca Pou Giménez) y Chile (Jorge Contesse Singh), los derechos colectivos relativos al medio ambiente en Brasil (Ronaldo Porto Macedo) y los derechos y la justicia indígenas en México y Guatemala (Rachel Sieder). El mismo rasgo caracteriza los trabajos sobre la administración de justicia que cierran el libro, cuyos autores combinan el análisis sociojurídico con reflexiones basadas en experiencias de seguimiento a las reformas judiciales y el funcionamiento de la justicia (como en el capítulo de Luciana Gross y el texto de Leonardo Avritzer y Fernando Filgueiras), o de participación directa en dichas reformas desde el Estado y la sociedad civil (Ramiro Ávila Santamaría).



**SOBRE EL ORIGEN DEL LIBRO Y DEL PROYECTO COLECTIVO SUBYACENTE**

Eónn lugar de destacar los autores individuales –quienes, por lo demás, son académicos reconocidos en sus países y en la región–, quisiera centrarme en la empresa colectiva que plasman en este libro. En efecto, no es producto de una compilación de materiales dispersos, sino el primer resultado de un esfuerzo concertado por impulsar una nueva perspectiva sobre el derecho en la región.

La idea surgió de un diálogo entablado en 2009 entre varios de los autores, que hizo patente la necesidad de consolidar los vínculos existentes entre juristas latinoamericanos que venían haciendo esfuerzos aislados por desarrollar una mirada como la delineada en la sección anterior. Se decidió, entonces, crear una red de académicos del derecho para repensar el paradigma de reflexión, enseñanza y acción legales latinoamericanos e influir, desde esa perspectiva, en el debate jurídico global.

Para ello, se acordó que el primer paso sería convocar una reunión de discusión en Bogotá de destacados académicos de diferentes partes de la región –incluyendo Brasil, que por regla general está inexplicablemente excluido de este tipo de diálogos–, cuyo trabajo ya hubiera realizado contribuciones importantes al pensamiento jurídico crítico.

Con el apoyo decisivo de la Fundación Ford, esta primera reunión tuvo lugar en Bogotá entre el 24 y el 26 de febrero de 2010. Organizado por el Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes, el encuentro incluyó dos tipos de actividades. De un lado, un taller cerrado donde fueron presentados y discutidos los borradores de los capítulos de este libro y se acordaron los planes de trabajo para el futuro de la red. De otro lado, una serie de conferencias públicas en las que los invitados expusieron, para un público de juristas y estudiantes de derecho, sus ideas sobre el tema que estudiaban en los textos que escribieron para este volumen. Las conferencias fueron transmitidas en directo y filmadas por la página web del proyecto *expresa.la: ideas sobre el derecho en América Latina*, del Programa de Justicia Global de la Universidad de los Andes. Además de este libro, por lo tanto, los productos del encuentro que están disponibles para el público incluyen los videos de dichas conferencias, que pueden ser descargados gratuitamente del sitio web [www.expresa.la](http://www.expresa.la) y usados como complemento pedagógico en clases que asignen este libro como material de lectura y, en general, en cursos de las asignaturas respectivas.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Además de estas conferencias, el proyecto *expresa.la* graba y pone a disposición de profesores y estudiantes de derecho (y del público en general) un número amplio de conferencias y entrevistas con actores destacados del

Más allá del libro y los videos, el producto central del encuentro de Bogotá fue la conformación de una red de trabajo de largo plazo, bautizada preliminarmente Iniciativa Latinoamericana sobre Derecho y Democracia (ILADD) y fundada en acuerdos básicos sobre la metodología, los fines y el modus operandi del grupo. Metodológicamente, los aportes intelectuales de la red estarán basados en trabajo interdisciplinario y comparado, y tendrán una preocupación explícita por generar propuestas de diseños institucionales relevantes para diferentes países de la región e incidir en debates y proyectos de reforma institucional. Esta combinación de trabajo académico e incidencia en asuntos públicos tiene como fines centrales la promoción de la inclusión social, de los derechos humanos, de la democracia, del Estado de derecho y del desarrollo con equidad en la región.

En cuanto al modo y el plan de trabajo del grupo, la iniciativa girará alrededor de encuentros anuales que repliquen la estructura del encuentro de Bogotá y generen nuevo conocimiento sobre temas centrales para el pensamiento y la práctica jurídica. El segundo encuentro (a realizarse en San Pablo) discutirá el potencial y los límites de las reformas constitucionales recientes, en tanto que el tercero (en Buenos Aires) discutirá la relación entre derecho, desigualdad y exclusión social en América Latina. Para desarrollar la perspectiva y promover los fines señalados, las publicaciones, intervenciones públicas y demás productos de la red harán énfasis en la lectura y discusión de la producción jurídica y académica latinoamericana.

El trabajo de los autores representa sólo una parte del esfuerzo colectivo. Igualmente importantes, tanto para el libro como para la iniciativa regional que subyace a él, han sido los aportes de personas e instituciones que la han secundado incondicionalmente. Quisiera comenzar por agradecer a la Fundación Ford, que respaldó con generosidad el despegue de la red a través del proyecto [expresa.la](http://expresa.la) y ha apoyado los planes para su continuación. En particular, reconozco con gratitud el apoyo de Felipe Agüero y Martín Abregú, quienes creyeron desde un inicio en la idea y la han acompañado solidariamente desde entonces.

Con igual solidaridad y convicción, la editorial Siglo XXI de Argentina acogió la propuesta de publicar este libro y ponerlo a disposición del público lati-

---

campo jurídico latinoamericano, desde académicos hasta jueces y activistas. Estos materiales visuales tienen un formato amigable y una duración corta, que buscan hacerlos útiles para clases de distintos cursos en las facultades de derecho, así como para otras actividades de formación o discusión ciudadana sobre temas jurídicos. Para más información, véase [www.expresa.la](http://www.expresa.la).

noamericano, tanto en versión impresa como en edición electrónica gratuita. La afinidad entre el proyecto académico del libro y el proyecto institucional de Siglo XXI fue evidente desde la primera conversación con Carlos E. Díaz, director de la casa editorial, quien de inmediato impulsó la publicación. La misma sintonía y la misma mezcla inusual de rigor, profesionalismo y amabilidad estuvieron presentes en las siguientes fases del proceso editorial, en las que el trabajo excepcional de Gabriela Vigo y Yamila Sevilla sacó adelante un proyecto editorial ambicioso y complejo. A ellos y a los demás miembros de Siglo XXI, mi sentido agradecimiento.

Todo proyecto de colaboración que intente saltar las barreras nacionales, temáticas y disciplinarias requiere, ante todo, una cantidad inmensa de trabajo de coordinación. Por eso, quisiera terminar agradeciendo de manera muy especial a la persona que ha hecho esta labor, tan compleja como silenciosa. Camila Soto, coordinadora del Programa de Justicia Global de la Universidad de los Andes, ha impulsado todas y cada una de las fases del proyecto con una inteligencia, un profesionalismo y un desprendimiento sin par. Espero que este libro ayude a que la generación de juristas latinoamericanos jóvenes a la que pertenece Camila encuentre su propia voz.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abramovich, Víctor y Christian Courtis (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Barcelona, Trotta.

Arcidiácono, Pilar; Nicolás Espejo y César Rodríguez Garavito (coords.) (2010), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, CELS, Siglo del Hombre, UDP y Uniandes.

Arango, Rodolfo (2005), *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Uniandes.

García Canclini, Néstor (1989), *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*, México, Grijalbo.

Gargarella, Roberto (2007), “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Rodolfo Arango (comp.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre y Uniandes.

- Grüner, Eduardo (2005), *La cosa política o el acecho de lo real*, Buenos Aires, Paidós.
- Fernández Retamar, Roberto (2005), *Todo Caliban*, Bogotá, ILSA.
- Lander, Edgardo (comp.) (2003), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, CLACSO, UNESCO.
- López, Diego Eduardo (2004), *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis.
- Monmonier, Mark (1991), *How to Lie with Maps*, Chicago, Chicago University Press.
- (1995), *Drawing the Line: Tales of Maps and Cartocontroversy*, Nueva York, Holt&Company.
- Rodríguez Garavito, César (2005), “Prólogo”, en Fernández Retamar, Roberto (2005), *Todo Caliban*, Bogotá, ILSA.
- (2011), “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, en *Texas Law Review*, vol. 89 (7).
- (2012), “Mapping Global Justice: Law, Society and Justice For a Post-Westphalian World”, en Rosann Greenspan, Calvin Morrill y Lauren Edelman (comps.), *The Future of Law and Society*, Berkeley, University of California Press.
- Santos, Boaventura de Sousa (1995), *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Nueva York, Routledge.
- (2009), *Una epistemología del Sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*, México, Clacso y Siglo XXI Editores.
- y César Rodríguez Garavito (2007), “El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica”, en Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (comps.), *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos.
- Schwarcz, Lilia (2011), “Introdução à coleção: história como carteira de identidade em processo”, en Alberto da Costa e Silva (coord.), *Historia do Brasil Nação: Crise Colonial e Independência*, vol. 1, Río de Janeiro, Objetiva y Fundación Mapfre.

Uprimny, Rodrigo y Mauricio García (2004), “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, en Boaventura Santos y Mauricio García (comps.), *Emancipación social y violencia en Colombia*, Bogotá, Norma.

Vásquez, Juan Gabriel (2009), “El arte de la distorsión”, en *El arte de la distorsión*, Madrid, Alfaguara.

Weber, Max (1944), *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica.

Wood, Dennis (2010), *Rethinking the Power of Maps*, Nueva York, Guilford Press.

PRIMERA PARTE:

**El contexto: desigualdad, violencia  
y globalización**



# 1. Desigualdad estructural y Estado de derecho\*

*Oscar Vilhena Vieira*

Muchas pueden ser las causas que expliquen la fragilidad y el incumplimiento sistémico del Estado de derecho en América Latina: la existencia de una cultura en ese sentido, la interrupción sistemática del régimen constitucional, lo artificial de los trasplantes institucionales de uno a otro contexto, etc. Cada una de ellas ha contribuido a profundizar y ampliar la comprensión de este fenómeno, que parece afectar a la gran mayoría de los países de la región. Este ensayo no pretende criticar las distintas perspectivas teóricas que buscan dilucidar ese fenómeno, sino sumar otra mirada, en este caso, de naturaleza estructural. Por lo tanto, se busca responder el siguiente interrogante: ¿cómo influye la profunda y persistente desigualdad socioeconómica sobre la integridad del Estado de derecho?

El propósito de este trabajo es, entonces, comprender los efectos de la polarización de la pobreza y de la riqueza en el sistema jurídico, especialmente con relación a uno de los ideales esenciales del Estado de derecho: el trato imparcial hacia la gente tanto de la ley como de los responsables de su implementación. El principal argumento que aquí se presenta es el de la exclusión social y económica, derivada de los niveles extremos y persistentes de desigualdad, que aniquila la imparcialidad legal y provoca la *invisibilidad* de los sumamente pobres, la *demonización* de quienes cuestionan el sistema y la *inmunidad* de los privilegiados. En síntesis, la desigualdad social extrema y persistente erosiona la reciprocidad, tanto en lo que atañe a las ventajas mutuas como a la moral, deteriorando de ese modo la integridad del Estado de derecho.

\* Este ensayo fue publicado previamente en *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, Brasil, Red Universitaria de Derechos Humanos, 2007.



**UN CONCEPTO INSTRUMENTAL DEL ESTADO DE DERECHO**

Para Raz (1979), Estado de derecho significa, en un sentido amplio, que “la gente debe obedecer la ley y ser gobernada por ella. Pero, de acuerdo con la teoría política y jurídica, termina leyéndose, en un sentido más acotado, que el gobierno será regido por el derecho y estará sujeto a él” (Raz, 1979: 211). La construcción de Raz requiere que las leyes se comprendan como normas generales, para que puedan guiar efectivamente las acciones. Así pues, la ley no es un mero hecho de poder, sino que requiere una forma particular.

Sin embargo, Raz no adscribe a la posición de Hayek (1990), según la cual sólo las leyes abstractas y generales pueden constituir un sistema de derecho general. Para Raz sería imposible gobernar únicamente con normas generales: cualquier sistema concreto debe estar compuesto por normas generales y normas particulares que a su vez deben guardar coherencia con las generales.

Para cumplir con el objetivo de un sistema legal que pueda guiar la acción individual, Raz crea su propia lista de principios del Estado de derecho, según la cual las leyes deben ser potenciales, abiertas, claras y relativamente estables; además, la creación de las leyes particulares debe estar guiada también por normas abiertas, estables, claras y generales. Pero dichas normas sólo tendrán sentido si existen instituciones responsables para su aplicación coherente, de tal modo que la ley pueda convertirse en una reglamentación efectiva que guíe la acción individual. Por lo tanto, la perspectiva de Raz requiere la existencia de un Poder Judicial independiente porque, si las normas son razones para las acciones y el Poder Judicial es responsable de aplicarlas, sería inútil orientar nuestra acción según la ley si los tribunales tuvieran en cuenta otras razones al juzgar. Por el mismo motivo, deben contemplarse los principios del proceso de arreglo, como las audiencias justas o la imparcialidad. El Estado de derecho también requiere que los tribunales tengan poder para revisar las leyes de otras áreas del gobierno, a fin de garantizar la conformidad con dicho Estado de derecho, y que sean de fácil acceso. Finalmente, no debe permitirse que los poderes discrecionales de las agencias para la prevención de delitos perviertan la ley, es decir que ni el fiscal ni la policía tengan autoridad para adjudicar los recursos en la lucha contra el delito sobre otras bases que no sean las estipuladas por la ley (Raz, 1979: 216-217).

Desde esta perspectiva, Estado de derecho es un concepto formal, según el cual los sistemas jurídicos no se miden desde un punto de vista sustantivo –como el de la justicia o la libertad– sino según su funcionalidad. La función principal de un sistema jurídico es servir como una guía segura para la acción humana. Y esa es la primera razón por la cual un concepto formalista del Estado de derecho, como el formulado por Raz, recibe un amplio apoyo de perspectivas políticas diferentes. En líneas generales, para

los gobiernos es valioso contar con una herramienta eficaz que oriente la conducta humana.

Sin embargo, que sea útil para distintas perspectivas políticas no significa que el concepto formalista del Estado de derecho sea compatible con todos los regímenes políticos. Al favorecer la predictibilidad, la transparencia, la generalidad y la imparcialidad, y otorgar integridad a la aplicación de la ley, el Estado de derecho se convierte en la antítesis del poder arbitrario (Raz, 1979: 220). Por consiguiente, las diversas perspectivas políticas que lo apoyan comparten su aversión hacia el uso arbitrario del poder, y debido a ello cuenta tanto con el apoyo de los demócratas como de los igualitarios liberales, los neoliberales o los activistas de derechos humanos. Sin importar sus diferencias, todos están a favor de evitar el gobierno arbitrario. En una sociedad abierta y pluralista, que ofrece espacio para que compitan distintos ideales del bien público, el Estado de derecho es una protección común contra el poder arbitrario.

Sin embargo, existe una explicación menos noble para ese apoyo casi unánime. Como el Estado de derecho es multifacético, si tomamos cada uno de sus elementos constitutivos por separado veremos que tienden a promover valores e intereses –a veces opuestos–: la eficiencia del mercado, la igualdad, la dignidad humana o la libertad. Para quienes fomentan las reformas de mercado, la idea de un sistema jurídico previsible y estable es de suma importancia. La generalidad, la imparcialidad y la transparencia son esenciales para los demócratas, y, para los defensores de los derechos humanos, la igualdad ante la ley y la integridad de las agencias que la aplican son indispensables. Entonces, la lectura parcial de un concepto multifacético desde visiones políticas diferentes también contribuye a explicar la atracción que ejerce el Estado de derecho sobre un público tan vasto. Por lo tanto, debemos ser cautos ante los excesivos elogios y verificar si no se está ensalzando solamente una de sus virtudes: aquella que apoya los objetivos que pretenden fomentarse a través de esos elogios.

#### **CUMPLIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO**

Una de las mayores dificultades de esta conceptualización del Estado de derecho es que no nos ayuda a comprender cuáles son las condiciones externas (sociales, económicas o políticas) que favorecerían la adhesión de un sistema jurídico a esta visión, para que tanto las autoridades estatales como los individuos cumplan con la ley. Por eso Maravall y Przeworski están tan desilusionados con el tipo de listas de los juristas tratadas anteriormente, puesto que las consideran “poco convincentes como descripción e incompletas como explicación” (Maravall y Przeworski, 2003: 1). Por ende, nuestro primer desafío será intentar

comprender qué condiciones o mecanismos propician la aplicación del Estado de derecho. ¿Por qué un gobierno que tiene el control indiscutido de los medios de coerción habría de someterse a él? ¿Y por qué cualquiera de nosotros habría de cumplir con la ley? Comencemos por la primera pregunta.

#### ¿POR QUÉ UN GOBERNANTE TENDRÍA QUE CUMPLIR LA LEY?

Según Holmes, la tesis principal de Maquivelo al respecto sostiene que “los gobiernos terminan haciendo predecible su propia conducta por el bien de la cooperación. Tienden a comportarse como si estuvieran ‘obligados’ por la ley, en lugar de usar la ley de manera impredecible como un bastón para disciplinar a la población [...], porque tienen objetivos específicos que demandan un alto nivel de cooperación voluntaria [...]” (Holmes, 2003: 20). De modo que el gobernante usa la ley con parsimonia para obtener la reciprocidad de grupos específicos dentro de la sociedad, colaboración que no obtendría si no demostrara respeto por sus intereses. Cuanto más apoyo necesite el gobernante más grupos quedarán incluidos bajo el ala de la ley, y se verán beneficiados por un trato predecible por parte del gobernante a cambio de ese apoyo.

El liberalismo y la democracia requieren la expansión del Estado de derecho hacia nuevos individuos que tengan estatus legal. De hecho, fue así como este evolucionó desde la Edad Media: extendiendo privilegios a distintos grupos. La Carta Magna quizá sea el primer símbolo de ese proceso de expansión de los derechos jurídicos, que culminó con la Declaración Universal de Derechos en el siglo XX y con los estatutos de derechos de las democracias constitucionales contemporáneas. La distribución de los derechos que dan poder al pueblo es, por lo tanto, un medio clave para obtener cooperación.

T. H. Marshal, en su clásico *Clase, ciudadanía y desarrollo social* (1967), describe claramente la evolución de la ciudadanía en los países occidentales mediante la inclusión del pueblo bajo el ala de la ley. Pero fue necesaria la lucha política para que nuevos grupos consiguieran un estatus jurídico a través del otorgamiento de derechos civiles, políticos, sociales y económicos –que a su vez les permitieron alcanzar distintos niveles de inclusión en el Estado de derecho– a cambio de su cooperación. Y si bien no podemos confundir el Estado de derecho con los derechos de los ciudadanos, es muy difícil disociar históricamente la extensión del primero de las expansiones de los segundos. Las generales de la ley y el cumplimiento imparcial de la legislación, en tanto virtudes internas de un sistema de Estado de derecho, están directamente asociadas a la noción de igualdad ante la ley mediante la expansión de la ciudadanía (Bendix, 1964: 92).

En los regímenes democráticos contemporáneos, en los cuales la legitimidad y la cooperación dependen de los altos niveles de inclusión, los derechos tienden a estar distribuidos más generosamente. Sin embargo, ni siquiera estos regímenes necesitan la cooperación de todos y cada uno de los grupos por igual, y por lo tanto no tienen incentivos para tratar a todos igualitariamente bajo la ley en todo momento. Más aún, dado que los distintos grupos tienen recursos sociales, económicos y políticos desiguales, el costo de su cooperación también será desigual, lo cual significa que la ley y su cumplimiento responderán a las distintas esferas de privilegios.

Esto implica que cualquier aproximación a la idea de Estado de derecho no sólo dependerá de la expansión de los derechos expresada por escrito sino también, y quizá más críticamente, de la coherencia con que el Estado aplique esos derechos. Y esta es la paradoja que enfrentan numerosos regímenes democráticos con altos niveles de desigualdad social.

Si bien en teoría se reconoce la igualdad de derechos como medida simbólica para obtener cooperación, los gobiernos no se sienten obligados a cumplir por igual, y para todos los miembros de la sociedad, con las obligaciones relativas a esos derechos. Y como los costos de reclamar el cumplimiento de los derechos por medio del sistema del Estado de derecho son desproporcionadamente mayores para algunos miembros de la sociedad que para otros, este se convierte en un bien parcial, que favorece a los que tienen poder y recursos. En otras palabras, la igualdad formal provista por el lenguaje de los derechos no equivale al acceso igualitario al Estado de derecho ni al cumplimiento imparcial de las leyes y de los derechos.<sup>1</sup> Por lo tanto, es posible tener derechos y, al mismo tiempo, carecer de los recursos necesarios para reclamar su aplicación. En consecuencia, es más apropiado pensar el Estado de derecho en términos de niveles de inclusión que de existencia o inexistencia. El proceso democrático puede expandir el Estado de derecho; pero incluso en los regímenes democráticos, en sociedades con niveles extremos de desigualdad —donde los recursos y el poder de las personas y los grupos son marcadamente desiguales—, el Estado tiende a ser menos capaz de proteger a los pobres y de lograr que los poderosos respondan ante la ley.

Sin embargo, el control del poder estatal y su sometimiento a la ley no es mera consecuencia de la distribución social del poder. En las sociedades modernas, las instituciones delimitan la conducta de los ciudadanos por medio de diversos y numerosos incentivos. Pero estas también pueden controlarse recíprocamente, tal como lo percibió Madison: cuando la ambición restringe la ambición, aumenta la posibilidad de mantener al gobierno bajo control (Ha-

<sup>1</sup> Agradezco a Persio Arida por esta observación.

milton y otros, 1988: 51). Cuando los poderes sociales contrapuestos no son lo suficientemente fuertes para doblarse unos a otros tienden a la creación de estructuras políticas fragmentadas, mientras que los grupos con menos poder pueden beneficiarse del resultado de esas luchas de elite. Esta es la lógica básica del constitucionalismo moderno.

Sin embargo, el Estado de derecho apunta a algo más que mantener al gobierno bajo control legal o constitucional: también busca orientar la conducta individual y la interacción social. Por consiguiente, es necesario indagar por qué los ciudadanos habrían de querer cumplir con la ley. ¿Por qué razón todos aceptamos ser responsables ante ella?

### **¿POR QUÉ LOS CIUDADANOS OBEDECEN LA LEY?**

#### RAZONES COGNITIVAS

El primer grupo de razones es ciertamente cognitivo y se relaciona con nuestra capacidad para comprender los conceptos básicos de la ley, entre ellos las nociones de normas y derechos. Sin esos supuestos culturales básicos, sería imposible pensar la posibilidad de respetar la ley. No se trata de un asunto trivial; en muchas sociedades, los conceptos desigualdad de derechos y aplicación imparcial de la ley a menudo contradicen la experiencia cotidiana. Los privilegios, los derechos de clase y los derechos jerárquicos arraigados en numerosos sistemas culturales vuelven inaplicable la experiencia de “las generales de la ley”. Además de comprender la función estructural de los conceptos legales básicos, es importante que las personas comprendan las normas básicas que imperan en sus propias sociedades, como asimismo sus obligaciones y derechos. En las sociedades con gran concentración de pobreza y analfabetismo, esta condición casi nunca se cumple.<sup>2</sup>

#### RAZONES INSTRUMENTALES

El segundo grupo de razones para el cumplimiento de la ley se relaciona con nuestra capacidad para pensar instrumentalmente, vale decir, para calcular los riesgos y los beneficios potenciales de las acciones que pretendemos realizar.

<sup>2</sup> Es importante destacar que el nivel de conocimiento que se tiene sobre la Constitución es muy bajo en Sudamérica; sólo el 30% de los latinoamericanos conoce algo o mucho acerca de su Ley Fundamental, y sólo el 34% tiene conocimiento sobre sus deberes y obligaciones (Latinobarómetro, 2005: 14).

Las personas respetan la ley y los derechos de los otros para obtener recompensas o evitar el castigo. Desde una perspectiva instrumental acotada, ese respeto se ve reforzado si su incumplimiento claramente daña su bolsillo, su libertad, su imagen, su bienestar o su integridad, y si su cumplimiento es beneficioso por los mismos motivos. Para tener valor instrumental, el respeto por el Estado de derecho debe serles beneficioso. Por medio de este razonamiento, los individuos buscan maximizar su utilidad social y económica.

Dos razones se debaten en este contexto: el miedo a la coerción del Estado y la reciprocidad de la ventaja. Mientras los individuos temen o esperan el castigo o la recompensa del Estado, tenderán a respetar el Estado de derecho (este podría ser el argumento hobbesiano). En algunas circunstancias, la coerción estatal puede ser un instrumento eficaz para el Estado de derecho, y es también una condición necesaria porque siempre existirá algún nivel de conducta antisocial imposible de controlar de otra manera. Por lo tanto, la impunidad derivada de la ineficiencia estatal, de la corrupción o de la selectividad pone en peligro la capacidad de la amenaza de coerción para obtener el acatamiento de la ley.

También debe tenerse en cuenta que, en muchos casos, los individuos deben instar al Estado a ejercer la coerción. A menudo hay que presentar quejas, iniciar juicios o simplemente informar a la policía acerca de ciertos hechos ilegales para que el Estado actúe. De modo que la falta de recursos o la desconfianza en las autoridades influirán fuertemente a la hora de movilizar el poder del Estado, permitiendo que aquellos que no cumplen con la ley puedan actuar con impunidad.

Para cualquier sociedad, sería inadmisiblesoportar el costo del nivel de coerción requerido para garantizar el cumplimiento de todos los estándares legales. Imaginemos lo que ocurriría, por ejemplo, si la amenaza de una multa o de la cárcel fuera la única razón por la cual las personas se cuidaran de cruzar semáforos en rojo o de cometer delitos. La experiencia de los Estados totalitarios demuestra que lograr obediencia mediante el uso de la vigilancia tiene un costo altísimo y, aunque los costos pudieran absorberse gracias a los avances tecnológicos, sigue siendo una estrategia absolutamente indeseable.

Las razones instrumentales para cumplir la ley, por lo tanto, deben estar más allá de la estructura coercitiva del Estado. Las personas integran ámbitos sociales, grupos y comunidades que delinean y determinan sus acciones (Galligan, 2007: 310-326). Por lo tanto, una segunda razón instrumental para respetar la ley es el miedo a la represalia o la expectativa del beneficio por parte de la comunidad o el ámbito social al que cada uno pertenece o dentro del cual circula. El engaño, tanto en el mercado como en el matrimonio, puede tener consecuencias graves. La credibilidad es importante para cualquier grupo. Perder la credibilidad por haber infringido la ley podría hacernos perder nuestro

lugar en el grupo y restringir nuestra capacidad para forjar nuevas relaciones voluntarias con otros miembros. Por eso las personas tienden a obedecer la ley incluso en ausencia de la autoridad estatal (Ellickson, 1991: 281-283).

La regla de oro de toda relación mutuamente ventajosa es no hacerle al prójimo lo que no querríamos que él nos hiciera. Puesto que no se trata de un principio moral sustantivo, no afirma ni niega la existencia de un marco moral más profundo. Sin embargo, las relaciones recíprocamente ventajosas pueden contribuir al cumplimiento de la ley, aunque dentro de cierta fragilidad. En una estructura de ventaja mutua, en circunstancias de disparidad de poder, los individuos tienen un incentivo para engañar: me conviene que todos los demás cooperen sin verme obligado a hacerlo (Barry, 1991: 51). La presión de los pares también puede ser problemática si el medio social propicia una cultura de no-cumplimiento, o, lo que es aún peor, una cultura interna de obediencia que desafía al Estado de derecho, como en el caso de la mafia u otras formas de crimen organizado. Por lo tanto, las razones instrumentales representadas por la coerción o por los acuerdos de mutua ventaja (de intereses propios) no logran explicar plenamente por qué obedecemos la ley. Si bien son importantes, no bastan para dar una explicación completa.

#### LAS RAZONES MORALES

Los análisis más recientes sobre la eficacia de la ley, especialmente los de los pensadores formalistas del derecho o los investigadores de la elección racional, han descuidado la moralidad (Becker, 1968: 169-217). En este sentido, la aseveración de Lon Fuller (Fuller, 1969: 21-25) sobre la reciprocidad moral como elemento fundamental para la existencia de un sistema legal cobra un renovado interés. Sería mucho más fácil establecer el Estado de derecho en aquellas sociedades donde los individuos se valoran mutuamente y valoran sus derechos como a sí mismos. Esos derechos, distribuidos equitativamente, no son un don del cielo, sino una construcción social: una decisión tomada por la comunidad para considerar a los individuos en términos de igualdad y basar el ejercicio del poder en los derechos básicos (Habermas, 1996: 119). Eso significa que las decisiones colectivas sólo tienen validez si derivan de la voluntad de individuos autónomos y si respetan el ámbito de dignidad humana creado por esos mismos derechos (82).

Se trata de un sistema gobernado por normas, en el que cada ciudadano goza de un estatus como titular de derechos, está protegido como persona en su relación con los otros ciudadanos y con el Estado, y en el que este último también está sujeto al principio de reciprocidad. En este sentido, la limitación que significa el respeto por los derechos del prójimo es la base fundamental para la generalización de aquellas expectativas que llevan al establecimiento

del Estado de derecho. A medida que esas expectativas de respeto por los derechos de todos se generalizan, se hace posible establecer un Estado de derecho auténtico. Puede afirmarse, sin embargo, que la reciprocidad siempre tiene un origen utilitario: es decir, mi respeto hacia el prójimo no surge de adscribirle algún valor (reciprocidad kantiana) sino de haber aceptado un pacto de no agresión, útil para los intereses de ambos (reciprocidad hobbesiana) (Reiss, 1996). Como se dijo antes, hay una diferencia entre la reciprocidad moral, basada en la noción de dignidad humana, y la reciprocidad de las ventajas mutuas, basada en el cálculo estratégico.

Volviendo al ejemplo del semáforo, según la noción moral de reciprocidad yo detendría el coche porque creo firmemente que los otros conductores y peatones tienen el mismo derecho que yo a cruzar la calle y, por lo tanto, tengo la obligación asociada de detenerme. En una comunidad comprometida por la reciprocidad moral, basada en los derechos, sería más fácil implementar la ley. De más está decir cuán difícil es obtener o construir reciprocidad moral en una sociedad moderna, orientada hacia el consumo y caracterizada por las profundas disparidades sociales y económicas entre sus miembros.

La idea de moralidad, sin embargo, podría ser más formal, tal como ocurre en autores contractuales como Rousseau. En este caso, la justificación moral para cumplir la ley no proviene del hecho de que un sistema jurídico dado esté en armonía con un conjunto preestablecido de valores inmerso en los derechos. El cumplimiento se debe al hecho de que los ciudadanos mismos, bajo un procedimiento justo, crearon las leyes que regulan las relaciones sociales y el ámbito público. La justicia del procedimiento garantizaría la neutralización del máximo aumento del interés propio, de modo tal que las personas podrían tomar decisiones teniendo en cuenta el bien público, lo cual crearía en todos los ciudadanos la obligación moral de aceptar los resultados (Rousseau, 1955: 339-340).

Si nos atenemos a la teoría del Estado de derecho de Rousseau, no sólo los procedimientos deben ser justos sino que el resultado debe obtenerse a través de medios específicos que garanticen su imparcialidad. Es decir, mediante leyes generales. Asimismo es importante subrayar que la justicia procesal no se limita a los procesos que conducen a la promulgación de leyes generales, cosa que todos los participantes aceptarían en el proceso político, sino también a la forma en que el Estado implementa esas leyes.

Siguiendo nuevamente a Rousseau, una de las principales causas de la decadencia de la democracia es la distorsión de la promulgación de leyes generales por parte de magistrados que tienden a anteponer sus propios intereses en detrimento de la voluntad general expresada por la ley (339-340). Así, la justicia en la implementación de las leyes es tan importante como la justicia en su creación. Si el cumplimiento de la ley no es imparcial, acorde con los debidos



estándares procesales fijados por la ley misma, el Estado de derecho pierde autoridad y, por consiguiente, no es aceptado como una guía admisible para regir las acciones de las personas (Tyler, 1990).

En suma, el cumplimiento individual de la ley se apoya en tres grupos principales de razones: cognitivas, instrumentales y morales. Como he intentado probar, todas son importantes para explicar por qué los individuos (ciudadanos y autoridades) actúan de acuerdo con el Estado de derecho, aun cuando el peso de cada razón varíe según la naturaleza de la acción, los actores involucrados, las circunstancias o los ámbitos sociales donde esta tenga lugar. A los fines del presente ensayo, se hará hincapié en el efecto negativo de la desigualdad social y económica sobre todos los mecanismos mencionados.

En la siguiente sección, veremos que la desigualdad destruye la comprensión y el conocimiento de los conceptos legales básicos, subvierte la promulgación de leyes y el uso de la coerción, y en última instancia atenta contra las construcciones de reciprocidad, tanto en términos morales como de ventajas mutuas. Teniendo en cuenta las tres bases para el Estado de derecho anteriormente tratadas, se intentará demostrar que el sistema legal brasileño, si bien en su mayor parte se ajusta a los elementos que hacen de un sistema legal un Estado de derecho, no logra alcanzar imparcialidad ni congruencia. Por medio del caso brasileño se intentará demostrar que un nivel mínimo de igualdad social y económica entre los individuos es crucial para el establecimiento de relaciones de reciprocidad, así como para la existencia misma de un sistema de Estado de derecho.

#### **DESIGUALDAD Y ESTADO DE DERECHO**

En 1988 Brasil adoptó una nueva Constitución después de más de dos décadas de régimen autoritario. Como reacción a la experiencia de un gobierno arbitrario y a un pasado de injusticia y desigualdad social, la nueva Constitución fue forjada bajo los principios del Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos. Su declaración de principios garantiza los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, incluyendo aquellos de grupos vulnerables como los aborígenes, los ancianos y los niños, los cuales reciben una protección especial y no pueden abolirse ni siquiera mediante reformas constitucionales. En la actualidad, Brasil participa en las principales convenciones internacionales sobre derechos humanos, que tienen un efecto directo sobre su sistema jurídico. Por lo tanto, todas las garantías sustantivas y procesales de la Declaración Universal de Derechos son parte de él.

De acuerdo con la Constitución brasileña, la ley es el único instrumento que puede imponer obligaciones jurídicas a los individuos, como los decretos

normativos promulgados procesalmente por el Congreso y sustantivamente de acuerdo con la Constitución. Toda persona es “igual ante la ley”, sin distinción alguna. Las leyes deben ser prospectivas, es decir que entran en vigencia sólo a partir de su publicación; las retroactivas sólo se admiten si benefician a los individuos. No hay leyes secretas. En casos de emergencia el presidente puede promulgar medidas provisionales, que deben ser aprobadas por el Congreso para constituirse en ley dentro de un período de sesenta días; de otro modo pierden eficacia desde su promulgación. En suma, si bien muchas leyes brasileñas no pasarían la prueba de generalidad de Hayek (1990) –ya que tienen un propósito específico e individualizado, como muchas de las leyes promulgadas en cualquier sociedad posliberal–, ciertamente serían aceptables para la formulación de Raz acerca del concepto de ley, según la cual las leyes particulares son admisibles si guardan relación con las normas generales. También creo que, en su mayoría, las leyes brasileñas pueden considerarse comprensibles, no contradictorias y razonablemente estables.

Con respecto a las instituciones responsables de su implementación, podría considerarse que el sistema jurídico brasileño está formalmente de acuerdo con los requisitos de Raz. La Constitución incluye un sistema de separación de poderes que diferencia a quienes tienen la responsabilidad de crear la ley de aquellos encargados de aplicarla.

Como ocurre en muchos otros sistemas contemporáneos, la separación de poderes no es tan tajante como en el modelo de Montesquieu. El Poder Ejecutivo tiene la facultad de regular y de implementar la adjudicación administrativa de ciertas áreas particulares. El Poder Judicial tiene el poder extensivo de revisar la legislación y las leyes administrativas que entran en conflicto con la Constitución. El Legislativo tiene otro poder más allá del de promulgar leyes generales y abstractas: controlar al Ejecutivo e investigar su mal desempeño. Esta noción flexible de la separación de poderes no es más permisiva que la de muchas otras democracias.

Si bien en teoría esta organización institucional parece responder al modelo de Estado de derecho de Raz, el sistema jurídico brasileño adolece de una profunda falta de coherencia entre las leyes promulgadas y la conducta de los individuos o de los funcionarios estatales.

Hoy existe una creciente conciencia de que la ley –y los derechos– todavía desempeñan un papel insignificante en la determinación de la conducta individual u oficial. Según el Informe Latinobarómetro de 2005, hay mucha desconfianza respecto de la capacidad del Estado para implementar las leyes con imparcialidad y, lo que es aún más problemático, sólo el 21% de los brasileños respeta las leyes (Latinobarómetro, 2005: 17). Según Guillermo O’Donnell (1998), la mayoría de los países latinoamericanos no ha podido consolidar un sistema de Estado de derecho después de la transición a la democracia. En este

sentido, O'Donnell sostiene que la desigualdad extrema en toda la región es uno de los obstáculos principales para ello. Por ser uno de los países más desiguales del continente, Brasil podría definirse como un sistema de desgobierno de la ley y no como un sistema donde esta impera (O'Donnell, 1998: 37-57).

La democratización y la liberalización no bastaron para superar los arraigados escollos contra la implementación del Estado de derecho en Brasil. El fracaso en mejorar de manera contundente la distribución de los recursos y romper el fuerte tejido jerárquico ha impedido que la ley cumpla su cometido en tanto razón para las acciones de varios sectores de la sociedad. Brasil tiene la octava mayor economía del mundo, según una reciente evaluación de su PBI. A pesar de los avances significativos en la reducción de la pobreza en la última década, este país mantiene una de las peores tasas de distribución de la riqueza (0,514 según el índice de Gini/enero 2009) entre las democracias contemporáneas. En la última década, el 1% de la población más rica concentraba la misma cantidad de riqueza que el 50% más pobre. Estos indicadores, entre muchos otros que muestran las graves desigualdades sociales, tienen un fuerte efecto sobre la imparcialidad necesaria para la implementación de la ley en el país por parte de las instituciones responsables. Como en muchos que comparten esta configuración, el Estado brasileño a menudo es blando con los poderosos, insensible con los excluidos y duro con los que desafían la estabilidad jerárquica de la sociedad.

#### **INVISIBILIDAD, DEMONIZACIÓN E INMUNIDAD**

Nuestro postulado principal es que la exclusión social y económica, derivada de niveles extremos y persistentes de desigualdad, causa la invisibilidad de los muy pobres, la demonización de los que desafían al sistema y la inmunidad de los privilegiados, anulando así la imparcialidad jurídica. En síntesis, la desigualdad social y económica extrema y persistente erosiona la integridad del Estado de derecho. En tales circunstancias, la ley y los derechos pueden verse como una farsa, una disputa de poder entre los pocos afortunados que negocian los términos de los excluidos. La invisibilidad significa aquí que el sufrimiento humano de ciertos segmentos de la sociedad no provoca una reacción moral o política en los más beneficiados ni dispara una respuesta legal adecuada en los funcionarios estatales. La pérdida de vidas humanas o la ofensa a la dignidad de los pobres, si bien se informan y se reconocen profusamente, son invisibles en tanto no producen una reacción política o jurídica ni estimulan un cambio social.

Además de la miseria en sí misma, y de todas sus deplorables consecuencias en relación con la violación de derechos, una de las manifestaciones más dra-

máticas de la invisibilidad en Brasil está dada por las altísimas tasas de homicidios cuyas víctimas son, sobre todo, las poblaciones más pobres. Como bien señala la Organización Mundial de la Salud en su último informe sobre violencia (2002), Latinoamérica tiene el registro más alto de tasas de homicidio del planeta. Brasil, uno de los países más violentos de la región, acumuló más de ochocientos mil homicidios intencionales en los últimos veinte años (IBGE 2005). En un año, hubo más víctimas de este tipo en Brasil que en la guerra de Irak.<sup>3</sup> Es importante destacar que la gran mayoría de los asesinados fueron jóvenes negros, pobres y sin educación que vivían en la periferia social brasileña (Adorno y otros, 2003: 60). Tal como demostraron cautamente Fajnzylber y otros (2002: 1-40), en todos los países existe una fuerte relación causal entre la desigualdad y las tasas de crímenes violentos.

Sumadas a otras tasas de delitos, y debido al hecho de que muchos vecindarios pobres en las grandes ciudades están controlados por el crimen organizado con la complicidad de los funcionarios estatales, estas cifras confirman que la ley no puede servir como una razón para la acción en diferentes contextos, y sobre todo que las restricciones jurídicas, como el sistema penal, son insuficientes para proteger a los grupos vulnerables. Los niveles obscenos de impunidad además de multiplicar las pérdidas humanas entre los pobres, que no reciben una respuesta apropiada del sistema jurídico, refuerzan la noción perversa de que esas vidas no tienen ningún valor. Este círculo vicioso de altos niveles de criminalidad violenta e impunidad brutaliza las relaciones interpersonales y reduce nuestra capacidad de compasión y de solidaridad.

Pero si bien la invisibilidad puede ser aceptada en las sociedades tradicionales, se convierte en una tendencia problemática en un régimen democratizado y un contexto consumista. Algunos de aquellos que no fueron tratados con igualdad y respeto por los responsables de implementar la ley ni por la sociedad en general no encuentran razones para actuar conforme a la ley. En otras palabras, los que han nacido bajo el signo de la invisibilidad en las sociedades no tradicionales tienen menos razones morales e instrumentales para cumplir con esta. Al desafiar la invisibilidad por medios violentos, estos individuos son percibidos como una clase peligrosa a la que la ley no debería otorgar protección.

Por lo tanto, la demonización es el proceso por el cual una sociedad desdibuja la imagen humana de sus enemigos, quienes en adelante no merecerán estar incluidos dentro del reino de la ley. Como en la famosa expresión de Graham Greene, empiezan a integrar las “clases torturables”. Cualquier intento

<sup>3</sup> La ONU calcula que treinta y cuatro mil iraquíes perdieron la vida en 2006, comparados con cuarenta y seis mil muertos por homicidio en Brasil.

de eliminar o infligir daño a los demonizados queda legitimado socialmente y es legalmente inmune.

Para comprender la demonización, nos concentraremos en las violaciones groseras a los derechos humanos. Las organizaciones internacionales registran año tras año un constante uso arbitrario de la fuerza contra el pueblo demonizado –sospechosos, delincuentes comunes, convictos e incluso miembros de movimientos sociales– por parte de los funcionarios estatales o de grupos armados con complicidad oficial. La base de datos de prensa del Centro de Estudios sobre la Violencia de la Universidad de San Pablo registró más de seis mil casos de violencia policial entre 1980 y 2000, en cada uno de los cuales hubo al menos una muerte (Adorno y otros, 2003: 49).

Según un informe de Human Rights Watch, “la violencia policial –incluyendo el uso excesivo de la fuerza, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y otras formas de maltrato– subsiste como uno de los problemas de derechos humanos más recalcitrantes” (Human Rights Watch, 2007: 185). Entre enero de 1998 y septiembre de 2009 se computaron 10 216 muertos por la policía del estado de Río de Janeiro, según datos de la propia Secretaría de Seguridad de ese estado.

La tortura sigue siendo una práctica común en las investigaciones policiales y también un método disciplinario usado en el sistema carcelario y en las dependencias de detención juvenil. Según el informe del ex Relator especial de las Naciones Unidas sobre Tortura, Sir Nigel Rodley:

La tortura y otros maltratos se imparten abierta y sistemáticamente en la mayor parte del país visitado por el Relator especial [...] No les ocurre a todos ni en todas partes; les sucede sobre todo a los delincuentes comunes jóvenes y negros, involucrados en delitos menores o en la distribución de droga a pequeña escala. [...] Las condiciones de detención en muchos lugares, tal como lo publicitan candidamente las mismas autoridades, son inhumanas [...] El Relator especial se ve obligado a denunciar el ataque intolerable a los sentidos que encontró en muchos sitios de detención, especialmente en las celdas policiales que visitó. El problema no se ve mitigado porque las autoridades estén conscientes del hecho y le hayan advertido lo que descubriría. Sólo podía compadecerse ante la declaración común de los que estaban apiñados dentro: “nos tratan como animales, y esperan que nos comportemos como seres humanos cuando salgamos”.<sup>4</sup>

4 Nigel Rodley, disponible en:  
[www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/b573b69cf6c3da28c1256a2b00498ded/\\$FILE/g0112323.doc](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/b573b69cf6c3da28c1256a2b00498ded/$FILE/g0112323.doc), consultado el 23 de abril de 2007.

En esta frase, Rodley captó la esencia de la demonización. Los seres humanos tratados como animales no tienen motivación para cumplir la ley. La demonización, además de ser una violación a la ley por sí misma, crea una espiral autónoma de violencia y barbarie de los individuos contra sí mismos, lo que contribuye a explicar no sólo las impresionantes tasas de homicidio sino también la extrema crueldad de algunas manifestaciones criminales.

La inmunidad ante la ley, para los que ocupan un lugar altamente privilegiado en la sociedad, es la tercera consecuencia de la desigualdad extrema. En una sociedad muy jerárquica y desigual, los ricos y los poderosos, o los que actúan en su nombre, creen hallarse por encima de la ley y estar exentos de las obligaciones derivadas de los derechos del prójimo. La idea de inmunidad se refleja en la impunidad de los violadores de los derechos humanos y de los involucrados en actos de corrupción, sean poderosos o ricos.

En Brasil, esta impunidad es endémica, según informó la mayoría de las organizaciones de derechos humanos y tal como reconocieron las autoridades federales. Casos como los de Vigário Geral (1993), Candelária (1993), Corumbiara (1995), Eldorado dos Carajás (1996) y Castelinho (2002), o la reacción policial a los ataques del PCC (Primer Comando de la Capital)<sup>5</sup> en 2006, tuvieron como resultado cientos de víctimas en matanzas extrajudiciales, sin el menor intento de obligar a las autoridades oficiales a asumir sus responsabilidades.

Pero tal vez uno de los casos más notorios de impunidad ante una violación grosera de los derechos humanos fue la absolución que la Suprema Corte de San Pablo le otorgara al coronel Ubiratan Guimarães en 2005. Ubiratan Guimarães estuvo a cargo de la operación policial que terminó con la muerte de ciento once convictos como consecuencia de un motín carcelario en 1992. Trece años más tarde nadie fue hallado culpable por la “masacre de Carandiru”. En ese momento ni siquiera se investigó al gobernador del estado ni al secretario de Seguridad por su participación en el incidente, dejando en claro que el pueblo demonizado no estaba bajo la protección de la ley.

En este momento, el caso más impactante de impunidad quizá sea la violación sistemática de los derechos humanos en las cárceles del estado de Espírito Santo. Incluso después de reiterados pedidos de intervención federal, como consecuencia del encarcelamiento en *containers* de transporte marítimo, tortura sistemática y decenas de casos de desmembramiento de prisioneros, el Procurador General de la República no ha dado respuesta alguna.

La inmunidad también rige para los involucrados en actos de corrupción. Si bien Brasil recibió un puntaje bastante moderado según el índice de in-

<sup>5</sup> El PCC es una organización criminal brasileña. [N. del E.]

tegridad global que publica anualmente Transparency International –ocupa el puesto 62° entre las naciones analizadas–, no puede ignorarse el desafío pendiente de implementar imparcialmente las leyes. En las últimas dos décadas, centenares de escándalos han involucrado a políticos, empresarios y miembros del Poder Judicial, aunque la inmensa mayoría terminó con la impunidad de los responsables. En los últimos diez años, de los veintiséis casos de corrupción en los que participaron miembros del Poder Legislativo, que llegaron a la Suprema Corte, ninguno fue hallado culpable.

La distribución desigual de recursos entre las personas y los grupos dentro de la sociedad se rebela contra las instituciones, incluyendo el trabajo de las agencias responsables de implementar la ley. Un análisis del censo penitenciario brasileño muestra que sólo los pobres y los que no tienen educación son seleccionados por el sistema penal brasileño para ir a prisión. A esa conclusión llegan Glaeser, Scheinkman y Shleifer después de un análisis econométrico sobre el impacto de la desigualdad en las instituciones judiciales:

la desigualdad [...] permite que los ricos derroquen las instituciones políticas, normativas y legales de la sociedad en pos de su propio beneficio. Si una persona es lo suficientemente más rica que otra, y los tribunales son corruptibles, el sistema jurídico favorecerá a los ricos, no a los justos. Asimismo, si las instituciones políticas y normativas pueden ser controladas por la riqueza y las influencias, favorecerán lo establecido, no lo eficiente (Glaeser y otros, 2002: 3).

Tal como lo determina la experiencia del Procurador General Federal brasileño: “la corrupción es una consecuencia directa de la concentración perversa de los ingresos en Brasil”.<sup>6</sup> De allí se concluye que en ese país la impunidad, si bien es un fenómeno generalizado, es más notoria entre los privilegiados.

#### **LA EROSIÓN DE LA AUTORIDAD DE LA LEY**

Como demuestra la experiencia brasileña, los niveles extremos de desigualdad social y económica que polarizan a los pobres por un lado y a los acaudalados por el otro suponen un grave obstáculo para la integridad del Estado de derecho. Al fomentar brutales disparidades de poder dentro de las sociedades, la

<sup>6</sup> Carvalho, citado por Carlos Tautz, *Reporter's Notebook: Brazil, Transparency International*, 2006.

desigualdad ubica a los pobres en una posición desventajosa: están socialmente marginados a los ojos de los que gozan de una situación mejor y a los de los funcionarios estatales, que quedan cautivos de los intereses de los miembros más poderosos de la sociedad. Esta situación crea una sociedad jerárquica, en la que las clases subordinadas no alcanzan un estatus real de ciudadanía ni son reconocidas como titulares reales de sus derechos (aunque formalmente lo sean).

La discriminación, en este sentido, tiende a aflojar los lazos de reciprocidad dentro de la comunidad y mitiga la sensación de obligación moral de los poderosos hacia los excluidos. Cuando dejan de ser percibidos como sujetos valiosos, no es difícil despojarlos del conjunto de derechos que protege al resto de los ciudadanos. Por lo tanto, es casi imposible lograr reciprocidad en una sociedad donde existen jerarquías y desigualdades monstruosas entre las personas. Por lo tanto, la ley no puede ser un instrumento eficaz de organización y pacificación social.

El mismo razonamiento puede aplicarse al efecto de la reciprocidad basada en los intereses personales dentro de la construcción de un orden social pacífico. Si los intereses recíprocos de los agentes en las relaciones de intercambio que hacen posible la producción y la circulación de la riqueza dentro de una comunidad no están satisfechos, los agentes con menos privilegios carecerán de razones para respetar las reglas de un juego que perjudica sus intereses sistemáticamente. Por otra parte, los privilegiados sienten que no hay ninguna restricción social para la maximización de sus intereses. Esta situación elimina los incentivos para cumplir las leyes y respetar los derechos en el ámbito de las relaciones interpersonales en ambos polos.

Desprovistos de un estatus social y económico, los invisibles empiezan a socializarse de un modo que los lleva a ubicarse en un lugar de inferioridad respecto de los inmunes y a aceptar la arbitrariedad de las autoridades públicas. Dejan de esperar que se respeten sus derechos o que las instituciones responsables hagan cumplir la ley. Los que reaccionan ante esta posición degradante se convierten en una amenaza y son tratados como enemigos.

Al mismo tiempo, ni los inmunes ni las autoridades elegidas se sienten obligados a respetar a los que consideran inferiores o enemigos. En esta situación, muchas personas están por debajo de la ley, mientras que un grupo de privilegiados está más allá del control del Estado. El Estado, supuestamente responsable de la aplicación de los mecanismos de control social de acuerdo con la ley y sus medios de coerción, comienza a reproducir estándares generalizados socialmente. El resultado es un Estado negligente con los invisibles, violento y arbitrario con los descartados morales, y dócil y amigable con los privilegiados. De modo que, aun cuando se tenga un sistema jurídico que cubra las diversas “excelencias” relativas a la formalidad de la ley, la falta de un mínimo de igualdad social y económica inhibirá la reciprocidad trastocando el Estado de derecho.



**CONCLUSIÓN**

La conclusión de que la desigualdad sostenida y persistente rompe los lazos sociales causando invisibilidad, demonización e inmunidad y daña severamente el cumplimiento de los estándares del Estado de derecho no debe significar que la idea misma del Estado de derecho sea fútil en estos contextos. En los nuevos regímenes democráticos, como Brasil y muchos otros países en vías de desarrollo, las Constituciones tienden a ser reactivas respecto de un pasado de autoritarismo y de grandes injusticias sociales, en busca de legitimación (para obtener cooperación). Estas normalmente incluyen una declaración de derechos generosa, que reconoce los civiles y políticos así como una gran variedad de derechos sociales. También se reconocen los principales elementos institucionales del Estado de derecho y de la democracia representativa. Más aún, estas Constituciones postautoritarias crean nuevas instituciones, como el *ombudsman*, los defensores públicos, las comisiones de derechos humanos y los ministerios públicos, para controlar el cumplimiento del Estado de derecho y para proteger los derechos constitucionales de las personas y de los grupos vulnerables.

Esta reconfiguración de los sistemas legales en el mundo desarrollado también ha sido consecuencia de las presiones de la sociedad civil. Forjadas durante la lucha contra el gobierno autoritario y fortalecidas a lo largo de la democratización, las organizaciones de la sociedad civil tienen un protagonismo clave a la hora de denunciar abusos, hacer que los gobiernos sean más responsables y proporcionar políticas alternativas para aliviar los principales problemas sociales. Sólo a manera de ejemplo, el número de organizaciones sin fines de lucro en Brasil creció más del doble en las últimas décadas. De las doscientas setenta mil organizaciones de sociedades civiles legalmente establecidas en el país, casi una quinta parte se dedica al “desarrollo y la protección de los derechos” (IPEA, 2005: 35). Resta saber, por lo tanto, cómo estos nuevos protagonistas usan su poder institucional y social para instar a los sistemas formales del Estado de derecho a volverse más imparciales superando su incapacidad de aplicar la ley por igual para todos los ciudadanos.

Sería ingenuo atribuir a los sistemas jurídicos la capacidad de producir su propia eficacia, pero también sería equívoco desdeñar las potencialidades de los nuevos actores para promover el cambio social mediante el empleo de estrategias jurídicas. Incluso un sistema legal frágil puede proveer mecanismos que, debidamente usados, fomentarán la imparcialidad y el reconocimiento de los sujetos jurídicos. La ley de interés público, la defensa de los derechos humanos, el litigio estratégico y los cargos de defensa pública y desinteresada pueden movilizar recursos jurídicos a favor de los intereses menos poderosos o contra los que ya tienen exceso de representación. Sin embargo, esta estrate-

gia para dar más poder a los débiles, proteger a los demonizados y desestabilizar los privilegios acendrados dentro del sistema jurídico no debe considerarse una panacea sino parte de un esfuerzo mayor para construir sociedades más recíprocas, en las que el Estado de derecho tenga mejores condiciones para florecer. Esa alternativa se basa en la presunción de que el sistema jurídico ocupa una posición intermedia especial entre la política y la sociedad.

Como producto de las relaciones sociales y las decisiones políticas, los sistemas jurídicos también son un vector de esas relaciones y decisiones. La ley no sólo refleja la distribución del poder dentro de la sociedad. Los sistemas jurídicos modernos están constituidos sobre los privilegios acendrados de los poderosos, pero también sobre normas y procedimientos que apuntan a obtener legitimación y cooperación.

Por lo tanto, para esos agentes sociales e institucionales preocupados por la desigualdad desde la perspectiva del Estado de derecho, la cuestión es cómo movilizar la “moralidad interior de la ley” –en palabras de Fuller– para reducir la invisibilidad, la demonización y la inmunidad. ¿Cómo puede el sistema jurídico dar mayor valor a los que están por debajo de la ley, acabar con los privilegios de los que están por encima de esta y recuperar la lealtad de los que están contra ella?

Los abogados y los jueces no pueden hacer mucho para cambiar la sociedad –de hecho, normalmente están interesados en reforzar el statu quo–, pero pueden influir cuando otros actores sociales los desafían. Como demuestra la experiencia reciente de muchos países extremadamente desiguales como India, Sudáfrica, Brasil o Colombia, la comunidad legal en general y los tribunales en particular pueden, en ciertas circunstancias, ser permeables a las demandas de los pobres cuando estos buscan una compensación por la vía del sistema jurídico (Gargarella, 2006). Por lo tanto, cualquier intento de hacer uso de la ley para mejorar el Estado de derecho en sí mismo presupone un respaldo político y social. Gracias a algunas características formales igualitarias del Estado de derecho, como tratamos anteriormente, los intereses que se verían aplastados en un terreno puramente político pueden obtener cierto estatus en un medio con mayor injerencia legal.

Si bien las instituciones jurídicas también son extremadamente vulnerables a la subversión de los poderosos, pueden producir cortocircuitos en el sistema político. Al traducir un reclamo social en uno jurídico, pasamos de una competencia de poder puro a un proceso donde las decisiones deben justificarse en términos legales. Y la necesidad de una justificación legal reduce el espacio para la discreción pura. En tales circunstancias, el sistema jurídico puede otorgar visibilidad pública, en términos de reconocimiento de derechos, a aquellos que el sistema político y la sociedad misma descartaron. En esta línea, las generales de la ley, la transparencia y la coherencia por las que aboga la idea

del Estado de derecho pueden atrapar a los privilegiados devolviéndolos al dominio de la ley.

Es importante volver a subrayar, sin embargo, que este tipo de activismo social jurídico debe entenderse sólo como una pieza de un esquema mucho mayor de iniciativas tendientes a promover una sociedad en la que todos sean tratados con la misma consideración y el mismo respeto.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adorno, S.; Cardia, N. y Poletto, F. (2003), *Homicídio e Violação de Direitos Humanos em São Paulo*, San Pablo, Estudos Avançados.
- Barry, B. (1991), *Justice as Impartiality*, Oxford, Oxford University Press. [Ed. cast.: *La justicia como imparcialidad*, Barcelona, Paidós, 1997.]
- Becker, G. (1968), "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, vol. 76, n° 2, mayo-abril.
- Bendix, R. (1964), *Nation-Building and Citizenship*, Los Ángeles, University of California Press. [Ed. cast.: *Estado nacional y ciudadanía*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974.]
- Carothers, T. (2006), *Promoting the Rule of Law Abroad in Search of Knowledge*, Washington D.C., Carbegie Endowment for International Peace.
- Ellickson, R. C. (1991), *Order Without Law: how Neighbors settle Disputes*, Harvard, Harvard University Press.
- Fajnzylber, P.; Lederman, D. y Loayza, N. (2002), "Inequality and Violent Crime", en *Journal of Law and Economics*, vol. 45, n° 1.
- Fuller, L. L. (1969), *The Morality of Freedom*, New Haven, Yale University Press. [Ed. cast.: *La moralidad del derecho*, México, Trillas, 1981.]
- Galligan, D. J. (2007), *Law in Modern Society*, Oxford, Oxford University Press.
- Gargarella, Roberto (org.) (2006), *Courts and Social Transformations in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Hampshire, Ashgate Publishing Limited.

- Glaeser, E.; Scheinkman, J. y Shleifer, A. (2002), *The Injustice of Inequality*, National Bureau of Economic Research, Working Paper N° 9150, septiembre.
- Habermas, Jürgen (1996), *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, The MIT Press.
- Hamilton, A.; Madison, J. y Jay, J. (1988), *The Federalist Papers*, Nueva York, Bantam Books.
- Hayek, F. A. (1990), *O Caminho da Servidão*, San Pablo, Instituto Liberal. [Ed. cast.: *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza, 2000.]
- Holmes, S. (2003), "Lineages of the Rule of Law", en J. M. Maravall y A. Przeworski (comps.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Maravall, J. M. y Przeworski, A. (2003), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Marshall, T. H. (1967), *Cidadania, Classe Social e Status*, Río de Janeiro, Zahar Editores.
- O'Donnell, G. (1998), *Poliarquias e a (In)efetividade da Lei na América Latina*, San Pablo, Novos Estudos Cebrap.
- (2004), "Why the Rule of Law Matters", en *Journal of Democracy*, vol. 15, n° 4.
- OMS (2002), Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud.
- Raz, J. (1979), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Nueva York, Clarendon Press.
- Reiss, H. (1996), *Kant: Political Writings* (2ª ed.), Cambridge, Cambridge University Press.
- Rousseau, J.-J. [1762] (1955), *The Social Contract*, Londres, William Benton.
- Thompson, E. P. (1987), *Senhores e Caçadores*, Río de Janeiro, Paz e Terra.
- Tyler, Tom (1990), *Why People obey the Law*, New Haven, Yale University Press.

Unger, R. Mangabeira (1979), *O Direito na Sociedade Moderna: Contribuição à Crítica da Teoria Social*, San Pablo, Civilização Brasileira.

Vilhena Vieira, O. (1995), “A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil”, en Celso Campilongo (comp.), *Direito, Cidadania e Justiça*, San Pablo, *Revista dos Tribunais*, 1995, pp. 175-188.

Weber. M. (1984), *Economía y sociedad* (2ª ed.), México, Fondo de Cultura Económica.

## **2. ¿Constitución o barbarie? Cómo repensar el derecho en las zonas “sin ley”**

*Julietta Lemaitre Ripoll*

Desde hace un par de años empiezo mi clase de Sociología del Derecho con *La Sierra*, un documental sobre las comunas de Medellín, Colombia (Martínez y Dalton, 2005). La primera escena muestra el cadáver de un muchacho baleado, descubierto por la gente del barrio al amanecer. Los vecinos se amontonan para mirar, llega la novia del muchacho llorando a gritos, los niños recrean la forma en que fue asesinado, y por último aparece la policía, que es recibida con murmullos de “fueron ustedes los que lo mataron”. No es el único muerto del documental, que retrata con intimidad y curiosa frialdad la cotidianidad de un barrio y unos muchachos pobres atrapados en la dinámica de la guerra urbana, la desesperanza de los jóvenes sin futuro, la intensidad del sexo, las drogas y las armas. Salvo la ocasional patrulla motorizada de policías fuertemente armados, el Estado –y el derecho– están del todo ausentes. Como también lo están en tantos barrios de tantas ciudades de América Latina, donde la violencia va cambiando de causa –conflictos entre pandillas, comercio de drogas, proyectos de exterminio racial, político o social, etc.– pero no de rostro: hombres jóvenes, morenos y pobres.

¿Cuál es la relación entre el derecho que enseñamos en las aulas universitarias y la violencia del documental? En esas primeras clases intento que mis alumnos planteen las diversas posibilidades partiendo, primero, de su experiencia de chicos de clase media, y, a medida que avanzan los días y las lecturas, tomando las diversas definiciones disponibles del derecho, tanto de la teoría y la filosofía del derecho como de la sociología jurídica. Este ensayo pretende hacer un ejercicio similar: reflexionar sobre la relación entre el derecho que enseñamos en los salones de clase y la violencia vivida en las calles de los barrios marginales, las zonas de colonización agrícola, las fronteras del tráfico de drogas, armas y migrantes, y otros espacios públicos y privados “sin dios ni ley”.

La reflexión sobre la relación entre derecho y violencia empieza por las teorías implícitas en las respuestas de mis alumnos. La primera respuesta remite a los marcos culturales que explican estas zonas “sin ley” como centros de barbarie, opuestos a las de civilización y legalidad. Su solución suele ser el llamado a una mayor presencia del Estado (y del derecho) frente a la violencia de las vidas documentadas, de esos muchachos y muchachas de su misma edad, pero

que, a diferencia de ellos –como los llamaba otra película de hace algunas décadas–, son jóvenes “no-futuro” (Gaviria, 1990). Si el Estado cumpliera su cometido, piensan mis alumnos, los mejores estarían protegidos de la violencia y los peores estarían encarcelados, como ocurre en las series y películas norteamericanas. Se imaginan así el triunfo liberal del Estado-Leviatán, de su monopolio de la violencia y, en última instancia, el triunfo de la civilización sobre la barbarie. Se lo imaginan con facilidad, pues su generación ha crecido a la sombra de las doctrinas de seguridad ciudadana sin cuestionarla, pero ignoran cómo se podría llevar a cabo esta transformación en la práctica, ni su relación con esos policías, tan amenazantes y temidos como una fuerza militar de ocupación.

La segunda respuesta que suelen dar mis alumnos surge de la simpatía que el documental logra despertar, a pesar de, o quizá precisamente por, la distancia que toma respecto de los protagonistas. Los sicarios son también jóvenes padres de niños pequeños a los que abrazan y aman; las chicas buscan con tesón una salida posible a su temprana viudez y desesperanza; las drogas, las fiestas y el humor tienden puentes entre las imágenes de la pantalla y los chicos en el salón de clase. Y entonces algunos adoptan otro punto de vista: el problema es la pobreza, lo que hace falta son programas sociales, bienestar, rehabilitación, justicia social, transformación de las estructuras... Ese discurso, tan familiar para los que crecimos en los años setenta, alimentado por diversas variantes del marxismo y las izquierdas.

El semestre es corto y termina con más preguntas que respuestas, y esta pregunta persiste incluso para la profesora: ¿cómo pensar el derecho en esos vastos espacios que le dan forma al continente, espacios donde la ley no es la ley de los libros y códigos y donde, en cambio, impera la fuerza bruta y su dominio? Es, de muchas maneras, una pregunta vital que debería suscitar la reflexión sobre derecho y sociedad en la región; una pregunta que busca resolver con urgencia la tradicional diferencia entre “el derecho en los libros” y “el derecho en acción” de los estudios de derecho y sociedad norteamericanos.

Sin embargo, por lo general, en la academia jurídica progresista<sup>1</sup> regional se tiende a evitar la pregunta por la violencia, considerándola como un tema secundario a las grandes preguntas constitucionales y de filosofía del

<sup>1</sup> En este ensayo me refiero a la academia jurídica progresista, pues entiendo que tanto la convocatoria de este libro como el hilo conductor de sus artículos se refieren específicamente al futuro de esta línea en la región. Queda definida en el conjunto de artículos que conforma el libro, en sus preocupaciones y en la sensibilidad jurídica compartida. La referencia a la Constitución en el título alude también a la asociación entre el progresismo y el “nuevo constitucionalismo” de los últimos veinte años.

derecho; cuando aparece, se la suele limitar, como lo hacen mis alumnos, a un problema de falta de legitimidad y/o de presencia del Estado en estas zonas salvajes (García, 2009a; Pérez, 2007; Segato, 2003a y 2003b). Quienes hoy escriben sobre derecho en América Latina son herederos de una larga tradición de ensayistas que lamentan la persistencia de la ley del más fuerte en esas zonas de la nación, a las que tienden a imaginar como espacios vacíos (sin comunidades, sin Estado, sin ley) que necesitan ser civilizados. Incluso así, el tema de la violencia no les preocupa demasiado, y en los trabajos más interesantes sobre la realidad del derecho en la región es más usual encontrar referencias a la ausencia de legalidad (el país “al margen de la ley” de Nino) que a la violencia que allí florece (véanse por ejemplo Da Matta, 1981; Nino, 1992; O’Donnell, 1997; García, 2009b, y en este libro: García, 2010; Bohmer, 2010).<sup>2</sup>

En este ensayo quiero insistir en la importancia de enfrentar la violencia, y sus dominios, como problema teórico para el derecho, y también en la resolución urgente que reclama esta situación desde la academia jurídica progresista en América Latina. Esa urgencia responde en parte a la coyuntura política: en el siglo XXI, con la estabilización de las democracias y el fin de la Guerra Fría, la disyuntiva tradicional entre “civilización o barbarie” retorna precisamente como disyuntiva entre zonas y grupos sociales “sin ley” y zonas y grupos que siguen la legalidad. El ejemplo quizá más evidente es el del choque entre la sociedad “civilizada” y el crimen organizado financiado por el tráfico de drogas: enfrentamiento que constantemente presenciamos en las noticias sangrientas de las fronteras mexicanas, las montañas colombianas y las favelas de Brasil. Es una nueva materialización de la metáfora que ha sido, en cierto modo, la disyuntiva fundacional de varios países de la región: ¿civilización o barbarie?

#### **LA VIOLENCIA MARGINAL COMO LA NUEVA BARBARIE**

El resurgimiento de la cuestión de la violencia social como un problema de civilización o barbarie se debe, en buena parte, a que en nuestras democracias pos-Guerra Fría el discurso de la seguridad ciudadana reemplazó al de la seguridad

<sup>2</sup> Me refiero aquí a la academia jurídica o a aquellos textos que llegan a ella desde otras disciplinas. La antropología sin duda tiene una visión más compleja de la relación entre derecho y violencia en la región. Véase, por ejemplo, sobre Colombia, Taussig (2003).



nacional: el nuevo enemigo de las elites es la falta de ley, comprendida como ilegalidad rampante, despojada ya de sus motivaciones políticas. El crimen se ha convertido en el nuevo enemigo del progreso, íntimamente relacionado con unas nuevas “clases peligrosas”, que de muchas formas siguen siendo ese mismo pueblo bárbaro de la tradicional metáfora civilización o barbarie (Svampa, 2006). Estas clases peligrosas, principalmente los jóvenes pobres urbanos, se ubican en las zonas “sin dios ni ley”: aquellas en las cuales el Estado está ausente o es débil, y es reemplazado por diversas formas de crimen más o menos organizado y violento (las pandillas en los barrios marginales, las mafias en las zonas de tolerancia a la prostitución, pero también en las fronteras controladas por las rutas del narcotráfico y la migración ilegal y en las de expansión agrícola).

Sin duda, la academia jurídica progresista ha criticado ampliamente el peligro que acarrea la ascendencia de la seguridad ciudadana como proyecto nacional, y su impacto negativo sobre los pobres (Gargarella, 2008; Zaffaroni, 2003; Iturralde, 2009; Dammert, 2005; Briceño, 2007). Sin embargo, esta crítica se ha centrado en reivindicar el minimalismo penal, sin dejar por ello de comprender las zonas violentas como lugares que necesitan algún tipo de intervención estatal, distinta de la penal, que ha sido poco desarrollada en los escritos. En otras palabras, la crítica del uso del aparato punitivo contra los pobres no resuelve el problema que presento aquí: cómo pensar el derecho a partir de una reflexión sobre *La Sierra* y otros territorios “sin ley” cuya cotidianidad transcurre en los márgenes de la nación civilizada. Por lo general, los académicos tienden a pensar esta violencia como lo hicieron mis alumnos: también creen que son zonas que se caracterizan por la ausencia del Estado y que la solución es una mayor presencia estatal, pero no del aparato penal, sino de programas sociales. Esta propuesta, si bien puede ser válida como solución, sigue teniendo en común con la otra propuesta el hecho de pensar las zonas violentas como espacios vacíos (esta vez, vacíos de justicia social) que el Estado debe llenar.

La tendencia imperante es la resistencia a tomar en serio estos lugares como una realidad social y a explorar sus implicaciones para las teorías del derecho y la justicia. Son consideradas zonas destinadas a desaparecer y, al mismo tiempo, el producto del fracaso del proyecto de justicia social al que aspiran los juristas —que tiene resonancias con las aspiraciones históricas de civilización y progreso de las elites de la región—. La pluralidad y cotidianidad de las “zonas sin ley”, públicas y privadas, criminales o sólo marginales, su presencia innegable incluso en espacios gigantescos de los mapas del territorio que imaginamos como nación (selvas, fronteras, favelas), nada de eso impide concebirlas como no-lugares para el derecho. Son una *terra nullius* a ser colonizada por el nuevo proyecto civilizador de las Constituciones democráticas: colonizada y ocupada, un problema destinado a desaparecer.

La falta de teorización se debe en buena parte, como señalan otros autores de este libro, al hecho de querer aplicar teorías concebidas para otros contextos en la especificidad de los contextos locales. En efecto, las teorías sobre derecho y violencia de las tradiciones liberal y marxista que heredamos, y que enmarcan nuestra lectura de las teorías transnacionales del derecho y la justicia, han demostrado ser deficientes.

#### **LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y VIOLENCIA EN LAS TEORÍAS LIBERALES Y MARXISTAS DEL DERECHO**

La relación entre derecho y violencia como problema abstracto rara vez es abordada en las facultades de Derecho, ni siquiera por aquellos que se sienten más cercanos a los problemas de justicia social e intentan avanzar en una visión progresista del derecho. Una de las grandes dificultades para pensar el problema es que en la disciplina del derecho, o entre quienes participamos de la academia jurídica, predomina una tendencia a plantear la cuestión desde el marco de la filosofía política, ya sea desde la tradición liberal o desde la marxista-occidental, pero ninguna de las dos aporta una teoría que dé cuenta de lo que en la tradición latinoamericana se ha llamado tantas veces “barbarie”. Por una parte, en la tradición liberal de las revoluciones burguesas el derecho aparece como un límite a la violencia, y en las teorías liberales de diversa estirpe sigue predominando la idea de que el Estado debe, o bien tener el monopolio de la violencia, en términos de Weber, o bien garantizar la paz entre los particulares, en términos del Leviatán imaginado por Hobbes o del Estado que surge de las diversas teorías sobre el contrato social. Sin profundizar en las diferencias entre estas teorías liberales, es posible decir que todas comparten, frente a la violencia, la convicción de que la persistencia misma del Estado y su legitimidad dependen, por una parte, de su capacidad para garantizar la ausencia de violencia entre particulares –o su castigo– y, por la otra, de medir el uso de la fuerza estatal para que sea legítima.

El marco liberal explica entonces las zonas violentas como espacios donde el problema básico es la falta de derecho-Estado en tanto monopolizador del uso de la fuerza; la tradición liberal latinoamericana, enfrentada a problemas distintos a los europeos, ha adaptado el diagnóstico y clamado por una mayor presencia del Estado. Recientemente, este reclamo se materializó en la demanda de mayores y mejores programas de seguridad ciudadana y de castigo a los delincuentes.

En la tradición liberal regional, sin embargo, el Estado no sólo monopoliza el uso de la fuerza; tiene además el papel de civilizar al pueblo, puesto que,

para las elites, el pueblo protagoniza la violencia. Desde el siglo XIX, el liberalismo de la región considera que la tarea principal del Estado es educar al pueblo, educación concebida esencialmente como un proyecto civilizador frente a la tendencia –racial, geográfica o cultural– a la barbarie. En la Argentina, por ejemplo, durante el siglo XIX y frente al apoyo popular a Rosas, Esteban Echeverría afirma en el *Dogma socialista* que “no se hacen Constituciones para los pueblos, sino que se forman los pueblos para las instituciones” (citado en Svampa, 2006). La frase expresa la desconfianza de la tradición liberal latinoamericana hacia las clases populares, que requieren ser formadas, y resalta la importancia de la educación (del pueblo) como puente entre las aspiraciones democráticas del liberalismo y su recelo hacia las mayorías.

Esta visión del Estado como civilizador persiste en el progresismo jurídico contemporáneo cuando este explica las zonas violentas como lugares sin Estado, donde lo que hace falta es imponer el respeto a la ley, tanto en lo que se refiere al monopolio de la violencia por parte del Estado (presencia de la policía, destacamentos especiales, ejército) como a su rol educador (programas de entrega de armas, difusión de normas, campañas de no violencia, difusión de la *capoeira* y música para los jóvenes, etc.). Dentro del marco liberal, entonces, los espacios violentos que requieren intervención estatal son en sí mismos no-lugares, y están destinados a ser radicalmente transformados por el proyecto civilizador.

En la tradición marxista la situación no es muy distinta en cuanto a sus aspiraciones, a pesar de que esta línea considera el derecho como cómplice de la violencia, no como su límite. Si bien en las teorías marxistas hay variaciones importantes que señalan la relativa maleabilidad de las normas, la relativa independencia de lo jurídico y la posibilidad de usar la legalidad para lograr la justicia, la visión generalizada indica que en América Latina el derecho ha sido, en palabras de Eduardo Novoa Montreal (1986), “un obstáculo al cambio social”. Así, las críticas de estirpe marxista a las teorías liberales del derecho plantean que este, en lugar de poner un límite a la violencia ilegítima (del Estado o los particulares), legitima esa misma violencia y se convierte en su cómplice, tanto en el espacio privado como en el público. Excepcionalmente, y sólo cuando hay pueblo de por medio (“desde abajo”), el derecho puede ser un instrumento de lucha por la justicia social.

Por lo general, los juristas progresistas utilizan complejas fundamentaciones marxistas para explicar esta relación derecho/violencia y recurren a la posibilidad de cambio para lograr la justicia social. Una línea más pesimista tiende a referir, de manera explícita o implícita, los planteos de Marx en un escrito de juventud, *La cuestión judía*, donde señala que la tan ansiada libertad de culto no es otra cosa que la libertad de vivir en el engaño y la explotación, crítica que las feministas norteamericanas han extrapolado al ámbito doméstico, que, protegido por el derecho a la privacidad, reproduce el dominio masculino

(Olsen, 1983; Pateman, 1995). Es además la estructura básica de la llamada crítica a los derechos (Jaramillo, 2003). En otra forma de crítica marxista influyente, suele citarse el artículo de Walter Benjamin *Para una crítica de la violencia* (o de la fuerza) para sostener que todo derecho está fundado sobre la violencia misma, tanto la revolucionaria que instaura el régimen (en contra de las fantasías liberales de un origen contractual del Estado) como la estatal que lo mantiene (policía, cárceles, etc.).<sup>3</sup> En consecuencia, la pretendida independencia del derecho frente a la violencia es sólo una forma de legitimar el régimen existente. En general, la crítica marxista más dura tiende a ser escéptica frente a las posibilidades del derecho, sin revolución de por medio, como instrumento de cambio social.

Sin embargo, en el marco pos-Guerra Fría, otro tipo de crítica marxista, que apuesta a la capacidad contrahegemónica del derecho, ha adquirido cada vez más fuerza dentro de la academia jurídica. En ella se destacan las corrientes de uso alternativo del derecho que reclaman la cualidad transformadora de la interpretación legal dentro del sistema liberal (véase Souza, 2001). Esta posibilidad se reformula, de manera más sofisticada, en el trabajo pionero de Boaventura de Sousa Santos *et al.* sobre la viabilidad del derecho como instrumento de emancipación social (véanse Santos, 1995 y 2002; Santos y García, 2004; Santos y Rodríguez Garavito, 2007).

No obstante, ambas formas de crítica adolecen de una falta de teorización sobre las zonas violentas. El marxismo y el posmarxismo plantean la cuestión del derecho casi exclusivamente como un problema de poder, ya sea por su autonomía relativa frente al poder económico, y en consecuencia político, de las clases dominantes, ya sea por la propuesta de acceso al derecho como una transferencia de poder a las clases dominadas. En todo caso, el tema de la violencia cotidiana se deja de lado como problema teórico, en particular cuando no está directamente relacionada con la reproducción de las estructuras de dominación. En cambio, tiende a ser vista como un subproducto del régimen injusto, destinado a desaparecer cuando se logren las condiciones de redistribución de los recursos: la civilización a la que aspiran los representantes de esta variante del derecho progresista.

Este capítulo propone que ni el marco teórico liberal ni el marxista alcanzan para pensar qué sucede con el derecho en las zonas violentas, más allá de decir que es débil o está ausente. Ambos comparten la idea de que las vastas zonas violentas son (siguen siendo) espacios vacíos/bárbaros destinados a desaparecer de la mano de la civilización. Lo único que les interesa de ellas es su

<sup>3</sup> Esta preocupación enmarca muchas reflexiones desde la izquierda sobre la legitimidad del uso de la fuerza estatal como violencia.

desaparición futura: una vez que, según el marco de referencia preferido, se logre el monopolio estatal de la violencia, la educación de las clases populares o la redistribución justa de los recursos, la violencia de las pandillas, del crimen organizado, de los colonos y de los tiranos domésticos desaparecerá. O por lo menos esto parece deducirse de las teorías explícitas e implícitas sobre el derecho y la justicia provenientes de los marcos de la filosofía política preferidos por los juristas progresistas: el liberal y el marxista, en sentido amplio.

#### **EL DERECHO COMO HECHO SOCIAL SIN FUNDAMENTO MÍSTICO PARA SU AUTORIDAD**

Existe, sin embargo, una tercera posibilidad para pensar la relación entre derecho y violencia, que no parte de las teorías liberales o marxistas del derecho sino de los aportes del postestructuralismo a la teoría social. En lugar de definir el derecho como un límite a la violencia o un instrumento de opresión, esta tercera posibilidad lo caracteriza como una práctica social históricamente situada, un hecho social a secas, compuesto tanto por prácticas materiales como por los significados sociales asignados a esas prácticas (Giddens, 1995; Bourdieu, 1997; Berger y Luckmann, 1979).

Existen varias formas de sustentar esta afirmación en la literatura sociológica y antropológica; sin embargo, para hacerlo me referiré brevemente a la presencia de esta idea en la teoría del derecho, género quizá más familiar para los lectores de este ensayo. La propuesta según la cual el derecho es un conjunto de prácticas con significados sociales y que, en tanto tal, existe en contextos y momentos históricos y geográficos determinados, es elemental para la antropología y la sociología. En estas disciplinas, el derecho es considerado un hecho social que existe como cotidianidad y costumbre en lugares y momentos precisos. Lo más cercano a esta forma de entender el derecho en la filosofía es pensar que no es sino costumbre y carece de otro fundamento distinto a su práctica cotidiana, es decir, que no tiene un fundamento anterior y ni siquiera se basa en las teorías de justicia iusnaturalistas o contractualistas. Pero tampoco se trata de una visión positivista, porque no se considera que emane del soberano sino que es una costumbre social, una práctica cotidiana en un momento y lugar históricos. En este sentido, puede tener elementos comunes con el realismo, debido a la influencia de las ciencias sociales, pero sin compartir su énfasis en la adjudicación.

En *Fuerza de la ley*, Jacques Derrida propone, desde la filosofía, esta otra visión del derecho como costumbre, y en otros escritos dedicados al tema brinda un marco filosófico a esta idea recalando que la ley no se funda en la justi-

cia sino que su autoridad radica en el hecho de ser aceptada en tanto tal: como ley. En el inicio del mencionado libro hace referencia a Montaigne y a Pascal, quienes llegan a la misma conclusión: el fundamento místico del derecho, su autoridad, es precisamente ser aceptado como tal. Pascal llega a afirmar que quien intenta llevar el derecho a su principio, buscando la justicia, destruye (*l'aneantit*) el fundamento de la autoridad del derecho. Esta destrucción es, por supuesto, la que le interesa a Derrida, quien la reformula como la deconstrucción del derecho, a la cual dedica el grueso de ese texto.

Sin embargo, podemos hacer algo más con la idea de que el fundamento místico de la autoridad del derecho no es la justicia sino la costumbre, y es examinar de qué manera funciona este mecanismo: cómo la costumbre crea legitimidad cuando es la observancia de la ley, y de forma simultánea, qué sucede cuando la observancia del derecho no es costumbre. Al examinarlo, podemos preguntarnos por la tensión entre esta forma de ver el derecho y nuestros propios compromisos políticos en tanto juristas progresistas.

Evitando el camino obvio de las ciencias sociales, podemos volver una vez más a Pascal: en esta ocasión, a su conocida propuesta de que, si bien es muy difícil llegar a la fe a través de la razón, es posible hacerlo a través de los actos (*Pensées*: 233).<sup>4</sup> Su propuesta para quien duda de la existencia de Dios sostiene que, en lugar de buscar las (imposibles) pruebas racionales de su existencia o inexistencia, deberá adoptar los rituales de la fe, ir a misa, persignarse con agua bendita y rezar, y que con el tiempo esas acciones lo persuadirán de la existencia de Dios. Actuando como si creyera, creará, dice Pascal, astuto crítico de las limitaciones de la razón para lograr el convencimiento íntimo de lo real, pero al mismo tiempo sensible a la naturaleza social de lo que llamamos realidad.

Si extrapolamos al ámbito del derecho el escepticismo de Pascal respecto de la razón y su énfasis en las prácticas, llegaremos a una conclusión similar a las de la antropología y la sociología del derecho: quienes viven acorde al derecho, en sociedades donde se observan las normas, lo respetan sin cuestionar su fundamento. En particular lo respetan –extrapolando una vez más los dichos de Pascal sobre la fe–, porque participan en las prácticas y rituales de observancia de la ley del grupo al que pertenecen. Otra forma de presentar esta idea es afirmar que la fe en Dios, como el derecho, es un hecho social: prácticas y significados socialmente aceptados que crean y reflejan formas individuales de ver la realidad.

<sup>4</sup> Es más usual estudiar esta parte del texto de Pascal a través de su “apuesta” de que Dios existe, si bien la razón no le da pruebas ni en un sentido ni en otro. Sin embargo, no me refiero al aporte de la “apuesta”, sino al que hace al mostrar cómo alcanzar la fe cuando no se la tiene.

Aceptar que el comportamiento produce de esta manera la creencia individual conlleva mostrarse escéptico frente a las razones que dan las personas para explicar lo que hacen (las razones que creen tener para su comportamiento). Incluso si el escéptico interpelado por Pascal logra adquirir la fe siguiendo la receta, probablemente no explique su fe como resultado de la costumbre compartida sino que tendrá razones individuales (por ejemplo, una visión, una súbita e íntima certeza).

Trasladado al ámbito del derecho, esto exige escepticismo frente a las razones que los individuos dan para cumplir o no la ley; independientemente de las razones que se den, estas sólo reflejan lo que, se cree, son razones para actuar (por ejemplo: voy a misa porque creo en Dios; desobedezco la ley porque no hay policía cerca). Sin embargo, la reflexión pascaliana invita a atender al contexto social donde ocurre la práctica individual, de manera que podríamos decir con Pascal que la respuesta correcta sería: creo en Dios porque todos vamos a misa y todos los miembros de mi comunidad hablan y actúan como creyentes. En el mismo sentido, una persona puede decir que obedece o desobedece la ley por razones personales, pero el escepticismo pascaliano debe llevarnos a concluir que su comportamiento es producto del contexto social antes que de la razón individual.

En la tradición de las ciencias sociales, podemos recurrir a la conceptualización de la construcción social de la realidad postulada por Berger y Luckmann (1979) para afirmar que el derecho, si bien involucra tanto razones individuales como hechos materiales cuya existencia es innegable, depende de significados sociales, esto es, de consensos sociales. En este sentido, el derecho no tiene una existencia independiente de estos significados (como sí puede tenerla, por ejemplo, un fenómeno natural como la explosión de una supernova). Es decir, el derecho es una realidad socialmente construida (un hecho social) en el sentido menos controvertido del término, al igual que otros tópicos como el fútbol, la jubilación o las elecciones.

La dificultad para aceptar esta definición de derecho como costumbre o como hecho social radica muchas veces en la similitud entre el derecho y la religión (de allí la utilidad de la referencia al escepticismo de Pascal). Para el creyente, o al menos para el católico, la religión no es ni puede ser un simple hecho social pues tiene un referente metafísico cognoscible que funda su autoridad: la existencia de Dios. Para muchos profesores de derecho progresistas sucede algo similar con el derecho que defienden: no es un simple hecho social, porque tiene un referente metafísico que funda su autoridad: la justicia. Y para la academia jurídica progresista, la justicia, al igual que Dios, es, al menos de manera implícita, independiente de los hechos sociales y cognoscibles por medio de la razón.

Esta fe en el derecho en tanto justicia puede explicarse con el mecanismo de Pascal: al formar parte de comunidades jurídicas donde el derecho pro-

gresista tiene una existencia real, al ser parte de sus luchas y sus ritos y sus oraciones tendemos a olvidar su contingencia, a olvidar aquello en lo que, de manera contradictoria, por lo general también creemos, que es la falta de fundamentación metafísica de la autoridad de la ley.

A raíz de esta fe en el derecho-justicia los juristas progresistas tendemos a valorizar discursos que creíamos superados, en los cuales la desobediencia de la ley es un problema moral y las zonas violentas son percibidas como espacios sin moral. Más allá de que usemos los marcos liberales o marxistas, las zonas en las que no reina el Estado pasan a ser un problema moral planteado, como lo hacían nuestros antepasados, mediante la disyuntiva entre civilización y barbarie.

Debido a esta tendencia moralizante de la academia jurídica progresista es importante insistir en los dos argumentos que aportan mayor claridad en la teorización del derecho sobre las zonas violentas que recorren y marcan América Latina: el primero es que tanto la violencia como el derecho son hechos sociales sin mayor fundamentación metafísica que la que proporciona la costumbre misma. El segundo es que, si bien es cierto que tanto el derecho progresista como la violencia reflejan significados sociales muy distintos sobre el valor de lo humano, la defensa que los juristas progresistas hacen del derecho es un compromiso político, una voluntad política, antes que una verdad metafísica sobre la naturaleza del derecho o de la justicia. Desarrollaré ambos puntos a continuación.

#### **LA VIOLENCIA Y EL DERECHO COMO HECHOS SOCIALES QUE CREAN CONSENSOS MORALES**

La violencia, al igual que el derecho, se construye socialmente: no en el sentido de los hechos brutos (no podríamos decir que alguien no murió baleado) sino en el de la forma en que esos hechos son interpretados por las comunidades y las sociedades. La normalidad, y por lo tanto la legitimidad de la violencia en una zona o comunidad dada, está íntimamente ligada a los significados sociales que la violencia crea sobre lo que es cotidiano y aceptable y lo que es anormal y rechazable.

Volvamos la mirada sobre lo que sucede en las zonas “sin ley”, sin verlas tan sólo como el fracaso de los proyectos civilizadores. Lo que encontramos es la naturalización de la violencia, tanto en las aún vitales zonas de frontera de colonización (Molano, 2001; García, 2009b) como en las grandes favelas que circundan las ciudades modernas (Scheper-Hughes, 1997) y en las fronteras trazadas por el tráfico de drogas, armas y migrantes. Podríamos también volver



la mirada al pasado reciente, protagonizado por la fragilidad de la legitimidad del uso estatal de la violencia: una historia de dictaduras, con regímenes de terror, torturas, desapariciones, intimidación. O incluso al presente de regímenes autoritarios con dinámicas similares, o de regímenes “mixtos” donde la legitimidad de las fuerzas estatales en algunas zonas contrasta con el temor a la policía y el ejército en otras (Taussig, 2003).

Estas zonas “sin ley” son lugares donde, además, la barbarie se materializa en la impotencia de vastos sectores de la población para subsistir en condiciones mínimas de existencia, impotencia que convive con las violencias que acompañan estas condiciones precarias: las pandillas de jóvenes, los asesinatos seriales –mal llamados de “limpieza social”–, la muerte cotidiana relacionada con enfermedades prevenibles y la extrema pobreza misma, el predominio de relaciones familiares caracterizadas por castigos, maltrato y negligencia, etc. En estas zonas, si el derecho progresista existe es apenas como una delgada capa sobre la realidad... y lo más probable es que no exista para quienes viven en la “normalidad” que la violencia crea. O existe a lo lejos, como ruinas de otra época o apenas como una aspiración, un lujo, un espejismo.

Allí no es el derecho sino la violencia la que, en tanto hecho social, vuelve normales comportamientos y valores y nombra la realidad.<sup>5</sup> Comprender que la violencia, como el derecho, es una práctica, implica aceptar que su cotidianidad genera la vivencia de lo que es normal –y, en consecuencia, tiende a considerarse legítimo– y lo que no lo es. Y lo normal tiende a construir, en las zonas más violentas, la legitimidad de la violencia, frente a la cual el derecho parece venir de otro mundo.

Sin embargo, el mecanismo que opera en las zonas violentas es similar al que se da en aquellas donde rige el derecho. Como sucede con la preponderancia de la obediencia a las normas consideradas generalmente justas (las sociedades “bien ordenadas”), en las zonas violentas la cotidianidad construye consensos sociales sobre lo que es normal y, en consecuencia, sobre los que es normativo (moral). Y esto es cierto no sólo para los barrios y las zonas marginales sino también para el espacio privado, cuando es violento, como sucede con el maltrato infantil o la violencia conyugal. En la medida en que la violencia es cotidiana en el grupo social, se convierte en normativa (moral) para ese mismo grupo. Su normalidad puede confrontarse con la norma legal que la prohíbe, pero esta última suele salir derrotada porque, al ser la violencia cotidiana, parece legítima y normal.<sup>6</sup>

5 No sólo en el estrecho sentido performativo de Austin, sino en el sentido planteado en este texto.

6 De ahí la risa nerviosa que provoca entre los abogados; una risa que es el reconocimiento de lo que no se puede decir. Hay un viejo chiste: ante la

Este efecto de normalización se explica también por el efecto expresivo o simbólico de la violencia.<sup>7</sup> Sin duda, esta tiene un efecto instrumental en la medida en que su meta es lograr un objetivo concreto: la obediencia de las víctimas, la muerte del enemigo, el dominio territorial, la sumisión de la mujer, la gratificación sexual, la confesión obtenida por torturas. Pero también tiene como fin implícito crear significados sociales sobre lo aceptable (por ejemplo cuando se trata de una *vendetta* entre pandillas enemigas, de una venganza contra un delator o del linchamiento de un ladrón en un barrio). En estos casos la violencia expresa y crea significados sociales sobre la justicia, sobre lo que significa ser de otra pandilla, delator, ladrón, y sobre los acuerdos de la comunidad respecto de lo normal y lo inaceptable. Por ejemplo, la cotidianidad de la muerte violenta se acepta como normal cuando se trata de los jóvenes que ingresan por millares a los rangos más bajos de los ejércitos del narcotráfico. Y esa normalidad es aceptada por las comunidades. Sin embargo, cuando la violencia del narcotráfico se propaga sobre nuevos espacios despierta un rechazo moral antes ausente; por ejemplo, si el asesinato se extiende a los miembros de la familia del joven (especialmente a las mujeres), a sus hijos pequeños o a personas ajenas al negocio.

Al igual que la violencia, el derecho tiene un efecto expresivo, es decir, también crea, o pretende crear, realidades sociales, consensos sobre lo que es real y normal; pero, más allá de la normalidad creada por las prácticas, el derecho insiste en que su normalidad debe extenderse a todos los territorios y espacios

---

pregunta de un abogado “¿su marido la golpea?”, la campesina responde “lo normal, doctor”. Lo indecible no son los golpes, lo indecible y lo que provoca risa es el reconocimiento de una normalidad que no está afincada en la norma en la cual el abogado se ha educado. Y como este podríamos recordar muchos otros chistes cuya hilaridad depende del reconocimiento del contexto regional en el cual la normalidad no es ciertamente la de la norma.

<sup>7</sup> La definición de lo que constituye violencia es, por supuesto, problemática. Una forma de enfrentar los problemas que presenta es plantearla como un concepto dotado de un centro y varias zonas grises circundantes: los desacuerdos giran por lo general en torno a estas zonas grises. El centro de la violencia es relativamente claro y se refiere al uso de fuerza física, o su amenaza, sobre otra persona que no consiente esta fuerza, que sufre por causa de ella y le teme. En la periferia del concepto se cuestiona la legitimidad de ciertos usos de la fuerza y si situaciones de extrema pobreza, extrema indefensión, de racismo o sexismo estructural son en sí mismas violentas o no. Pero a los efectos de esta discusión breve, creo posible suspender o aplazar las discusiones sobre la periferia gris del concepto para dirigirme a su centro, a aquellas situaciones que la gran mayoría de nosotros reconoce claramente como episodios o situaciones violentos, como las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, la violación sexual, el linchamiento, los asesinatos, etc. Estos ejemplos bastan, por el momento, para argumentar que la violencia tiene un efecto claro de creación de normalidad social.

que quedan físicamente dentro de la nación. Para este, lo normal y lo legítimo, independientemente de la práctica cotidiana, es *lo que dice la norma*. Esta voluntad de ser realidad es compartida por las diversas teorías del derecho, y es lo que enseñamos en nuestras facultades de Derecho: lo normal, lo legítimo, es lo que dice la ley, incluso donde y cuando la ley no se refleja en la regularidad de un patrón de conducta. No es sorprendente, entonces, que la desarmonía entre lo que dice la norma y la vida cotidiana en vastas zonas de la región nos produzca, en tanto académicos del derecho, la percepción compartida de la fragilidad del derecho, de su incumplimiento, de su asedio por la violencia, por esa otra normalidad que existe “al margen de la ley”.

Sin embargo, desde este otro punto de vista, si describimos el derecho como un hecho social tan real como la violencia, la zozobra por su incumplimiento o por la criminalidad desaparecerán en parte, puesto que nos enfrentamos a la falta de cohesión social frente a una sola realidad y a la fragmentación del espacio de la nación en diversas realidades sociales. Este reconocimiento no implica renunciar al derecho como aspiración política de lograr cohesión en torno a la realidad que predica; sin embargo, sí supone renunciar a la pretensión totalizadora de las definiciones del derecho, que usualmente manejamos como si fueran empíricamente ciertas.

#### **EL DERECHO COMO PROYECTO POLÍTICO SIN FUNDAMENTO METAFÍSICO**

Si aceptamos, como propongo, que la relación entre derecho y violencia en la región refleja la coexistencia de distintas realidades sociales, de diferentes normalidades, más o menos legítimas, en un territorio nacional, la siguiente pregunta será: ¿para qué insistir en el derecho? En otras palabras, ¿por qué insistir entonces, desde la academia progresista, en la superioridad moral de las leyes, de cierto tipo de leyes, frente a la normalidad de la violencia? ¿Por qué no sucumbir ante un pluralismo legal radical y aceptar la existencia de muchos derechos en un territorio? Para entender por qué, y también por qué el derecho que enseñamos es un proyecto político, debemos reconsiderar la diferencia entre el régimen de normalidad de la violencia y el del derecho, por lo menos del derecho progresista, y lo que ambos regímenes dicen sobre el valor de lo humano, de un cuerpo humano.

Afirmar que la violencia requiere un cuerpo humano sufriente para poder existir es relativamente poco controvertido. Por lo general, cuando se trata de otros seres vivos capaces de sentir dolor (los animales), su sufrimiento no se entiende como violencia, o por lo menos no de la misma manera que el sufrimiento humano. Es este sufrimiento el que llamamos violento y el que se

normaliza en las zonas “sin ley” hasta dejar de conllevar la ilegitimidad de lo que en las aulas llamamos violencia. La gravedad del sufrimiento de un cuerpo humano a raíz de la violencia no depende de su humanidad sino de su estatus social; mientras algunos cuerpos son venerados y cultivados (por ejemplo el del “capo”, incluso cuando ya es un cadáver), otros valen igual o menos que animales sin dueño (los cuerpos del enemigo, de los indigentes o de algunas mujeres, por ejemplo).

Para el derecho, en cambio –por lo menos el que consideramos progresista–, todo cuerpo humano posee un aura que lo distingue de otros cuerpos vivos a la que llamamos su “humanidad”, la cual lo hace acreedor de una devoción especial. En su aspecto más conmovedor el derecho tiene el poder de otorgar esta humanidad plena a un cuerpo, la humanidad no como dato biológico sino como constructo social, como un manto sagrado. Hannah Arendt llamó a este manto, frente al problema de la pérdida del carácter de ciudadano, “el derecho a tener derechos”. Agamben, siguiendo a Arendt, denomina *homo sacer* al ser humano sin ese manto protector del consenso sobre su humanidad, aquel que puede ser sacrificado impunemente.

No se trata sólo de que tener derechos permita acceder a las protecciones de un aparato estatal, a un pasaporte, a ciertos mecanismos judiciales, a un número de identificación; el derecho pretende que, al colocarnos frente a otro –a otro cuerpo humano–, veamos de cierta forma no un cuerpo similar en su materialidad al de un animal sino a un ser que, precisamente, no puede ser sacrificado impunemente. Un ser frente al cual el derecho obliga a tomar una posición ética que va desde presumir una autonomía y una agencia universales (por ejemplo, en la generación de contratos y obligaciones) hasta crear una profunda responsabilidad hacia el otro en tanto individuo sufriente (implícita en el discurso y el activismo de los derechos humanos).<sup>8</sup>

El derecho incluso le otorga ese estatus al enemigo vencido. Uno de los aspectos en los que el derecho defiende la sacralización laica de lo humano es el tratamiento dado a los derrotados. La identidad del enemigo depende sin duda del proyecto político de cada cual: seguramente resulta más cómodo en términos éticos cuando aparece deshumanizado, como una multinacional o una institución; más difícil y urgente cuando se presenta con un rostro y un cuerpo concretos, y, por supuesto, aún más complejo cuando se desliza en esa zona gris de la que hablaba Primo Levi, donde la víctima es a su vez victimario de sus semejantes. Pero, en todo caso, para el derecho

<sup>8</sup> Sin duda hay una contradicción latente entre la autonomía, que a nuestro entender define al otro, y la responsabilidad por su sufrimiento: en esta tensión se encuadran muchos debates sobre la agencia de los que sufren y también sobre el valor de la compasión como emoción política.

el enemigo es una persona con las protecciones legales que eso implica. La cotidianidad de la práctica del derecho como oficio muchas veces lo recalca: la visita a la cárcel, la audiencia judicial, las reuniones con los clientes crean espacios donde la abogada debe enfrentar el rostro del torturador, del carcelero, del abusador de niños, del criminal. Y el derecho brinda un marco para hacerlo que requiere el reconocimiento de la humanidad de ese otro: así sea en la asunción de su responsabilidad, en los rituales del proceso mismo.

Hannah Arendt (2006) explica este poder del derecho: su concepción de los nazis cambia precisamente durante el juicio a Eichmann, cuando deja de ver en ellos el mal radical y, en cambio, lo concibe como algo banal, en tanto humano. Y, confrontando con Martin Buber –quien había manifestado que compartía la humanidad “sólo en un sentido formal” con los que habían perpetrado los hechos del Tercer Reich–, dice que los jueces y abogados no podían darse el lujo de desestimar la humanidad de Eichmann porque: “El derecho presupone precisamente que tenemos una humanidad en común con aquellos a quienes juzgamos y condenamos”.

En América Latina este aspecto del derecho es especialmente político dado que su historia está protagonizada por la inestabilidad de los consensos sobre quién es y quién no un ser humano. Por ejemplo, la historia de la conquista española debe dar cuenta de los debates sobre la humanidad de esclavos e indígenas; de manera más reciente, otras imágenes y relatos traen de nuevo a colación el ambiguo estatus de lo humano. El racismo sin duda habilita la deshumanización del otro, negro o indígena, pero también la permite su definición como enemigo político, por ejemplo en el marco radical de la Guerra Fría. Así ocurre en los procesos de memoria que recuerdan las torturas practicadas por las dictaduras de los años setenta y ochenta (por no ir más atrás) pero también, en algunos países, es producto de la persistencia de la violencia estatal y paraestatal, justificada en la lógica del criminal como enemigo. Y, cada vez más, en países donde el negocio del narcotráfico (y de la “guerra contra la droga”, por supuesto) destina recursos inimaginables a financiar orgías de violencia donde la humanidad de un cuerpo no lo diferencia de un objeto o un animal cazado.

Las zonas violentas nos presentan entonces una historia y un presente cargados de la dificultad de aceptar la plena humanidad de los otros, pero también la historia y el presente de un derecho que otorga humanidad sin materializarla, y por ende sin convertirla en un hecho normal y por lo tanto sin legitimarla. En las zonas violentas, el derecho es el reverso (la narrativa oficial) de la experiencia persistente de una normalidad donde, incluso cuando la violencia no es evidente, la deshumanización del otro (en el sentido de desacralización) es una constante. Y esa es la cotidianidad de muchos alumnos que leen sobre

los indígenas en los manuales de historia y viven en comunidades donde los consensos sociales son a menudo radicalmente distintos de esa sacralización de lo humano que es fundacional para el derecho progresista. Por dar dos ejemplos, es la cotidianidad del estudiante que aprende la sacralización de lo humano en la Constitución pero que goza aún de un servicio doméstico degradado cuya humanidad ciertamente está en cuestión; y lo mismo puede decirse del alumno cuya madre vive agotada por la doble jornada y la humillación doméstica, entendida como propia de su condición femenina. Allí el derecho no pasa de ser una fábula, una falacia, sin legitimidad que lo afinke en la vida cotidiana.

Más allá de esta experiencia personal está también la de cada nación, con sus persistentes procesos de colonización, de las zonas de frontera que incluso existen en los países más urbanizados de la región. Son lugares donde se materializa la vivencia nacional de la normalidad de la violencia y la anormalidad de la sacralización de lo humano. En ocasiones están ubicados físicamente lejos de las ciudades: las vastas selvas de la Amazonia, Orinoquía, Centroamérica, los lejanos desiertos ardientes o helados, los infinitos valles interandinos que son la columna vertebral de Sudamérica.

Pero la violencia de las fronteras también se extiende a otras divisiones más cercanas. La de las fronteras internas de las ciudades, esos amplios sectores urbanos dominados por pandillas, zonas de colonización donde el otro no es sagrado. Algunas incluso están separadas por paredes, como el muro que divide las piscinas de las mansiones de las favelas en algunas zonas de Río de Janeiro, o la valla que alguna vez ocultó una villa miseria a los turistas que viajaban en automóvil desde el aeropuerto de Ezeiza hacia la ciudad de Buenos Aires. Hay paredes también en la zona literal de frontera: la demarcada por el muro construido a retazos en los Estados Unidos allende sus campos de golf, apenas al norte del Río Grande. Y también en sus otras versiones nacionales, que cargan con esa cruz del sur que es el narcotráfico, y su financiación incesante de otros tráfico siniestros de armas y migrantes. Por no mencionar las fronteras que demarcan las zonas que fueron (o son) espacios de dominio de gobiernos autoritarios, de sus aparatos de seguridad, de sus incursiones en el terror más puro: el muro de un cuartel, de una prisión, de un centro de detención cualquiera.

Dada la cotidianidad de la violencia en estos inmensos espacios de frontera que nos conforman y muros que nos dividen, no resulta sorprendente que los consensos sobre lo humano y su estatus y sobre la responsabilidad por el sufrimiento ajeno sean tan inestables... digan lo digan las Constituciones. Y la inestabilidad traspone las fronteras mismas de los muros en la medida en que todos somos parte de la normalidad de su existencia. Hace unos años Roberto Briceño (2007) hizo encuestas en varias ciudades de la región y en Madrid,

en las que planteaba diversas hipótesis de homicidio justificado: el asesinato en defensa de la familia, en venganza por la violación de una hija o contra alguien que mantiene en estado de zozobra a una comunidad. De manera consistente, cerca de la mitad de los encuestados en las diversas ciudades de la región estaban de acuerdo o muy de acuerdo con estas prácticas, lo que muestra, una vez más, lo inestables que son los acuerdos sobre el valor de la vida humana.

Frente a esos acuerdos (o a su falta), la lógica del derecho –su apuesta por lo que debería ser normativo y legítimo– es otra. Un ejemplo de ello es la sentencia de la Corte Interamericana de Justicia en el caso de Villagrán Morales contra Guatemala, también conocido como “niños de la calle” (CIDH, 1999). Los hechos del caso son reconocibles en varias grandes ciudades de la región: un grupo de adolescentes comete delitos menores y en general aterroriza a los buenos vecinos y a los comerciantes de una zona de Ciudad de Guatemala. Un día cualquiera, unos hombres armados sin identificación visible se los llevan en un automóvil sin patente y poco después los cadáveres de los jóvenes aparecen en un lugar recóndito de un parque con señales de tortura. En su fallo, la Corte lo define como uno de los asesinatos más infames posibles, el de niños que, además, ya estaban sometidos a las indignidades de la miseria. Y probablemente los buenos vecinos y los comerciantes que los conocían se habrán sorprendido al ver a esos muchachos amenazantes y desordenados, de sexualidad agresiva, tratados como niños. Y esa es sin duda la magia que intenta obrar el derecho: convertirlos en niños, en contra de un sentido común que es producto de la cotidianidad de la violencia y naturaliza sus muertes justificándolas como algo predecible o incluso inevitable.<sup>9</sup>

Esa es la apuesta política del derecho, y su necesidad hace del derecho no sólo una práctica en algunas zonas de nuestros países, sino también un proyecto político. Lo que nos une al tomar partido por el derecho y por las palabras de la Corte es la voluntad política de otorgarle valor a esos cuerpos, de insistir en su sacralización laica, de intentar construir los consensos sociales que la conviertan en parte del sentido común compartido en las sociedades que vivimos.

9 Para un panorama etnográfico de esta situación sobre la pobreza en el nordeste de Brasil véase Schepher-Hughes (1997); sobre la llegada de paramilitares a un pueblo en el sur de Colombia puede consultarse Taussig (2003).

#### IMPLICACIONES PARA LA COMUNIDAD JURÍDICA PROGRESISTA

Las implicaciones de esta descripción del derecho –como hecho social y como proyecto político– para la comunidad jurídica progresista son principalmente dos. La primera es la necesidad de construir una teoría del derecho que dé cuenta de la existencia de zonas en las que la observancia del derecho no es la normalidad de las comunidades, y en consecuencia carece incluso de legitimidad, donde es muy posible que la violencia se viva como un hecho normal y cotidiano. Además de la necesidad de articular una teoría del derecho que incluya este fenómeno, la segunda implicación es la de articular una teoría de la justicia que también dé cuenta tanto de esta realidad como de los compromisos políticos que compartimos frente a ella.

Con respecto a la primera, uno de los caminos a seguir es la articulación de un realismo jurídico latinoamericano. Si el realismo jurídico es en los países desarrollados una teoría sobre la adjudicación, en nuestro contexto puede ser una teoría sobre la práctica cotidiana del derecho, sobre su naturaleza de hecho social y sobre la falta de fundamentación mística de su autoridad más allá de la costumbre. Esta teoría del derecho puede compartir con el realismo jurídico el acercamiento a las ciencias sociales como herramienta para comprender el derecho “en acción”, como asimismo el acuerdo sobre la importancia de que este acercamiento entre las ciencias sociales y el derecho tenga consecuencias en la acción política. Pero, a diferencia del realismo jurídico en los países desarrollados, el espacio objeto de la reflexión no sería principalmente la adjudicación o el diseño de políticas públicas, sino la práctica cotidiana de obediencia o desobediencia a las leyes.

Con respecto a la necesidad de articular una teoría propia de la justicia cabe señalar que, si bien las teorías de la justicia que adoptamos en la academia jurídica progresista parecen ser universales, sus autores (como Rawls y Habermas, por ejemplo) insisten en que requieren un cierto tipo de sociedades. El tipo de sociedades pensadas desde sus teorías de la justicia son en principio sociedades “bien ordenadas”, donde se cumplen las aspiraciones de un consenso social generalizado sobre la legitimidad del derecho como normalidad cotidiana. A falta de esta normalidad, y por lo tanto de estos consensos, nos enfrentamos a teorías de la justicia francamente insuficientes que, de mantenerlas, sólo nos llevarán a exotizar sin teorizar la cotidianidad de nuestros propios países.

¿Cómo sería una teoría de la justicia que también abarcara la normalidad de los barrios como los documentados en *La Sierra*? La tarea de articularla requiere una comunidad jurídica vital y comprometida con el conocimiento de sus propios contextos. Sin embargo, es posible empezar por dos propuestas: primero, debe ser una teoría no metafísica de la justicia, es decir, coherente con la idea de que el valor de lo humano no depende de la existencia de una realidad re-



ligiosa que se lo otorgue. La segunda propuesta es que tampoco puede ser una teoría de la justicia fundada en un supuesto acuerdo primordial o en la posibilidad de deducir un acuerdo básico de la sociedad actual (por ejemplo, sobre el método deliberativo o las condiciones de un diálogo tipo Rawls o Habermas). Con su extensión y su vitalidad, las zonas violentas demuestran que este acuerdo no existe en tanto tal en nuestros países... y eso nos deja con una teoría de la justicia afincada apenas en el frágil terreno de la voluntad política. ¿Cuál es el origen de esta voluntad política? ¿Cuáles de sus elementos compartimos? ¿Cómo hacerla coherente y lo suficientemente vigorosa para sustentar una comunidad jurídica? Estos son, a mi entender, los retos del proyecto que se inicia con este libro, y que algún día nos permitirán mostrar en el aula realidades como las de *La Sierra* sin sentir que exceden nuestras posibilidades de ofrecer a los alumnos una teorización coherente acerca del país en el que les tocó vivir.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agamben, Giorgio (1992), *Homo Sacer. el poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-textos.
- Arendt, Hannah (2006), *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona, De Bolsillo.
- Benjamin, Walter (1978), *Para una crítica de la violencia*, México, Premia Editores.
- Berger, Peter y Luckmann, Thomas (1979), *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu.
- Bohmer, Martin (2010), *Lusus Naturae*, mimeo.
- Bourdieu, Pierre (1997), *Razones prácticas: sobre la teoría de la acción*, Barcelona, Anagrama.
- Briceno León, Roberto (2007), *Sociología de la violencia en América Latina*, Quito, FLACSO y Municipio Metropolitano de Quito.
- Corte Interamericana de Justicia (1999), Villagrán Morales y otros contra Guatemala, “Caso niños de la calle”, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, CIDH Serie C, n° 63.
- Da Matta, Roberto (1981), *Carnavales, malandros y héroes*, México, Fondo de Cultura Económica.

- Dammert, Lucía (2005), *Violencia criminal y seguridad ciudadana en Chile*, Santiago, CEPAL.
- Derrida, Jacques ([1988] 1997), *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos.
- García, Mauricio (2009a), *Normas de papel*, Bogotá, Siglo del Hombre.
- (2009b), *Jueces sin Estado*, Bogotá, Siglo del Hombre.
- (2010), “Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina”, mimeo.
- Gargarella, Roberto (2008), *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre.
- Gaviria, Víctor (1990), *Rodrigo D: no-futuro* (película).
- Giddens, Anthony (1995), *La constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración*, Buenos Aires, Amorrortu.
- Iturralde, Manuel (2009), *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, Siglo del Hombre, Uniandes e Instituto Pensar.
- Jaramillo, Isabel Cristina (2003), “Estudio preliminar”, en Wendy Brown y Patricia Williams, *La crítica a los derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre, Uniandes e Instituto Pensar.
- Levi, Primo (1988), *The Drowned and the Saved*, Londres, Michael Joseph.
- Martínez, Margarita y Dalton Scott (2005), *La Sierra* (documental).
- Molano, Alfredo (2001), “La justicia guerrillera”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García, *Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, CANH/CES/Uniandes/UN.
- Nino, Carlos Santiago (1992), *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé.
- Novoa Montreal, Eduardo (1986), *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI.
- O’Donnell, Guillermo (1997), “¿Y a mí qué mierda me importa? Notas sobre sociabilidad y política en Argentina y Brasil”, en

*Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós.

Olsen, Frances (1983), "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform", *Harvard Law Review* 96, pp. 1497-1578.

Pateman, Carole (1995), *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos.

Pérez, Catalina (2007), "Desconfianza y desobediencia, discurso y práctica del derecho en México", en *Derecho y cultura, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política* (SELA), Puerto Rico, Editorial Tal Cual.

Santos, Boaventura de Sousa (1995), *Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Nueva York, Routledge.

— (2002), *Towards a New Legal Common Sense*, Londres, Butterworths.

— y Rodríguez Garavito, César (2007), *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos.

— y García, Mauricio (2004), *Emancipación social y violencia en Colombia*, Bogotá, Norma.

Scheper-Hughes, Nancy (1997), *Muerte sin llanto. Violencia y vida cotidiana en Brasil*, Barcelona, Ariel.

Segato, Rita Laura (2003a), *La argamasa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del derecho*, Brasilia, Universidad de Brasilia, Serie Antropología 332.

— (2003b), *Las estructuras elementales de la violencia: contrato y estatus en la etiología de la violencia*, Brasilia, Universidad de Brasilia, Serie Antropología 334.

Souza, María de Lourdes (2001), *El uso alternativo del derecho*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional.

Svampa, Maristella (2006), *El dilema argentino: civilización o barbarie*, Buenos Aires, Taurus.

Taussig, Michael (2003), *Law in a Lawless Land: Diary of a "Limpieza" in Colombia*, Nueva York, New Press.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2003), *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis.

### **3. Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina**

*César Rodríguez Garavito*

Un sondeo rápido del campo jurídico latinoamericano revela una marcada paradoja. De un lado, la práctica diaria de los actores jurídicos está profundamente globalizada. Las firmas de abogados se han convertido en nodos locales de los circuitos transnacionales de servicios legales (Dezalay y Garth, 2002). Proliferan las redes regionales y globales de jueces y académicos del derecho por cuyos canales se transmiten –en cantidades y velocidades sin precedentes– ideas, modelos pedagógicos y diseños institucionales, desde el método de enseñanza basado en casos hasta el sistema penal acusatorio o el control constitucional de las leyes.<sup>1</sup> Y los movimientos sociales llevan al menos dos décadas forjando estrategias jurídicas transfronterizas, como lo muestran, entre otros, el papel central de las organizaciones feministas latinoamericanas en el surgimiento del derecho internacional por la justicia de género (Lemaitre, 2009; Merry, 2010) y la movilización transnacional de los pueblos indígenas para crear o hacer cumplir normas jurídicas que protejan sus derechos (Rodríguez Garavito, 2011; Sieder, 2002). Los actores jurídicos, en suma, navegan con creciente confianza el mapa de los flujos globales que los conectan con comunidades, individuos e instituciones de todos los rincones del planeta.

De otro lado, sin embargo, el pensamiento legal latinoamericano continúa siendo profundamente restringido a lo local. Los textos de enseñanza, la investigación y los trabajos de doctrina y teoría jurídicas son hechos con objetos de estudio y audiencias nacionales en mente. De ahí que, con contadas excepciones, los medios de circulación de ideas sobre el derecho –desde los más convencionales, como los cursos universitarios y las publicaciones, hasta los más novedosos como los blogs– estén altamente fragmentados y sigan los trazos de las fronteras nacionales. De manera que sus cartas de navegación continúan

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, el capítulo de Pou, en este libro, y Rodríguez Garavito (2009).

siendo los familiares mapas de los Estados nacionales. Luego de tres décadas de globalización económica y legal, el búho de Minerva jurídico parece no tener intención de alzar su tardío vuelo.

En este artículo analizo brevemente esta paradoja y propongo elementos para entenderla y superarla. En este sentido, el objetivo del texto es cartográfico: desplegar un mapamundi para entender y navegar la globalización jurídica.<sup>2</sup> Para ello, procedo en tres pasos. Primero, diagnostico la paradoja como una tensión entre dos paradigmas de análisis social y jurídico. Adaptando el argumento de Fraser (2006, 2009) sobre la teoría de la justicia en tiempos de globalización, sostengo que mientras el pensamiento jurídico latinoamericano continúa centrado en el Estado-nación —y, en ese sentido, corresponde a un paradigma westfaliano—,<sup>3</sup> la práctica jurídica regional está marcada por dilemas regulatorios y por conflictos sociales y legales poswestfalianos. Esta brecha de marcos o cuadros de referencia es lo que denomino el *problema de encuadre* del pensamiento jurídico latinoamericano.<sup>4</sup> Ilustro este problema con casos y materiales legales que muestran la necesidad de hacer transición a un marco jurídico poswestfaliano.

¿Cómo hacer esta transición? En la segunda parte sostengo que un primer paso consiste en enfrentar un obstáculo analítico, que denomino el *problema metodológico* del marco westfaliano. El problema ha sido debatido ampliamente en las ciencias sociales, donde el nacionalismo metodológico (Beck, 2007) ha sido criticado por trabajar con herramientas analíticas que continúan asumiendo la convergencia de territorio, autoridad política y eficacia jurídica en el Estado-nación (Faria, 2001; Sassen, 2006). Una crítica similar en el pensamiento jurídico implica retomar y revisar instrumentos cartográficos familiares, como los del derecho comparado y el derecho internacional, y a la vez desplegar algunos nuevos que den cuenta de fenómenos transnacionales que no encajan en los moldes forjados por esas disciplinas.

Un marco y una metodología adecuados son condiciones necesarias, pero no suficientes, para fortalecer el pensamiento jurídico latinoamericano en tiempos de globalización. En la tercera sección cierro el artículo con una reflexión breve sobre un último obstáculo: la inserción subordinada de la academia latinoamericana en los circuitos globales de producción de ideas sobre el derecho. Siguien-

2 Sobre la relación entre el derecho y los mapas, véanse Santos (1987) y la Introducción de Rodríguez Garavito en este volumen.

3 Esta denominación hace alusión al Tratado de Westfalia (1648), que dio lugar al sistema y al imaginario políticos modernos a escala internacional y están centrados en estados nacionales soberanos que se reconocían mutuamente.

4 Tomo la formulación de este problema de Fraser (2006, 2009), para quien este desfase de marcos o cuadros de referencia (*misframing*) es el desafío esencial que presenta la globalización a las teorías de la justicia westfalianas.

do el argumento que he desarrollado en la Introducción, denomino a este obstáculo el *problema epistemológico* del pensamiento jurídico. Sugiero, entonces, la necesidad de que este sea reflexivo: que, al mismo tiempo que estudie la globalización, tematicice e intente neutralizar los efectos de la desigual división internacional del trabajo intelectual. Para continuar con el símil cartográfico, mientras los problemas de encuadre y metodología se resuelven abriendo los pliegues del mapamundi para ampliar el campo de visión, el problema epistemológico requiere replantear la técnica misma de elaboración de los mapas jurídicos.

Antes de pasar a examinar cada uno de estos dos obstáculos y ofrecer algunas ideas para encararlos, es necesaria una aclaración sobre la evidencia y la audiencia que tengo en mente. Hablar sobre y para el campo jurídico latinoamericano como un todo sería una tarea inabarcable, mucho más en un texto corto como este. Para concretar mis argumentos me refiero, entonces, a materiales e ideas producidos por un sector específico del campo jurídico regional. Se trata del conjunto de redes epistémicas, profesionales y políticas más o menos organizadas que han construido y difundido el “neoconstitucionalismo” latinoamericano (Carbonell, 2007). Centrado en una concepción garantista de los derechos humanos y el Estado de derecho, y en un rol activo de los jueces y abogados en la promoción de la justicia social, el neoconstitucionalismo ha sido impulsado por una gama diversa de juristas insertos en circuitos profesionales transnacionales –desde abogados de ONG que participan activamente en el movimiento mundial de derechos humanos, hasta jueces de tribunales constitucionales vinculados entre sí por redes formales e informales, pasando por los académicos pertenecientes a la primera generación de abogados con formación doctoral en derecho y dedicados de lleno a la academia jurídica transnacional (Rodríguez Garavito, 2009)–.

Escojo este sector como referente por dos razones, una descriptiva y otra prescriptiva. Desde un punto de vista descriptivo, las redes neoconstitucionalistas ilustran con particular claridad los procesos de globalización del pensamiento legal y han generado los trabajos que, a mi manera de ver, llegaron más lejos –tanto en cantidad como en calidad– en el análisis riguroso y crítico de la globalización del derecho en la región. Si, como intento mostrar, el neoconstitucionalismo adolece de los problemas del marco westfaliano, con mayor razón puede afirmarse lo mismo en relación con otros sectores del campo jurídico. Desde el punto de vista prescriptivo, tomo las redes neoconstitucionales como referente porque, por las razones mencionadas, constituyen actores colectivos particularmente promisorios para acometer el giro analítico propuesto en este texto.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> La elección del neoconstitucionalismo como referente amerita dos aclaraciones. En primer lugar, desde el punto de vista teórico, implica que la

**EL PROBLEMA DE ENCUADRE Y LA TRANSICIÓN A UN MARCO POSWESTFALIANO**

El problema de encuadre del neoconstitucionalismo –y, *a fortiori*, del pensamiento jurídico regional– puede ser resumido en cuatro premisas teóricas y empíricas:<sup>6</sup>

1. *El Estado-nación como unidad de territorio, autoridad política y ordenamiento jurídico*: Como lo muestran algunas de sus referencias teóricas seminales, el neoconstitucionalismo opera con un concepto de sistema jurídico y de Constitución que tiende a asumir la existencia de un ordenamiento legal garantizado por un aparato estatal que ejerce soberanía sobre un territorio nacional. De ahí, por ejemplo, la prevalencia de la concepción monista del derecho, que sugiere una identidad fuerte entre derecho y Estado,<sup>7</sup> o la idea de la Constitución como sistema de normas que rige en un territorio nacional.<sup>8</sup>

2. *La economía nacional como objeto de regulación y espacio de redistribución*: Uno de los campos más fértiles de pensamiento y acción neoconstitucionales ha sido el de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).<sup>9</sup> Aunque, como veremos, la discusión sobre los DESC ha ido bastante lejos en la incorporación de estándares y procesos internacionales, es también claro que su marco de referencia dominante (como objeto de estudio y como blanco de exigencias jurídicas) continúa siendo la idea de una economía nacional relativamente

---

lógica del análisis en este texto es reconstructiva. En este tipo de lógica (Burawoy, 2009), el análisis toma como punto de partida una teoría que se pretende fortalecer (en este caso, el neoconstitucionalismo) para someterla al escrutinio empírico (en este caso, a la evidencia sobre las transformaciones del derecho bajo la globalización). Las inconsistencias y vacíos encontrados permiten revisar y robustecer la teoría para responder a estas anomalías. En segundo lugar, desde el punto de vista práctico, tomar el neoconstitucionalismo como blanco del examen crítico implica, al mismo tiempo, hacer una autocrítica, en cuanto el autor de estas líneas se identifica como partícipe de ese proyecto.

6 Tomo como punto de partida de esta lista y de su crítica la caracterización que hace Fraser (2009: 79) del marco westfaliano. Sin embargo, dado que Fraser tiene en mente otro blanco (las premisas westfalianas del canon de las teorías de la justicia y la esfera pública, específicamente la de Habermas), me distancio de los detalles de su caracterización para ocuparme de los relevantes en el campo jurídico.

7 Véase, por ejemplo, Nino (1992a: 131).

8 Véase, por ejemplo, Cepeda (1992); Nino (1992b: 1).

9 Véanse, entre muchos otros, Abramovich y Courtis (2002), Arango (2005), Arcidiácono y otros (2010), Courtis y Ávila (2009), Gargarella (2007) y Rodríguez Garavito (2012).

autónoma y regulada por un Estado que tiene la capacidad para hacerlo. El marco es dominante, por ejemplo, en los trabajos sobre la justiciabilidad de los DESC, o sobre la relación entre DESC y políticas públicas.<sup>10</sup>

3. *La sociedad civil nacional como espacio de ciudadanía*: Una de las preocupaciones centrales del neoconstitucionalismo ha sido la profundización de la democracia y el fortalecimiento de la sociedad civil y la deliberación ciudadana como antidotos contra el autoritarismo y el clientelismo de los sistemas políticos latinoamericanos.<sup>11</sup> El punto de referencia de estos esfuerzos ha sido la sociedad civil nacional, entendida como una comunidad política relativamente bien delimitada de ciudadanos titulares de derechos que participan y deliberan sobre asuntos públicos.

4. *La equivalencia entre Estado y nación*: Como lo han puesto de manifiesto algunos trabajos recientes sobre el constitucionalismo multicultural,<sup>12</sup> la identidad westfaliana entre Estado y nación ha sido particularmente persistente en el pensamiento y la práctica jurídicos de la región. A pesar de avances importantes en algunos ordenamientos jurídicos (como el boliviano) y algunas líneas jurisprudenciales (como las de la Corte Constitucional colombiana), el dominio de la ecuación Estado-nación se hace evidente en la atención relativamente escasa que le ha dado el neoconstitucionalismo a ciertos temas que la ponen a prueba, como los derechos diferenciales de los grupos étnicos al territorio y la participación (Santos, 2010).

Por supuesto, haría falta un pincel mucho más fino para trazar los matices internos del neoconstitucionalismo y captar las numerosas excepciones a las tendencias mencionadas. En vista de la extensión y los propósitos limitados de este ensayo, antes que desarrollar la caracterización, me interesa contrastar sus rasgos con la evidencia empírica de prácticas jurídicas que superan y ponen en entredicho el marco westfaliano. Veamos algunas:

1. La premisa de la unidad entre Estado, territorio, autoridad política y sistema jurídico se estrella contra la evidencia proveniente de múltiples ámbitos jurídicos, desde el derecho constitucional hasta el laboral y el penal. Los Estados comparten hoy la función regulatoria con una amplia gama de instituciones internacionales (desde la Organización Mundial del Comercio hasta la Corte Penal Internacional) y entidades privadas y ONG (como las que participan

10 Véanse, por ejemplo, Courtis (2009); Pérez y otros (2007).

11 Véase, por ejemplo, Nino (1996); Gargarella (2007).

12 Véanse, por ejemplo, los capítulos de Sieder e Yrigoyen en este libro.



en sistemas de monitoreo de códigos de conducta empresariales en materia laboral o ambiental). El efecto de este derecho poswestfaliano consiste no sólo en “administrar la globalización” (Kingsbury y otros, 2009), sino en transformar profundamente los ordenamientos jurídicos nacionales, hasta el punto de que estos no pueden ser entendidos si no se tiene en cuenta el complejo entramado normativo, de múltiples escalas, en el que están insertos (Santos y Rodríguez Garavito, 2007; Santos, 1998).

Entre los muchos ejemplos de pluralismo jurídico poswestfaliano, veamos uno que ha sido determinante para la suerte de los derechos laborales en México y Centroamérica en el contexto del NAFTA y el CAFTA y que, con la extensión de los tratados de libre comercio a Sudamérica, ha adquirido visibilidad regional en los últimos años. Desde inicios de la década de 1990, la violación de derechos laborales en las maquilas globales de producción de ropa se convirtió en un ícono de los desafíos regulatorios de la globalización. De hecho, dio lugar al movimiento laboral internacional más activo de la década pasada y desencadenó numerosas reformas jurídicas para enfrentarlo, desde la elaboración de códigos de conducta empresariales de grandes marcas de ropa hasta la inclusión de cláusulas laborales en el CAFTA y el NAFTA, pasando por la reactivación de los mecanismos de monitoreo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Más allá de los detalles específicos de los distintos casos y reformas, lo que importa resaltar aquí es que ellos mostraron que, en la práctica, las condiciones de trabajo en las cadenas de producción globales de bienes se encuentran reguladas mediante una multitud de acuerdos privados y públicos que constituyen un caleidoscopio jurídico más que un sistema legal.<sup>13</sup> De esta forma, la disputa por los derechos de los trabajadores tiene lugar en un contexto de pluralismo jurídico, en el cual las normas laborales nacionales se superponen con los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los códigos de conducta empresariales y las cláusulas sociales de los acuerdos de comercio. Este caleidoscopio jurídico incluye, entonces, tanto el clásico “derecho duro” de los estados (por ejemplo, leyes y tratados internacionales) como formas novedosas de “derecho blando” (por ejemplo, los códigos de conducta empresariales y las recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos).

Por tanto, contra lo que sugiere el marco westfaliano dominante en el neoconstitucionalismo (y en el pensamiento jurídico latinoamericano en general), el objeto de análisis e incidencia clave para los juristas interesados en

13 Tomo en préstamo el concepto de “caleidoscopio jurídico” del trabajo de Santos y García Villegas (2001) sobre pluralismo jurídico en Colombia.

un campo como el derecho laboral no es el ordenamiento legal del Estado-nación, sino ese conjunto normativo de múltiples escalas, actores y niveles de obligatoriedad.

2. La evidencia en contra es especialmente abundante en relación con la premisa de una economía nacional como objeto de regulación y espacio de redistribución. Con la proliferación de regulaciones económicas globales (como el fundamental acuerdo de la OMC sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC) y de tratados internacionales de comercio que incluyen mecanismos propios de adjudicación e implementación (como el CAFTA o el NAFTA, o los firmados por Chile, Colombia o Perú con los Estados Unidos y la Unión Europea), el contenido de la “constitución económica” de un país depende tanto de esas normas internacionales como de la Constitución y las leyes nacionales. En el campo específico de los DESC, que ha ocupado la atención del neoconstitucionalismo, tanto los estándares normativos como los espacios de incidencia relevantes son crecientemente transnacionales, desde el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU hasta los tribunales de arbitraje internacional, pasando por las relatorías especiales de la ONU sobre derechos específicos, como la salud.

Un caso argentino ilustra el punto. Desde 2002, cerca de treinta empresas multinacionales de servicios vienen litigando contra el Estado argentino ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial (CIADI), para exigir el pago de unos quince mil millones de dólares como indemnización por los perjuicios que alegan fueron causados por la decisión del Estado argentino de renegociar los contratos, para garantizar el acceso de la ciudadanía a los servicios públicos tras la crisis económica de 2001.

En una novedosa estrategia, en 2007, una coalición de ONG argentinas logró convertirse en parte del proceso ante el CIADI, entidad que, como los demás tribunales de arbitraje internacionales, se había caracterizado por su opacidad y por su clausura a las pretensiones de partes distintas a las empresas y los Estados. La coalición de la sociedad civil consiguió intervenir en el caso alegando que la eventual decisión del CIADI afectaba no sólo los intereses de las empresas o del Estado-nación, sino los derechos de los ciudadanos argentinos a tener acceso a los servicios públicos (CELS, 2007). Más allá de los detalles del caso, lo que interesa aquí es resaltar que ilustra con claridad y por partida doble la emergencia de la constitución económica poswestfaliana: la transnacionalización tanto de la instancia de decisión del conflicto como de las partes involucradas. En definitiva, son estos procesos internacionales los que han venido a decidir, en este caso y en muchos otros, la distribución de cargas y derechos económicos entre ciudadanos, empresas y Estados.

3. La premisa de la sociedad civil como espacio de ciudadanía es cuestionada por los dilemas jurídicos creados por los flujos migratorios. Mientras que algunos países latinoamericanos (por ejemplo México o El Salvador) clasifican entre los lugares con mayores índices de emigración en el mundo, otros como Chile y la Argentina han pasado a ser receptores de migrantes, y otros (como Ecuador) constituyen casos singulares de emigración e inmigración a gran escala.

En el campo jurídico, la explosión migratoria ha generado cortocircuitos en el paradigma westfaliano de ciudadanía y de derechos, como lo muestran algunos casos provenientes de toda la región. Por un lado, asociaciones de migrantes latinoamericanos, con sedes en los Estados Unidos, México y Centroamérica, se organizan para presionar tanto al gobierno estadounidense como a sus gobiernos nacionales para exigir el reconocimiento de sus derechos independientemente de su estatus de ciudadanía (Portes, 2004). Al mismo tiempo, migrantes bolivianos o peruanos en la Argentina, o colombianos en Ecuador, hacen exigencias similares.

Por otra parte, abogados y coaliciones de ONG explotan creativamente las ambiguïdades de los sistemas jurídicos nacionales (como el *Alien Torts Claim Act* de los Estados Unidos, que dio lugar a demandas en ese país por violaciones de derechos humanos cometidas por empresas estadounidenses en Latinoamérica) o construyen mecanismos de jurisdicción universal para perseguir judicialmente a perpetradores de violaciones de derechos humanos en jurisdicciones distintas a aquella donde ocurrieron los hechos (por ejemplo, en los casos de Augusto Pinochet en Chile o Alberto Fujimori en Perú).

Lo que tienen en común estos casos es el reto a la ecuación westfaliana de ciudadanía y derechos. Al desafiar los postulados del constitucionalismo (viejo o nuevo), los reclamos transnacionales de los migrantes y otros actores formulan la pregunta sobre el “quién” de los derechos, esto es, sobre el sujeto relevante para las normas, las teorías y las prácticas jurídicas.

Entre tanto, la proliferación de espacios transnacionales de deliberación erosiona el monopolio de la sociedad civil como lugar de ejercicio de la ciudadanía. Dado que, en la práctica, el nivel de decisión de asuntos fundamentales se encuentra hoy fuera del Estado-nación, las esferas públicas transnacionales se han multiplicado en la misma escala. Hoy en día, por ejemplo, el espacio del Foro de Pueblos Indígenas de la ONU ocupa un lugar central en la discusión de asuntos vitales para la causa indígena, por lo menos al mismo nivel de los escenarios nacionales. Lo mismo sucede con temas fundamentales como el cambio climático, que, por definición, involucran a toda la humanidad y son debatidos en escenarios globales, como las conferencias anuales de la ONU para crear un nuevo tratado sobre el tema tras la expiración del Protocolo de Kioto (Victor, 2011).

4. Finalmente, la ecuación Estado-nación ha sido controvertida desde múltiples ángulos. Los desafíos más visibles y complejos han provenidos de la movilización nacional y transnacional de los pueblos indígenas, con efectos muy diversos sobre el derecho en distintos países de la región. Mientras que en Bolivia ha emergido un constitucionalismo plurinacional, en países como Chile los tribunales y los juristas en el gobierno y otras esferas de la profesión han defendido con ahínco el constitucionalismo monocultural. La mayoría de la región continúa, entre tanto, en un limbo jurídico, entre concesiones puntuales a los reclamos indígenas (como los relacionados con el derecho a la consulta previa en Colombia o Guatemala) y el mantenimiento de la ecuación entre Estado y nación.

Un desafío similar al marco westfaliano se encuentra en la movilización política y legal de comunidades afrodescendientes que ejercen o reclaman derechos territoriales con base en criterios de identidad étnica. Entre los casos más prominentes se encuentran el régimen territorial de las comunidades negras del Pacífico colombiano y el reclamo territorial de las comunidades quilombolas brasileñas.

Para los efectos de este artículo, la nota central de estos procesos es su doble cuestionamiento del cuadro westfaliano: la exigencia de una ciudadanía multicultural y su estrategia de movilización y construcción de marcos jurídicos transnacionales, desde la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas hasta la Declaración de Durban contra la Discriminación Racial.

En síntesis, un balance rápido permite apreciar la inadecuación del marco dominante en el neoconstitucionalismo (y en el pensamiento jurídico regional en general) y la necesidad de revisarlo para entender la práctica jurídica y los reclamos de justicia poswestfalianos. En la siguiente sección ofrezco algunos apuntes sobre herramientas analíticas que pueden ayudar en esta tarea.

#### **EL PROBLEMA METODOLÓGICO: LOS TEMAS Y LAS HERRAMIENTAS DE UN DERECHO POSWESTFALIANO**

Como lo ha señalado Beck (2007) en relación con la sociología, el nacionalismo metodológico –la premisa según la cual el Estado-nación es la unidad relevante para el análisis social– crea puntos ciegos tan poderosos como otros “ismos” más conocidos y criticados (por ejemplo, el funcionalismo). Por las razones mencionadas en la sección anterior, y por su conexión práctica con las instituciones del Estado-nación (por ejemplo, las Cortes), el derecho como campo de conocimiento está aún más enraizado en el nacionalismo metodológico y es más propenso a la ceguera parcial que este produce.

¿Cómo ampliar el campo de visión para capturar el surgimiento de un derecho poswestfaliano? ¿Qué temas y métodos pueden aumentar la capacidad de análisis e incidencia práctica en un contexto de globalización? Esbozo dos estrategias, una analítica y otra metodológica, que pueden contribuir a avanzar en esta dirección.

Desde el punto de vista analítico, se requiere una concepción amplia de la transnacionalización del derecho que permita incluir y entender no sólo los fenómenos que tienen lugar en la escala global (por ejemplo, el surgimiento de instituciones como la Corte Penal Internacional), sino aquellos que, aunque suceden en la escala nacional, son manifestaciones de flujos transnacionales (por ejemplo, la incorporación de estándares de derechos humanos a las jurisprudencias nacionales o el trasplante de normas procesales como las del sistema penal acusatorio). Igualmente, un marco poswestfaliano debe dar cabida analítica a las formas plurales de regulación que gobiernan los flujos transnacionales, incluyendo las clásicas del derecho internacional “duro” (vinculantes en sentido jurídico estricto) y las múltiples formas de “derecho blando” (no vinculantes en sentido estricto). Estas últimas van desde las más institucionalizadas (por ejemplo, las recomendaciones de organismos intergubernamentales de derechos humanos) hasta las más informales (por ejemplo, los estándares de coordinación de Cortes o agencias estatales), pasando por tipos intermedios como los códigos de conducta empresariales en materia ambiental y laboral.

El cruce de estos dos ejes de análisis (escala y nivel de obligatoriedad) arroja una tipología básica del derecho transnacional que amplía el ángulo de visión y sirve como mapa rudimentario sobre el tema (véase cuadro 1).

**Cuadro 1.** Tipos de derecho transnacional

	Derecho “duro”	Derecho “blando”
Escala transnacional	Derecho internacional y derecho de las instituciones internacionales (SIDH, OMC, CPI, NAFTA, CAFTA)	Declaraciones y recomendaciones de DH  Códigos transnacionales de conducta empresarial
		Lex Mercatoria
Escala nacional	Estándares internacionales incorporados al derecho interno  Normas/instituciones transplantadas	Reglas operativas de entidades transnacionales (BID, Banco Mundial)  Líneas jurisprudenciales transplantadas

Para los propósitos de mi argumento, me limito a hacer tres observaciones sobre las categorías y los ejemplos de esta tipología. En primer lugar, la tipología intenta ser al mismo tiempo una herramienta analítica y un panorama estratégico de las formas jurídicas transnacionales. En tanto instrumento analítico, abre el panorama de la investigación jurídica a una gama más amplia de objetos de estudio que la que hoy ocupa al pensamiento jurídico latinoamericano. Implica, por ejemplo, prestar atención a formas de derecho blando transnacionalizado (por ejemplo, códigos de conducta, estándares operativos del Banco Mundial sobre derecho ambiental, intercambio de líneas jurisprudenciales entre tribunales nacionales, etc.) que, como vimos, resultan determinantes para la regulación de las relaciones sociales y económicas en la región.

En tanto panorama estratégico, la tipología intenta mapear los espacios de incidencia transnacional que resultan relevantes para aquellas corrientes jurídicas que, como el neoconstitucionalismo, buscan incidir en las prácticas institucionales para promover la vigencia de la democracia, los derechos y la equidad social. En esto consiste la función crítica de la tipología. Es con este tipo de mapa en mente que las mencionadas redes y organizaciones de abogacía e investigación transnacional han buscado incidir en la multiplicidad de espacios de producción y circulación del derecho transnacional.

En segundo lugar, la tipología puede ser útil para hacer un balance del estado de la investigación latinoamericana sobre la globalización jurídica. En otras palabras, permite examinar cuáles fenómenos han sido mejor estudiados y cuáles siguen siendo asignaturas pendientes. Como hipótesis de trabajo, sostengo que las formas jurídicas que, a pesar de provenir de fuentes transnacionales, operan como parte del derecho nacional (por ejemplo, los estándares internacionales de derechos humanos o las líneas jurisprudenciales incorporados por la legislación o por los tribunales nacionales) han recibido una atención considerablemente mayor que las que funcionan en la escala transnacional. Por ello, buena parte de las contribuciones a la investigación jurídica sobre la globalización –al menos dentro del campo neoconstitucional– se debe a trabajos notables sobre incorporación de estándares internacionales al derecho nacional (capítulo 9 de este volumen; CELS, 2008; Courtis, 2009; Uprimny, 2002). El desbalance puede tener su origen en el dominio del marco de análisis westfaliano, que permite ver (y utilizar) con más facilidad el derecho transnacional una vez que ha entrado al terreno familiar del derecho nacional. El efecto de esta asimetría, sin embargo, es que el estudio de (y la incidencia en) los demás espacios de producción jurídica transnacional se encuentra rezagado en cantidad y calidad, a pesar de notables excepciones (Faria, 2001; Santos, 1998).

En tercer lugar, la tipología implica una reflexión no sólo sobre los objetos sino también sobre los *métodos* idóneos para estudiar la globalización del de-

recho. Un punto de partida son las herramientas usuales del derecho internacional y el derecho comparado. Mientras que las primeras resultan útiles para analizar el derecho transnacional convencional (el derecho “duro” de los tratados y las instituciones internacionales, ubicados en el cuadrante superior izquierdo del cuadro), las segundas permiten apreciar los paralelos y los trasplantes entre ordenamientos jurídicos (ubicados en el cuadrante inferior izquierdo).

Hay que recordar, sin embargo, que tanto los instrumentos analíticos del derecho internacional como los del derecho comparado están firmemente enraizados en el marco westfaliano. El paradigma dominante en el derecho internacional continúa viéndolo como la regulación de las relaciones entre Estados-nación westfalianos, mientras que el derecho comparado establece contrastes entre los Estados-nación como unidad de análisis independientes. El nacionalismo metodológico de ambos campos, por tanto, crea puntos ciegos que impiden estudiar cabalmente el conjunto de formas jurídicas representadas en la tipología retratada en el cuadro.

Por tanto, el análisis de la globalización jurídica requiere complementar estas aproximaciones con métodos y técnicas que permitan rastrear los flujos transnacionales de ideas, instituciones y normas jurídicas. Y que incluyan, junto con el Estado-nación, unidades de análisis diversas, desde espacios subnacionales del campo jurídico altamente globalizados (como la *lex mercatoria* que regula las relaciones entre agentes económicos transnacionales) hasta espacios regionales y globales que escapan al control del Estado (como los mercados financieros o de las cadenas globales de producción).

Una ruta promisorio hacia este objetivo es la adaptación al derecho desarrollada por las ciencias sociales para estudiar la globalización. Cuando se aplica a los procesos jurídicos y sociales globales, esta estrategia de investigación exige el tipo de enfoque que Marcus (1995) ha denominado “etnografía multisituada”: una combinación de métodos cualitativos, aplicados al estudio de diferentes lugares, que pretende examinar el funcionamiento de los procesos globales que moldean las normas y los eventos jurídicos que se producen en los diversos lugares (véase Santos y Rodríguez Garavito, 2007).

#### **EL PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO: UNA APROXIMACIÓN REFLEXIVA A LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO**

Antes de concluir, quisiera hacer algunas observaciones acerca de un último obstáculo del pensamiento jurídico latinoamericano sobre la globalización (y sobre otros temas), tan evidente como difícil de resolver. Me refiero al lugar

subordinado de la academia jurídica regional en los circuitos globales de producción y difusión de ideas sobre el derecho, en el que me detuve al comienzo de este volumen.

En el campo de los estudios sobre la globalización, este problema adquiere un carácter circular, en varios sentidos. Es circular en cuanto reflejo de la naturaleza del objeto de análisis –la globalización, marcada por la profundización de las desigualdades internacionales y nacionales– sobre quienes lo estudian –los analistas del derecho en países que, como los latinoamericanos, ocupan lugares subordinados dentro del proceso de globalización–.

El problema es circular también porque, como lo expliqué en la Introducción a este libro, constituye un círculo vicioso: ante la ausencia de un campo de estudio dinámico acerca de la globalización del derecho en América Latina, los analistas locales gravitan hacia el centro de producción académica sobre el tema, principalmente hacia los Estados Unidos. Esto, a su vez, tiende a alentar una importación al por mayor de dicha producción, independientemente de su pertinencia y con el posible efecto de inhibir el despegue del trabajo propio. Aunque sería odioso citar referencias concretas, los ejemplos de esta práctica acrítica son lamentablemente abundantes.

El resultado es el afianzamiento del lugar periférico de América Latina en el campo jurídico global y la reproducción del cuadro incompleto de la realidad sociojurídica que ofrecen incluso los mejores análisis de nuestros pares del Norte global. Un ejemplo de esta visión selectiva e incompleta es el trabajo de Fraser que he venido utilizando a lo largo de este capítulo, por considerarlo el análisis más lúcido sobre los problemas de la justicia en tiempos de globalización. Aunque uno de los aportes fundamentales de su teoría es precisamente proponer procedimientos dialógicos, reflexivos e incluyentes para decidir quién es titular de derechos en un mundo poswestfaliano, Fraser no aplica la misma reflexividad a la construcción de su teoría, que surge en diálogo exclusivamente con teorías y movimientos sociales del Norte global.<sup>14</sup>

A diferencia de los problemas de encuadre y de metodología, el obstáculo epistemológico no puede ser encarado sólo con esfuerzos analíticos individuales. Por su naturaleza, requiere una reflexión colectiva y algún tipo de coordinación práctica, como las que busca propiciar el proyecto regional encarnado en este libro.

14 Véase, por ejemplo, Fraser (2009: 112).



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, Víctor y Courtis Christian (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.
- Arango, Rodolfo (2005), *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Uniandes.
- Arcidiácono, Pilar; Espejo, Nicolás y Rodríguez Garavito, César (comps.) (2010), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, CELS, Universidad Diego Portales, Uniandes y Siglo del Hombre Editores.
- Beck, Ulrich (2007), “The Cosmopolitan Condition: Why Methodological Nationalism”, en *Theory, Culture & Society*, 24, pp. 286-290.
- Burawoy, Michael (2009), *The Extended Case Method*, Berkeley, University of California Press.
- Carbonell, Miguel (2007), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta.
- CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) (2007), “El CIADI acepta AmicusCuriae del CELS y otras organizaciones”, disponible en: <[www.escri-net.org/news/news\\_show.htm?doc\\_id=466125&attribLang\\_id=13441](http://www.escri-net.org/news/news_show.htm?doc_id=466125&attribLang_id=13441)>.
- (2008), *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Cepeda, Manuel J. (1992), *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis.
- Courtis, Christian (2009), *Ecos cercanos. Estudios sobre derechos humanos y justicia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- y Ávila, Ramiro (comps.) (2009), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia de Ecuador.
- Dezalay, Yves y Garth, Bryant (2002), *La internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los estados latinoamericanos*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional.
- Faria, José Eduardo (2001), *El derecho en la economía globalizada*, Barcelona, Trotta.

- Fraser, Nancy (2006), “Reinventar la justicia en un mundo globalizado”, en *New Left Review*, 36.
- (2009), *Scales of Justice. Reimagining Political Space in Globalizing World*, Nueva York, Columbia University Press. [Ed. cast.: *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008.]
- Gargarella, Roberto (2007), “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Rodolfo Arango (comp.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales.
- Kingsbury, Benedict; Krisch, Nico y Stewart, Richard (2009), “El surgimiento del derecho administrativo global”, en *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires, Res Publica Argentina.
- Lander, Edgardo (comp.) (2000), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Clacso.
- Lemaitre, Julieta (2009), *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo de Hombre Editores.
- López, Diego (2004), *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis.
- Marcus, George (1995), “Ethnography in/of the World System: the Emergence of Multi-sited Ethnography”, en *Annual Review of Anthropology*, 24.
- Merry, Sally (2010), *Derechos humanos y violencia de género. El derecho internacional en el mundo de la justicia local*, Bogotá, Uniandes y Siglo del Hombre Editores.
- Nino, Carlos (1992a), *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- (1992b), *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea.
- (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press. [Ed. cast.: *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003.]
- Perez, Luis Eduardo; Rodríguez Garavito, César y Uprimny, Rodrigo (2007), *Los derechos sociales en serio*, Bogotá, Dejusticia.

- Portes, Alejandro (2004), *El desarrollo futuro de América Latina. Neo-liberalismo, clases sociales y transnacionalismo*, Bogotá, Ilsa.
- Rodríguez Garavito, César (2009), *La globalización del Estado de derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes.
- (2011), “Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, n° 1.
- (2012), *Legalismo mágico: activismo judicial y justicia social en un país inconstitucional*, Bogotá, Ediciones Uniandes.
- Santos, Boaventura de Sousa (1987), “Law: A Map or Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, en *Journal of Law and Society*, vol. 14, n° 3.
- (1998), *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia e Ilsa.
- (2009), *La refundación del Estado en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre y Uniandes.
- y Rodríguez Garavito, César (comps.) (2007), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos.
- y García Villegas, Mauricio (dirs.) (2001), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Uniandes.
- Sassen, Saskia (2006), *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton, Princeton University Press. [Ed. cast.: *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Buenos Aires, Katz, 2001.]
- Sieder, Rachel (comp.) (2002), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity, Democracy*, Nueva York, Palgrave.
- Uprimny, Rodrigo (2002), “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en Organización de Naciones Unidas, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.
- Victor, David (2011), *Global Warming Gridlock: Creating More Effective Strategies for Protecting the Planet*, Cambridge, Cambridge University Press.

SEGUNDA PARTE:

**Constitución, Estado de derecho  
y cultura jurídica**



## 4. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina

*Roberto Gargarella*

En las últimas décadas, numerosos países latinoamericanos encararon procesos de reforma constitucional: Nicaragua en 1987, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, la Argentina en 1994, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009. Este movimiento incluye, además, a países que introdujeron en sus textos enmiendas constitucionales importantes, como Costa Rica, Chile, México y Venezuela.

Una pregunta relevante atañe al valor y la significación de lo que hemos hecho los latinoamericanos en estos años en el plano constitucional. Más específicamente (y reconociendo la capacidad limitada que, en cualquier caso, puede tener una reforma constitucional para transformar la realidad), debemos preguntarnos: ¿hemos hecho lo mejor posible, dentro de los obvios límites en que nos movemos, para mejorar la calidad de nuestras instituciones y contribuir al logro de una sociedad más justa, igualitaria y democrática? Me parece que no.

Según entiendo, aun si tomásemos en cuenta concepciones muy poco exigentes sobre los valores citados (igualdad, democracia, justicia), deberíamos concluir que nuestra contribución al mundo constitucional ha sido, hasta el momento, bastante pobre. Creo que los latinoamericanos hemos tendido a implementar reformas constitucionales movidos por objetivos de muy corto plazo (casi siempre una reelección presidencial); que nos hemos dejado llevar por fuerzas inerciales antes que por convicciones; que hemos copiado frecuente e innecesariamente algunas pálidas instituciones adoptadas en el contexto europeo (esto es, el Consejo de la Magistratura);<sup>1</sup> que no hemos utilizado suficientemente –ni nosotros ni nuestros pares en el mundo– la imaginación constitucional; que nos hemos repetido; que después de más de dos siglos del nacimiento del sistema representativo, y tal como señalara el politólogo Adam Przeworski, seguimos sin hallar innovaciones institucionales apropiadas

<sup>1</sup> Adoptado en Constituciones como las de la Argentina, 1994; Colombia, 1991; Paraguay, 1992 y Perú, 1993, entre otras. Véase, por ejemplo, Gargarella (1997).

para los fines que nos proponemos. Lamentablemente, agregaría yo, nuestro sistema institucional sigue estando marcado por los mismos rasgos carentes de atractivo que lo caracterizaron desde su nacimiento.<sup>2</sup>

Lo dicho no sería del todo preocupante si no fuera por dos razones adicionales, al menos, que mencionaré a continuación. En primer lugar, nuestro sistema institucional sigue distinguiéndose por sus rasgos elitistas (Gargarella, 2008). La mayoría de nuestras Constituciones fundacionales –las que sentaron las bases de las actuales instituciones– fueron producto de un pacto entre elites liberales y conservadoras que organizaron una estructura de poder contramayoritaria, claramente opuesta a la intervención masiva de la ciudadanía en política. En segundo lugar, el papel de nuestras fuerzas progresistas en los procesos de reforma constitucional no ha demostrado ser, hasta el momento, muy relevante –a veces debido a la escasa formación de sus miembros, otras por su falta de conocimiento de alternativas institucionales atractivas o por su falta de convicciones genuinamente igualitarias–.<sup>3</sup> Lo cierto es que las fuerzas progresistas que han actuado dentro de nuestros procesos constituyentes no tendieron a introducir reformas interesantes. Su participación, en tal sentido, estuvo lejos de alcanzar el impacto prometido por su presencia. Casi siempre la actuación de estos grupos se dirigió, más bien, a bregar por la inclusión de mayor cantidad de derechos dentro de la Constitución (lo cual no deja de resultar paradójico, por las razones que expondré enseguida). En definitiva, los grupos más progresistas dentro de las Convenciones Constituyentes en general mostraron dificultades para articular un discurso de cambio atractivo,

<sup>2</sup> En mi opinión, las principales excepciones, en este sentido, están representadas por Constituciones como las de Ecuador y Bolivia, aprobadas en 2008 y 2009 respectivamente. Con todas sus enormes imperfecciones e inconsistencias, ambos textos –y muy especialmente el de Bolivia– representan un intento de mayor innovación institucional. La nueva Constitución de Bolivia, en particular, responde además –y como pocas otras– a un objetivo principal de crucial importancia para la izquierda, que es la integración política y social de un sector mayoritario de la población –el sector indígena– tradicionalmente excluido del poder por las minorías gobernantes.

<sup>3</sup> Una cuestión clave, tan importante como difícil de responder, se refiere a cómo definir la idea de “fuerzas progresistas” o “de izquierda” (términos que en adelante, y por ahora, tomaré como sinónimos). Provisionalmente asociaré dichos términos a lo que fue la tradición radical-republicana que podemos encontrar en la historia constitucional latinoamericana, y que vinculo –es mi interpretación– con dos rasgos fundamentales. Primero, una marcada vocación por fortalecer el poder del pueblo y sus representantes en el proceso de toma de decisiones; y por otro, una preocupación por los aspectos sociales de las nuevas comunidades entonces nacientes que se traducían de modo habitual en una preocupación por la igualdad, que implicaba trabajar por mejorar la suerte de los más desfavorecidos.

expresado en propuestas de reconstrucción constitucional consistentes con los ideales igualitarios que pregonaban.

En las páginas siguientes exploraré algunas pautas que pueden ayudarnos a iniciar una reflexión sobre las reformas constitucionales en la región latinoamericana en las últimas décadas, y, en particular, sobre las (limitadas, imperfectas) contribuciones de los grupos más progresistas a esos procesos de cambio. Para ello me apoyaré especialmente en la historia del constitucionalismo latinoamericano, concentrándome de manera más específica en el papel que desempeñó la tradición más progresista o de izquierda en ese contexto desde los años fundacionales de nuestro constitucionalismo.

#### **SOBRE LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL VIGENTE**

Quisiera dedicar las páginas siguientes a reforzar dos de las afirmaciones adelantadas en la introducción, relacionadas con: i) el marco institucional de raíz elitista en el que nos movemos, y ii) la debilidad de las propuestas de cambio ofrecidas por el progresismo dentro de ese esquema vigente. En cuanto al primer aspecto, dedicaré esta sección a reafirmar la idea según la cual muchas de nuestras Constituciones surgieron de un acuerdo entre fuerzas conservadoras y liberales.

En efecto, el conservadurismo estuvo representado, desde la época de la conquista, por grupos tradicionalistas hispanistas católicos, que bregaron por una política de “la espada y la cruz”, es decir, por una política que ponía la religión en el centro –y, con ella, la restauración de valores y tradiciones supuestamente amenazados por el discurso revolucionario independentista, de raíces francesas– y que requería, para ello, de una autoridad gubernativa poderosa, concentrada y centralista capaz de asegurar para el futuro el orden entonces amenazado. La segunda fuerza, la de los liberales, se opuso a la primera inclinándose por un poder políticamente más equilibrado y más tolerante en términos de moralidad personal.

Curiosamente, las fuerzas conservadoras y liberales se mostraron como enemigas y antitéticas durante buena parte del siglo de la independencia, lo cual se manifestó, a lo largo de todo el continente, en sangrientas batallas que llevaron al exterminio de muchos de sus miembros. Sin embargo, en la segunda mitad del siglo, la situación descrita comenzó a variar, entre otras razones a partir del surgimiento o reverdecimiento de grupos con demandas más democráticas que proliferaron en todo el continente, sobre todo al calor de las revoluciones europeas de 1848. En todo caso, lo cierto es que las últimas décadas del siglo XIX vieron el paulatino acercamiento entre ambas fuerzas, que se



tradujo en acuerdos políticos que, en muchos casos, quedaron explícitamente plasmados en pactos de tipo constitucional. Esa clase de pacto se advierte en la Convención Constitucional argentina de 1853, en la de México en 1857, en países como Perú y Venezuela hacia la década de 1860 y –ya hacia finales del siglo– en Chile (con las reformas liberales del orden conservador) y Colombia (con las reformas conservadoras del orden liberal).

El pacto liberal-conservador resultó sorprendente, pero no por ello inexplicable. En última instancia ambos grupos tenían, a pesar de sus diferencias, muchos objetivos en común. Una de sus principales diferencias radicaba en el aspecto religioso: mientras unos querían el establecimiento de un orden favorable a la religión, los otros defendían, por una diversidad de razones (que iban desde la necesidad de atraer inmigrantes hasta ciertas convicciones ateas en los más osados), un orden constitucional más abierto. Liberales y conservadores diferían, también, en cuanto a la mayor o menor concentración de poder que proponían para la autoridad nacional y política. Sin embargo, como dije antes, los espacios compartidos por ambas fuerzas también eran amplios. A ambos grupos les interesaba la defensa de la propiedad privada, amenazada por las demandas crecientes de grupos políticamente cada vez más exigentes. En este sentido, liberales y conservadores se mostraban temerosos de las consecuencias posibles, previsibles, de un involucramiento masivo y activo de las masas en el sistema de toma de decisiones.

El resultado de los acuerdos entre liberales y conservadores implicó la adopción de un esquema constitucional que supo combinar rasgos valorados por ambos grupos. El producto finalmente adoptado, en la mayoría de los países, fue híbrido: un sistema de tipo liberal, organizado a partir de la idea norteamericana de los “frenos y contrapesos”, pero desbalanceado en virtud de una autoridad ejecutiva más poderosa, como la demandada por los sectores conservadores. Del mismo modo, se crearon órdenes legales que, por lo general, consagraron la tolerancia religiosa, pero –como en el caso argentino– dejaron en un sitio privilegiado al catolicismo, o documentos escritos que, como modo de resolver un tema que parecía irresoluble, se decidían por hacer silencio sobre la cuestión –como en el caso de México en 1857–. Así también, se alumbraron sistemas de organización federal en teoría pero unitarios en la práctica; o sistemas “centro-federales” destinados a combinar, de modo más o menos infructuoso, las antitéticas exigencias de ambos grupos.

En todos los casos, liberales y conservadores se pusieron de acuerdo en la consagración de protecciones especiales para ciertos derechos (la propiedad privada, contra las confiscaciones; el domicilio y los papeles privados, frente a las requisas injustificadas; la libertad personal básica, ante las diversas formas de la esclavitud). Por lo demás, coincidieron en la creación de ordenamientos políticos excluyentes, poco afectos a la participación popular, que establecían

trabas para la consagración de derechos políticos formales y sustantivos para las masas. Se trataba, en definitiva, de la constitución de ordenamientos contramayoritarios en un sentido estricto, es decir, que dificultaban la participación política de las mayorías y depositaban los nombramientos y las decisiones públicas más importantes, como asimismo la “última palabra” institucional, en órganos que no eran controlados directamente por la ciudadanía y a los cuales el ciudadano común tenía limitado acceso. Este es, según entiendo, el difícil marco constitucional en el que se encuentran insertas, todavía hoy, nuestras incipientes democracias.

#### **SOBRE LOS PRESUPUESTOS PROPIOS DE LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL VIGENTE**

Alguien podría decirnos, frente a la descripción presentada en la sección anterior, que si bien la estructura constitucional heredada por nuestras naciones latinoamericanas deriva, en la mayoría de los casos, de un pacto liberal-conservador, no tiene por qué presentárenos como un problema. Finalmente todos podemos, al menos en parte, aprovecharla (esto es, todos tendemos a favorecer que exista un sistema destinado a evitar las mutuas opresiones; todos podemos estar satisfechos con la existencia de una lista básica de derechos) y nada nos impide modificar aquellas partes de la Constitución con las que no estamos de acuerdo. La estructura constitucional vigente, en este sentido, representa un buen punto de partida para nuestras actuales reflexiones y nuestros actuales experimentos y pretensiones constitucionales.

Contradiendo la afirmación anterior, mencionaré varios problemas; aunque por el momento sólo podré ocuparme de uno de ellos. En primer lugar, diría que no resulta nada claro que hoy tengamos las “manos libres” para actuar como queremos frente a los textos constitucionales con los que contamos: en última instancia (y este es un problema clásico estudiado por la disciplina), fueron nuestros antecesores, no nosotros, quienes fijaron las cláusulas de la reforma constitucional y las (agravadas) mayorías necesarias para llevarla a cabo (Elster y Slagstad, 1993). En segundo lugar, diría que la existencia de una cierta estructura constitucional no es inocua en cuanto a la recepción de nuevas cláusulas, agregadas eventualmente luego de una reforma constitucional. Así, por ejemplo, alguien podría aducir que, en una estructura constitucional orientada según los criterios del liberalismo-conservador, los derechos sociales –propios de un modo completamente distinto de pensar el constitucionalismo– no serán bien recibidos por la vieja estructura –tal vez, agrego, podría incluso rechazarlos–. Volveré sobre este punto más adelante.

A continuación quisiera referirme a otro problema, más básico que los anteriores, que en todo caso lo presumen: me refiero al impacto de contar con una organización constitucional diseñada según los postulados del pensamiento liberal-conservador. La idea sería la siguiente. El legado de la *entente* liberal-conservadora no consiste en una serie de instrumentos institucionales más o menos asépticos, que hoy podemos encontrar más o menos interesantes y en todo caso aceptar o modificar a nuestro libre arbitrio. Se trata de un esquema institucional completo y, en un sentido importante, consistente, que responde a cierto modo de ver el mundo y a una cantidad de presupuestos respecto de las capacidades e incapacidades humanas, esquema que hoy –según asumotendemos a rechazar. Es decir que no se trata, simplemente, de “armas” que disparan en una u otra dirección según quien las manipule.

El malentendido, según creo, está relacionado con una afirmación que analizamos al principio: nuestra imaginación constitucional resulta tan acotada que actuamos como si no tuviéramos una gama amplia y diversa de instrumentos institucionales a nuestra disposición: instrumentos en relación con los cuales estamos en condiciones de optar. Actuamos, según entiendo, como si las herramientas institucionales existentes fueran algo así como el “patrimonio institucional de la humanidad”; es decir, una serie de mecanismos que se conocen, aceptan y aplican en todo el mundo, y respecto de los cuales no hay mayores posibilidades de variación. Ideas tales como el equilibrio de poderes, el bicameralismo, el control judicial, la organización tripartita de los poderes y las facultades de veto cruzadas, parecen integrar ese patrimonio común e indiscutido.

Lo cierto es que, sin embargo, el esquema institucional proveniente del acuerdo liberal-conservador se fundamenta sobre presupuestos, por lo general, profundamente elitistas, ante los cuales hoy, en la mayoría de los casos, nos horrorizaríamos. La mayor parte de nuestros ancestros constitucionales estaban convencidos de integrar una minoría iluminada, que debía poner coto a los desenfrenos propios de una mayoría proclive al arrebato y al descontrol. Entre otros, James Madison (1988: 55), quien asumía que, en las asambleas mayoritarias, no había ocasión en que las pasiones dejaran de tomar el lugar de la pasión. O el constitucionalismo chileno, o peruano, o ecuatoriano, que durante décadas dieron por descontado que las mayorías no debían estar autorizadas a votar. O el pensamiento de la Generación del 37 en la Argentina, que proponía reemplazar la “soberanía del pueblo” –proclamada desde la Revolución Francesa– por la “soberanía de la razón”, que consideraba que las clases altas o más ilustradas eran las únicas capacitadas para gobernar. En definitiva, nuestros ancestros constitucionales actuaron bajo la certeza de que la voluntad del pueblo tendía a ser siempre errada, que la pasión obnubilaba a las masas, que la irracionalidad era la regla que permitía reconocer cuándo actuaban las mayorías.

Ahora bien, nuevamente, alguien podría decir que todo esto es inocuo, que en última instancia pertenece al pasado, que nosotros ya no pensamos así. Sin embargo, eso equivaldría a simplificar demasiado las cosas. Y es que aquellos presupuestos inocularon todas nuestras instituciones, ingresaron en las venas de nuestro organismo institucional y le dieron vida, forma y realidad.

Ahora bien, ¿hasta qué punto mis afirmaciones no son una mera metáfora, un hacer uso y abuso de la retórica? Según entiendo, lo antedicho se ve ratificado en la práctica cuando advertimos que aquellos presupuestos explican y dan sentido a nuestras principales opciones constitucionales. Pensemos en algunos ejemplos claros, para no quedarnos en la teoría. El control judicial de la constitucionalidad nació, se justificó y se desarrolló bajo la certeza de que la imparcialidad podía ser mejor reconocida por un grupo pequeño e ilustrado de personas sin contacto político alguno con la sociedad. Adviértase que hoy las mejores interpretaciones acerca de cómo alcanzar la imparcialidad parten de un esquema radicalmente opuesto al anterior (por ejemplo, cuando decimos que la imparcialidad se vincula a una discusión colectiva entre todos aquellos que se verán potencialmente afectados por la decisión a tomarse. Véase Habermas, 1998).

Conviene notar, por otro lado, que las discusiones en torno al control judicial de la constitucionalidad siguen encalladas en el tema de la baja legitimidad democrática de los jueces para desempeñar el papel que cumplen. En efecto, esta discusión es, sin duda, la más importante, duradera e influyente de todas las que rodean al control judicial. Y ello se debe a que hoy nos resulta muy chocante que los jueces puedan cumplir un rol semejante, cuando vivimos en una sociedad democrática en la cual todos nosotros, como ciudadanos, creemos tener la capacidad y el derecho de pronunciar la última palabra respecto de todas las cuestiones constitucionales que nos afectan o interesan.

Podríamos decir algo similar sobre los poderes del Ejecutivo. Desde la Convención Federal, en los Estados Unidos se justificaron sus poderes especiales (poderes judiciales, como dar indultos; poderes legislativos, como el de interrumpir la aprobación de una ley mediante el veto) con la idea de que –en palabras de Alexander Hamilton– “una sola persona, bien orientada”, no resultaría presa de las “distracciones”, “confusiones” y arrebatos que habitualmente ciegan a las cámaras populares. Una vez más los presupuestos elitistas, difíciles de justificar, acerca de las (in)capacidades ciudadanas de actuar colectivamente terminaron decidiendo el reparto de funciones entre los distintos poderes de gobierno, de un modo desfavorable para los órganos de representación popular directa.

La lección para la izquierda, me parece, es que el sistema institucional debe ser impugnado y revisado desde sus mismos fundamentos, y que desde allí debe irse hacia arriba, siguiendo todo el camino, asumiendo todas las conse-

cuencias de ese cuestionamiento. Contra esta actitud de profunda raíz igualitaria, entiendo que la izquierda ha tendido a compartir, en la mayoría de los casos y junto con las demás fuerzas políticas, una mirada algo complaciente, resignada y quietista sobre el statu quo constitucional, como si este formara parte de un todo dado e incuestionable.

#### **SOBRE LAS (DÉBILES) PROPUESTAS CONSTITUCIONALES DEL PROGRESISMO**

El segundo punto que me interesa remarcar, en esta introducción, tiene que ver con las escasas y poco imaginativas propuestas de cambio constitucional del progresismo en todos estos años. Este análisis debe realizarse sin perder de vista el punto anterior, esto es, la existencia y vigencia de un orden político moldeado a la luz del pacto liberal-conservador: punto que torna más urgente el cambio constitucional y más importante el papel que, potencialmente, pueden jugar las fuerzas progresistas en ese marco.

Son muchas las razones que explican el tibio papel desempeñado por el progresismo en todo este tiempo. Tal vez las más importantes estén relacionadas con eventos y acciones “externos” a dichas fuerzas, que van desde las medidas represivas tomadas en contra de los sectores progresistas hasta las disposiciones culturales persecutorias contra el ideario de izquierda o los acuerdos políticos excluyentes celebrados en desmedro de las fuerzas de izquierda –que tuvieron algunas de sus expresiones más visibles e influyentes, durante el siglo XX, en los acuerdos de “Punto Fijo” en Venezuela y en la formación del “Frente Nacional” en Colombia–. Otros factores, sin duda, son más “internos” y tienen que ver con las propias fallas en la formación de los cuadros de izquierda, un hecho que resulta particularmente notable –y explicable– en el área de la reforma institucional. En efecto, y hasta hace pocos años, los líderes y militantes de la izquierda no dudaron en tratar todas las cuestiones relacionadas con el cambio institucional como medidas meramente “reformistas” (y por tanto indeseables) o, lo que resultó más común y más grave, como iniciativas vinculadas con la “superestructura” y por tanto finalmente inútiles.

El hecho es que, como adelanté, la participación de las fuerzas progresistas en las reformas constitucionales desarrolladas en las últimas décadas terminó siendo bastante deslucida. Un problema común que pareció distinguir la participación de las fuerzas progresistas en las convenciones constituyentes fue su dificultad para responder la pregunta más básica de todas, esto es: ¿cuál es el propósito de nuestra participación en este tipo de encuentros? Antes de precisar esta afirmación, quisiera hacer dos aclaraciones necesarias: primero, esta dificultad distinguió a la mayoría de las fuerzas políticas (y no sólo, ni fun-

damentalmente, a las de izquierda); y segundo, que debemos reconocer que hay y ha habido excepciones a esta dificultad, que luego analizaré.

Al respecto, señalaría que la historia constitucional de la región está marcada por respuestas muy fuertes y muy valiosas –a veces, normativamente más atractivas y otras veces no– frente a ese interrogante (¿Para qué la Constitución?). En los años de la independencia, por ejemplo, líderes militares como Simón Bolívar identificaron que era necesario, ante todo, consolidar la independencia, y que la estructura constitucional podía estar al servicio de ese problema. A manera de respuesta –que no comparto, por razones sobre las que luego volveré–, Bolívar entendió que era necesario reforzar los poderes presidenciales, de modo tal que el Ejecutivo actuara con toda la fuerza frente a posibles ataques provenientes del exterior o del interior. Juan Bautista Alberdi, más adelante, también presentaría una respuesta significativa ante la misma pregunta. A su entender, el gran problema que debía enfrentar su país, la Argentina, a mediados del siglo XIX estaba relacionado con el desierto, con la falta de población, con la población inculta (otra respuesta tan influyente como problemática), y por ello propuso concentrar todas las energías constitucionales en esa misión (estableciendo derechos básicos idénticos para nacionales y extranjeros, incluyendo los religiosos, con el objetivo de abrir las puertas del país a la inmigración). El presidente ecuatoriano García Moreno, entre tantos otros, consideraba que la Constitución debía orientarse, ante todo, a devolverle a la religión su lugar central en la sociedad –lugar que había sido perdido o puesto bajo amenaza durante décadas–. En todo caso, ejemplos como los anteriores ilustran un fenómeno común y muy relevante: que un buen número de nuestras constituciones fueron pensadas, con razón, como una contribución decisiva para dar respuesta al problema o conjunto de problemas considerado(s) fundamental(es) en el momento en que fueron creadas.

Tengo la impresión, sin embargo, de que en los últimos tiempos hemos perdido esa convicción de actuar guiados por alguna(s) pregunta(s) crucial(es), tal vez arrastrados por una oleada de reformas promovidas, básicamente, por líderes con intereses de cortísimo plazo y preocupados por asegurar su reelección (o segunda reelección), habitualmente prohibida o restringida constitucionalmente. Por supuesto que la izquierda no ha sido responsable, en la mayoría de los casos, de semejantes tropelías, porque no estaba en el poder y porque sus preocupaciones –podemos asumir– eran otras. Sin embargo, lo cierto es que, arrastrada a las convenciones constituyentes por las fuerzas dominantes (interesadas casi siempre en su propia reelección), no ha atinado a presentar un programa de reformas medianamente completo y consistente para torcer o confrontar las desmedidas ambiciones de los gobernantes.

Con razón, y ya dentro de las Convenciones Constituyentes, los grupos de izquierda tendieron a asumir ciertas demandas básicas clásicas, relacionadas

con el principio de igualdad y con la pretensión de mejorar la suerte de los más desaventajados. Pero, ¿cómo traducir en actos y, más precisamente, en cláusulas constitucionales esa clase de preocupaciones?

#### **DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES**

La respuesta más habitual de la izquierda en estos casos (hecho que por ahora, y dada la extensión de este trabajo, tomaré como un dato) y al menos desde el México de 1917 (aunque hay una larga lista de antecedentes de esa Constitución, incluyendo la propia Constitución mexicana de 1857) fue la incorporación de nuevos derechos sociales, económicos y culturales.<sup>4</sup> Por lo tanto, en la mayoría de las Convenciones Constituyentes los delegados de la izquierda se limitaron a proponer el agregado de mayor número de derechos en los textos constitucionales –un hecho que ha contribuido a que los latinoamericanos hayamos pasado a tener Constituciones mucho más extensas que las de los países más desarrollados–. Estas expandidas listas de derechos tendían a ser aceptadas por las facciones políticas dominantes, dado que estaban bien vistas socialmente y reafirmaban el compromiso de los convencionales con la suerte general de la población. De allí que, en muchos casos, este tipo de iniciativas promovidas o avaladas por las fuerzas de izquierda terminaran siendo formalmente incorporadas a los textos constitucionales en discusión.

Este resultado, producto (parcial) de la presión de las fuerzas de izquierda, puede considerarse, en parte, un éxito de esas fuerzas. Sin dudas, y contra lo que algunos puedan decir, existe un cierto valor (como mínimo, expresivo) en el mero hecho de contar con más cláusulas sociales en la Constitución. Es cierto que en un principio, y por algunas décadas, muchas de esas cláusulas quedaron como “derechos dormidos” aparentemente inoperantes, meramente consagrados en el “papel” de la Constitución. Sin embargo, también es cierto que en muchos casos, y con el paso del tiempo, esos derechos demostraron tener capacidad para “despertarse” y “activarse” acompañando la sucesión de cambios en la correlación de fuerzas políticas imperante. Esto es lo que ocurrió, en cierto modo, con los derechos sociales incorporados en las Constituciones latinoamericanas desde principios del siglo XX. Esos derechos

<sup>4</sup> Se puede comprobar la extensión de estas nuevas listas de derechos sociales en Constituciones como las de la Argentina (1994), Bolivia (2009), Brasil (1988), Colombia (1991), Ecuador (2008) y Venezuela (1999), aunque, por supuesto, estoy generalizando y simplificando un panorama complejo para tornar más visible mi argumento.

quedaron en silencio e inactivos durante décadas, pero comenzaron a ganar cierta fuerza hacia finales del mismo siglo, cuando las presiones sociales a su favor se tornaron más importantes. Por otra parte, y en respaldo de la política de “más derechos constitucionales” auspiciada por la izquierda, puede decirse que siempre es conveniente contar con un respaldo constitucional explícito que avale la adopción de políticas de avanzada. En tal sentido, podría decirse que países con Constituciones más espartanas, como los Estados Unidos o Chile, han mostrado más dificultades para desarrollar –especialmente a través de la intervención del poder judicial– políticas sociales. Esto debe verse en parte como producto de esa austeridad constitucional inicial (esto es, porque los jueces latinoamericanos han tendido a denegar aquello que no encontraban explícitamente consagrado en la Constitución). De allí la importancia de desbrozar el camino constitucional de elementos que puedan convertirse en obstáculos para la puesta en práctica de políticas sociales de avanzada.

Contra aquellos aspectos indudablemente positivos vinculados con la incorporación de una mayor cantidad de derechos, dentro del texto constitucional, hay otros que tornan paradójicas las iniciativas del progresismo constitucional en esta materia. Por un lado, podría decirse que la consagración de más derechos constitucionales amenaza con cercenar el espacio de la discusión democrática. Aunque los efectos que pueden producirse en el campo democrático, en este sentido, son complejos, parece cierto que la creación de un nuevo “derecho” implica, en primer lugar, que las mayorías pierdan el poder de decidir libremente sobre un cierto aspecto relevante de la vida política (imaginemos, por ejemplo, que se diera estatus constitucional al “libre mercado” o se reforzaran las protecciones constitucionales asignadas a la propiedad privada). En segundo lugar, la adopción de más y más derechos constitucionales tiene un obvio impacto (también) sobre el área de la Constitución no referida a los derechos, es decir, en relación con la amplia parte que la Constitución destina a la organización del poder (su parte “orgánica”). En este sentido, podría decirse que la introducción de mayores derechos tiende a expandir el poder de los órganos judiciales, que aparecen como los principales encargados de custodiar los derechos incorporados en la Constitución.

Este resultado, nuevamente, resulta paradójico si se lo observa como producto de iniciativas de carácter progresista. En los hechos, pareciera que la introducción de nuevos derechos (destinada a favorecer políticas progresistas) robustece institucionalmente el poder de los funcionarios públicos más ajenos a la discusión pública, más blindados frente al control popular, menos sujetos a las presiones de la ciudadanía. Otra vez, entonces, descubrimos que el resultado de las iniciativas constitucionales de la izquierda es un potencial desapoderamiento de la ciudadanía, y un trasvasamiento de la autoridad popular hacia los órganos menos democráticos creados por la Constitución. Este



hecho vuelve a poner en tela de juicio lo que ha sido –en mi opinión– la principal contribución de las fuerzas de izquierda a las Convenciones Constituyentes en las que participó en las últimas décadas.

Una vez dicho esto, y a los fines de contar con un panorama más completo que nos permita evaluar mejor el desempeño de las fuerzas de izquierda en las Convenciones Constituyentes, a continuación quisiera hacer referencia a algunas otras cuestiones.

#### **HIPERPRESIDENCIALISMO E IZQUIERDA**

El radicalismo político del siglo XIX en Latinoamérica, los Estados Unidos y Europa fue inequívocamente antipresidencialista y partidario de un poder político federalizado, desconcentrado y sensible a las expresiones del pueblo (Gargarella, 2008). En América Latina, y contra lo que muchos pudieran pensar, esa postura antipresidencialista estuvo muy vinculada con la insistente reacción de radicales y republicanos contra el caudillismo y el personalismo de figuras como Simón Bolívar, a quienes temían, y de cuya influencia escapaban.

Notablemente, el progresismo latinoamericano del siglo XX dejó de lado aquella persistente actitud antipresidencialista, y, en las Convenciones Constituyentes en las que llegó a participar, adoptó una actitud de apoyo activo o bien de efectiva complacencia frente a las iniciativas de fortalecimiento del presidencialismo o de reelección presidencial. Contra lo que hubiera podido esperarse, los grupos de izquierda no se constituyeron en vanguardia de la lucha antipresidencialista, como sí supieron serlo durante el siglo XIX.

El punto resulta relevante, según entiendo, como muestra del deterioro de los compromisos igualitarios del progresismo, de su falta de consistencia ideológica y de sus yerros en materia constitucional. Más aún, a la luz de los sólidos estudios que nos han ayudado a ver los graves problemas (de estabilidad política, por ejemplo) generados por lo que ha dado en llamarse el hiperpresidencialismo latinoamericano.<sup>5</sup> Por eso mismo quisiera detenerme unos instantes en el análisis de esta cuestión.

Los progresistas que se muestran directamente favorables al presidencialismo pueden decir, en su favor, y junto con autores como el brasileño Roberto Mangabeira Unger, que un presidente fuerte representa la única posibilidad de atravesar la entramada telaraña de burócratas y grupos de interés que inter-

<sup>5</sup> Algunos de estos problemas pueden verse resumidos, por ejemplo, en Linz y Valenzuela (1994).

fiere cualquier iniciativa de cambio que pretenda impulsarse en Latinoamérica.<sup>6</sup> Contra este argumento –el único al que, a mi juicio, puede prestársele alguna atención dentro del discurso progresista– es posible señalar varios otros orientados en dirección opuesta.

En particular, me interesa llamar la atención sobre una cuestión que señalé al pasar en la sección anterior, y que considero de primera importancia. Se trata del impacto que tienen, en la organización del poder (la parte “orgánica” de la Constitución), las reformas constitucionales que se operan sobre la sección consagrada a los derechos (la parte “dogmática”), y viceversa. Frente a este hecho, sobre el que volveré a insistir, muchos juristas, intelectuales y políticos se muestran indiferentes, asumiendo, de modo despreocupado, la potencia transformadora del derecho, la autonomía del derecho respecto de otras áreas de la vida social, y la autonomía de las distintas secciones de la Constitución entre sí. Ninguno de estos presupuestos, sin embargo, resulta plausible.

A esta altura, me interesa especialmente referirme al modo en que interactúan las secciones “orgánica” y “dogmática” de la Constitución, para resaltar lo siguiente: resulta curioso que el progresismo haya defendido, como principal iniciativa constitucional, la ampliación de la sección “dogmática” o de derechos dentro de la Constitución sin advertir los riesgos que conlleva no extender de modo consecuente la lógica de esa clase de propuestas al resto del texto constitucional. Por supuesto, no es enteramente obvio qué es lo que debe hacerse con el resto de la Constitución en caso de encontrarnos genuinamente interesados en reforzar las garantías y derechos que incorporamos en ella. Sin embargo, es significativo advertir que, siglos atrás, el progresismo sí tendió a reconocer como “naturales” ciertas reformas institucionales a las que consideraba necesarias para ser coherente con sus preocupaciones por los aspectos más “sociales” de la vida política y legal.

Así, y de modo habitual, los radicales “sociales” del siglo XVIII en Europa y del siglo XIX en América supieron impulsar iniciativas destinadas a expandir la soberanía popular, ampliar las oportunidades de la participación cívica, reforzar los poderes del Congreso, aumentar los controles sobre el poder, disminuir la extensión de los mandatos o reforzar los lazos existentes entre representantes y representados, a través de medidas tales como las instrucciones obligatorias, la revocatoria de mandatos, la rotación obligatoria en los cargos, las elecciones anuales o la prohibición de la reelección.

Reconocer esto no significa afirmar que aquellas medidas promovidas por el radicalismo fueran, necesariamente, las correctas. Sí considero, en cambio,

<sup>6</sup> Véanse la posición de Unger y una discusión importante sobre el tema en Nino (1988).

que mostraban por parte de sus impulsores un esfuerzo de consistencia, que además parecía orientado en la dirección correcta. En definitiva, si lo que se quiere es reforzar los contenidos democrático-igualitarios de la Constitución y fortalecer sus compromisos sociales, parece lógico, al menos en principio, favorecer reformas como las que auspiciaban los radicales de los siglos XVIII y XIX. Entonces se torna lógica la defensa de reformas institucionales que sirvan para robustecer la capacidad de intervención y el control ciudadanos en la política.

Contra este tipo de conclusiones, en la actualidad nos encontramos con fuerzas de izquierda que, desde las Convenciones Constituyentes en que participaron, trabajaron sobre la sección de los “derechos” desentendiéndose de las reformas que se introducían, o no, en materia de “organización del poder”, o, lo que es peor, nos encontramos con fuerzas de izquierda que consideraron que las reformas “sociales” que impulsaban eran consistentes con la creación o el mantenimiento de poderes Ejecutivos todopoderosos (cuando, en verdad, este tipo de iniciativas vienen a desafiar, en la práctica, las aspiraciones democratistas que las fuerzas de izquierda proclaman en teoría y que parecen necesarias para dar respaldo y sostén a sus propuestas “sociales”).<sup>7</sup>

#### EL “PROYECTO MORAL” DE LA IZQUIERDA

Desde hace decenas de años, siglos en algunos casos, el constitucionalismo viene levantando el ideal de la neutralidad como ideal jurídico indisputable. Las Constituciones, se nos dice, deben ser neutrales en cuanto a su contenido. Aunque a primera vista la idea de neutralidad puede resultar extraña, lo cierto es que tiene un significado claro y obvio en todos los casos y, agregaría yo, muy especialmente en el del constitucionalismo latinoamericano.

<sup>7</sup> Lo dicho no niega que las nuevas reformas hayan introducido algunos compromisos orientados, por ejemplo, a fomentar la participación política de las mayorías. Encontramos así referencias renovadas a los derechos participativos de la ciudadanía en Constituciones como las de la Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay y Venezuela. En Constituciones como las citadas, por lo demás, se advierten algunas –pocas, pero no por ello insignificantes– reformas destinadas a “ajustar” el funcionamiento del Congreso frente a las reiteradas críticas sobre su carácter irrepresentativo, como asimismo tibias medidas destinadas a moderar los poderes del Ejecutivo. Me apresuraría a señalar, sin embargo, que estas reformas han resultado afectadas, en la práctica y de modo habitual, por problemas propios de los “trasplantes” e “injertos” constitucionales mencionados más arriba.

En efecto, durante al menos todo el siglo XIX, una de las principales marcas identitarias del constitucionalismo regional fue, justamente, la *falta* o la violación del principio de neutralidad moral. Esto se traducía, en la mayoría de los casos, en constituciones comprometidas con un cierto ideal religioso –específicamente, con la religión católica apostólica romana– y que restringían la posibilidad de que individuos adeptos a otras religiones practicaran libremente su culto. Encontramos así, sobre todo en los años posteriores a las revoluciones independentistas de 1810, una cantidad enorme de documentos que prohibían explícitamente el culto público de otras religiones, establecían la católica como la oficial o llegaban al extremo al que llegó la Constitución ecuatoriana de 1868, al determinar que la condición de la ciudadanía dependía del hecho de ser practicante de este culto: es decir que uno podía votar o ser elegido sólo si, entre otras condiciones, demostraba ser un católico practicante.

El impacto de estas cláusulas fue obviamente mayúsculo. Tal como ocurre con la Constitución chilena de 1823, cuyo autor, Juan Egaña, acompañó su propuesta, inmediatamente aprobada, con un Código Moral compuesto por más de seiscientos artículos que, conforme a los ideales de la moral católica, daban precisas instrucciones acerca de cómo debían ser las relaciones entre padres e hijos, una lista que identificaba cuáles eran las conductas virtuosas a alabar y cuáles las viciosas a reprimir, o un detallado esquema de cómo debían celebrarse las fiestas nacionales y cómo debían vestirse, bailar o cantar los ciudadanos durante su celebración. El ejemplo de Egaña suena ridículo y exagerado, y en cierta medida lo es, pero parece serlo bastante menos cuando reconocemos que Egaña, junto con su hijo Mariano, ejercería una enorme influencia en la redacción de la Constitución de 1833, que fue la más estable de la región durante el siglo XIX además de ser admirada e imitada por cantidad de constitucionalistas latinoamericanos desde entonces. Finalmente, este hiperperfeccionismo moral fue un rasgo distintivo y característico del constitucionalismo regional de la época: no sólo lo vemos en los mencionados ejemplos chilenos, sino también en la Constitución de Colombia de 1843, en la decisiva Constitución redactada por la “Regeneración” colombiana en 1868, en el proyecto de Bartolomé Herrera en Perú en 1860 y en las numerosas propuestas constitucionales redactadas por Lucas Alamán en México a lo largo de buena parte del siglo XIX.

El constitucionalismo progresista casi siempre combatió estas iniciativas, desde una posición, la mayor parte de las veces, favorable a una política laica y abierta a todas las religiones. El constitucionalismo progresista reivindicaba, entonces, los principios liberales de la Revolución Francesa, que eran repudiados por el conservadurismo por considerarlos la principal fuente de injusticias y abusos (el ejemplo de los crímenes del jacobinismo aparecería como referencia retórica persistente durante las disputas políticas de aquellos años).

Sin embargo, señalaría aquí un primer problema (aunque tal vez sea injusto hablar de “problema”) que ha caracterizado a la izquierda a la hora de lidiar, política y constitucionalmente, con estas cuestiones. A diferencia del liberalismo, que siempre tuvo en claro su vocación de establecer un firme “muro de separación” (al decir de Thomas Jefferson) entre Estado e Iglesia, o entre Constitución y moral, los grupos más de avanzada tendieron siempre a mirar con suspicacia esa clase de distinciones. Ello debido a que el progresismo también albergó, desde siempre, un cierto “proyecto moral” que pretendió avanzar –no es para sorprenderse– a través de la Constitución.

El “proyecto moral” de la izquierda recoge una muy larga lista de antecedentes relacionados con la vocación republicana por fortalecer las “virtudes cívicas” de la ciudadanía, capaces de motivarla a ponerse de pie –y hasta a dar su vida– (esto es, frente al avance de potencias vecinas) por la supervivencia de la patria. Por ejemplo, J.-J. Rousseau, cuyos escritos influyeron notablemente sobre el radicalismo latinoamericano, dejaba en claro la necesidad de ciertas disposiciones morales o cualidades de carácter, indispensables para asegurar el sostenimiento de su proyecto igualitario.

Y ese mismo modelo moral el que tratan de recoger, de manera explícita, muchas de las primeras Constituciones latinoamericanas redactadas poco después de, si no durante, los años de la revolución. Es el caso de la Constitución de Apatzingán, aprobada por los “curas revolucionarios” mexicanos en 1814, o lo que se advierte en los esbozos constitucionales preparados por el artiguismo en la Banda Oriental.

Y aquí, otra vez, más allá de las anécdotas se destaca un hecho importante y decisivo en la historia posterior del constitucionalismo de izquierda. El progresismo, según dije, estaba visceralmente enfrentado con el conservadurismo jurídico debido a su rechazo al proyecto del autoritarismo católico o teocracia para América Latina. A la vez, sin embargo, el progresismo se enfrentaba a los liberales dado que no compartía su pretendido proyecto de “neutralidad moral”. Y en este punto, por tanto, conservadores y radicales tendieron a aparecer –paradójica, curiosa, notablemente– unidos. Para seguir con la metáfora empleada, ambos pretendían derribar el “muro de separación” levantado y defendido por el liberalismo. De allí que, contra lo que podría pensarse, en más de una oportunidad conservadores y radicales pactaron para sostener gobiernos fuertemente antiliberales (un buen ejemplo, tal vez, lo constituya el gobierno de Juan Manuel de Rosas en la Argentina, que reunió a fanáticos católicos con republicanos de vocación populista).

Aquella historia, una vez más y a mi entender, es capaz de decir muchas cosas sobre nuestro presente; pero no quisiera forzar demasiado las continuidades entre el ayer y el hoy. Sí retomaría, en todo caso, algunas cuestiones relacionadas con lo relatado.

En primer lugar, reivindicaría –al menos en parte– la certeza del lejano radicalismo acerca de que su proyecto político debía estar acompañado por algún proyecto moral. Es decir, reivindicaría el explícito rechazo de aquella corriente al ideario liberal de la neutralidad. Esta afirmación, por supuesto, debe hacerse con mucho cuidado, sobre todo por el contexto donde aparece: Latinoamérica tiene una larga tradición de rechazo al ideal liberal de la neutralidad que significó, casi inexorablemente (y según quedara aquí indicado), la imposición de un proyecto perfeccionista, conservador, autoritario, ultracatólico y negador de las libertades más básicas de las personas.

Hecha la aclaración, y con los cuidados del caso, la izquierda debe ir animándose a asumir las buenas implicaciones de su postura moral, que conllevan –además de rechazar el autoritarismo del proyecto católico conservador– denunciar las incongruencias propias del liberalismo en su defensa del ideal de la neutralidad moral del Estado y la Constitución. Y es que el liberalismo, como todas las Constituciones inscriptas dentro de su larga trayectoria doctrinaria, no es una postura moral neutral, si entendemos por ello una postura que no toma partido por ninguna concepción del bien en particular. El liberalismo es, orgullosamente (y en esto muchos radicales, aunque no todos, también pueden sentirse partícipes), una doctrina que enfrentó al autoritarismo religioso y dejó en claro que las nuevas naciones debían ser tolerantes en materia de cultos y abrir sus brazos a individuos de todas las creencias religiosas. En este sentido, muy acotado, de la idea de neutralidad moral, el liberalismo ha sido una doctrina indudablemente propulsora de la neutralidad estatal.

Sin embargo, si tomamos la idea de neutralidad en un sentido algo más robusto, ya no es posible sostener la misma afirmación. No puede decirse que el liberalismo adopte una postura neutral en materia filosófica o política, dado que se encuentra comprometido con una doctrina “densa” en estas materias. Podría decirse (sin abrir, por ahora, una valoración al respecto) que las Constituciones liberales desalientan, antes que promocionan, la participación política de la ciudadanía (preocupadas como están por los riesgos propios del “desbocamiento” mayoritario). Aparecen claramente comprometidas con el individualismo, en abierto rechazo de todas las expresiones asociadas con valores colectivistas (esto es, la propiedad comunal de las tierras). Muestran un claro sesgo en materia económica, que las vincula con la vieja ideología del *laissez faire* o sus versiones actuales, y donde el Estado es habitualmente visto como enemigo; en última instancia, el liberalismo manifiesta una consistente postura antiestatalista: el Estado es la principal fuente de opresión y, por ello, deben ponérsele trabas, tanto a su actuación vinculada con la esfera privada (esto es, asegurando la libertad religiosa) como a la vinculada con la esfera pública (impidiendo la regulación económica). En definitiva, y a pesar de su –históricamente proclamada– reivindicación de la neutralidad, las Constitu-

ciones propiciadas por el liberalismo son, en un sentido importante, Constituciones comprometidas con un modelo moral específico.

Frente al proyecto moral del conservadurismo católico y al proyecto del liberalismo (que José María Samper definiera como *individualista, antiolecionista y antiestatista*), el progresismo debe dejar en claro cuál es su proyecto moral y cuáles son las disposiciones constitucionales que está dispuesto a favorecer para asegurar la vida y la perduración de ese proyecto. Vale la pena preguntarse si las aclaraciones que hacen, en este respecto, Constituciones nuevas como las de Bolivia y Ecuador (que incorporan explícitamente valores asociados con la “buena vida” y el respeto a la naturaleza) significan un interesante renacimiento de las preocupaciones morales del progresismo constitucional.

#### ¿CÓMO SE MODIFICA EL ORDEN CONSTITUCIONAL EXISTENTE?

El análisis anterior requiere muchas otras precisiones, imposibles de presentar y perseguir debidamente en estas páginas. Sin embargo, hay al menos un punto más sobre el cual quisiera detenerme, y está relacionado con los límites y los alcances de las propuestas de reforma reales que podría avanzar, en una futura Convención Constituyente, una nueva coalición progresista.<sup>8</sup> Más específicamente, la pregunta que me interesa hacer es la siguiente: ¿Cómo puede darse vida efectiva a una modificación progresista de la Constitución en el contexto de una organización política y legal vigente de rasgos contramayoritarios y una estructura económica y social desigual como la que hoy rige en la mayoría de nuestras sociedades?

La pregunta es puesta a consideración, sobre todo, con el objeto de cuestionar dos postulados teóricos principales. Me refiero, en primer lugar, a una idea muy difundida entre los abogados que presupone la capacidad transformadora –más o menos inmediata– del derecho. En segundo lugar, me interesa cuestionar a aquellos que presuponen la autonomía del derecho respecto de la organización económica o política de la sociedad.

El primer adversario teórico que desafío parece demasiado torpe y poco atractivo. Sin embargo, lo cierto es que la mayoría de los operadores jurídicos

<sup>8</sup> Por el momento, no me considero capacitado para definir lo que tal vez sea más importante, es decir, el contenido preciso que debiera distinguir a una reforma constitucional progresista en el futuro. Creo, de todos modos, que algunas de esas iniciativas pueden derivarse de las propuestas que he ido avanzando hasta aquí (como aquellas relacionadas con la descentralización del poder y la democratización de la sociedad).

actúa como si la estructura legal vigente no tuviera fuerza por sí misma, ni tampoco capacidad de resistencia frente a las reformas que puedan instituirse en su contra o en una dirección diferente a la suya. La hipótesis que quisiera sugerir, en este sentido, es la siguiente: si la estructura institucional sobre la cual queremos actuar es (por ejemplo y como he sugerido) de naturaleza liberal-conservadora, es dable esperar que obstaculice el ingreso de “injertos” o “implantes” propios de proyectos (“cuerpos”) legales que le son ajenos. Pensemos, por ejemplo, en la suerte corrida por los derechos sociales en las últimas décadas de haber sido incorporados en nuestras Constituciones a principios del siglo XX. El hecho es que, en casi todos los países de la región, esos derechos quedaron “dormitando” al menos hasta fines del siglo pasado... si no hasta hoy. ¿Cómo puede explicarse la “inactividad” propia de las cláusulas sociales incorporadas hace casi un siglo en nuestras Constituciones?

Sin dudas, son muchos los factores a los que puede hacerse alusión en este sentido. Sin embargo, creo que nuestra respuesta sería fundamentalmente incompleta si no tomáramos conciencia de las limitaciones impuestas por la propia estructura constitucional en la que se injertaron esos (nuevos) derechos. Otra vez: es razonable pensar que contar con derechos sociales “activos” requiere ciudadanos motivados para llegar a los tribunales, organizaciones cívicas alertas y activas, tribunales bien dispuestos y jueces con orientaciones más o menos progresistas.<sup>9</sup> Resultados como estos son producto de muchas circunstancias pero también, sin dudas, de una cierta manufactura institucional. Así, por ejemplo, si institucionalmente restringimos o no ampliamos los derechos de *standing*, si cerramos los caminos de acceso a los tribunales, si permitimos que el litigio se encarezca infinitamente o se burocratice, naturalmente deberemos esperar dificultades en la activación judicial de esos mismos derechos sociales, que –según decíamos– estábamos interesados en promover. El punto es, entonces, que una reforma progresista de la Constitución no sólo requiere la introducción de nuevos derechos sociales, económicos y culturales, sino también la introducción de cambios profundos en el resto de la estructura constitucional que recibirá y dará marco a esos derechos que queremos vitales y “activos”.

El segundo punto que me interesa mencionar es el siguiente. La modificación del orden constitucional vigente no requiere sólo la reforma o el agregado de algunas normas (esto es la introducción de nuevos derechos sociales), y ni siquiera cambios constitucionales más plenos y abarcativos como los sugeridos

<sup>9</sup> Véase el debate acerca de posiciones más fuertes al respecto en el número 4 de la revista *Discusiones*, año III, Argentina, 2004, donde se discute una tesis de Fernando Atria.



en el párrafo anterior. Las condiciones mencionadas pueden resultar necesarias, pero no son suficientes para poner en marcha reformas como las que aquí se auspician. En efecto, y contra lo que muchos parecen presumir, el derecho no es una disciplina autónoma. Los cambios que se operan en el derecho, por tanto, impactan sobre las demás esferas de la sociedad, del mismo modo que los cambios que se hagan o no en esas otras esferas (política, económica, etc.) tienden a impactar sobre los contornos, los contenidos y la vitalidad del derecho vigente. De allí la clarividencia de convencionales como el radical mexicano Ponciano Arriaga cuando proclamó, en el contexto de la Convención de 1857, que la Constitución debía convertirse en “la ley de la tierra”. Arriaga quiso dejar en claro la imperiosa necesidad, que tenían los reformistas de entonces, de reestructurar (también) la organización económica de la sociedad. Para él –acertadamente–, la redacción de una Constitución de avanzada resultaba inútil si no se aseguraba para la misma un contexto de inserción social apropiado. En otras palabras: Arriaga reconocía, lúcidamente, que el texto interesante propuesto se convertiría en letra muerta –una mera “hoja de papel”, al decir de Ferdinand Lasalle– si las reformas progresistas no se acompañaban con cambios económicos radicales. Del mismo modo, cuando el radical colombiano Manuel Murillo Toro defendió a mediados del siglo XIX la permanencia del sufragio universal en su país, lo hizo bregando por una reforma en la organización de la propiedad. Murillo Toro era consciente (como Arriaga en México, unos años antes que él) de que la reforma política que perseguía perdería potencia o resultaría inútil en el contexto socioeconómico de extrema desigualdad de su país (caracterizado por la presencia de millares de campesinos temerosos de las represalias de sus patrones si la votación les resultara adversa).

El punto, en definitiva, es el siguiente: el éxito de las reformas constitucionales requiere modificaciones amplias y consistentes, que alcancen no sólo a las diversas áreas de la Constitución (tanto a su parte “orgánica” como “dogmática”), sino también al resto de lo que John Rawls denominara la “estructura básica” de la sociedad (Rawls, 1971). Para decirlo de otro modo, una Constitución no puede florecer en cualquier contexto, y mucho menos en contextos políticos, legales, sociales o económicos que le sean hostiles. De allí que para alcanzar el éxito requiera acciones sobre otras esferas de la sociedad, capaces de permitir que la reforma germine y florezca del modo más apropiado. Contra esta sugerencia, sin embargo, entiendo que hemos tendido a actuar, en las últimas décadas, como si el derecho fuera autónomo y como si –por tanto– las reformas legales no necesitaran urgentes apoyaturas extralegales. Por supuesto que debemos ser conscientes de los riesgos contrarios, ligados a la hiperracionalidad y a las reformas superabarcativas (Elster, 1985). Pero la presencia de estos riesgos no debe ser un motivo para que, como hoy, sigamos ciegos frente a otros de naturaleza diferente, como los arriba expuestos.

**BREVES CONCLUSIONES**

En las páginas anteriores me interesó reflexionar sobre los alcances y los límites de las reformas constitucionales desarrolladas en la región en las últimas décadas. El propósito de mi trabajo, sin embargo, no es de naturaleza histórica sino prospectiva. Como dijera Eduardo Galeano, la historia es un profeta con la mirada vuelta hacia atrás. Con ese espíritu, he querido pensar sobre algunos aciertos, errores y límites propios de las reformas desarrolladas en el pasado en Latinoamérica. Y procuré hacerlo, en definitiva, para poder pensar mejor en las eventuales reformas constitucionales futuras. De modo más específico, en las hojas precedentes intenté analizar la reforma constitucional desde una perspectiva igualitaria, mostrando algunos de los problemas que, en mi opinión, han venido distinguiendo al pensamiento progresista en este aspecto. Según entiendo, la izquierda está llamada a jugar un papel central en nuestro futuro constitucional, a los fines de alcanzar un ordenamiento legal más igualitario. Por eso mismo es crucial que la izquierda comience, cuanto antes, a comprometerse seriamente en el asunto hasta diseñar un programa constitucional nuevo, amplio, consistente, articulado y potente, como el que nuestros países requieren con urgencia.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Elster, John (1985), *Ulysses and the Sirens*, Cambridge, Cambridge University Press. [Ed. cast.: *Ulises y las sirenas*, México, FCE, 1989.]
- y Slagstad, Rune (comps.) (1993), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press. [Ed. cast.: *Constitucionalismo y democracia*, México, FCE, 1999.]
- Gargarella, Roberto (1997), “Recientes reformas constitucionales en América Latina”, en *Desarrollo económico*, vol. 36, n° 144, pp. 971-990.
- (2008), *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Madrid, Siglo XXI.
- Habermas, Jürgen (1998), *Between Facts and Norms*, Cambridge, The MIT Press.
- Linz, J. y Valenzuela, A. (1994), *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press.

Madison, J. y otros ([1788] 1988), *The Federalist Papers*, Nueva York, Bantam Books.

Nino, Carlos (comp.) (1988), *Presidencialismo vs parlamentarismo*, Buenos Aires, Eudeba.

Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press.

## **5. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos**

*Rodrigo Uprimny*

Desde mediados de los años ochenta, y en especial a partir de los noventa, América Latina ha conocido un intenso período de cambios constitucionales, puesto que casi todos los países adoptaron nuevas Constituciones (como en los casos de Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Ecuador en 1998 y 2008, Perú en 1993, Venezuela en 1999 y Bolivia en 2009, entre otros) o bien introdujeron reformas muy importantes a sus Constituciones vigentes (como en el caso de la Argentina en 1994, México en 1992 o Costa Rica en 1989). El punto de partida ha sido la nueva Constitución de Brasil de 1988, pero se trata de una fase que puede tener desarrollos ulteriores, como lo muestran la reciente reforma constitucional venezolana, que introdujo la reelección permanente, o el debate de 2009 y 2010 en torno a la posibilidad de un referendo en Colombia para reformar la Constitución y establecer un nuevo período presidencial para el entonces mandatario Álvaro Uribe Vélez, tentativa que fue anulada por la Corte Constitucional de ese país.

Es obvio que existen diferencias muy importantes entre los cambios constitucionales en los distintos países, al menos por tres razones. De un lado, por el origen y la naturaleza del proceso, pues mientras en muchos casos las nuevas Constituciones fueron el resultado natural de la caída de las dictaduras militares, como en Brasil o Paraguay, en otros las reformas buscaron reforzar regímenes democráticos existentes con problemas de legitimidad, como en México o Colombia, y en otros casos, como en Venezuela, Ecuador o Bolivia, la nueva Constitución se encuentra vinculada al derrumbe del sistema de partidos anterior y al ascenso de nuevas fuerzas políticas, como el chavismo en Venezuela o el movimiento indígena en Bolivia o el correísmo en Ecuador. Por otro lado, por su intensidad, porque mientras varios países adoptaron nuevas Constituciones, a veces muy distintas a las derogadas –como en los casos de Brasil, Colombia, Venezuela, Bolivia o Ecuador–, otras naciones mantuvieron las existentes e introdujeron cambios menos trascendentales, sin que por ello dejaran de ser importantes, como sucedió en la Argentina, México o Costa Rica. Y finalmente, por su orientación: por ejemplo, las Constituciones ecuatoriana de 2008 o boliviana de 2009 tienen diferencias importantes con la peruana de 1993, porque las primeras son expresiones de un movimiento po-

pular en ascenso y representan, según ciertos analistas, un constitucionalismo transformador y experimental con claras orientaciones anticapitalistas y anticolonialistas (Santos, 2010: 77) y la segunda fue aprobada por una asamblea constituyente dominada por Fujimori, en el momento en que predominaba el llamado Consenso de Washington sobre la reforma del Estado y por lo tanto presenta importantes orientaciones neoliberales. Sin embargo, a pesar de estas diferencias nacionales, la oleada de reformas constitucionales en América Latina parece tener algunos rasgos comunes.

Ahora bien, a pesar de la intensidad de los cambios constitucionales recientes en América Latina, no conozco ningún texto que haya intentado sistematizar las orientaciones comunes de esa evolución del constitucionalismo en la región. Existen reflexiones importantes sobre las mutaciones constitucionales de algunos países específicos, como el trabajo de Boaventura de Souza Santos (2010) sobre Ecuador y Bolivia, o estudios que analizan algún aspecto del constitucionalismo latinoamericano, como su apertura al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas (Yrigoyen, 2009) o al derecho internacional de los derechos humanos (Manili, 2002; Ayala Corrao, 2002; Abregú y Courtis, 2004), o trabajos que han pretendido comparar las tensiones y complementaridades entre las mutaciones constitucionales y la reforma del Estado impulsada por las instituciones financieras internacionales (Uprimny, 2007). Pero no conozco un estudio general que sistematice las posibles tendencias comunes del reciente constitucionalismo latinoamericano con el fin de evaluar sus orientaciones, potencialidades y limitaciones. Este texto busca entonces suplir en parte ese vacío, con las obvias limitaciones que conlleva intentar sintetizar en pocas páginas cambios constitucionales que han sido profundos y complejos. El propósito es entonces señalar las tendencias comunes del constitucionalismo reciente en América Latina, así como sus diferencias más significativas, con el fin de caracterizar esas reformas y plantear los principales desafíos que plantean para la construcción de democracias profundas en la región.

Con un fin descriptivo, decidí agrupar los cambios distinguiendo entre aquellos más relativos a la llamada “parte dogmática” de la Constitución y otros más vinculados a la llamada “parte orgánica”, por recordar esa vieja, discutible pero pedagógica distinción de algunos enfoques tradicionales del derecho constitucional. Según esa distinción, la parte dogmática de una Constitución hace referencia a aquellos apartes del texto constitucional que definen los principios ideológicos que orientan al Estado y que establecen los derechos y deberes de la personas. Por su lado, la parte orgánica es aquella que precisa cuáles son los principales órganos del Estado y cuáles son sus atribuciones. Finalmente, un poco entre las dos, se encuentran los mecanismos de participación ciudadana y la regulación constitucional de los partidos, que son al mismo tiempo una

expresión de los derechos políticos (y por ello algunos autores los vinculan a la parte dogmática) y una forma de integración de los órganos políticos (por lo que otros autores suelen tratar estos aspectos al estudiar la parte orgánica).

Las anteriores consideraciones explican la estructura del texto, que en la primera parte presenta las transformaciones de la parte dogmática de varias Constituciones latinoamericanas, para luego, en la segunda parte, examinar los principales cambios de la parte orgánica. Estos dos puntos son esencialmente descriptivos y en ellos destaco las tendencias coincidentes de las reformas en los distintos países. Por el contrario, la tercera parte es más reflexiva y analítica; en ella intento caracterizar las orientaciones básicas de esta evolución constitucional, pero igualmente discuto si las divergencias nacionales son tan profundas, al extremo de que en realidad no hay matices nacionales sino tendencias constitucionales diversas en la región, con potencialidades y orientaciones distintas. El texto concluye con unas breves consideraciones sobre el posible significado de esos cambios constitucionales y los desafíos que estos implican para la democracia y para la reflexión constitucional.<sup>1</sup>

**LAS VARIACIONES DE LA PARTE DOGMÁTICA: RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD EN MÚLTIPLES CAMPOS Y AMPLIACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS**

Un breve examen de las orientaciones de las reformas constitucionales recientes muestra que, a pesar de las obvias diferencias nacionales, la mayor parte comparte algunos rasgos comunes en la definición de los principios ideológicos del Estado y en la regulación de los derechos y deberes ciudadanos.

Primero, en la mayoría de las reformas y de los nuevos textos constitucionales se modifica sustancialmente el entendimiento de la unidad nacional, a fin de remarcar que esta no es fruto de una homogeneización de las diferencias culturales, como intentaron hacerlo algunos proyectos constitucionales previos en décadas pasadas,<sup>2</sup> sino que es, por el contrario, un reconocimiento

<sup>1</sup> En ese sentido, este texto es complementario del trabajo del colega Roberto Gargarella en esta misma obra, pues mientras la suya es una reflexión más analítica y evaluativa de esas reformas, desde una perspectiva de larga duración sobre el constitucionalismo latinoamericano, mi estudio es más descriptivo, aunque contiene igualmente una reflexión sobre las potencialidades de esos cambios constitucionales.

<sup>2</sup> Un ejemplo significativo de construcción de la identidad nacional por homogeneización fue el Pacto del Frente Nacional en Colombia en 1957, que no sólo hacía de la Iglesia Católica un elemento esencial del orden nacional,

acentuado de las diferencias y una mayor valorización del pluralismo en todas sus formas. Muchas Constituciones empiezan entonces a definir a sus naciones como pluriétnicas y pluriculturales y establecen como principio constitucional la promoción de la diversidad,<sup>3</sup> por lo cual estamos frente a una suerte de constitucionalismo de la diversidad.

Segundo, las recientes reformas constitucionales latinoamericanas tienden en general a superar ciertos rasgos confesionales de los ordenamientos jurídicos de muchos países, que otorgaban privilegios importantes a la Iglesia Católica. Las nuevas Constituciones, cuando no son claramente laicas, tienden a reconocer la igualdad entre las distintas confesiones religiosas, incluyendo las de las poblaciones indígenas. El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural viene acompañado entonces de la consagración de la diversidad y la igualdad religiosa.

Tercero, y directamente ligado a los puntos anteriores, las reformas constitucionales amparan sobre todo a grupos tradicionalmente discriminados, como los indígenas y las comunidades negras, a los cuales en ciertos países incluso se les reconocen derechos especiales y diferenciados de ciudadanía; en la medida en que se establecen circunscripciones especiales de representación política para estas comunidades, se incorporan sus lenguas como lenguas oficiales y se les reconoce un poder judicial propio y autonomía en sus territorios para la decisión de ciertos conflictos, de acuerdo con sus cosmovisiones.<sup>4</sup> Por ello, según ciertos analistas, estas constituciones no sólo avanzaron hacia una idea de identidad nacional pluralista sino que incluso habrían incorporado elementos y formas de ciudadanía diferenciada y multicultural.<sup>5</sup>

---

con lo cual discriminaba a todas las otras confesiones religiosas o a los no creyentes, sino que además reservaba el monopolio de los cargos públicos a los partidos tradicionales liberal y conservador, con lo cual discriminaba a todas las otras fuerzas políticas.

<sup>3</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo 7 de la Constitución colombiana, el artículo 215 de la brasileña, el artículo primero de la boliviana, el preámbulo de la venezolana de 1994 y el artículo 2 numeral 19 de la de Perú.

<sup>4</sup> La Constitución de Colombia de 1991 fue la primera en reconocer, en su artículo 246, la aplicación de justicia por las comunidades indígenas, conforme a su derecho consuetudinario pero dentro de unos límites que permitan armonizar la jurisdicción estatal y la indígena. Esa regulación fue seguida por las Constituciones de Paraguay (véase art. 63), Perú (art. 149), Bolivia (art. 171), Ecuador (art. 191) y Venezuela (art. 260). Para una discusión crítica de los alcances y límites del reconocimiento de esos derechos de autonomía de los indígenas, véanse Stocks (2005) y Grijalva y otros (2009).

<sup>5</sup> Sobre la idea de derechos diferenciados de ciudadanía, véase Will Kymlicka y Wayne Norman (1997), "Un retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía", en *La Política*, n° 3.

Esta tendencia al reconocimiento de la diversidad y al otorgamiento de derechos especiales a las comunidades indígenas adquiere visos aún más radicales en las recientes Constituciones boliviana y ecuatoriana, que plantean la existencia de una nación de pueblos o de un Estado plurinacional y constitucionalizan concepciones provenientes de la tradición indígena, como la noción del buen vivir y los derechos asociados a esa idea.<sup>6</sup> Además, fortalecen también el reconocimiento de una mayor autonomía a los pueblos indígenas para el manejo de sus asuntos. Según ciertos analistas, esta orientación más radical en el tema de la nacionalidad y del reconocimiento de los pueblos indígenas hace de las Constituciones boliviana y ecuatoriana unos constitucionalismos distintos y emergentes, diversos a las otras transformaciones recientes de América Latina, puesto que superan el marco del constitucionalismo liberal, incluso en su versión pluricultural y multiétnico, dado que avanzan hacia formas constitucionales distintas que son plurinacionales, interculturales (Grijalva, 2009: 115-132) y experimentales (Santos, 2010: 77 y 123). Abordaremos este debate un poco más adelante. (Cf. infra: “Posibles divergencias nacionales: ¿entre constitucionalismos meramente relegitimadores y constitucionalismos genuinamente transformadores?”)

Cuarto, la casi totalidad de las reformas ha sido muy generosa en el reconocimiento de derechos constitucionales a sus habitantes, pues no sólo incorporaron los derechos civiles y políticos heredados de las tradiciones demoliberales –como la intimidad, el debido proceso, la libertad de expresión o el derecho al voto– sino que también establecieron ampliamente los derechos económicos, sociales y culturales –como la educación, la vivienda o la salud– e incluso avanzaron en el reconocimiento de formas de derechos colectivos, en especial el derecho al medio ambiente, pero también derechos especiales de autonomía y ciudadanía a ciertos grupos poblacionales, en especial a los indígenas. En este aspecto, también la Constitución ecuatoriana plantea novedades pues no sólo establece derechos no reconocidos en textos previos, como el derecho al agua, sino que incluso reconoce derechos a la naturaleza o “Pachamama” como tal, que es así, al menos formalmente sujeto jurídico,<sup>7</sup> sin que quede sin embargo claro cuáles pueden ser las implicaciones de ese reconocimiento. Además, las

6 Por ejemplo, el artículo 10 de la Constitución ecuatoriana reconoce derechos a los pueblos, a las nacionalidades y a la naturaleza, y el capítulo 2 del Título II establece los derechos del buen vivir. Por su parte, el artículo 306 de la Constitución boliviana establece que el modelo económico debe estar orientado al vivir bien de todas las bolivianas y bolivianos.

7 Véase el artículo 71 de la Constitución ecuatoriana que señala que la “naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia, y al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructuras, funciones y procesos evolutivos”.



nuevas Constituciones ecuatoriana y boliviana refuerzan mucho más que la mayor parte de los otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos el reconocimiento amplio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Las técnicas de reconocimiento de esos derechos ha tenido algunas variaciones nacionales; en algunos casos, como en la Argentina,<sup>8</sup> el mecanismo fue la constitucionalización directa y expresa de numerosos tratados de derechos humanos; en otros, como Brasil,<sup>9</sup> el mecanismo fue directamente definir y establecer esos derechos en el texto constitucional; otros ordenamientos constitucionales como el colombiano o el venezolano usaron ambos mecanismos, pues no sólo constitucionalizaron ciertos tratados de derechos humanos sino que además establecieron directamente en la Constitución una amplia carta de derechos de las personas.<sup>10</sup> Pero independientemente del mecanismo jurídico empleado, la tendencia y el resultado fueron semejantes: una considerable ampliación de los derechos constitucionalmente reconocidos frente a los textos anteriores.

Quinto, este reconocimiento generoso de derechos constitucionales se acompañó en la mayor parte de las Constituciones con una vigorosa apertura al derecho internacional de los derechos humanos, en particular a través del tratamiento especial y privilegiado a los tratados de la materia (Manili, 2002; Ayala Corrao, 2002; Abregú y Courtis, 2004). Este tratamiento ha hecho que jueces nacionales ampliaran los estándares internacionales de derechos humanos a través de figuras como el bloque de constitucionalidad, que ha adquirido un significado especial en América Latina (Uprimny, 2006).

Sexto, el reconocimiento de la multiculturalidad (o incluso de la plurinacionalidad) y de las competencias propias de la jurisdicción indígena, junto con la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, se ha traducido en un pluralismo acentuado en América Latina, que ha erosionado el sistema tradicional de fuentes jurídicas y el papel central que tenían en el pasado la ley y la reglamentación gubernamental en los ordenamientos jurídicos nacionales. En efecto, las fuentes jurídicas se han multiplicado, haciendo más complejo el derecho, puesto que para conocerlo no basta consultar la ley —que obviamente sigue teniendo un papel importante—, pues hay que recurrir también a los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos junto con el reconocimiento de los derechos indígenas.

8 Véase el artículo 75 numeral 22 de la Constitución argentina, que establece una extensa lista de los tratados de derechos humanos que adquieren rango constitucional.

9 Véanse los extensos artículos 5 y 8 de la Constitución brasileña.

10 Véanse la amplia carta de derechos de la Constitución de esos dos países y los artículos 23 de la Constitución venezolana y 53 y 93 de la Constitución colombiana, que confieren rango constitucional a ciertos tratados de derechos humanos.

Séptimo, y junto al reconocimiento de la diversidad y la consagración de nuevos derechos, muchas Constituciones expresan un fuerte compromiso con la igualdad, no sólo prohibiendo la discriminación por raza, género y otros factores, sino también ordenando a las autoridades políticas especiales acciones afirmativas para lograr que esta sea real y efectiva. En particular, varias reformas establecen explícitamente cláusulas de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, con lo cual el constitucionalismo latinoamericano autoriza o incluso exige la adopción de ciertos enfoques de género en las políticas públicas y en los desarrollos jurídicos.

Octavo, este generoso reconocimiento de derechos de distintas tradiciones –liberal, democrática y socialista– llevó a varios textos constitucionales a incorporar la fórmula ideológica del llamado “Estado social y democrático de derecho”, desarrollada por el constitucionalismo europeo de posguerra como marco ideológico de las nuevas organizaciones jurídicas derivadas de estas reformas constitucionales.<sup>11</sup> El uso de esta definición jurídica del Estado no fue sin embargo mecánico, pues no sólo tuvo variaciones nacionales importantes sino que las reformas latinoamericanas incorporaron matices distintos a su formulación en la Europa de los años cincuenta del siglo pasado.<sup>12</sup> Por ejemplo, algunos textos incorporaron la idea de que no sólo se trata de un Estado social de derecho sino también de justicia y de derechos, al parecer para enfatizar la importancia de la búsqueda de un orden social justo que ampare todos los derechos. Igualmente, otros ordenamientos introdujeron una reflexión explícita de búsqueda de nuevas definiciones del tipo de Estado que se apartaran de las tradiciones europeas, con el fin de enfatizar la búsqueda propia de fórmulas constitucionales, como lo hicieron en especial las Constituciones ecuatoriana y boliviana.

Noveno, la mayor parte de las reformas quiso explícitamente que el reconocimiento de los derechos fundamentales no fuera puramente retórico sino que tuviera eficacia práctica, por lo que se ampliaron los mecanismos de protección y garantía de esos derechos. Si bien las vías fueron diversas en los distintos países, se privilegiaron algunos dispositivos institucionales. Así, muchas reformas previeron formas judiciales directas de protección de los derechos, como el amparo o la tutela,<sup>13</sup> o reforzaron aquellas que ya existían; igualmen-

11 La bibliografía sobre el Estado social, su formación y su crisis, es muy extensa. Véase, por ejemplo, entre otros, Requejo Coll (1994). Para una discusión de su relevancia en el proceso constitucional colombiano, véase Rodrigo Uprimny (2001).

12 Véanse, por ejemplo, el artículo primero de la Constitución brasileña, colombiana y paraguaya y el artículo 2 de la Constitución venezolana.

13 Por ejemplo, la Constitución colombiana de 1991 previó en su artículo 86 la tutela como mecanismo de protección directa de los derechos fundamentales, así como otros mecanismos, entre ellos las acciones

te, en varios países se crearon o reforzaron las formas de justicia constitucional, ya sea creando tribunales constitucionales o salas constitucionales en los tribunales supremos o bien atribuyendo o fortaleciendo los poderes de control constitucional a las Cortes Supremas.<sup>14</sup> Finalmente, y ligado a esas formas de protección judicial de los derechos, la mayor parte de las nuevas Constituciones previeron, con denominaciones diversas, formas de “ómbudsman” o “Defensores del Pueblo” que tienen a su cargo la promoción y protección de los derechos humanos.<sup>15</sup> Pero en todos los casos la idea pareció ser la misma: dotar al ciudadano de mecanismos eficaces para reclamar la vigencia efectiva de sus derechos.

Estos cambios, si se quiere más ideológicos y vinculados al discurso de los derechos humanos y a la reconsideración del sentido de la construcción nacional, estuvieron acompañados por dos temas importantes sobre el vínculo del Estado con la economía. Por un lado, la mayor parte de las reformas optaron explícitamente por vincular sus economías a las de sus vecinos, pues casi todas proclamaron explícitamente su adhesión a los principios de integración latinoamericana.<sup>16</sup>

Por otro lado, la mayor parte de las reformas plantean reconsideraciones de la función económica del Estado; sin embargo, en este punto no es fácil encontrar una tendencia común en los distintos textos constitucionales, ya que existen diferencias nacionales importantes; por ejemplo, mientras textos constitucionales como el peruano, hechos al amparo del Consenso de Washington, tienden a ser más favorables a los mecanismos de mercado, Constituciones como la ecuatoriana o la boliviana refuerzan considerablemente el papel del Estado en la economía y tienen incluso tendencias anticapitalistas (Santos, 2010). Pero además, ni siquiera los textos reformados o las nuevas Constituciones tienen una total claridad sobre el punto; en efecto, muchas Constituciones, como la colombiana de 1991, parecen al mismo tiempo ampliar la intervención estatal y las funciones redistributivas de las autoridades

---

populares, para la protección de derechos colectivos. Por su parte, la Constitución brasileña incorporó varios instrumentos de protección de derechos, como los llamados *Mandados de segurança* (órdenes de protección). Véanse los artículos 5, LXIX y LXX de esa Constitución.

14 Para una visión sistemática de las estructuras de justicia constitucional y de protección de derechos en América Latina, véase Losing (2002).

15 Véanse, por ejemplo, los artículos 281 y 282 de la Constitución colombiana, los artículos 161 y 162 de la peruana, el artículo 276 de la paraguaya y el artículo 86 de la argentina.

16 Véanse, por ejemplo, el párrafo del artículo 4 de la Constitución brasileña, el artículo 9 de la colombiana, el preámbulo y el artículo 153 de la venezolana, así como el artículo 44 de la peruana y el artículo 4 de la ecuatoriana.

al reconocer nuevos derechos sociales y mantener la dirección estatal de la economía, pero también parecen reducir dicha intervención al posibilitar la privatización de ciertos servicios públicos que anteriormente eran monopolio estatal, un poco siguiendo las recomendaciones dominantes del Consenso de Washington. Por eso la Constitución colombiana ha sido al mismo tiempo calificada de socialdemócrata y de neoliberal, a veces para elogiarla, a veces para denostarla, mientras que ciertos analistas destacan esa tensión no resuelta en el proceso constituyente colombiano entre un proyecto neoliberal y otro socialdemócrata como una de la raíces de la crisis política de ese país (Orjuela, 2005).

#### **LOS CAMBIOS EN LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN Y EN LA PARTE INSTITUCIONAL U ORGÁNICA**

Las reformas constitucionales de las dos últimas décadas trajeron aparejados cambios importantes tanto en los mecanismos de participación ciudadana como en el diseño de las instituciones, en especial en lo que atañe al régimen político y al ordenamiento territorial.

Primero, la mayor parte de las reformas estuvieron orientadas por la idea de ampliar y fortalecer la democracia y los espacios de participación ciudadana. Por ello, en general no se limitaron a restablecer la democracia representativa –lo cual era de por sí trascendental cuando se trataba de superar dictaduras militares– sino que intentaron generar nuevos espacios de participación ciudadana, básicamente por dos vías distintas: el reconocimiento y ampliación de los mecanismos de democracia directa, como las consultas populares y los referendos,<sup>17</sup> y la creación de instancias ciudadanas de control de la gestión pública, como pueden ser las asociaciones de usuarios que vigilan la gestión de los servicios públicos.

17 Por ejemplo, la Constitución colombiana incorporó el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto y la revocatoria de mandato. Véanse artículos 103 y ss. de esa Constitución. Igualmente, la Constitución venezolana prevé en su artículo 70 la participación ciudadana mediante la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas. En Ecuador se consagró la consulta popular y la revocatoria del mandato en los artículos 103 al 113 de su Constitución. Para un análisis de ese auge de la democracia directa en los procesos constitucionales recientes en América Latina, véase Barczak (2001).

En este aspecto, las Constituciones boliviana y ecuatoriana marcan también diferencias importantes, ya que estimulan nuevas formas participativas que buscarían superar las limitaciones de la democracia liberal puesto que incorporan el reconocimiento de la democracia comunitaria desarrollada por los pueblos indígenas (Santos, 2010: 112-123).

Segundo, varias Constituciones se esforzaron por reconocer explícitamente en el propio texto constitucional alguna forma de organización electoral autónoma y especializada, a fin de asegurar una mayor imparcialidad y transparencia en los procesos electorales. Algunas reformas recurrieron a la creación de un órgano judicial, como el Tribunal Supremo Electoral mexicano, o a veces instauraron organismos no judiciales, como el Consejo Nacional Electoral colombiano, pero en todo caso se trata en general de instancias especializadas y autónomas, con lo cual las reformas recientes tendieron a consolidar lo que algunos han llamado un modelo latinoamericano de organización electoral, por oposición al modelo europeo donde no existe organización electoral autónoma.

Tercero, desde el punto de vista de la organización territorial del poder, la casi totalidad de las reformas fortaleció los procesos de descentralización, para lo cual recurrió a tres dispositivos institucionales que eran considerados complementarios. En primer término, se amplió el número de funcionarios locales electos por voto popular, mientras que en el pasado muchos de ellos eran designados por las autoridades nacionales, en especial por el presidente. En segundo término, se trasladaron nuevas competencias, sobre todo en materia de gasto social, a las entidades locales. Y finalmente, se establecieron mecanismos para reforzar económicamente a las autoridades locales, en especial gracias al sistema de transferencias de recursos del gobierno central a los gobiernos locales.

Ahora bien, conviene destacar que el fortalecimiento de la autonomía territorial provocó debates intensos en ciertos procesos constitucionales, como el boliviano, sobre todo en lo atinente el manejo centralizado o no de los dineros provenientes de los recursos naturales, pues ese conflicto enfrentaba a las regiones ricas y petroleras, como Santacruz, con las pretensiones más centralizadoras en este aspecto del gobierno de Evo Morales y el movimiento indigenista. Ese conflicto amenazó la viabilidad misma del proceso constituyente.

Cuarto, y directamente ligado a esos esfuerzos por ampliar la democracia, ya sea con nuevos mecanismos de participación, ya sea robusteciendo la democracia local, las reformas buscaron reforzar las instancias estatales de control fortaleciendo su autonomía y su capacidad fiscalizadora. Por ejemplo, la Constitución venezolana estableció toda una nueva rama del poder, el llamado poder ciudadano, que recoge esas instancias de control, mientras que la Constitución colombiana

también establece todo un conjunto de instancias de control como el Ministerio Público (Procuraduría y Defensoría del Pueblo) y la Contraloría General.<sup>18</sup>

Estas instituciones de control juegan entonces un doble papel en estos procesos de reforma, pues no sólo son, según la conocida distinción desarrollada por O'Donnell (1994), mecanismos horizontales de rendición de cuentas que buscan un mayor equilibrio de poderes, sino que también operan como formas verticales de rendición de cuentas y de reforzamiento de la capacidad de los ciudadanos de reclamar sus derechos, pues algunas de esas instituciones de control, en especial los Ministerios Públicos y las Defensorías del Pueblo, actúan ante las instancias políticas como voceras de los reclamos de las personas. Ciertos estudios han mostrado, por ejemplo, que la reforma del Ministerio Público en Brasil (Arantes, 2005) le permitió actuar como vocero de los derechos ciudadanos, lo cual promovió la protección judicial de los derechos.

Este fortalecimiento de las instancias de control también va acompañado, en quinto término, por un elemento común a todos los procesos constitucionales en la región, que fue el esfuerzo por robustecer el sistema judicial, no sólo para incrementar su eficiencia en la persecución del delito y en la tramitación de los conflictos,<sup>19</sup> sino también para incrementar su independencia, que con razón se consideraba sumamente precaria en toda la región,<sup>20</sup> con pocas excepciones. Para este último propósito, un mecanismo común fue la tentativa de sustraer el nombramiento y la carrera de los jueces de la injerencia directa del Poder Ejecutivo por medio de la creación de instancias autónomas de administración de la rama judicial que estuvieran encargadas en forma parcial de la selección de los jueces, usualmente denominadas consejos superiores de la magistratura. Por ejemplo, tanto Colombia como la Argentina, Perú o Paraguay, por sólo citar algunos casos, incorporaron consejos

18 Véanse los artículos 267 y ss. de la Constitución colombiana y los artículos 136, 273 y ss. de la venezolana.

19 La bibliografía sobre los esfuerzos de modernización y fortalecimiento del sistema judicial en América Latina es muy amplia. Un debate de esos esfuerzos y de sus orientaciones puede encontrarse en Uprimny, García y Rodríguez (2006)

20 Para ejemplos de la precariedad de la independencia judicial en la región, véase Gargarella (1997). Un ejemplo nacional citado por ese autor puede ser ilustrativo de la situación: el caso argentino, pues en ese país no sólo esa independencia se vio profundamente afectada por las dictaduras y gobiernos de facto, que los propios jueces de la Corte Suprema se encargaron muchas veces de legitimar creando la llamada "doctrina de facto", sino que, además, en los periodos de gobiernos civiles "sistemáticamente se modificó la composición de la mayoría de los jueces en la Corte, de modo tal de garantizar siempre cúpulas judiciales favorables a las preferencias del poder político de turno (así en los años 1947, 1955, 1958, 1966, 1973, 1983, 1990)" (Gargarella, 1997: 972).

de la magistratura en sus Constituciones para fortalecer la independencia judicial.<sup>21</sup>

El fortalecimiento de la rama judicial no se limitó a las reformas destinadas a incrementar su eficiencia y su independencia sino que, como ya se señaló, también le atribuyó responsabilidades importantes en la protección y garantía de derechos y en el control de las eventuales arbitrariedades de los órganos políticos, mediante la incorporación o el afianzamiento de formas de justicia constitucional, aunque en este punto existen diferencias nacionales importantes.

Estos procesos de fortalecimiento de los órganos de control y de la rama judicial estuvieron acompañados en muchos países por una estrategia más global de rediseño del régimen político con el objeto de lograr un mayor equilibrio entre los órganos y las ramas del poder público, a fin de superar los excesos del poder presidencial, que eran vistos como una de las raíces del autoritarismo en casi todos los procesos constitucionales regionales. Por ello, en sexto término, la mayor parte de las reformas tendió a reducir ciertas facultades presidenciales y a incrementar la capacidad de control y de decisión de los congresos. Por ejemplo, casi todas limitaron, al menos parcialmente, las posibilidades de que el presidente pudiera legislar por decreto, mientras que incrementaron las de fiscalización del Congreso, que en ciertos casos adquirió la facultad de vetar ministros.

Esta morigeración del presidencialismo fue empero limitada, pues no sólo ningún país latinoamericano optó por fórmulas parlamentarias<sup>22</sup> —a pesar de que en los años noventa hubo múltiples propuestas académicas que defendieron las bondades del parlamentarismo para nuestros regímenes políticos—,<sup>23</sup> sino que, además, las Constituciones de la región conservaron para el presidente poderes enormes frente al modelo presidencial clásico, como el estadounidense, entre ellos la posibilidad de nombrar y remover directamente, sin ninguna intervención del Congreso, a sus ministros (Gargarella, 1997: 978 y 979). Pero eso no es todo. Los esfuerzos por limitar las atribuciones presidenciales y reequilibrar la relación entre los poderes fueron acompañados,

21 Véanse al respecto los artículos 254 y 255 de la Constitución colombiana, el artículo 114 de la argentina, los artículos 150 y ss. de la de Perú, los artículos 262 al 265 de la paraguaya y los artículos 206 y 207 de la de Ecuador, entre otros.

22 El único país donde una eventual transición a un régimen parlamentario se discutió con vigor fue Brasil, pero finalmente la fórmula fue rechazada en un referendo realizado algunos años después de adoptada la Constitución.

23 En un trabajo de 2004 intenté hacer un balance de la evolución del debate latinoamericano sobre el tema, a fin de defender la adopción en Colombia de un régimen semiparlamentario. Véase Uprimny (2004).

paradójicamente, por una tendencia generalizada a aprobar la posibilidad de la reelección inmediata del presidente, en especial para lograr elegir a gobernantes carismáticos, tal y como sucedió en la Argentina con Menem, en Brasil con Cardoso, en Perú con Fujimori, en Colombia con Uribe o en Venezuela con Chávez. Todo esto muestra que los esfuerzos por moderar el excesivo poder presidencial en América Latina terminaron siendo bastante moderados. Además, en este tema del equilibrio de poderes, así como en la relación entre Estado y economía, existen procesos divergentes pues algunos textos constitucionales buscaron expresa y conscientemente fortalecer el poder presidencial. Un caso significativo en este sentido es la Constitución ecuatoriana.

Un séptimo aspecto que conviene destacar de los procesos constitucionales recientes en América Latina a nivel institucional fue la tendencia a reconocer la existencia de organismos estatales autónomos, encargados de funciones técnicas de regulación, en especial en materia económica, que no encajaban dentro de la división clásica de poderes. El caso más significativo fue obviamente el reconocimiento en varios procesos constitucionales de una mayor autonomía al Banco Central, a fin de sustraer la política monetaria de la influencia directa del gobierno;<sup>24</sup> pero no fue el único: varios ordenamientos reconocieron una autonomía importante a otros organismos de regulación, como ocurrió con ciertas comisiones reguladoras de servicios públicos o la creación de la Comisión Nacional de Televisión en Colombia, que buscó sustraer el manejo de este medio de comunicación de la influencia de los poderes políticos. Pero también en este aspecto las tendencias nacionales distan de ser uniformes, pues mientras en algunos casos esos esfuerzos por crear órganos autónomos fueron defendidos a ultranza, como en Colombia, en otros, como en Ecuador, no pareció existir esa voluntad.

El reconocimiento de organismos estatales autónomos distintos a los tres poderes clásicos y el fortalecimiento de los organismos de control y de la organización electoral estuvieron acompañados igualmente por un intento de reformular y superar la teoría clásica de las tres ramas del poder: la ejecutiva, la legislativa y la judicial. Esos desarrollos no han implicado un abandono de la idea de la división de poderes como elemento esencial del constitucionalismo sino más bien la posibilidad de prever otras ramas de poder, como lo hacen la Constitución venezolana y la ecuatoriana, o la existencia de órganos autónomos que no pertenecen a ninguno de los poderes clásicos del Estado.

24 Sobre la reforma de los bancos centrales en América Latina a fin de dotarlos de mayor autonomía, véase Aguirre, Junguito y Millar (1997).



**TENDENCIAS CONSTITUCIONALES COMUNES Y DIVERSIDADES NACIONALES**

La presentación esquemática desarrollada en las páginas precedentes sobre los procesos constitucionales latinoamericanos en las últimas décadas suscita al menos dos interrogantes, uno empírico y otro valorativo: así, por un lado, vale la pena preguntarse si estamos o no frente a tendencias más o menos comunes a los distintos países o si existen divergencias nacionales significativas; por otro lado, conviene examinar si esas transformaciones constitucionales contribuyen o no a la construcción de democracias más sólidas y profundas en la región. Las partes finales de este artículo están dedicadas a responder esos interrogantes, para lo cual comenzaré por resaltar las tendencias comunes del nuevo constitucionalismo latinoamericano para luego discutir sus posibles diferencias nacionales, y en última instancia examinaré los desafíos políticos y teóricos que suscitan estas transformaciones constitucionales.

**TENDENCIAS COMUNES. ¿UN NEOCONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR, MÁS IGUALITARIO, PARTICIPATIVO Y QUE CONTEMPLA LA DIVERSIDAD?**

Una reflexión más sistemática permite detectar, en un nivel más abstracto, ciertos rasgos comunes y novedosos de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos en los últimos años.

Primero, y aunque suene obvio y recurrente, todos los ordenamientos muestran una adhesión no sólo teórica sino práctica por alguna forma de Estado de derecho y de constitucionalismo con gobiernos civiles. En las últimas décadas, con la excepción de la tentativa fracasada contra Chávez y el golpe en Honduras, no hubo levantamientos militares. Han caído varios presidentes, como sucedió en repetidas ocasiones en Ecuador y en Bolivia, pero no a raíz de intervenciones militares, como ocurría en el pasado, sino por otros factores como los levantamientos populares. Esta consolidación de gobiernos civiles puede parecer una conquista menor, pero implica un cambio profundo en la realidad política e institucional latinoamericana si se tiene en cuenta la frecuencia de las dictaduras militares en la región durante los siglos XIX y XX. En cierta medida, América Latina vive hoy su primera oleada constitucional verdadera.

Segundo, una tendencia común y nueva del constitucionalismo latinoamericano reciente es el reconocimiento y revalorización del pluralismo y la diversidad en casi todos los campos. Así, en especial, como ya hemos visto, es un constitucionalismo de orientación indigenista, multicultural o incluso plurinacional. Pero además es un constitucionalismo que prevé formas económicas diversas, como el mercado y los espacios de producción reservados al Estado, junto a otras formas comunitarias de producción económica. Y además, como

ya se indicó, es un constitucionalismo que tiende a un cierto pluralismo jurídico incluso en el plano de las fuentes.

Tercero, y directamente ligado a lo anterior, el constitucionalismo latinoamericano reciente pertenece además a un nuevo tipo porque es aspiracional<sup>25</sup> o transformativo y con una fuerte matriz igualitaria. En efecto, parece claro que la mayor parte de las reformas tenían como propósito la superación de ciertas tradiciones de autoritarismo y arbitrariedad en América Latina, buscando una mayor consolidación del Estado de derecho y un incremento de la eficacia del Estado, gracias al reforzamiento de la capacidad e independencia de la justicia y de los organismos de control. Sin embargo, parece igualmente evidente que los procesos constitucionales tuvieron propósitos más amplios, pues buscaron también, y tal vez especialmente, profundizar la democracia y combatir las exclusiones e inequidades sociales, étnicas y de género. En ese sentido, la mayor parte de las reformas, siguiendo la terminología de Teitel, conducen a textos que más que mirar hacia atrás (“*backward looking*”) se proyectan hacia el futuro (“*forward looking*”) (Teitel, 1997: 2014), dado que, más que intentar codificar las relaciones de poder existentes, son documentos jurídicos que tienden a delinear un modelo de sociedad a construir. Son, en la terminología de otros autores como Mauricio García, Constituciones “aspiracionales” o, en la terminología de Boaventura de Souza Santos, “transformadoras” (Santos, 2010: 76 y 77), en la medida en que proponen una democracia incluyente, capaz de incorporar a la democracia y a los beneficios del desarrollo a los sectores tradicionalmente excluidos de las sociedades latinoamericanas, puesto que son textos llenos de promesas de derechos y bienestar para todos.

Esta naturaleza transformadora del constitucionalismo latinoamericano reciente ha tomado en general dos vías: por un lado son Constituciones, como ya se señaló, densas en derechos, pues se considera que el reconocimiento de derechos colectivos o económicos, sociales y culturales, sobre todo si tienen protección judicial, contribuye a una mayor igualdad social y a la transformación democrática. Por otro lado, también apuestan a que la transformación hacia una sociedad más justa se haga por medio de una ampliación de los mecanismos de participación democrática, para lo cual han incorporado, además de la democracia representativa, nuevos espacios de deliberación y movilización democrática.

Estas dos vías de vocación transformadora de las Constituciones (la ampliación de la participación democrática y el reconocimiento constitucional de nuevos derechos) explican dos novedosos rasgos del constitucionalismo lati-

25 Véase el capítulo de Mauricio García sobre constitucionalismo aspiracional en Uprimny y otros (2006).

noamericano reciente: un esfuerzo por repensar y reformular la democracia y su entrada a formas de constitucionalismo fuerte o neoconstitucionalismo.

Por un lado, muchas Constituciones, sin rechazar la democracia representativa, han intentado superarla previendo nuevos espacios e instituciones de participación democrática. Los ciudadanos, además de elegir y revocar representantes, tienen también la posibilidad de decidir por medios directos como referendos, plebiscitos o iniciativas populares. Pero eso no es todo: varias Constituciones, en especial las más recientes, como la boliviana y la ecuatoriana, han reconocido y fortalecido formas de democracia muy vinculadas a las autonomías de los pueblos indígenas y otras comunidades étnicas. Por ello algunos autores hablan de formas de “demodiversidad” o de “democracia intercultural”, que articulan la democracia representativa, la participativa y la comunal, de suerte que se trata de “una de las formulaciones constitucionales sobre democracia más avanzadas del mundo” (Santos, 2010: 110).

Por otro lado, la otra forma de lograr la eficacia transformadora de las Constituciones ha sido reforzar su fuerza normativa. En efecto, la mayor parte de ellas aspiran a ser textos que efectivamente gobiernen la vida en sociedad, por lo que incluyen mecanismos de justicia constitucional que aseguren que sus promesas de derechos y bienestar no sean meramente retóricas sino mandatos normativos con eficacia práctica. En ese sentido, las reformas constitucionales de los años noventa hacen entrar a América Latina en lo que algunos autores llaman “neoconstitucionalismo” (Carbonell, 2003), o conforme a otras terminologías, como las usadas por Ferrajoli (2001), en Estados de derecho constitucionales y no puramente legales. Estamos ante formas de constitucionalismo fuerte. Todas estas expresiones indican que estamos frente a ordenamientos que no se restringen a poner límites al Estado o a diseñar las instituciones, sino que reconocen una amplia gama de derechos y principios y le imponen metas, pero también establecen formas de justicia constitucional más o menos fuertes para que esos mandatos se cumplan.

Una breve caracterización del neoconstitucionalismo puede ser útil para que se comprendan estos conceptos, para lo cual retomo un esquema desarrollado en un texto anterior (Rodríguez y Uprimny, 2007). La idea central es que las Constituciones pueden ser clasificadas según dos variables básicas: su fuerza normativa y su contenido. Con respecto a la primera variable existen dos opciones: uno puede entender la Constitución como una norma vinculante y aplicable o como un documento político de gran importancia pero carente de fuerza normativa. La posición adoptada frente a estas dos posibilidades opone a las dos tradiciones clásicas del constitucionalismo liberal del siglo XIX. La tradición europea, y en especial la francesa, concebía la Constitución como un documento político sin fuerza normativa, pues entendía las cartas constitucionales como documentos políticos importantes, pero no vinculantes, en el

sentido de que no poseían mecanismos para asegurar que la ley o las decisiones del Poder Ejecutivo respetaran la Constitución, lo cual se debía al temor que los constituyentes franceses tenían a un eventual gobierno de los jueces. En contraposición se encuentra la visión normativa, según la cual ya no es un mero documento político sino una norma que vincula especialmente al Poder Legislativo y por vía indirecta al Poder Ejecutivo, y que por consiguiente debe tener algún mecanismo de protección para su supremacía y su carácter normativo. De la idea de la Constitución como norma se sigue entonces la idea de la necesidad de alguna forma de justicia constitucional. Esta concepción normativa fue desarrollada esencialmente por el constitucionalismo estadounidense.

Por otro lado, desde el punto de vista de su contenido, encontramos una oposición entre las visiones más procedimentales de la Constitución y las más valorativas o densas en derechos. La visión procedimental sostiene que la Constitución, más que establecer un orden de valores que debe aplicarse, consagra únicamente un marco de actuación de los poderes públicos y de los particulares, es decir que regula instituciones y procedimientos pero no señala imperativamente el derrotero que deben seguir las autoridades y los particulares; por eso se conoce más como Constitución procedimental, o marco, o límite. Las más valorativas o densas en derechos, por su parte, no se limitan a diseñar instituciones y establecer procedimientos, sino que consagran un orden de valores a concretar y un conjunto de derechos a satisfacer. Por eso algunos las llaman Constituciones programa, ya que la Constitución contiene, en germen, un programa que debe ser realizado por las autoridades, en tanto una procedimental establece únicamente un marco de actuación para las autoridades.

Ahora bien, si cruzamos las dos variables, es posible construir una tipología de cuatro modelos de Constitución, que se encuentra resumida en el siguiente cuadro:<sup>26</sup>

**Cuadro 1.** Tipología de las Constituciones

Contenido de la Constitución	Fuerza normativa de la Constitución	
	Documento político	Normativa
	Procedimental o marco	I: Francia antes de 1958
Valorativa o programa	III: Antiguos países socialistas	IV: Neconstitucionalismo

26 Para una tipología semejante, véase Prieto Sanchis (2003: 107 y ss.).

Por un lado, en la casilla I encontramos Constituciones pensadas como un documento político y cuyo contenido es esencialmente procedimental. Un ejemplo es la visión francesa del constitucionalismo antes de 1958, ya que con posterioridad a esta fecha la Constitución francesa se volvió un poco más normativa debido a la creación del Consejo Constitucional. Por otro lado, en la casilla II encontramos Constituciones normativas pero procedimentales. Hans Kelsen es uno de los representantes más ilustres de estas concepciones. Este autor defendía el carácter normativo, pero siempre que se tratara de una Constitución que no contuviera valores y principios abstractos. Kelsen defendía entonces una Constitución vinculante, con un tribunal constitucional que asegurara su fuerza normativa, pero que fuera esencialmente procedimental. En la casilla III encontramos las valorativas, que contienen un orden de valores muy fuerte pero no son más que un documento político, porque carecen de una justicia constitucional para aplicarlo. El ejemplo más clásico es el de los anteriores países socialistas, cuyas Constituciones proclamaban todo un orden político, social y económico a ser realizado, pero no eran normativas porque no había ninguna instancia ante la cual pudiera controlarse que las acciones de las autoridades se ajustaran a lo prescripto en la Constitución. Finalmente, en la casilla IV encontramos Constituciones valorativas o densas en derechos pero normativas. Estas reconocen derechos y valores, y establecen un orden social a ser realizado y alguna forma de garantía constitucional de que eso se logrará por medio de distintas formas de justicia constitucional. La mayor parte de las Constituciones latinoamericanas recientes tienden entonces a situarse, con mayor o menor firmeza, en la casilla IV.

Finalmente, todos los rasgos anteriores explican además ciertas características formales comunes de las Constituciones latinoamericanas recientes, entre ellas su considerable extensión en términos de derecho comparado. Estas nuevas Constituciones no sólo son mucho más extensas que aquellas que derogaron, sino también que las de otras regiones del mundo, en especial las del capitalismo desarrollado.

POSIBLES DIVERGENCIAS NACIONALES: ¿ENTRE CONSTITUCIONALISMOS  
MERAMENTE RELEGITIMADORES Y CONSTITUCIONALISMOS GENUINAMENTE  
TRANSFORMADORES?

Los anteriores rasgos, que son comunes a muchos procesos constitucionales latinoamericanos recientes, confieren a los ordenamientos actuales cierto aire de familia. Es posible entonces hablar de un constitucionalismo latinoamericano actual que tiene rasgos distintivos frente a otros constitucionalismos del mundo contemporáneo o frente a los ordenamientos de la región en el pasado. Considero entonces que son mayores las coincidencias que las diver-

gencias entre los procesos constitucionales latinoamericanos recientes. Pero reconozco que se trata de una tesis polémica porque está claro que también existen divergencias nacionales significativas, por lo cual, si se enfatizan las diferencias cabría hablar de distintos constitucionalismos en la región. Conviene pues presentar brevemente esas diferencias.

En forma esquemática, es posible diferenciar las evoluciones tomando en consideración: i) el propósito general y la lógica de los procesos constitucionales, ii) ciertos contenidos y orientaciones de los ordenamientos constitucionales adoptados, y iii) el impacto y las prácticas sociales e institucionales derivadas de esos procesos.

En cuanto al propósito, tal vez es posible distinguir entre procesos constitucionales más “fundacionales”, que se planteaban en abierta ruptura con el pasado –como el paraguayo, el venezolano, el ecuatoriano o el boliviano–, y otros procesos más transaccionales o de ajuste o de consenso, que buscaban corregir defectos de la institucionalidad existente pero también valoraban muchas de las tradiciones previas y conservaron partes de sus elementos, como parece haber sido el caso argentino, mexicano o costarricense.

En cuanto a los contenidos constitucionales, dos temas parecen diferenciar las tendencias nacionales: la relación entre el Estado y la economía, en especial el mercado, y el tema de la diversidad y las autonomías de las comunidades étnicas.

Así, por un lado, los procesos constitucionales no han sido indiferentes al debate sobre la reforma del Estado derivada de las estrategias reformadoras impulsadas por los organismos financieros internacionales, puesto que las discusiones sobre el papel económico y social que debería tener el Estado fueron obviamente muy importantes en las deliberaciones constitucionales. En este punto, como ya se señaló, es posible distinguir entre Constituciones más amigables con el mercado y más cercanas al Consenso de Washington, como la peruana, y otras más dirigistas y que según ciertas visiones (Santos, 2010) se proponen una agenda superadora del capitalismo, como la ecuatoriana y la boliviana. Se trata obviamente de una diferencia para nada menor, porque la regulación de la relación Estado, sociedad y economía representa una de las decisiones constituyentes esenciales.

Por otro lado, frente al reconocimiento de la diversidad étnica es posible encontrar al menos tres tipos distintos de constitucionalismos: algunos ordenamientos, como el chileno, el uruguayo y el costarricense, tienden a mantenerse en el pluralismo liberal en tanto no reconocen derechos especiales de grupo a las comunidades étnicas; otros, como el colombiano, en especial gracias a la jurisprudencia de su Corte Constitucional, tienden a plantearse como una forma de constitucionalismo multiétnico y multicultural; finalmente, las recientes Constituciones ecuatoriana y boliviana van más lejos porque establecen un Estado plurinacional e intercultural. Esto muestra diferencias nacionales signifi-

cativas dado que no sólo hay Estados latinoamericanos que no han adaptado sus Constituciones a los nuevos desarrollos relativos a los pueblos indígenas, como el Convenio 169 de la OIT,<sup>27</sup> sino que incluso entre aquellas que han avanzado en este campo y pueden caracterizarse como “Constituciones indigenistas” (Ramírez, 2009: 215) existen divergencias significativas, puesto que no es lo mismo reconocer ciertos derechos de ciudadanía diferenciados en el marco de un Estado multiétnico pero que sigue siendo unitariamente nacional, como lo hacen la Constitución colombiana de 1991 o la ecuatoriana de 1998, que intentar establecer un Estado plurinacional que reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas (Ramírez, 2009: 217; Grijalva, 2009: 121 y ss.).

Por último, en cuanto al impacto y la eficacia y efectividad de estas reformas, la valoración es muy difícil, puesto que al parecer ninguna ha sido totalmente inocua ni se ha mostrado tampoco radicalmente transformadora. No obstante, los países no sólo difieren en cuanto a la intensidad del impacto de sus reformas constitucionales sino también en cuanto a la forma de desarrollo del texto constitucional. Así, en ciertos casos, el impacto ha sido más político, como en Bolivia, mientras que en otros, como Colombia o Costa Rica, las reformas constitucionales han conducido a un nuevo tipo de activismo judicial, en especial de los jueces constitucionales, que ha llevado a una importante judicialización de la política (Arantes, 2005).

Existen entonces importantes diversidades nacionales, por lo cual podría pensarse que hay dos tendencias básicas de mutaciones constitucionales nacionales en la región: en algunos casos estaríamos en presencia de constitucionalismos verdaderamente nuevos y transformadores, mientras que en otros países las reformas o las nuevas Constituciones habrían operado esencialmente como mecanismos de relegitimación de los órdenes sociales y políticos existentes, que siguen siendo desiguales y excluyentes. Esta discusión es importante pero no puedo abordarla en detalle en este artículo; a nivel descriptivo mi tesis es que, a pesar de esas divergencias nacionales, que son importantes, podemos hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano con los rasgos comunes que he intentado describir, que lo distinguen tanto de los constitucionalismos de otras partes del mundo como de los ordenamientos constitucionales anteriores en la región.

27 En un ejercicio cuantitativo, Raquel Yrigoyen Fajardo (2009: 31-34) evalúa el porcentaje de disposiciones constitucionales relativas a los pueblos indígenas en diversos países latinoamericanos, lo cual muestra la diversidad de situaciones, desde Constituciones más abiertas al indigenismo, como la colombiana o la ecuatoriana, hasta otras muy resistentes, como la chilena y la uruguaya.

**LOS DESAFÍOS ACADÉMICOS Y POLÍTICOS  
DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

Esta evolución constitucional reciente en América Latina plantea retos políticos y académicos importantes. Si bien no es posible abordarlos sistemáticamente en este corto texto, quisiera comentar brevemente tres que considero fundamentales: i) su originalidad y pertinencia; esto es, si son transformaciones constitucionales que responden o no a las necesidades democráticas de la región; ii) su coherencia; esto es, si existen contradicciones insalvables entre sus componentes o se trata de elementos complementarios o con tensiones importantes pero superables, y iii) su eficacia. Estos tres retos remiten a su vez a un desafío académico: la importancia de acompañar estos procesos constitucionales de una reflexión teórica comprometida, que permita fortalecer sus potencialidades democráticas y reducir sus riesgos autoritarios o de promesas sistemáticamente incumplidas.

LA (IM)PERTINENCIA DE LAS REFORMAS

Una discusión constitucional recurrente en América Latina, y que se remonta a los tiempos de la independencia, atañe a la autenticidad de nuestros procesos constitucionales; esto es, si se trata de la adopción de instituciones y ordenamientos adaptados a los desafíos sociales y políticos de nuestras naciones, o si nuestros constituyentes han intentado copiar instituciones o ideas que pueden funcionar en otros contextos pero que resultan ineficaces o producen efectos perversos en nuestras complejas realidades. Ya Bolívar, en su conocido Manifiesto de Cartagena de 1812, criticaba a los primeros constituyentes por imaginar “repúblicas aéreas” totalmente inadaptadas a nuestra realidad indómita.

No se trata de que no sea posible usar el derecho comparado o intentar ciertos trasplantes normativos o institucionales, pues es natural que un país procure aprender de las experiencias constitucionales ajenas. La pregunta genuina es si las reflexiones constitucionales y los proyectos planteados, incluso si toman parcialmente ideas o instituciones de otros países, responden o no a los problemas fundamentales de una sociedad, o si, por el contrario, se trata de ideas o instituciones fuera de lugar.

Un ejemplo histórico ilustra lo anterior. Así, nadie cuestiona la creatividad institucional de los constituyentes de Filadelfia en los Estados Unidos, quienes lograron enfrentar los problemas que se les planteaban –como por ejemplo aquel de aceptar el principio republicano de gobierno, según el cual el poder provenía de la ciudadanía–, y al mismo tiempo evitar lo que ellos llamaban la tiranía mayoritaria, que podía acabar con el derecho de propiedad. Para ello



idearon entonces una visión elitista y bastante conservadora de democracia, a veces conocida como la democracia madisoneana, que crea mecanismos diversos para obstaculizar la formación de mayorías estables duraderas, como la previsión de procesos distintos de selección de los funcionarios públicos que pueden parecer muy enrevesados y complejos, pero que si se tiene en cuenta su propósito final, se entienden plenamente. Así, en los Estados Unidos no existe algo parecido a una elección general, como sí sucede en Inglaterra o en buena parte de los países latinoamericanos, porque los períodos electorales comienzan y terminan en distintos momentos.

En el ámbito federal, la Cámara de Representantes se elige cada dos años, el Senado cada seis y se renueva por tercios cada dos años, y el presidente cada cuatro años, mientras que a nivel estatal, las elecciones no coinciden necesariamente con las federales. Así se logra que los ciudadanos formen parte de distintas “mayorías” y se evita que exista una excesiva concertación mayoritaria permanente –o por lo menos que ello sólo ocurra excepcionalmente– porque lo que haga una mayoría, por ejemplo en la Cámara de Representantes, puede ser contrarrestado en el Senado donde pueden estar representados otros intereses, y lo que eventualmente logran hacer el Senado y la Cámara actuando de manera concertada puede objetarlo el presidente, y aun así, si estos tres órganos federales se ponen de acuerdo, cabe la posibilidad de que encuentren resistencias. Independientemente del juicio de valor que nos merezca ese dispositivo institucional, está claro que es un mecanismo original, y adaptado para enfrentar el resto, que tenían los constituyentes de Filadelfia. Pero, para alcanzar su propósito, los constituyentes estadounidenses no dejaron de tomar prestadas ideas del ordenamiento inglés y de la filosofía política europea, como la noción de la separación de poderes de Locke o la idea de la independencia judicial. No obstante las reformularon creativamente, conforme a sus desafíos.

Ahora bien, yo creo que el constitucionalismo latinoamericano reciente es relevante pues ha intentado enfrentar algunos de los problemas fundamentales de nuestras sociedades, como la precariedad del Estado de derecho, la profunda diversidad y heterogeneidad social y étnica, la debilidad del poder judicial, la persistencia de formas de discriminación y desigualdad social, étnica y de género muy profundas, la violación masiva de los derechos fundamentales de la población, todo ello en el marco de un mundo globalizado y con desafíos ecológicos crecientes. Las fórmulas adoptadas pueden ser discutibles y no siempre son coherentes, como se mostrará en el siguiente apartado, pero es indudable que hubo, con intensidades nacionales variables, un esfuerzo de experimentación constitucional que dista de ser deleznable. Ese esfuerzo merece ser analizado y debatido.

## LA (IN)COHERENCIA DE LAS REFORMAS

Ahora bien, esos esfuerzos no siempre han sido consistentes, y el nuevo constitucionalismo latinoamericano presenta tensiones importantes debido a la adopción simultánea de figuras y prácticas constitucionales que en abstracto y de manera separada pueden parecer atractivas pero que combinadas pueden reforzar tendencias autoritarias en la región. Por ejemplo, la adopción de formas de democracia directa, como referendos o plebiscitos (para superar los déficits de la democracia puramente representativa), es importante, pero si esas modificaciones se acompañan de un reforzamiento del poder presidencial (con el argumento de que es necesario fortalecer una voluntad unificada de cambio capaz de superar desigualdades y exclusiones), la combinación puede ser explosiva y negativa en tanto estimula formas de cesarismo democrático. Por ello creo que una tarea pendiente del constitucionalismo latinoamericano es superar su tendencia al caudillismo y al hiperpresidencialismo si quiere transitar por mecanismos genuinos de democracia participativa.

Existen otros campos sin contradicciones graves (como la anterior de impulsar la participación mientras se preservan regímenes hiperpresidenciales), pero sí tensiones que ameritan una reflexión sistemática. Por restricciones de espacio me limitaré al examen breve de dos de ellas, que me parecen trascendentales: i) la tensión entre las distintas formas de democracia y de tipos de justicia que incorporan simultáneamente estos nuevos ordenamientos constitucionales, y ii) las tensiones que pueden ocurrir por el intento de querer lograr simultáneamente un constitucionalismo fuerte y judicialmente protegido y una participación democrática contundente.

Así, como se explicó, varias Constituciones recientes incorporan distintas formas de democracia, como la representativa, la directa y la propia de las comunidades indígenas, que es comunal y autonómica. A su vez, conforme la conocida distinción de Nancy Frazer (2000), las Constituciones parecen igualmente consagrar principios distintos de justicia pues buscan tanto la igualdad social como una mayor justicia distributiva, en especial al consagrar los derechos sociales, pero también están inspiradas por una justicia de reconocimiento, sobre todo en relación con los pueblos indígenas. Estas distintas formas de democracia y estos diversos principios de justicia pueden colisionar, como lo han mostrado los enfrentamientos recientes en Ecuador entre el presidente Rafael Correa y los pueblos indígenas<sup>28</sup> a raíz de la explotación de recursos mineros en territorios indígenas. Correa, con su legitimidad electoral y munido de argumentos de justicia social, defiende la necesidad de

28 Para una descripción y análisis de estos conflictos, véase Santos (2010: 131-139).

llevar a cabo esas explotaciones mineras, incluso contra la voluntad de estas comunidades, pues considera que esos recursos son de todo el pueblo ecuatoriano y son indispensables para el desarrollo económico y la reducción de la pobreza en el país. En cambio, los pueblos indígenas, agrupados en la Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador (CONAIE), consideran que el gobierno no puede invadir sus territorios. Un desafío teórico y práctico para el nuevo constitucionalismo latinoamericano es articular esas formas diversas de democracia y de justicia.

Otro punto donde pueden surgir tensiones importantes se relaciona con el esfuerzo de muchas Constituciones por articular simultáneamente una forma de neconstitucionalismo con el estímulo a la participación democrática, puesto que parecen prácticas contrarias entre sí. El neoconstitucionalismo se caracteriza por la protección judicial reforzada de una carta constitucional muy densa de derechos, por lo cual tiende a la judicialización, ya que los jueces, en especial los constitucionales, comienzan a decidir asuntos que anteriormente eran debatidos en espacios democráticos. Parece entonces difícil, aunque no imposible, lograr al mismo tiempo un constitucionalismo firme con una deliberación y participación democrática fuertes.

Una breve tipología de las democracias constitucionales, inspirada en parte en los modelos teóricos sistematizados por Gargarella (2005), ayudará a comprender la dificultad en este campo del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Siguiendo a Gargarella, dos variables decisivas para caracterizar distintos pensamientos constitucionales son: i) en qué medida reconocen y protegen derechos fundamentales, y ii) cuánto espacio otorgan a la participación democrática en la toma de decisiones colectivas. Cruzando las dos variables es posible obtener cuatro visiones sobre la democracia constitucional, que sintetizamos en el siguiente cuadro:

**Cuadro 2.** Formas de democracias constitucionales

	Participación y deliberación democrática débiles	Participación y deliberación democrática fuertes
Reconocimiento y protección débil de los derechos constitucionales	I: Constitucionalismo conservador	III: Constitucionalismo republicano y radical
Reconocimiento y protección fuerte de los derechos constitucionales	II: Constitucionalismo liberal	IV: ¿Nuevo constitucionalismo latinoamericano?

En la casilla I encontramos el pensamiento constitucional conservador, que, por su idea perfeccionista de la política y su temor a la participación ciudadana, se caracteriza por un reconocimiento débil tanto de los derechos constitucionales como de la participación ciudadana. En la casilla II podemos situar el constitucionalismo liberal, que reconoce vigorosamente los derechos constitucionales, debido a su compromiso con la autonomía personal, pero comparte con los conservadores el temor a una participación ciudadana fuerte. La casilla III refleja las posiciones republicanas y radicales, cercanas al pensamiento de Rousseau, que se caracterizan por una fuerte invocación de la soberanía popular, que no debería verse inhibida por los derechos constitucionales. Por ello plantean una participación y deliberación democráticas vigorosas, pero a costa del debilitamiento del reconocimiento y la protección de los derechos constitucionales. Como vemos, la aspiración del nuevo constitucionalismo latinoamericano sería lograr una fuerte protección judicial de los derechos junto con una participación y una deliberación democrática contundentes. Y eso no es imposible, pero es difícil. Un camino a explorar es el desarrollo de una teoría de la justicia constitucional para América Latina, que implique un ejercicio de la protección judicial de los derechos tendiente a promover y no a debilitar la participación y la discusión democráticas.

#### LA (IN)EFICACIA DE LAS REFORMAS

Los análisis precedentes muestran las tensiones que atraviesan los nuevos diseños constitucionales en la región. Otro punto de reflexión igualmente importante se relaciona con la eficacia de estos procesos constitucionales, a su vez relacionada con la eficacia del derecho en América Latina. En efecto, que esas Constituciones tengan vocación normativa y se encuentren llenas de aspiraciones, como ya se explicó, no significa, obviamente, que sus promesas se hayan realizado. Por el contrario, a pesar de dicha vocación, la distancia entre lo proclamado por los textos constitucionales y la realidad social y política de nuestros países es muy grande. En ese sentido, América Latina sigue manteniendo esa tradición, ya señalada desde hace décadas por varios teóricos, de adherir teóricamente a las formas constitucionales pero tener muchas dificultades para concretarlas.

Los dos puntos más representativos de esa distancia tienen que ver con los problemas de superación de la pobreza y la desigualdad en el plano socioeconómico, y con el control a los abusos presidenciales en el campo político. Así, por un lado la mayor parte de los nuevos textos constitucionales plantean explícitamente la promoción de la igualdad social y la superación de la pobreza; pero los resultados han sido en general, con algunas contadas excepciones, muy pobres en este campo. Por otro lado, paradójicamente, este nuevo constitucionalismo, que planteaba superar rasgos de autoritarismo y caudillismo en América Latina,

ha estado acompañado en la práctica de ciertos países por un reforzamiento de la figura presidencial y el surgimiento de nuevas formas de caudillismo, lo cual parece muy problemático para alcanzar democracias profundas.

#### LOS RETOS PARA UN PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL PROGRESISTA

Como puede verse, al valorar las potencialidades de las reformas constitucionales llego a una conclusión más entusiasta que la tesis desarrollada por Gargarella en este mismo libro. Creo que en general estas reformas plantean importantes oportunidades democráticas, aunque también conlleven riesgos autoritarios; con todos sus defectos, el constitucionalismo latinoamericano reciente representa un esfuerzo nada deleznable de creatividad democrática. Pero igualmente, como hemos visto, esos esfuerzos están llenos de tensiones en sus propios contenidos y de promesas incumplidas por su falta de eficacia. Esta situación podría estar vinculada a un hecho, destacado por algunos analistas, y es el siguiente: a pesar de la presencia de intelectuales notables en algunos procesos constituyentes, como Álvaro García Linera en Bolivia, lo cierto es que ha habido un divorcio importante entre el desarrollo de un pensamiento constitucional progresista en la región y los debates constituyentes (Santos, 2010: 26-30). No ha habido o no hay aún una teoría que permita acompañar esos esfuerzos de reforma constitucional y de implementación de las promesas contenidas en las Constituciones.

Existe pues un desafío académico: el reto de ser capaces de crear una masa crítica de pensamiento constitucional progresista, comprometido con la profundización democrática en la región, que en diálogo con experiencias y tradiciones de otras regiones del mundo acompañe críticamente los procesos constitucionales latinoamericanos en curso a fin de reducir sus riesgos autocráticos y fortalecer las potencialidades democráticas de esos esfuerzos de experimentación institucional. Es posible que, como dice Boaventura Santos (2010: 10), se necesite una teoría de retaguardia antes que de vanguardia; esto es, que se trate de una academia comprometida y que acompañe los procesos pero sin pretender guiarlos. Esa reflexión académica parece imprescindible.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.) (2004), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS.

- Aguirre, Ernesto; Junguito, Roberto y Millar, Geoffrey (comps.) (1997), *La Banca Central en América Latina. Aspectos económicos y jurídicos*, Bogotá, Tercer Mundo Editores y Banco de la República.
- Arantes, Rogelio (2005), "Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil", en Sieder, Rachel, Schjolden, Line y Angell, Alan (comps.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave.
- Ayala Corrao, Carlos M. (2002), "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", en Ricardo Méndez Silva (comp.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM.
- Barczak, Monica (2001), "Representation by Consultation? The Rise of Direct Democracy in Latin America", en *Latin American Politics and Society*, t. 43, n° 3.
- Carbonell, Miguel (comp.) (2003), *Neconstitucionalismos*, Madrid, Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2001), *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Frazer, Nancy (2000), "¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era postsocialista", en *New Left Review*, enero-febrero, Madrid, Ediciones Akal.
- Gargarella, Roberto (2005), *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI.
- (1997), "Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación", en *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, vol. 36, n° 144, enero-marzo.
- Grijalva, Agustín y otros (2009), *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*, Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos.
- Grijalva, Agustín (2009), "O Estado Plurinacional e Intercultural na Constituição Ecuatoriana de 2008", en Agustín Grijalva y otros, *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*, Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos.

- Losing, Norbert (2002), *La jurisdiccionalidad constitucional en América Latina*, Madrid, Dykinson, Konrad Adenauer Stiftung.
- Manili, Pablo Luis (2002), “La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional de Iberoamérica”, en Ricardo Méndez Silva (comp.), *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM.
- O’Donnell, Guillermo (1994), “Delegative Democracy”, en *Journal of Democracy*, 5, 1.
- Orjuela, Luis Javier (2005), *La sociedad colombiana en los años noventa: fragmentación, legitimidad y eficiencia*, Bogotá, Uniandes, CESO.
- Prieto Sanchis, Luis (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- Ramírez, Silvina (2009), “Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latino-americanas são capazes de garantir os Direitos dos Povos Indígenas”, en Agustín Grijalva y otros, *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*, Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos.
- Requejo Coll, Ferran (1994), *Las democracias*, Barcelona, Ariel.
- Rodríguez, César y Uprimny, Rodrigo (2007), “Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia”, en Luis Eduardo Pérez, César Rodríguez y Rodrigo Uprimny, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Dejusticia.
- Santos, Boaventura de Sousa (2010), *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, La Paz, Plural Editores.
- Stocks, Anthony (2005), “Too Much for Too Few: Problems of Indigenous Land Rights in Latin America”, en *Annual Review of Anthropology*, t. 34.
- Teitel, Ruti (1997), “Transitional Jurisprudence, The Role of Law in Political Transformation”, en *Yale Law Journal*, vol. 106, n° 7.

- Uprimny, Rodrigo (2001), "Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas", en AA.VV., *El debate a la Constitución*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional.
- (2004), "¿Una forma de gobierno parlamentaria en Colombia?", en *Nueva Página*, vol. 1, n° 1.
- (2006), *Bloque de constitucionalidad, garantías procesales y proceso penal*, Bogotá, Escuela Judicial Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura.
- (2007), "Modernización del Estado y reformas constitucionales en América Latina: encuentros y desencuentros", en AA.VV., *Los procesos de control estratégico como pilares de modernización del Estado*, Bogotá, BID, PGN.
- , García, Mauricio y Rodríguez, Rodrigo (2006), *¿Justicia para todos? Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (2009), "Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina", en Agustín Grijalva y otros, *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*, Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos.





## 6. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización

*Raquel Z. Yrigoyen Fajardo*

Este breve ensayo busca reseñar las principales novedades de los tres ciclos de reformas constitucionales que se han dado en las tres últimas décadas en Latinoamérica (desde la de 1980 hasta la de 2010) en lo que atañe al reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas. Los cambios aludidos son de tal magnitud que reconfiguran la relación entre estos y el Estado e impactan sobre la configuración del Estado propiamente dicho, permitiendo vislumbrar el *horizonte del constitucionalismo pluralista*.

Las novedades constitucionales en el horizonte del constitucionalismo pluralista (con diversos niveles de implementación en la práctica) suponen rupturas paradigmáticas respecto del horizonte del *constitucionalismo liberal monista* del siglo XIX y del horizonte del *constitucionalismo social integracionista* del siglo XX, e incluso llegan a cuestionar el hecho colonial.<sup>1</sup>

El *hecho colonial* colocó a los pueblos originarios en una posición subordinada. Sus territorios y recursos fueron objeto de expolio y expropiación por terceros; su mano de obra fue explotada, y hasta su destino como pueblos fue alienado de sus manos. La ideología de la “inferioridad natural de los indios” y la figura jurídica de la tutela indígena permitieron estabilizar a lo largo del tiempo el modelo de subordinación indígena. La independencia política de las colonias americanas respecto de las metrópolis no significó el fin de esa subordinación. Los nuevos estados latinoamericanos se organizaron bajo flamantes Constituciones liberales, pero con proyectos neocoloniales de sujeción indígena.

Los estados liberales del siglo XIX se configuraron bajo el principio del monismo jurídico, esto es, la existencia de un único sistema jurídico dentro de un Estado y una ley general para todos los ciudadanos. El pluralismo jurídico, como forma de coexistencia de varios sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico, aun en su forma colonial subordinada, no era admisible para la ideología del Estado-nación. El Estado-nación monocultu-

<sup>1</sup> Para un mayor desarrollo, véanse Yrigoyen Fajardo (1999, 2004 y 2006).

ral, el monismo jurídico y un modelo de ciudadanía censitaria (para hombres blancos, propietarios e ilustrados) fueron la columna vertebral del horizonte del constitucionalismo liberal del siglo XIX en Latinoamérica. Un constitucionalismo importado por las elites criollas para configurar estados a su imagen y semejanza, con exclusión de los pueblos originarios, los afrodescendientes, las mujeres y las mayorías subordinadas, y con el objetivo de mantener la sujeción indígena.

En el siglo XIX, el proyecto criollo de sujeción indígena del horizonte del constitucionalismo liberal se expresó bajo tres técnicas constitucionales: a) asimilar o convertir a los *indios* en *ciudadanos* intitulado de derechos individuales mediante la disolución de los *pueblos de indios* –con tierras colectivas, autoridades propias y fuero indígena– para evitar levantamientos indígenas; b) reducir, civilizar y cristianizar a los indígenas todavía no colonizados, a quienes las Constituciones llamaron “salvajes”, para expandir la frontera agrícola; y c) hacer la guerra ofensiva y defensiva contra las naciones indias –con las que las coronas habían firmado tratados y a las que las Constituciones llamaban “bárbaros”– para anexar sus territorios al Estado.

Como resultado de las políticas de parcelación de tierras colectivas y despojo territorial del siglo XIX, los indígenas no sólo no se convirtieron en prósperos propietarios, como propugnaban Bolívar y los liberales, sino que las haciendas y la servidumbre indígena se expandieron. Mientras tanto, nuevas formas de invasión de sus territorios, como asimismo de tutela estatal y eclesial, se impusieron sobre las naciones indígenas que no habían sido conquistadas en la era colonial.

El *horizonte del constitucionalismo social*, inaugurado por la Constitución de México de 1917, permitió cuestionar el constitucionalismo asimilacionista e individualista del siglo XIX mediante el reconocimiento de sujetos colectivos y derechos sociales y la ampliación de las bases de la ciudadanía. A la vez esto posibilitó el reconocimiento de las comunidades indígenas y sus derechos colectivos a la tierra, así como de otras especificidades culturales, dentro del marco de un indigenismo integracionista. El objetivo del *constitucionalismo social integracionista* era integrar a los indígenas al Estado y al mercado, pero sin romper la identidad Estado-nación ni el monismo jurídico. Tampoco discutió la potestad del Estado para definir el modelo de desarrollo indígena dentro de un marco tutelar. Monoculturalidad, monismo jurídico y modelo tutelar indígena no fueron puestos en cuestión hasta los tres ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista, que abarcan desde finales del siglo XX hasta la fecha.

Esos ciclos –a) el *constitucionalismo multicultural* (1982-1988), b) el *constitucionalismo pluricultural* (1989-2005), y c) el *constitucionalismo plurinacional* (2006-2009)– tienen la virtud de cuestionar, progresivamente, los elementos centrales de la configuración y definición de los estados republicanos latino-

americanos diseñados en el siglo XIX, y la herencia de la tutela colonial indígena, planteando de este modo un proyecto descolonizador de largo aliento.

Las reformas constitucionales expresan antiguas y nuevas demandas indígenas, las que a su vez les dan impulso. Sin embargo, las reformas constitucionales también permiten expresar la resistencia proveniente de los antiguos y los nuevos colonialismos. Los contextos complejos donde se gestan las reformas imponen sus tensiones y sus contradicciones (aparentes o reales) a los textos constitucionales, lo que exige una interpretación pluralista para salvar sus limitaciones y resolver las tensiones de manera favorable a la realización de los objetivos y principios del proyecto constitucional pluralista. Ese ejercicio de interpretación es un ejercicio de poder y, por ende, un ejercicio ahora también compartido por los pueblos indígenas en el marco del Estado plurinacional.

#### **EL CICLO DEL CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL (1982-1988)**

El primer ciclo de reformas constitucionales que cabe ubicar en el horizonte del constitucionalismo pluralista se desarrolló durante los años ochenta del siglo XX (1982-1988) y está marcado por el surgimiento del multiculturalismo y por las nuevas demandas indígenas. En este ciclo, las Constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de la sociedad, el derecho –individual y colectivo– a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos.

La Constitución de Canadá (1982) abre la brecha con un reconocimiento pionero de su herencia multicultural (*multicultural heritage*) y la incorporación de los derechos de los aborígenes (*rights of aboriginal peoples*). Dos constituciones centroamericanas, la de Guatemala en 1985 y la de Nicaragua en 1987, se inscriben en este horizonte, buscando reconciliar a sus sociedades y dar respuesta a las demandas indígenas en el contexto de procesos bélicos.

La Constitución de Guatemala reconoce la configuración multiétnica, multicultural y multilingüe del país y “el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural”, así como ciertos derechos específicos para grupos étnicos y comunidades indígenas. La Constitución de Nicaragua reconoce también la “naturaleza multiétnica” del pueblo, así como los derechos culturales, lingüísticos y territoriales de las comunidades étnicas del Atlántico, para que puedan organizarse según “sus tradiciones históricas y culturales” y desarrollar un régimen de autonomías. La Constitución de Brasil de 1988, que antecede en un año a la adopción del Convenio 169 de la OIT sobre derechos indígenas, ya recoge algunos de los planteamientos que se debaten en la revisión del Convenio 107 de la OIT, por lo que se ubica en el umbral del segundo ciclo.

En este primer ciclo, sin embargo, las Constituciones no llegan a hacer un reconocimiento explícito del pluralismo jurídico. Sin embargo, en algunos países que tampoco tenían reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico existían normas secundarias o políticas –ya sea por vieja herencia colonial o por fisuras intrasistémicas alentadas por el Convenio 107 de la OIT– que reconocían la justicia indígena, pero reducida a la resolución de conflictos menores entre indígenas y con competencias no mayores a las de la justicia de paz, como contemplaba la ley de Comunidades Nativas de 1978 en Perú.

### **EL CICLO DEL CONSTITUCIONALISMO PLURICULTURAL (1989-2005)**

El segundo ciclo de reformas, el *constitucionalismo pluricultural*, se desarrolló en los años noventa (1989-2005). En este ciclo, las constituciones afirman el derecho (individual y colectivo) a la identidad y la diversidad cultural, ya introducido en el primer ciclo, y desarrollan además los conceptos de “nación multiétnica/multicultural” y de “Estado pluricultural”, calificando la naturaleza de la población y avanzando hacia una redefinición del carácter del Estado.

El pluralismo y la diversidad cultural se convierten en principios constitucionales y permiten fundar los derechos de los indígenas así como los de los afrodescendientes y otros colectivos. Las Constituciones de este ciclo incorporan un nuevo y largo listado de derechos indígenas, en el marco de la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). Esos derechos incluyen la oficialización de los idiomas indígenas, la educación bilingüe intercultural, el derecho sobre las tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros.

La novedad más importante de este ciclo es que las Constituciones introducen fórmulas de pluralismo jurídico que logran romper la identidad Estado-derecho o el monismo jurídico, esto es, la idea de que sólo es “derecho” el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado (los poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo). Las Constituciones de este ciclo reconocen a las autoridades indígenas, con sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia. A partir de estos reconocimientos se ponen en cuestión la idea clásica de soberanía y el monopolio que las Constituciones asignaban a los “poderes u órganos soberanos” del Estado para la producción del derecho y la violencia legítima. Pluralizan las fuentes de producción legal del derecho y de la violencia legítima, en tanto las funciones de producción de normas, administración de justicia y organización del orden público interno pueden ser ejercidas tanto por los órganos soberanos (clásicos) del Estado como por las autoridades de

los pueblos indígenas, siempre bajo el control constitucional. Sin embargo, se trata de fórmulas no exentas de limitaciones que no siempre se implementan de modo orgánico y sistemático. Este modelo se expande en América Central y Sudamérica: Colombia (1991), México y Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia y la Argentina (1994), Ecuador (1996 y 1998) y Venezuela (1999).

La adopción del multiculturalismo y los derechos indígenas en los años noventa se dio paralelamente a otras reformas constitucionales destinadas a facilitar la implementación de políticas neoliberales en el marco de la globalización. Ello incluyó la contracción del papel social del Estado y de los derechos sociales, la flexibilización de los mercados y la apertura a las transnacionales, como ocurrió en Bolivia y Perú. Así, por ejemplo, la Constitución peruana de 1993, si bien reconoció por un lado el carácter pluricultural del Estado y el pluralismo jurídico, por otro eliminó las garantías de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que tenían las tierras indígenas desde las Constituciones de 1920 y 1930. En la práctica, esto posibilitó que un gran número de corporaciones transnacionales se instalaran en los territorios indígenas para realizar actividades extractivas, dando lugar a nuevas formas de despojo territorial bastante similares a las del siglo XIX. Es decir que la simultánea adopción de planteamientos neoliberales y derechos indígenas en las Constituciones, entre otros factores, tuvo como consecuencia práctica la neutralización de los nuevos derechos conquistados. Súmense a esto otros factores como violencia interna, las acciones de poderes materiales locales, el narcotráfico, los paramilitares, etc.

La incorporación de nuevos derechos y potestades indígenas, así como la ratificación de tratados de derechos humanos que pasaron a integrar el bloque de constitucionalidad, generaron, de alguna manera, una inflación de los derechos sin correspondencia con mecanismos institucionales aptos para hacerlos efectivos. Esos cambios constitucionales dejaron pendiente la tarea aún incompleta de revisión de todo el derecho constitucional, administrativo, civil, penal, etc., para poder dar cuenta de los nuevos derechos y atribuciones públicas reconocidos a los pueblos indígenas y otros colectivos.

Los nuevos derechos conquistados y la atribución de potestades que antes eran privativas de los órganos del Estado a los indígenas han provocado un sinnúmero de disputas legales y políticas, aún no resueltas. Así, por ejemplo, el Poder Legislativo en varios países sigue reclamando atribución soberana para promulgar leyes sin estar condicionado o limitado por el derecho de consulta de los pueblos indígenas. Hasta ahora, ni las leyes ni las Cortes han logrado especificar la extensión de este derecho. Lo mismo pasa con el tema de la jurisdicción indígena o los conflictos sobre la interpretación de los derechos humanos. En estos campos hubo grandes avances, pero también quedan numerosas preguntas pendientes.

### **SOBRE EL PLURALISMO JURÍDICO**

El reconocimiento del pluralismo jurídico en este ciclo fue posible en un contexto caracterizado por varios factores: la demanda indígena de reconocimiento del derecho propio, el desarrollo del derecho internacional sobre los derechos indígenas, la expansión del discurso del multiculturalismo y las reformas estructurales del Estado y la justicia.

#### LA DEMANDA INDÍGENA

En varios países, las organizaciones indígenas pasaron de demandar tierras a exigir territorios, y ya no se contentaban con reclamar el derecho de acceder a la justicia (estatal) sino que reclamaban el ejercicio de potestades públicas en sus territorios. Por otro lado, la expansión de los estados en el siglo XX dio lugar a una confrontación más evidente entre los aparatos estatales y las autoridades indígenas, por lo que se presentaron casos de criminalización de indígenas y campesinos que administraban justicia en sus espacios territoriales (perseguidos bajo la figura del delito de “usurpación de autoridad” o “sedición”). De allí que una importante demanda indígena y campesina fuera el reconocimiento de sus sistemas normativos, de autoridad y de justicia, tanto para frenar la criminalización de las autoridades indígenas y campesinas que administraban justicia como para afirmar derechos territoriales.

#### EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho al propio derecho consuetudinario y a los métodos de control de delitos de los pueblos indígenas es uno de los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 de la OIT fue adoptado en 1989 y ratificado por varios países de la región en los años noventa, paralelamente a los cambios constitucionales, que por otra parte inspiró. El Convenio 169 sólo limita el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena a la no vulneración de los derechos humanos y fundamentales, superando la restricción establecida por el Convenio 107 de 1957. Esto es, que el derecho consuetudinario indígena no debía afectar las políticas de integración que los Estados podían imponer a los pueblos indígenas.

#### EL MULTICULTURALISMO

En la arena teórica fue expandiéndose el discurso del multiculturalismo, que permite afirmar el valor de la diversidad cultural y la necesidad de políticas públicas inclusivas que la tengan en cuenta. La diversidad cultural puede tener su

fuente en la presencia de diversos conglomerados indígenas, preexistentes al Estado, así como en poblaciones de inmigración reciente. Pensadores canadienses como Taylor (1993) o Kymlicka (1995, 2001) desarrollaron teorías que permiten plantear políticas de reconocimiento de la diversidad y los derechos de diversos grupos culturales en el marco de una “ciudadanía multicultural”; teorías que, por otra parte, se exportaron a distintos países. El multiculturalismo favoreció el reconocimiento de derechos de grupo para los colectivos indígenas, incluyendo el derecho a su propio derecho y justicia, en tanto los indígenas eran concebidos como “grupos culturalmente diversos”. La diversidad cultural sirvió de fundamento, pero también de límite para el reconocimiento del derecho indígena.

#### LAS REFORMAS DE LA JUSTICIA

Durante los años noventa, tendencias globales impulsadas por programas de la banca mundial (el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo) y por agencias de cooperación internacional promovieron políticas de reforma del Estado y la justicia que obligaban a una nueva mirada sobre el Poder Judicial y su capacidad para administrar justicia. En ese marco se incorporaron mecanismos alternativos de resolución de conflictos: la justicia de paz y la justicia indígena. En líneas generales, esas políticas estaban destinadas a la modernización de los sistemas de justicia (diferenciación entre administración y jurisdicción, difusión del sistema acusatorio sobre el inquisitivo, mayor transparencia en la gestión, garantías para el debido proceso, automatización de los procesos, etc.).

El reconocimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos incluía tanto el arbitraje internacional (para conflictos relacionados con corporaciones transnacionales) como mecanismos locales más flexibles, baratos y cercanos a los pobres, así como también culturalmente más asequibles a grupos diversos, pero sin menoscabo de los derechos individuales (especialmente de las mujeres). Estas reformas permitieron tanto una apertura ideológica como el financiamiento para impulsar programas de reconocimiento o fortalecimiento de la “justicia comunitaria”, pero concebida exclusivamente como una forma alternativa de resolución de conflictos locales para las comunidades indígenas pobres, y en tanto sólo se ocuparon de conflictos menores.

En el contexto de estos múltiples factores, las Constituciones lograron superar el fantasma del monismo jurídico e incorporaron alguna fórmula de pluralismo jurídico interno buscando no afectar la integridad nacional, la seguridad jurídica y los valores de los derechos humanos. En este ciclo, todos los países andinos (excepto Chile) incluyeron alguna fórmula de reconocimiento del pluralismo jurídico interno en sus textos constitucionales: Colombia en 1991, Perú en 1993, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998 y Venezuela en 1999.



## EL FUNDAMENTO

Durante los años noventa, las Constituciones andinas introdujeron en sus primeros artículos un reconocimiento de la existencia de diversas culturas, definieron a la nación o al Estado como multicultural o pluricultural (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador) y garantizaron el derecho a la diversidad cultural (Colombia, Perú) o la igualdad de las culturas (Colombia, Venezuela). Con este reconocimiento, las Constituciones quebraron el modelo de Estado-nación monocultural diseñado en el siglo XIX. Igualmente, estas cartas constitucionales contienen un listado de derechos de pueblos/comunidades indígenas (Colombia, Bolivia, Ecuador, Venezuela) o de comunidades campesinas y nativas (Perú), con diverso grado de desarrollo.

## CONTENIDOS DEL RECONOCIMIENTO

Específicamente, en cuanto al pluralismo jurídico interno, las Constituciones andinas mencionadas reconocen que las autoridades de las comunidades/pueblos indígenas/campesinos pueden ejercer funciones jurisdiccionales/resolver conflictos de acuerdo a sus propias normas y procedimientos o derecho consuetudinario. Es decir, estas cartas reconocen a los colectivos indígenas y campesinos (comunidades/pueblos) las siguientes potestades:

- a) la potestad de darse sus autoridades e instituciones (autoridades propias/legítimas/naturales);
- b) la potestad normativa de darse sus propias normas y procedimientos, o su derecho consuetudinario o costumbres; y
- c) la potestad de administrar justicia o de ejercer funciones jurisdiccionales (jurisdicción especial)/función judicial/solución alternativa de conflictos/instancias de justicia.

Con este reconocimiento, las Constituciones quiebran la identidad Estado-derecho impuesta desde el siglo XIX. El monismo jurídico es sustituido por una suerte de pluralismo jurídico interno, bajo techo constitucional. Ahora bien, el reconocimiento del pluralismo jurídico no es suficientemente orgánico ni consistente en todas las cartas constitucionales. Y tampoco aparece sistemáticamente en todas las secciones que debería, sino sólo en el capítulo sobre el poder Judicial, en las secciones referidas a la función jurisdiccional (Colombia, Perú) o inorgánicamente en otras secciones (como en la referida a asuntos agrarios en el caso de Bolivia).

En cuanto al ámbito de la competencia territorial, material y personal, hay variantes en los textos. En los textos de las Constituciones colombiana y peruana prima la competencia territorial, por lo que cabe interpretar que esta se

aplica para toda persona que se halle dentro del territorio indígena, mientras que la Constitución venezolana dice que las instancias de justicia sólo alcanzan a los indígenas. En cuanto a la competencia material, sólo la Constitución ecuatoriana y la boliviana aluden a “asuntos internos”, mientras que las demás no restringen la materia a ciertos casos, como tampoco lo hace el Convenio 169 de la OIT. Estas competencias han sido restringidas por vía legislativa (como la Ley Orgánica de Pueblos indígenas de Venezuela) y jurisprudencial (Colombia).

#### LA “EXCEPCIONALIDAD”

En el caso de Colombia, con una población indígena minoritaria, la Constitución distingue entre “jurisdicción ordinaria”, que corresponde a la población en general, y “jurisdicción especial”, que corresponde a los pueblos indígenas, dando a entender que la primera es la general o común mientras que la segunda es particular, en el sentido de excepcional. Cabe recordar la larga tradición de Colombia –como la de Venezuela– de contar con “legislación especial” y fuero diferenciado (eclesial) para los pueblos no colonizados de la Amazonia o la guajira, a los que llamaba “salvajes” o no-civilizados en el siglo XIX. Esta legislación se extendió hasta finales del siglo XX, prácticamente entroncada con la nueva Constitución en lo concerniente a la idea de un régimen de “excepcionalidad”. Dado que Colombia fue el primer país en reconocer la jurisdicción indígena llamándola “especial”, imprimió su huella en la dogmática constitucional pluralista y fue seguida por Perú, a pesar de que en este país la población indígena es mayor. Incluso Bolivia ha heredado esta nomenclatura y denomina “jurisdicción ordinaria” a la no-indígena en un país mayoritariamente indígena.

#### EL LÍMITE DEL RECONOCIMIENTO

El Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos a conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que no sean incompatibles con los derechos humanos y fundamentales (artículo 8.2). La Constitución peruana es la única que guarda consistencia con el Convenio al establecer que la jurisdicción especial no debe vulnerar los derechos de la persona (artículo 149), mientras que las demás Constituciones andinas son más restrictivas: limitan el reconocimiento de la jurisdicción o justicia indígena a no contradecir “la Constitución y las leyes”. Y Venezuela va más allá al incluir el orden público.

Estas limitaciones se tornaron una fuente de disputa política y legal, porque aparecen inconsistentes con el principio del pluralismo, con la protección de la diversidad cultural e incluso con la igualdad de las culturas que las mismas cartas constitucionales proclaman. En una sentencia progresista, la Corte

Constitucional de Colombia resolvió esta aparente contradicción constitucional diciendo que la adopción del principio del pluralismo podría quedar vacía si la jurisdicción indígena tuviese que someterse a toda la Constitución y las leyes. A partir de allí, estableció sólo cuatro mínimos fundamentales, esto es, que las decisiones de la jurisdicción indígena no podían incluir pena de muerte, tortura ni esclavitud, y que debían ser de algún modo predecibles, es decir que debían respetar su propio debido proceso.<sup>2</sup>

Esta sentencia realmente sentó un precedente pluralista en Colombia y en la región. Lamentablemente, sentencias posteriores de la Corte han tendido a limitar la jurisdicción especial. De hecho, muchas de las limitaciones acaban semejando el patrón de pluralismo jurídico subordinado colonial, encubiertas bajo el discurso de que la jurisdicción indígena sólo se explica por la diversidad cultural: una justicia entre indios, circunscripta al territorio comunal, para casos menores, y sin tocar a los blancos, aun cuando los blancos vulneren bienes jurídicos indígenas. Este terreno sigue siendo el de una disputa de poder abierta.

#### CÓMO RESOLVER CONFLICTOS DE INTERLEGALIDAD Y POSIBLES VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Las Constituciones hablan de una ley de coordinación (Colombia, Perú) o compatibilización (Ecuador), dando a entender una relación horizontal entre la jurisdicción ordinaria y la indígena (o especial). Y en lo que atañe a posibles conflictos o violaciones de derechos humanos por la jurisdicción especial, las Constituciones no dicen que esos casos deban pasar automáticamente a jurisdicción ordinaria. Sin embargo, esa es la tendencia práctica. En el segundo ciclo no se desarrollaron procedimientos institucionales para encarar posibles conflictos de un modo plural, bajo el principio de la igual dignidad de las culturas y en diálogo intercultural, donde las autoridades indígenas tuvieran igual poder de definición que los jueces ordinarios. Algunos países, como Colombia, avanzaron en instalar el peritaje cultural como un medio para el entendimiento intercultural, a fin de que los jueces pudieran comprender las culturas indígenas y así resolver de mejor manera las tutelas que recibían (Sánchez, 1998). Sin embargo, el principio de la igual dignidad de las culturas quedó sin traducción institucional, dado que sólo la institucionalidad jurídica hegemónica retuvo la capacidad para decidir en los conflictos entre sistemas. El constitucionalismo pluralista sentó principios cuya efectiva implementación desborda a las instituciones soberanas monoculturales tradicionales, las

<sup>2</sup> Véase Sánchez y Jaramillo (2001).

que no representan en su estructura, composición y funcionamiento institucional la diversidad de pueblos y culturas del país. Y este fue uno de los retos que el segundo ciclo dejó al siguiente.

#### **EL CICLO DEL CONSTITUCIONALISMO PLURINACIONAL (2006-2009)**

El tercer ciclo de reformas dentro del horizonte pluralista es el constitucionalismo plurinacional. Está conformado por dos procesos constituyentes, Bolivia (2006-2009) y Ecuador (2008), y se da en el contexto de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2006-2007).

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado a partir del reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y por ende se plantean el reto histórico de poner fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no sólo como “culturas diversas” sino como *naciones originarias* o *nacionalidades* con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado, que de este modo se configura como un “Estado plurinacional”. Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto entre pueblos, no es un Estado ajeno el que “reconoce” derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Es decir, estas Constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y pretenden contrarrestar el hecho de que se las haya considerado como menores de edad sujetos a tutela estatal a lo largo de la historia.

Luego de la crisis del modelo de ajuste estructural y de las políticas neoliberales, la población en general reclama al Estado derechos sociales y un papel activo frente a las transnacionales y los poderes materiales. Esta demanda se traduce en nuevos derechos sociales que incorporan la perspectiva indígena, como el derecho al agua, al “buen vivir” y a la seguridad alimentaria, entre otros. Y asimismo reconocen el ejercicio del derecho propio en el marco de la cosmovisión indígena. Adicionalmente, la Constitución de Ecuador incorpora derechos para nuevos sujetos, como la naturaleza (la Pachamama, los cursos de agua), por fuera de la sistemática homocéntrica occidental.

Las Constituciones del siglo XXI se inscriben de modo explícito en un proyecto descolonizador y afirman el principio del pluralismo jurídico, la igual

dignidad de pueblos y culturas, y la interculturalidad. La Constitución de Bolivia busca traducir esos principios en consecuencias institucionales estableciendo la paridad entre la jurisdicción indígena y la ordinaria. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia establece la paridad de representantes de la jurisdicción indígena y la ordinaria en la conformación del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Sin embargo, las resistencias conservadoras a las que fueron sometidos los procesos de aprobación constitucional introdujeron una serie de limitantes que ahora conviven con las formulaciones pluralistas en el seno mismo del texto constitucional. Más limitantes aún aparecen en la elaboración legislativa.

El entrampamiento del proceso boliviano, posterior al primer texto de la asamblea constituyente, refleja las resistencias teóricas y políticas que despiertan estos planteamientos. La resistencia del pasado no es pacífica ni es una “transición amigable”, como había descrito Lee Van Cott (2000) al período de reformas anterior. Para salir del impase, las fuerzas políticas se vieron obligadas a pactar un nuevo texto constitucional por fuera de la asamblea, al costo de cambios importantes que buscaban introducir limitaciones al reconocimiento de la autonomía y la jurisdicción indígena. Esto dio lugar a la existencia simultánea, en el texto constitucional, de principios pluralistas (principio de pluralismo, autonomía indígena, principio de representación paritaria de jueces ordinarios e indígenas) y normas limitativas (jurisdicción indígena restringida a indígenas, para asuntos indígenas y dentro de su territorio). Para salvar los principios pluralistas y el objetivo descolonizador de la Constitución será necesario hacer una interpretación pluralista del texto constitucional.

#### SOBRE EL PLURALISMO JURÍDICO

El fundamento del pluralismo jurídico en las Constituciones de Bolivia y Ecuador ya no radica solamente en la diversidad cultural, que también es recuperada a través del principio de interculturalidad, sino sobre todo en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas u originarios a la autodeterminación (Ecuador) o libre determinación de los pueblos (Bolivia).

Bajo el concepto del “Estado plurinacional” se reconocen nuevos principios de organización del poder basados en la diversidad, la igual dignidad de los pueblos, la interculturalidad y un modelo de pluralismo legal igualitario, con un expreso reconocimiento de las funciones jurisdiccionales indígenas que las Constituciones precedentes de Bolivia y Ecuador no contemplaban con tanta claridad. Se pluraliza la definición de derechos, la democracia y la composición de los órganos públicos y las formas de ejercicio del poder. Así, por ejemplo, la Constitución de Bolivia reconoce simultáneamente varias formas de participación política, incluyendo la forma clásica representativa

(a través del voto y los cupos), pero también otras formas de participación directa (consulta, referéndum) y nuevas formas de participación, como la democracia comunitaria, esto es, el reconocimiento de formas de elección y ejercicio de la autoridad indígena de acuerdo a su propio derecho y procedimientos.

A diferencia de las Constituciones precedentes, que apenas tenían un artículo sobre el derecho y la justicia indígenas, estas nuevas cartas constitucionales, sobre todo la de Bolivia, tienen varios artículos específicos y también menciones al derecho indígena que atraviesan todo el texto constitucional. En lo atinente a los poderes que se consideraban privativos del Estado –y hacían colisión con las potestades que reclamaban los pueblos indígenas–, las Constituciones, en particular la de Bolivia, han transversalizado el reconocimiento de potestades que hacían colisión con el organismo legislativo, ejecutivo y judicial.

#### CONTENIDOS

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia reconocen a los pueblos indígenas:

- a) La potestad de darse sus normas. La aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios (Bolivia: artículo 190)/ tradiciones ancestrales y derecho propio/normas y procedimientos propios (Ecuador: artículo 171).
- b) Sus propias autoridades/autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (Ecuador: artículo 171)
- c) Funciones jurisdiccionales (Ecuador: Sección sobre justicia indígena, artículo 171)/(Bolivia: cap. IV. Jurisdicción indígena originaria campesina).

*El derecho al propio derecho o el sistema jurídico indígena*, a sus normas y procedimientos propios, costumbres, usos, etc. Este derecho aparece:

- De modo específico en ciertos artículos, como el referido a los derechos colectivos.
- De modo transversal a todo el texto constitucional. En el caso de Ecuador, de modo más puntual. Pero en el caso de Bolivia, las referencias al derecho propio aparecen en casi todos los capítulos y secciones de la Constitución: la definición de formas democráticas, las formas de elección de autoridades, la gestión del agua, los conocimientos, la tierra, la educación, la salud, etc.
- Ejercicio del sistema jurídico de acuerdo a su cosmovisión (Bolivia: artículos 30, II, 14).

En cuanto a las *autoridades indígenas*:

- Ambas Constituciones reconocen la autonomía indígena. Bolivia con un desarrollo (y también un límite) más expreso. Dentro de las autonomías, los pueblos eligen a sus autoridades de acuerdo a sus mecanismos de elección propios.
- En ambos casos, pero con más reiteraciones en el de Ecuador, las Constituciones garantizan la equidad de las mujeres en la representación y participación en sus propios sistemas de autoridad.
- En cuanto a las instituciones electivas, Bolivia busca garantizar que los/as representantes indígenas ante las mismas sean elegidos/as mediante sus formas de democracia comunitaria.
- En lo atinente a las nuevas instituciones plurinacionales, como el Tribunal Constitucional plurinacional, la jurisdicción agroambiental y la Corte Suprema, previstas en la Constitución de Bolivia, deben tener una composición plural o estar integradas de modo paritario y reflejar una visión intercultural o plural, que incluya la visión indígena y ordinaria (este aspecto está ausente en la Constitución de Ecuador).

En cuanto a la *jurisdicción indígena* o la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales, las Constituciones de Bolivia y Ecuador:

- Adscriben al principio del pluralismo jurídico (Bolivia: artículo 1).
- Reconocen la libre determinación de los pueblos (Bolivia) y la autodeterminación (Ecuador).
- Reconocen autonomías indígenas (Bolivia) o circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas (Ecuador: artículo 257).
- Establecen el principio de la igual jerarquía entre la jurisdicción indígena y la ordinaria (Bolivia: artículo 179, II).
- Instauran el control constitucional (Ecuador artículo 171) o el control por una institución mixta como el Tribunal Constitucional Plurinacional, de composición plural y paritaria (Bolivia).
- Afirman los principios de justicia, solidaridad y diversidad (Ecuador: artículo 83).
- Reconocen funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas de acuerdo a su propio derecho, a diferencia de las Constituciones previas de Bolivia (1994) y de Ecuador (1998), que eran vagas al respecto.

En cuanto a los efectos jurídicos del derecho y la jurisdicción indígena, las Constituciones establecen que:

- Las decisiones deben ser respetadas por las instituciones públicas y privadas (Ecuador: artículo 171). Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina (Bolivia: artículo 192).
- Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para el efecto del *non bis in idem* (Ecuador: 75, i).

#### COMPETENCIAS Y ALCANCE

Cabe señalar que lo avanzado de estos planteamientos generó mucha resistencia. Así, en Bolivia, el primer texto constitucional aprobado por la asamblea constituyente contemplaba un reconocimiento de la jurisdicción indígena de modo amplio, con competencia territorial dentro de las comunidades y por fuera en caso de individuos, con amplia competencia personal para quienes fueran o no indígenas que afectasen bienes jurídicos indígenas, sin mayores limitaciones que la de no violar los derechos humanos, entendido además interculturalmente. Asimismo, esa versión preveía el principio del pluralismo jurídico, la igualdad de jurisdicciones y la conformación paritaria del Tribunal Constitucional Plurinacional con representantes de la jurisdicción indígena y ordinaria. Sin embargo, luego del entrapamiento del proceso y del pacto político que permitió salvarlo, se introdujo una serie de limitaciones inconsistentes con el modelo de pluralismo igualitario, lo que generó disputas legales y políticas.

Entre las limitaciones que inconsistentemente se introdujeron en el texto boliviano final, cabe mencionar:

- La autonomía indígena fue reducida por debajo de los límites departamentales, de modo inconsistente con el principio de la libre determinación de los pueblos.
- Se introdujo una cláusula para la restricción del ejercicio de la jurisdicción indígena desde una mentalidad colonial que impone limitaciones a la competencia territorial, personal y material, de modo inconsistente con el principio de la igualdad de jurisdicciones y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas que el mismo texto consagra.

En Ecuador se debatieron limitaciones afines respecto de los derechos de participación y consentimiento, como asimismo con relación a la justicia indígena.



La Constitución estableció límites a la competencia territorial y material de la jurisdicción indígena:

- Dentro de su ámbito territorial.
- Para la solución de “sus conflictos internos”.

#### CONTROL CONSTITUCIONAL

Con relación a los mecanismos de control, en ambas Constituciones se establece la existencia de un control constitucional; pero la Constitución boliviana es explícita en indicar que el Tribunal Constitucional debe tener una composición paritaria, conformada por autoridades provenientes de ambas jurisdicciones: la indígena y la ordinaria. En Ecuador no se incluyó la conformación de instancias mixtas interculturales para resolver conflictos de interlegalidad desde un pluralismo jurídico igualitario, pero sí se aseguró la paridad de género. En este sentido, estas Constituciones rompen con la ceguera étnica y de género en la composición de las instituciones públicas, buscando garantizar la paridad étnica (sobre todo la de Bolivia) y la equidad de género (sobre todo la de Ecuador). También encaran el tema de posibles conflictos entre derechos de las mujeres y derechos indígenas, resolviendo que la cultura no puede ser invocada para vulnerar derechos (Ecuador). La creación de instituciones mixtas plurinacionales (como el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia) permite resolver posibles alegaciones de violación de derechos humanos por la jurisdicción indígena con base en el diálogo intercultural, en la cual los pueblos tienen poder de definición institucional.

#### RETOS

Un primer reto que estos textos constitucionales plantean es la necesidad de construir herramientas para una hermenéutica y una doctrina pluralistas, a fin de salvar sus limitaciones o inconsistencias y garantizar que el principio del pluralismo igualitario y el proyecto descolonizador puedan realizarse en las normas secundarias, la jurisprudencia y las políticas públicas.

Otro reto reside en la necesidad de fortalecer internamente los sistemas jurídicos indígenas y de mejorar la capacidad de todos los actores para participar en auténticos procesos de diálogo intercultural que permitan construir espacios plurinacionales efectivos.

No es corto el horizonte, ni poca la tarea.

Ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista

Ciclos/ reformas constitucionales	Primer ciclo 1982-1988 Constitucionalismo multicultural	Segundo ciclo 1989-2005 Constitucionalismo pluricultural	Tercer ciclo 2006-2009 Constitucionalismo plurinacional
<b>Eje</b>	La emergencia del multiculturalismo y el derecho a la diversidad cultural	De la Nación multicultural al Estado pluricultural, con pluralismo jurídico interno.	Proyecto descolonizador: Estado plurinacional, con pluralismo jurídico igualitario
<b>Ejemplos de países</b>	Canadá, 1982. Guatemala, 1985. Nicaragua, 1987. Brasil, 1988.	Colombia, 1991. México, 1992. Paraguay, 1992. Perú, 1993. Bolivia, 1994, 2004. Argentina, 1994. Ecuador, 1998. Venezuela, 1999.	Bolivia, 2006-2009. Ecuador, 2008.
<b>Derecho internacional</b>	Aún en vigencia: -La Convención del Instituto Indigenista Interamericano. -El Convenio 107 de la OIT, que entra en revisión entre 1987 y 1989	-Adopción del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas en 1989. -México ratificó el Convenio en 1991. Le siguieron los países andinos, entre otros.	Aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. -Por el Consejo de Derechos Humanos: 2006. -Por la Asamblea General: 2007.
<b>Política internacional</b>	-Crítica al integracionismo del Convenio 107 de la OIT. -Constitución del Grupo de Trabajo de la ONU sobre pueblos indígenas (1982), con participación indígena.	<i>Superación del integracionismo:</i> -El Convenio 169 reconoce las aspiraciones de los pueblos a "asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y desarrollo y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados".	<i>Libre determinación:</i> - "Los pueblos y personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos." (Convenio 169, art. 2) - "Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación". (Convenio 169, art. 3) -Autonomía, autogobierno.

Adaptado de Yrigoyen Fajardo (2010).

## Ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista (continuación)

<b>Contextos nacionales</b>	<p>-Países con alta diversidad cultural y presencia indígena.</p> <p>-Tensiones internas con pueblos indígenas en contextos bélicos o posbélicos (Nicaragua, Guatemala).</p>	<p>-Articulación de movimientos y demandas indígenas.</p> <p>-Adopción de políticas neoliberales: reformas estructurales del Estado, reducción de derechos sociales, apertura a transnacionales.</p>	<p>-Alta presencia indígena en constituyentes.</p> <p>-Fracaso de políticas neoliberales.</p> <p>-Presión para que el Estado retome la protección de los derechos sociales.</p>
<b>Sujetos de derechos</b>	<p>-Comunidades (Nicaragua).</p> <p>-Grupos étnicos, comunidades indígenas (Guatemala).</p> <p>-Poblaciones (Brasil).</p> <p>-Canadá: pueblos aborígenes.</p>	<p>-Comunidades (indígenas, campesinas, nativas, rondas campesinas).</p> <p>-Pueblos indígenas.</p> <p>-Pueblos originarios (Perú).</p>	<p>-Comunidades.</p> <p>-Pueblos indígenas.</p> <p>-Naciones originarias/indígenas (Bolivia).</p> <p>-Nacionalidades indígenas (Ecuador).</p>
<b>Ejes de reconocimiento</b>	<p>-Multiculturalidad (Canadá).</p> <p>-Derecho a la identidad cultural (Guatemala, Nicaragua).</p> <p>-Multietnicidad (Nicaragua).</p> <p>-Régimen de autonomías (Nicaragua)</p> <p>-Derechos indígenas (Brasil, Guatemala).</p>	<p>-Se reafirma el derecho a la identidad y la diversidad cultural.</p> <p>-Del derecho a la diversidad se pasa a la definición de la nación/ república multicultural/Estado pluricultural.</p> <p>-Inclusión de un listado de derechos colectivos indígenas.</p> <p>-Derechos de consulta y participación.</p> <p>-Pluralismo jurídico.</p>	<p>-Estado plurinacional.</p> <p>-Reconocimiento de la existencia precolonial de naciones/pueblos indígenas y de su libre determinación.</p> <p>-Responsabilidad social del Estado.</p> <p>-Nuevos derechos de individuos, grupos, comunidades, pueblos, naciones y nacionalidades indígenas.</p> <p>-Nuevos derechos sociales (al agua, "al buen vivir", a la seguridad alimentaria).</p> <p>-Derechos de la Naturaleza (Ecuador).</p> <p>-Autonomías indígenas.</p> <p>-Instituciones mixtas plurinacionales interculturales.</p> <p>-Se reconoce la jurisdicción indígena de modo explícito.</p>

Ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista (continuación)

<p><b>Pluralismo jurídico</b></p>	<p>La Constitución de Guatemala reconoce "costumbres". Estas Constituciones no reconocen el pluralismo jurídico propiamente dicho: el derecho ni la jurisdicción indígena. Los países que ratifican el Convenio 107 reconocen el derecho consuetudinario indígena sin afectar programas de integración.</p>	<p>-Introducción del pluralismo jurídico interno: -Autoridades -Derecho consuetudinario -Jurisdicción especial indígena o sistemas de justicia o mecanismos alternativos de justicia.</p>	<p>-Principios de pluralismo jurídico y representación paritaria de autoridades indígenas y ordinarias en el sistema judicial y el Tribunal Constitucional (Bolivia). -Reconocimiento de: -Derecho indígena o consuetudinario (transversal a la Constitución). -Autoridades indígenas dentro de un régimen de autonomía o autodeterminación. -Jurisdicción indígena.</p>
<p><b>Límites/ pro-blemas</b></p>	<p>-El reconocimiento de la diversidad no modifica el carácter del Estado. -No se reconoce el pluralismo jurídico ni la jurisdicción propia. (En los casos en los que se ensaya el reconocimiento del derecho y la justicia indígenas por vía infra-constitucional, este es sumamente limitado.)</p>	<p>-Los nuevos derechos no suponen una reforma estructural del Estado -Reducción de derechos sociales. -Adopción simultánea del multiculturalismo y contracción del papel social del Estado, lo que neutraliza derechos. -Introducción inorgánica de la justicia indígena (Perú, Bolivia). -Pluralismo jurídico: limitado a no contradecir la Constitución ni las leyes. -Confusión entre mecanismos alternativos (voluntarios) y jurisdicción (Bolivia, Ecuador).</p>	<p>-Los pactos políticos para viabilizar Constituciones dan lugar a ciertas restricciones. -Bolivia: el texto final reduce algunos avances del texto inicial. No caben autonomías indígenas supradepartamentales. Si bien se mantuvieron los principios pluralistas, se pusieron límites a la jurisdicción indígena: entre indígenas, sobre asuntos indígenas, dentro de su territorio. -Ecuador: jurisdicción indígena para asuntos internos.</p>

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ariza, José (2009), *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Bonilla, Daniel (2006), *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Chivi, Idón (2006), *Justicia indígena. Los temas pendientes*, La Paz, Azul Editores.
- Kymlicka, Will (1995), *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós.
- (2001), *Politics in the Vernacular. Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Nueva York, Oxford University Press.
- Sánchez, Esther (1998), *Justicia y pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, UNC y UNIJUS.
- e Isabel Jaramillo (2001), *La Jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación y Procuraduría Delegada para Minorías Étnicas.
- Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego (1990), *Entre la ley y la costumbre*, México, III-IIDH.
- Taylor, Charles (1993), *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, FCE.
- Van Cott, Donna Lee (2000), *The Friendly Liquidation of the Past. The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999), *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal* (1ª ed.), Guatemala, Fundación Myrna Mack.
- (2004), “Vislumbrando un *horizonte pluralista*: rupturas y retos epistemológicos y políticos”, en Milka Castro, *Los desafíos de la interculturalidad*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, pp. 191-228.

- (2006), “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en Berraondo, Mikel (2006), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 537-567.
- (comp.) (2010), *Pueblos indígenas. Constituciones y reformas políticas en Latinoamérica*, Lima, IIDS, INESC, ILSA.



## 7. Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina\*

*Mauricio García Villegas*

La cultura del incumplimiento de reglas en América Latina se remonta a los tiempos de las colonias española y portuguesa.<sup>1</sup> A pesar de su omnipresencia a lo largo de la historia latinoamericana, se trata de un fenómeno poco estudiado. “Es sorprendente –dice Carlos Santiago Nino (2005: 28)– que, no obstante la visibilidad de la tendencia argentina hacia la ilegalidad [...], ella no haya sido señalada hasta ahora por politólogos, historiadores y economistas como un factor significativo para dar cuenta del subdesarrollo argentino.” Creo que lo mismo vale para el resto del continente y por eso, a lo dicho por Nino, yo agregaría que ese desinterés es todavía más sorprendente si se considera que el incumplimiento es parte esencial del fenómeno, más general, de la ineficacia del derecho en América Latina, en ocasiones de tal magnitud que pone en tela de juicio la validez misma del derecho. Por eso creo que los juristas latinoamericanos, incluso aquellos interesados en perspectivas meramente dogmáticas, deberían ocuparse más de estos temas.

Este ensayo pretende despertar su interés mostrando las complejidades del fenómeno del incumplimiento de reglas. Antes de concluir el escrito volveré sobre el tema de la ineficacia del derecho y su importancia para la comprensión de la cuestión jurídica en el continente.

\* Este ensayo recoge algunas ideas esenciales de mi libro *Normas de papel* (García Villegas, 2009). Una versión ampliada se incluyó en *Cultura de la legalidad* (García Villegas, 2010).

<sup>1</sup> Véanse por ejemplo Keen (1996) y Morse (1974). Este no es un fenómeno exclusivo de América Latina; al respecto véase Guillermo O'Donnell (1998: 330), Moisés Naim (2005), Robert Ellickson (1991). Buena parte de esa cultura está asociada con la historia de España (De Madariaga, 1928; Goytisolo, 1969; Ganivet, 1980). Hay que anotar, además, que todos los sistemas de reglas tienen un cierto grado de incumplimiento. Más aún, eso los justifica. El célebre teórico del derecho Hans Kelsen (1984: 24) se refiere a esto cuando sostiene que el derecho no tiene sentido en los casos de cumplimiento o de incumplimiento plenos. La importancia de este fenómeno en la cultura social y política del continente latinoamericano proviene entonces de su grado, de su recurrencia, y no del simple hecho de que exista.



Las referencias escasas y dispares a la cultura del incumplimiento de reglas en América Latina pueden agruparse según su sintonía con los siguientes tres puntos de vista. El primero es estratégico, y afirma que la gente incumple luego de calcular los costos y beneficios de la obediencia. Los sujetos son considerados actores racionales que incumplen cuando los efectos negativos que acarrea ese comportamiento –la sanción, por ejemplo– pueden ser evitados, no son graves o no se compadecen con los beneficios que se obtienen. El segundo es cultural y supone que la razón por la cual no se acatan las reglas estriba en que los valores que estas transmiten son considerados menos importantes que otros, como por ejemplo los valores religiosos, sociales o familiares. El tercer punto de vista es político, y supone que las personas incumplen las reglas como un acto de resistencia contra la autoridad. Desde esta perspectiva, el mundo social está dominado por un puñado de usurpadores que detentan el poder; las instituciones y las autoridades carecen de legitimidad y, por eso, el subordinado no pierde oportunidad para incumplir y dejar de hacer lo que se le ordena.

Ninguna de estas tres perspectivas tiene un interés directo para el estudio de la cultura del incumplimiento de reglas en América Latina. Si abordan el tema es porque consideran que ello puede iluminar otros fenómenos que merecen su atención principal.

El punto de vista estratégico sobre el incumplimiento es quizás el más conocido y, por lo general, se encuentra en aquellos autores que ven a la sociedad como un conjunto de individuos racionales y egoístas.<sup>2</sup> La mirada cultural es aún menos coherente y sistemática. Sólo contiene referencias aisladas sobre el incumplimiento de reglas (Da Matta, 2002; Mockus, 1994), por lo general en estudios y ensayos históricos y culturales sobre la importancia de la cultura y los valores sociales. La visión política del incumplimiento se encuentra, por lo general, entre quienes tienen una percepción crítica del poder y del derecho en América Latina. Dos tradiciones sostienen esta perspectiva: por un lado, la vieja tradición *iusnaturalista* española<sup>3</sup> que pone la justicia por encima de la ley y del derecho a resistir al poder injusto, por encima de la obligación de cumplir los mandatos del

2 Muchos de esos autores adoptan posiciones cercanas al individualismo metodológico, es decir a la doctrina que sostiene que todos los fenómenos sociales son explicables por elementos individuales, tales como las metas, las creencias y las acciones de los individuos. Véanse Arrow (1994) y Hodgson (2007).

3 Ligada a la célebre Escuela de Salamanca del siglo XVI, desde donde escribieron Francisco de Vitoria, Diego de Covarrubias, Martín de Azpilcueta y Domingo de Soto, entre otros.

soberano o del funcionario (Gargarella, 2005),<sup>4</sup> y, por otro, la tradición marxista.<sup>5</sup>

Cada una de estas tres visiones acentúa un tipo particular de razones para incumplir: el interés, en el caso de la visión estratégica; la defensa, en el caso de la política; y los valores, en el caso de la cultural. Por ello mismo, porque tienen en mente sólo un tipo de razones para incumplir, cada una refiere a una mentalidad incumplidora en particular: alguien que incumple cuando no le conviene, otro que incumple para defenderse y un tercero que incumple porque cree que existen valores superiores a los de la norma impuesta. En la práctica, en cambio, una misma persona puede incumplir por una, por varias o por todas estas razones.

A continuación analizaré la mentalidad de estos personajes incumplidores, luego me abocaré a los contextos en los cuales actúan y, por último, aludiré a los remedios necesarios para contrarrestar las prácticas de incumplimiento.

#### **LAS MENTALIDADES INCUMPLIDORAS**

Es posible ponerles nombres a las tres mentalidades incumplidoras señaladas más arriba: “vivo” sería quien desobedece por interés; “rebelde”, quien lo hace para defenderse de la autoridad, y “arrogante” el que incumple en defensa de valores superiores. Estos no son los únicos personajes incumplidores. A medida que avance la explicación surgirán otros. Por ahora me limitaré a describir la mentalidad de estos tres sujetos teniendo presente que se trata de tipos ideales, no de una descripción fiel de la realidad (Weber, 1992). En el análisis consideraré dos variables: la clase social –cada clase tiene sus formas típicas de incumplimiento– y el tipo de racionalidad, que puede ser valorativa o instrumental. Más adelante volveré sobre esto.

Algunas aclaraciones previas: 1) me interesa estudiar las mentalidades incumplidoras cotidianas antes que el comportamiento criminal o desviado; 2)

4 Con el ascenso de nuevos líderes de izquierda en América Latina asistimos hoy a una especie de renacimiento de la tradición del derecho de resistencia al poder. En Colombia, por ejemplo, el padre jesuita Javier Giraldo defiende el derecho a no colaborar con el sistema judicial. Véase mi polémica con el padre Giraldo (García Villegas, 2009a).

5 Véanse los escritos de José Carlos Mariátegui (1969: 42). Una especie de combinación de las dos tradiciones puede verse en los escritos del padre Javier Giraldo. Al respecto véase mi debate con él en la obra citada arriba.

tampoco me ocuparé del incumplimiento fundado en la negligencia o la ignorancia. Aquí me intereso por un tipo de comportamiento intermedio que puede ubicarse entre la intención y la causalidad: entre un crimen voluntario y un desacato por ignorancia; 3) no sólo tendré en cuenta el incumplimiento de normas legales –códigos, Constituciones, reglamentos, etc.– sino también de normas sociales e incluso morales, y 4) a pesar de la injerencia de este tipo de comportamiento tiene en América Latina, es importante tener en cuenta que, incluso aquí, la mayoría de la gente cumple con el derecho.

#### LA VISIÓN ESTRATÉGICA: EL VIVO

El vivo es el personaje incumplidor más común. En todos los países de América Latina, desde el norte de México hasta la Patagonia, el vivo es reconocido y sus consignas practicadas. En su libro *Psicología de la viveza criolla*, Julio Mafud explica cómo el vivo reacciona legítimamente contra una sociedad extraña y arbitraria. “El vivo no es un rebelde sino un aprovechador”, dice Mafud (1971: 112). El ideal del argentino, añade, es ser vivo; “ser madrugador antes que lo madruguen” (110); salir adelante en cada situación. Lo mismo se escucha en el resto de América Latina. “La honradez es de los pendejos”, dice el Chulla Romero y Flores en Quito (Icaza, 2005).

El vivo es un personaje de frontera. No es un pícaro ni un vividor, tampoco es un travieso; pero tiene un poco de todos esos personajes. Si actúa de manera ruin es porque lo necesita, más que por ser esa su naturaleza. Si se aprovecha de los demás, es por conveniencia antes que por principios, y cuando hace travesuras no siempre es porque se lo propone. El vivo siempre busca satisfacer su interés personal y para ello acomoda los medios a los fines, de tal manera que le sirvan de la mejor manera posible, sin importar código moral o ley.

La viveza es un comportamiento ambivalente. Por un lado, es motivo de elogio, puesto que representa la capacidad de salir adelante en situaciones difíciles. El escritor paraguayo Matías Leguizamón dice sobre la guerra del Chaco: “Fue uno de los eventos más significativos de nuestra historia. Los paraguayos triunfamos sobre un enemigo superior en casi todo, menos en la viveza en momentos cruciales. Este evento demostró lo que somos capaces de hacer, y fue una clara evidencia de la determinación férrea de nuestra gente”.<sup>6</sup>

Por otro lado, la viveza puede ser reprochable cuando se utiliza para “tumbar”, engañar o sacar provecho de alguien; alguien que por lo general cumple.

<sup>6</sup> Disponible en: <[www.asa.edu.py/travesia/articulos/matiasleguizamon.htm](http://www.asa.edu.py/travesia/articulos/matiasleguizamon.htm)>, consultado el 11 de febrero de 2007.

El ex presidente colombiano Alberto Lleras Camargo (1992) definía de esta manera al vivo: “Es un tío que resuelve todos sus problemas e invita a los demás a resolverlos por medios que están apenas al borde de la ley, y en ocasiones por debajo de la ley penal, pero en un sitio que no es fácil de descubrir. Y es, esencialmente, quien ha inventado todo género de trucos para burlarse del Estado, de todas sus reglamentaciones, de sus complejísimos formulismos”.

Pero en América Latina la diferencia entre estos dos sentidos de la viveza se desvanece en la práctica. Cuando el vivo consigue lo que se propone, obtiene elogios antes que reproches por su conducta. Los medios no son buenos pero el fin lo es, y con eso basta. El triunfo oculta los medios para lograrlo. Si alguna jugada del futbolista argentino Diego Maradona es elogiada por sus compatriotas es aquella en la cual, haciendo gala de su viveza, hizo un gol con la mano a los ingleses. El buen resultado final borra la memoria de los malos pasos intermedios. En alguna ocasión Jorge Luis Borges dijo que el argentino solía carecer de conducta moral, pero no intelectual; pasar por inmoral le importa menos que pasar por zonzo. A mediados del siglo pasado hubo en Brasil un candidato a la gobernación de San Pablo llamado Adhemar de Barros, que en su campaña utilizó con éxito el siguiente eslogan: *Rouba mas faz!* (¡Roba pero hace!).

Los vivos justifican el incumplimiento a partir de un supuesto “derecho” supralegal: el derecho al juego. Los individuos son vistos como jugadores que juegan contra el Estado y que tienen derecho a engañarlo, tanto como este puede atraparlos y sancionarlos. En la visión del juego, lo público es sólo un botín. La multa, la cárcel o la muerte son fatalidades del juego, no castigos sociales o morales. El derecho no es una norma social sino un elemento más de la aventura de vivir en “sociedad”. El reconocimiento social suele estar más ligado al triunfo que al mérito moral; el mérito es el triunfo y no otra cosa. Se crea así una cultura del incumplimiento gallardo que desprecia al ciudadano o al funcionario obediente. Por eso dice Borges que el argentino es un individuo, no un ciudadano (Borges, 1974).

Pero el vivo es ante todo un calculador. Su arte consiste en hacer un cálculo estratégico entre los riesgos del incumplimiento de reglas y los beneficios resultantes de incumplir. (Por eso, el estudio de las mentalidades no es suficiente para predecir cómo se comportarán los incumplidores. También hay que considerar los contextos en los cuales diseñan sus estrategias.)

Con esta idea de cálculo en mente, los economistas suelen explicar el fenómeno del incumplimiento como el resultado de los incentivos para no cumplir que se originan en la incapacidad institucional para sancionar a los desviados.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Las teorías económicas del delito intentan explicar el crimen y la violencia como un resultado de la falta de incentivos para cumplir. Para el caso co-

El incumplimiento es visto como el producto de una estrategia individual según la cual los costos de las prácticas criminales son bajos, comparados con los resultados obtenidos. Siendo así, el problema se origina en la existencia de instituciones débiles que no logran imponer los comportamientos que consagran en sus normas jurídicas. La falta de sanciones efectivas es un incentivo para violar las normas. Desobedecer resulta barato.

Pero si el vivo es un calculador, sus cálculos no siempre lo benefician en el mediano y largo plazo. En su análisis sobre el incumplimiento de normas en la Argentina, el constitucionalista Carlos Santiago Nino (2005) se vale del modelo del actor racional para sostener que en este país existe una especie de anomia en la vida social, a la cual denomina “anomia boba”, dado que es un tipo de comportamiento que termina perjudicando a todos o a la mayoría de los actores involucrados, no obstante el hecho de que, desde el punto de vista individual, puede considerarse un comportamiento racional.<sup>8</sup> Quizás el ejemplo más claro se encuentre en el tránsito: cuando, para llegar primero, todos los conductores –o una gran mayoría– violan las normas elementales que ordenan respetar la separación de los carriles, todos terminan obstaculizándose y llegando más tarde de lo que hubieran llegado de haber conducido según las reglas.

#### EL REBELDE

El rebelde no reconoce la legitimidad de la autoridad que crea o impone la norma y por eso se siente con derecho a no acatarla.

En la época colonial, los españoles y los blancos eran considerados personas honorables. Tener honor se asimilaba a tener virtud y libertad.<sup>9</sup> Esa libertad se traducían en dos grandes privilegios: no tener que trabajar y no tener que obedecer a nadie o a casi nadie. Tener que trabajar era propio de clases inferiores y la obediencia a Dios y al Rey –tan lejanos ambos–, aunque indiscutida, no implicaba necesariamente obediencia a las autoridades locales (Castro, 1946). Mientras más honor se tenía, más libre se era. Los extremos de la escala social se diferenciaban no sólo en términos de riqueza, sino también de honor y libertad. De un lado estaban los poderosos, honorables y libres, del otro, los esclavos.

---

lombiano, véanse Kalmanovitz (2001), Rubio (1996) y Cuéllar (2000). Véase también la Introducción.

8 Nino utiliza el célebre “dilema del prisionero” para mostrar cómo ciertos patrones racionales de comportamiento producen resultados ineficaces e insospechados.

9 El imaginario colonial asociaba el honor con la libertad (Garrido, 1997).

No sólo se ganaba libertad por ser noble, también se ganaba nobleza por ser libre. Eso hicieron los mestizos libres. En el siglo XVIII aumentó considerablemente el número de mestizos libres, también llamados “libres de todos los colores”. En una suerte de mimetismo con las clases superiores empezaron a reivindicar su honor respecto de los grupos inferiores: el honor de no tener que trabajar como el esclavo y de “no ser mandado por nadie”. El dicho, tan común en aquella época –dice M. Garrido–, “cura mande indio” aludía a la identificación del no indio con un individuo libre y, por lo tanto, desobligado (Garrido, 1997: 13). De esta asimilación mestiza entre la libertad y el honor proviene quizás esa idealización del comportamiento indómito tan frecuente en la cultura latinoamericana. Pero no sólo eso, de allí también puede provenir la relativa aceptación de la desobediencia –e incluso de la rebeldía– como actos emanados de la libertad (y del honor) (De Holanda, 1995; García Márquez, 1994).

Con la independencia llegaron nuevos valores de igualdad y obediencia a la ley que intentaron eliminar los privilegios fundados en el honor. Sin embargo, la jerarquía entre las clases sociales continuó siendo casi tan profunda como antes, lo que llevó a las elites a seguir reproduciendo los ideales del honor y la libertad para diferenciarse, no sólo de las demás clases sociales, sino también de la ley y de la autoridad política. Por otra parte, las clases medias y subordinadas, con las nuevas libertades adquiridas y ante la frágil legitimidad de los nuevos gobernantes, también reprodujeron esa veneración por la libertad y el sometimiento condicionado a la ley.

La historia de América Latina está llena de personajes rebeldes, y algunos de ellos han sido incluso sus protagonistas. Gauchos en la Argentina, charros en México, llaneros en Venezuela, bandoleros (*cangaceiros*) en el nordeste brasileño: todos tienen mucho de este carácter indómito y rebelde (Pereira de Queiroz, 1992). Martín Fierro, el personaje de la novela nacional argentina, es sin duda una de las mejores representaciones del rebelde. La diferencia entre lo criminal y lo político siempre ha sido tenue entre estos personajes. Quizás eran los mismos “los que se unían a las bandas que asaltaban los caminos y los que se incorporaban a los ejércitos revolucionarios” (Romero, 1999: 217).

Ejemplos de comportamiento rebelde pueden rastrearse, como lo hace Roberto Da Matta, en los personajes de la cultura popular.<sup>10</sup> Uno de ellos es Pedro Malasartes, un “héroe sin carácter”; un individuo pobre pero astuto y rebelde

10 Siguiendo a Clifford Geertz, Da Matta intenta desentrañar las estructuras de poder y cultura de la sociedad brasileña a través del estudio de la cultura popular: carnavales, desfiles, fiestas, canciones, oraciones y otras prácticas de la vida ordinaria (Da Matta, 2002: 10).

que utiliza el engaño y la burla para poner en ridículo a los que mandan y corregir las injusticias del mundo. Pedro Malasartes –según Cámara Cascudo (1967)– nace en una familia pobre. Tiene un hermano que busca trabajo en una hacienda pero cae en las manos de un patrón déspota que no le paga. Al verlo regresar a su casa luego de un año de trabajo y sin dinero, Pedro se llena de rabia y promete vengarse. Se hace contratar por el patrón malvado y logra, a punta de astucia, destruirlo y enriquecerse.

Pero Malasartes no es un Robin Hood que roba para repartir entre los pobres. Es más bien un transgresor burlesco, individualista y descreído, que al ver la injusticia que le tocó vivir se rebela y “hace las del diablo”. Es una historia sobre el “ascenso social como un derecho moral”. Por eso es un héroe, porque es un malo que tiene derecho a serlo. “Quería ser alguien” –dice el Chula Romero–, “alguien que robe con derecho, como roban ellos, carajo” (Icaza, 2005: 221). Si cumplir con las reglas del patrón no obtiene la recompensa debida, habrá que buscarla por medio del incumplimiento. Así, este “mundo cruel” recibirá una lección.

#### EL ARROGANTE

El arrogante acepta la norma –la ley, por ejemplo–, pero estima que él, dada su posición en la sociedad, su persona o su conocimiento, tiene derecho a ser excluido de la obligación de acatarla. El arrogante cree que la ley es muy importante para la sociedad, pero que está hecha para “los de ruana”, no para gente como él.

La cultura arrogante es, en buena parte, un legado de la colonia española.<sup>11</sup> José Luis Romero sostiene que la concepción épica de la vida fue el primer rasgo de la mentalidad conquistadora.<sup>12</sup> Recibimos de España una cultura que aprecia más los mitos grandiosos, la vida heroica y el espíritu nobiliario que la virtud del trabajo manual, el progreso material y la vida en sociedad. “Si España no es grande por su habilidad y riqueza industrial y comercial, lo es en cambio por su ánimo y grandeza”, dice De la Torre (citado por Zea, 1957: 228).<sup>13</sup>

Más que una actitud generalizada en toda la sociedad, este espíritu señorial era una característica de la moral que predicaba la elite española gobernante

11 Aunque sin duda en todas las sociedades, en mayor o menor grado, se encuentran estos personajes.

12 En esto, Romero (1999: 116) sigue a Unamuno (1993).

13 “Una ociosidad digna”, dice Leopoldo Zea (p. 230), “fue siempre mejor o más ennoblecedora a los ojos de un buen portugués o español que la ardua lucha por el pan de cada día”.

en los siglos XVIII y XIX (Escalante, 2002). Los señores de la colonia “adquirieron la soberbia de su condición de ricos, disfrazada de soberbia hidalga”, dice José Luis Romero (1999: 75) en su clásico *Latinoamérica: las ciudades y las ideas*.

Para la elite dominante, lo fundamental estaba en la contemplación de los valores superiores y la estructura social y económica que los sustentaba y legitimaba. El trabajo manual y el esfuerzo físico eran mal vistos. Ana María Prieto (2001: 70) dice que en el México colonial la gente “decente” consideraba que “la ociosidad era manifestación de éxito y de riqueza, de modo que honraba a quien la practicara” (Prieto, 2001: 70; Castro, 1959). Mientras en una parte de la Europa del siglo XVII se imponían la burguesía, la igualdad y el culto por el trabajo y la acumulación de riqueza, en Iberoamérica predominaban la defensa del espíritu señorial, la justificación de las diferencias sociales y la vida contemplativa. El ascenso social estaba más fundado en un capital social, ligado a la sangre y al pasado, que en las virtudes burguesas del trabajo y la consagración a las labores cotidianas.

La visión católico-española del mundo no propiciaba la construcción de una estructura social fundada en reglas de juego claras y universalmente aplicadas, como sucedió en los países de cultura protestante. El honor, la familia y la fe estaban siempre por encima de estos valores sociales y justificaban la introducción permanente de excepciones a las reglas del derecho.

Por ejemplo, una sanción Real estableció en 1776 que el honor de la familia podía ser una de las objeciones judiciales al matrimonio.<sup>14</sup> Las elites coloniales compartían el ideal del honor que los conquistadores trajeron a América y que las Siete Partidas definía como “la reputación que el hombre ha adquirido por el rango que ocupa, por sus hazañas o por el valor que él manifiesta”. En teoría, el honor no podía ser invocado para desobedecer a la autoridad. En la práctica, sin embargo, los casos de desacato a las autoridades locales fundados en el menoscabado honor de los gobernantes eran relativamente frecuentes en la sociedad colonial de la Nueva Granada.

La fe, por su parte, también jugó un papel importante en el fomento del comportamiento arrogante. Los españoles veían en la religión una verdad universal e indiscutible que tenían la obligación de difundir, por la fuerza si era necesario. “El gobierno cristiano –dice Zea (1957: 255)– era un gobierno templado por la virtud y dirigido por la gracia divina.” Este ideal mesiánico sobrevivió a la llegada de las repúblicas, sólo que esta vez encarnado en las elites dominantes.

14 Según Góngora, esta disposición muestra hasta qué punto la política de Carlos III, “lejos de ser burguesa, todavía estaba inspirada en conceptos basados en el estatus y el honor” (Góngora, 2003: 122).



La defensa de la familia también suele estar por encima de la ley. O, en otras palabras, la familia suele someter a los individuos con mayor eficacia que el Estado. Cuando el general José Arcadio Buendía –en *Cien años de soledad*–, gobernante despiadado de Macondo, iba a dar la orden de que fusilaran a Don Apolinar Moscote, apareció Úrsula Iguarán, su abuela, quien no sólo lo azotó sin piedad y delante de todo el mundo, sino que hizo disolver el pelotón de fusilamiento y ordenó que llevaran a Don Apolinar sano y salvo a su casa. “Atrévete, asesino”, le gritaba. “Y mátame también a mí, hijo de mala madre. Así no tendré ojos para llorar la vergüenza de haber criado un fenómeno” (García Márquez, 1970: 93).

El progreso del mercado y el surgimiento de la burguesía a finales del siglo XIX no pudieron desterrar las estructuras económicas heredadas de la colonia ni el espíritu señorial que las acompañaba. Con la independencia de España rodó la cabeza del rey, pero no las de los caudillos, militares, caciques, curacas y cabezallas (Silva Charvet, 2005: 134). Muchos señores se transformaron en burgueses, pero conservaban los resabios de su orgullo nobiliario. En el siglo XX la población mestiza ganó terreno, incluso entre las elites dominantes. Sin embargo, el espíritu de superioridad moral y política de estas cedió muy poco. Los comportamientos burgueses e igualitarios se mezclaron entonces con actitudes señoriales e hidalgas. El estatus y los roles sociales terminaron siendo más fuertes que la ley y la ciudadanía. Desde entonces, en América Latina nos guiamos de manera mucho más sustancial por los roles que desempeñamos en la sociedad que por una identidad ciudadana frente a la ley (Da Matta, 1987). El poder igualador de las leyes generales y abstractas nunca fue lo suficientemente fuerte como para desterrar las diferencias de una sociedad fundada en la jerarquía y los privilegios. Los “doctores” sustituyeron a los comendadores, barones, viscontes y consejeros del imperio, dice Gilberto Freyre (1962). Quienes gozaban de posiciones de privilegio desarrollaron toda una serie de estrategias para que el propósito universalizador de la ley fuera compatible con el reconocimiento de los privilegios.<sup>15</sup> El antiguo y el nuevo régimen terminaron conviviendo y alimentando una sociedad híbrida compuesta por espacios selectivos de modernidad y tradición.

Las tres mentalidades descritas hasta aquí ilustran las visiones sobre el incumplimiento presentadas al comienzo. La visión estratégica tiene en mente al vivo; la política, al rebelde y la cultural, al arrogante. La racionalidad instrumental, la percepción de ilegitimidad del poder y la creencia en valores supraliberales son las tres razones que, respectivamente, alimentan estas tres mentalidades. Pero estas visiones no son puras. En la práctica, como dijimos

15 Al respecto véase el texto clásico de Mariátegui, *Siete ensayos* (1969).

al inicio, se mezclan y se combinan. Es así como pueden detectarse otras dos mentalidades intermedias: el taimado y el déspota.

#### EL TAIMADO

Es un personaje híbrido, que combina la actitud estratégica propia del vivo con el desconocimiento de la autoridad del rebelde.

Incluso en las sociedades más jerarquizadas, allí donde los poderosos parecen detentar todo el poder, en algún momento los subordinados, desconociendo las reglas que los oprimen, expresan su repudio al poder. La opresión y el sometimiento nunca son absolutos. En su vida cotidiana, los dominados desarrollan una especie de arte político de la resistencia que les permite escurrirse entre las rendijas de la dominación (Scott, 1985 y 2000; Wachtel, 1971; Gruzinski, 1999; De Certeau, 1989).

En *The Weapons of the Weak*, James Scott cita el siguiente proverbio: “Cuando el gran señor pasa, el campesino sabio hace una gran reverencia y silenciosamente se tira un pedo” (Scott, 2000).

En América Latina, la sumisión de los pobres nunca fue completa. Quienes no se rebelaron abiertamente ante la invasión española –a sabiendas de que su lucha conducía a la muerte– se resignaron, sin desterrar por ello el odio y la sed de venganza de sus corazones (Wachtel, 1971). Poco a poco, con astucia y sin perder la compostura frente a los patrones, empezaron a adaptarse a las nuevas circunstancias, dosificando la obediencia y la desobediencia según las condiciones del momento. El incumplimiento velado se convirtió entonces en el arma de los débiles contra los poderosos. Indios, pobres y marginados cultivaron una actitud social de desacato soterrado a las reglas impuestas por un orden social y político que consideraban ajeno e invasor. Pobreza e hidalguía engendraron –dice Romero (1999: 78)– un “tipo particular de picaresca que no podía resolverse en la humilde y vergonzante actitud del que zurcía sus calzas”.

#### EL DÉSPOTA

La creencia en valores supraleales –propia de la arrogancia– y el abuso del poder –propio de la viveza– son dos imanes que se atraen. Por eso, cuando la mentalidad arrogante se combina con la viveza surge un personaje al que podríamos denominar “el déspota”. (Por definición, déspota es quien abusa de su poder o autoridad; alguien que de manera inescrupulosa se aprovecha de su situación para obtener beneficios personales.)

El abuso del poder y la manipulación de los valores familiares, religiosos y culturales por parte de las elites han dificultado la formación del Estado y

de lo público en América Latina. El menosprecio de estas por el derecho, lo público y, en líneas generales, por las reglas sociales –salvo las de su propio grupo– suele traducirse no sólo en una justificación del incumplimiento del derecho sino también en una justificación del abuso del derecho. Las elites negocian la aplicación de la ley; para lograrlo “hablan con las autoridades correspondientes” y acomodan su cumplimiento a sus propias necesidades e intereses. El gran jurista argentino Genaro Carrió (1973) cuenta que, en cierta ocasión, algunos generales del ejército acudieron a él para preguntarle cómo podían derrocar legalmente el régimen constitucional. Para muchos gobernantes en América Latina, como los generales argentinos que hablaron con Carrió, el derecho ha sido un instrumento de poder antes que un límite a este.

La actitud incumplidora del déspota tiene fuerte arraigo en una sociedad que acepta las desigualdades sociales profundas como si fuesen algo normal e incluso algo justificado. Esta actitud es frecuente en las sociedades latinoamericanas. En Colombia y Brasil la desigualdad es mayor que en Uruguay o en Chile, pero en todos los países las elites están acostumbradas a vivir en un entorno social en donde los pobres, cuando no mendigan, ofrecen de manera casi incondicional su fuerza de trabajo. Esto hace que las leyes, como dice Guillermo O’Donnell (1988), sean sólo aplicadas plenamente a los débiles o a los sordos. Las elites, e incluso buena parte de las clases medias de la Argentina y Brasil, no se consideran obligadas a someterse a leyes que implícitamente están hechas para “los de abajo” (Da Matta, 1987).

#### **ANOTACIONES SOBRE LOS PERSONAJES**

Si bien esta tipología de personajes incumplidores es un punto de partida interesante, no alcanza a captar buena parte de las complejidades propias del fenómeno del incumplimiento. Esto se debe a que dichos sujetos representan tipos ideales. En la práctica, los personajes se mezclan. Alguien que no respeta la fila en un banco puede hacerlo para aprovecharse del cumplimiento de los demás, pero también porque cree que tiene más “derecho” a pasar primero. La primera razón es propia del vivo, la segunda justifica al arrogante. El empleado público que disimula su ocio en el trabajo puede hacerlo tanto para defenderse de un patrón que lo avasalla como por pereza o comodidad. La viveza puede reforzar los comportamientos del arrogante, como en el caso del rico que paga menos impuestos porque desprecia al gobierno y porque simplemente le conviene. Los pandilleros colombianos, o las maras de Centroamérica, son tan taimados y vivos como arrogantes. El comportamiento rebelde y el arrogante muchas veces se confunden en personajes que no obedecen sino a sus propias creencias.

La viveza es el comportamiento más frecuente entre los incumplidores. El taimado y el arrogante suelen ser también vivos. Por eso, por ser muy común, la cultura del incumplimiento se atribuye al vivo antes que a cualquier otro personaje, y por eso también es el punto de vista estratégico –que suele tener en mente a un actor racional– el que tiene mayor visibilidad.

Los cinco personajes explicados tienen una relación particular con las dos variables planteadas al inicio: la clase social y la racionalidad. Cada clase social tiene su manera típica de incumplir. En la clase alta suelen abundar los incumplidores arrogantes. Muchos ricos de América Latina soportan mal la inclusión social y la igualdad de derechos. Por eso multiplican mecanismos de diferenciación social que les permitan seguir disfrutando de su posición –simbólica y material– de privilegio. Uno de esos mecanismos consiste en introducir excepciones a las normas para no tener que cumplirlas. Muchos miembros de la clase media, por su parte, atrapados entre el temor de caer en la marginalidad y la ilusión de ascender socialmente, suelen ver el mundo social como un territorio de competencia que el Estado no es capaz de regular y que, por lo tanto, termina premiando a los más astutos. Muchos pobres, a su vez, tienden a mantener una actitud defensiva respecto de un poder al que consideran, si no abusivo, por lo menos ajeno. Por eso –porque se sienten víctimas del sistema normativo– no cumplen, o sólo cumplen cuando se ven obligados a hacerlo.

Estas son maneras típicas de cumplir que pueden variar y combinarse, pero que logran cierta permanencia en la estructura económica que las sustenta. Los personajes incumplidores no sólo representan culturas y maneras de ver el poder, el derecho y las reglas sociales, sino también visiones y estructuras de clase relativamente estables. Las visiones del poder y del derecho, por un lado, y las estructuras de clase, por el otro, mantienen –según Pierre Bourdieu (1977, 1986)– una incidencia recíproca, de tal manera que la cultura es estructurada y la estructura es subjetivizada por la cultura.

La segunda variable se refiere al tipo de racionalidad de los actores sociales. Para ello me apoyo en la distinción clásica de Max Weber entre racionalidad valorativa e instrumental. La primera se funda en la creencia en un valor –ético, estético o religioso– sin importar los resultados que conlleve su cumplimiento (Weber, 1992). Esta es la ética propia de los santos. Su conducta obedece a sus creencias, y no están dispuestos a negociarlas cuando las consecuencias puedan parecer indeseables. La racionalidad instrumental, por su lado, está determinada por la búsqueda de los medios más eficientes posibles para alcanzar los resultados esperados. Esta racionalidad caracteriza al político. Su objetivo es lograr ciertos fines y para ello está dispuesto a adaptar los medios –con sus valores y sus creencias– para conseguirlos (Weber, 1978). La racionalidad estratégica predomina en el vivo, el déspota y el taima-

do, mientras que la mentalidad valorativa es propia del rebelde, el arrogante y el reformador.

Antes de terminar quisiera aclarar los siguientes puntos:

1. El estudio de las mentalidades es importante, pero no suficiente, para entender el fenómeno del incumplimiento. Una misma persona con una mentalidad incumplidora bien definida puede convertirse de pronto en un cumplidor estricto al pasar de un contexto a otro. El vivo empedernido cumple cuando ve que la policía está cerca y que lo puede sancionar; el rebelde puede obedecer cuando cambian la autoridad o las normas; el arrogante acata las normas cuando son compatibles con los valores que defiende, etc. Eso no significa que las mentalidades sean irrelevantes. La presencia de la policía puede disuadir al vivo de incumplir, pero no necesariamente al rebelde o al arrogante. La mayor legitimidad de la autoridad puede ser una razón para que el rebelde cumpla y a su vez resultarle indiferente al vivo. Hay quienes no cambian aunque cambien los contextos, y siempre son vivos, rebeldes o taimados. La complejidad de las prácticas de incumplimiento deriva justamente de esa combinación variable entre visiones o mentalidades y contextos sociales.

Los contextos –como las mentalidades– también varían. Esa variación afecta sobre todo al vivo, que por ser un actor esencialmente instrumental cambia de estrategia cuando cambia de contexto. También afecta al taimado y al déspota, que tienen mucho de vivos. No es lo mismo pasar un semáforo en rojo a las tres de la mañana en un suburbio de Lima que a las tres de la tarde en pleno centro de la ciudad; tampoco es lo mismo no respetar el turno en la sala de urgencias de un hospital que en la entrada de un concierto o en una cafetería. El rebelde, el reformador y el arrogante, en cambio, son más valorativos y por eso, en principio, menos volubles ante los contextos. Sin embargo, estos también pueden afectarlos dado que la percepción de la autoridad y la interpretación de los valores forman parte de esos contextos.

Las variaciones contextuales dependen de múltiples factores: el tiempo, el lugar, la infraestructura, el tipo de normas, las condiciones económicas y culturales de los sujetos, el tipo de relaciones sociales que mantienen, etc.<sup>16</sup> Pero hay un factor contextual particularmente determinante para la suerte que corre el cumplimiento de las normas. Me refiero al grado de presencia institucional –o de capacidad institucional– que tiene un espacio social determinado; es decir, la mayor o menor institucionalización del espacio social. En América

16 En *Normas de papel* hicimos algunos estudios empíricos que muestran esto. Por ejemplo, los mismos pasajeros respetan más las normas cuando viajan en subterráneo –limpio, moderno, bien ordenado– que cuando lo hacen en ómnibus (García Villegas, 2009b).

Latina, la institucionalidad o la ley no siempre son las mismas en todas partes. Cambian, como si fueran camaleones. A veces las instituciones son fuertes y tienen capacidad para imponerse; otras veces son meras fórmulas de papel; con mucha frecuencia son instancias con las que se negocia, se pacta. Por eso la pregunta por el incumplimiento es también una pregunta sobre qué tipo de ley o de institución es la que pretende ser obedecida.

2. Cada uno de los cinco personajes descriptos –con las combinaciones diacrónicas y sincrónicas propias del caso– refleja una manera de ser rutinaria y corriente de parte de la vida diaria de los latinoamericanos. Más que desviados, sus comportamientos están “normalizados” y en cierta manera regularizados en la sociedad. Se guían por reglas sociales antes que por otras reglas, por ejemplo jurídicas.

Aquí vale la pena explicar algo de la complejidad propia de la relación entre el concepto de regla en la sociología y en el derecho. El acatamiento del derecho no siempre se explica como el resultado de la obediencia, ni como el resultado de una mera causalidad. Como lo ha explicado Pierre Bourdieu, existe un espacio intermedio entre causalidad y obediencia: el espacio propio del *habitus*. Buena parte del comportamiento incumplidor –como del cumplidor– es el resultado del *habitus*. Desde esta perspectiva sociológica, el comportamiento incumplidor va más allá de la epidermis institucionalista, donde se crean las normas jurídicas. Siguiendo a Bourdieu, Jacques Bouveresse sostiene que, como el *habitus* no tiene necesariamente una naturaleza propiamente mental (hay formas de *habitus* puramente corporales), es independiente de cualquier distinción entre lo consciente y lo inconsciente y no es menos independiente de la distinción entre el constreñimiento causal y la acción libre y voluntaria. El *habitus* es un concepto intermedio entre la regla en sentido jurídico y la regla en sentido causal, propia del mundo físico.

Por eso es que, por lo general, ni los personajes incumplidores ni los demás perciben las prácticas de incumplimiento como actos delictivos o vandálicos, ni siquiera como perturbaciones del orden. La gente se queja –raramente protesta–, pero en la mayoría de los casos el incumplimiento es visto como una fatalidad, como algo que hay que soportar e incluso tolerar, no como una falta.<sup>17</sup> Por eso, suele ocurrir que los incumplidores no sólo no aceptan el reproche de quienes eventualmente los critican, sino que se indignan frente a los críticos por “meterse en lo que no les importa”.

17 Uno de los propósitos de las campañas de cultura ciudadana del alcalde Antanas Mockus consistió en aumentar la autorregulación; es decir el reproche ciudadano contra las conductas desviadas a través de la denuncia.

A veces, por diversas circunstancias, los incumplidores de reglas sociales pasan a la ilegalidad abierta y las mentalidades incumplidoras ordinarias encarnan en grandes criminales: el rebelde puede terminar siendo un guerrillero, el déspota un tirano, el vivo un jefe mafioso, el taimado un ladrón, etc. Este paso no siempre es fácil, pero se da con más facilidad en una sociedad como la nuestra, donde el cumplimiento de pequeñas reglas es muy frecuente, que en una sociedad de grandes mayorías de cumplidores natos. Pero el salto a la criminalidad –ilustrado en algunos personajes retratados en este libro– no debe oscurecer el hecho de que las mentalidades de estos personajes también suelen ser propias de los ciudadanos comunes y corrientes.

Existen otras actitudes de ruptura frente al orden social que no son propiamente delictivas. Los taimados, y a veces los vivos, por voluntad o por necesidad, desatan las amarras que los vinculan al mundo social para convertirse en marginados o en colonos que habitan los bordes de ese mundo. El arrogante puede convertirse en un intelectual cínico o en un bohemio; ambos se apartan del mundo social con una actitud de desprecio por los valores y las reglas establecidas. Todos estos personajes pueden ser catalogados como incumplidores radicales, a diferencia de los incumplidores ordinarios o prosaicos.

3. Cada una de estas mentalidades refleja una deficiencia básica del sistema político y jurídico. La viveza es producto de la ineficacia del Estado para imponer sanciones; la rebeldía es resultado de la falta de legitimidad del poder político, y la arrogancia es producto de la ausencia de una cultura de la legalidad (*Rule of Law*). En consecuencia, los remedios contra las prácticas de incumplimiento son una especie de antídoto contra los tres personajes incumplidores básicos mencionados. Así, contra la viveza se requiere un poder estatal capaz de imponer sanciones efectivas a los detractores. La actitud de los rebeldes se contrarresta incrementando la legitimidad. Por último, la actitud arrogante necesita una cultura ciudadana de respeto por la ley. Ninguno de estos remedios está destinado exclusivamente a un tipo de comportamiento incumplidor. Todos son complementarios: la efectividad contribuye a mejorar la legitimidad; la cultura de la legalidad requiere la legitimidad del poder; la efectividad se obtiene más fácilmente cuando existe una cultura de la legalidad. Así, los remedios están interconectados e influyen unos sobre otros de manera recíproca.

4. Ahora bien, como dije antes, en la práctica estos personajes no sólo se mezclan sino que un mismo sujeto puede cambiar de mentalidad de un momento a otro. Pero hay algo más: en la práctica, el fenómeno del incumplimiento en una sociedad determinada suele tener motivos mucho menos claros y definidos de lo que sugiere esta tipología. Con mucha frecuencia el incumplidor es un tipo negligente, perezoso, descuidado o simplemente indolente que no se

refleja en ninguno de estos personajes. Pero eso no invalida la importancia de la tipología. Aun cuando muestra –como es natural en este procedimiento analítico– que la realidad es más compleja que las categorías que usamos para entenderla; aunque, justamente por eso, la tipología puede ser útil: para discernir mejor esa complejidad.

5. Los personajes aquí descriptos han sido construidos a partir de motivaciones.<sup>18</sup> Estas pueden ser de muchas clases. A veces están fundadas en simples intereses personales –como suele ocurrir con el vivo–, a veces en principios racionales –el rebelde o el arrogante– y a veces en simples pasiones –como puede suceder con el déspota, el rebelde o el restaurador o reformador–. El tema de las motivaciones es muy complejo –como lo ha mostrado Jon Elster (1999) en *Alquimias de la mente*–, entre otras razones porque no siempre lo que se hace explícito es aquello que realmente impulsa al individuo. (Como en el cuento de la zorra y las uvas verdes, muchas veces adaptamos nuestras motivaciones a nuestras posibilidades o intereses.) Aquí he dejado de lado estas complejidades –más propias de un análisis microsociológico– y me he limitado a tratar el tema de las motivaciones como si fueran estáticas.

6. Por último, es importante señalar que no sólo los individuos desobedecen en América Latina; también lo hace el Estado. Más aún, el Estado es quizás el primer incumplidor y de allí, de ese hecho notorio, deriva una justificación muy frecuente para el incumplimiento de los individuos.

#### CONCLUSIONES

En América Latina existe una enorme brecha entre, por un lado, las normas escritas, las que enseñan los profesores en las facultades de derecho, las que promulgan los legisladores y aplican los jueces y, por el otro, los comportamientos de la gente, incluyendo el de esos profesores y esos legisladores. Los latinoamericanos vivimos en una especie de sociedad esquizofrénica, en la que se habla mucho de lo que debe ser y se promulga mucho sobre el deber, pero se practica muy poco lo que se promulga.

<sup>18</sup> Motivaciones, antes que valores. En ese sentido, la cultura, como lo explicara Ann Swidler (1986), “es más un estilo o un conjunto de habilidades y *hábitos* que un conjunto de preferencias o necesidades”; esto se acerca a la idea de práctica de Bourdieu (1980).



En este ensayo he querido mostrar cómo el incumplimiento no es simplemente un comportamiento que genera desorden o incluso crimen. Antes que un acontecimiento excepcional, que requiere la intervención de las autoridades penales, disciplinarias o correccionales, el incumplimiento es un comportamiento normalizado y socialmente aceptado. Por eso, las claves para entender esa cultura no están en las normas –jurídicas u otras– que se crean y que no se obedecen, sino en la incompatibilidad entre esas normas y otras diferentes, de tipo social, que permiten comportarse de otra manera y que, en última instancia, terminan siendo más influyentes.

Por eso, lo importante no es tratar de entender los incumplimientos más notorios –como el robo, el asesinato, la corrupción y, en general, los crímenes cometidos por algunos pocos individuos desviados– sino tratar de entender el incumplimiento masivo de millones de latinoamericanos en su vida cotidiana, cuando salen a la calle, cuando estudian, cuando trabajan, cuando se relacionan con el jefe, con el policía, con el funcionario público, con el profesor, etc. Es ese desacato ordinario, que no es excepcional sino regular, es decir, que obedece a reglas –a otras reglas–, el que nos ayudará a comprender por qué nuestras instituciones son lo que son y no lo que las normas que las crean dicen que son.

Por eso, también, la teoría del incumplimiento de normas es mucho más abarcadora. Por un lado, es parte de la teoría política, en tanto contribuye a explicar cómo nos relacionamos los latinoamericanos con el poder y con la autoridad. De esa cultura surgen, a mi juicio, muchos de los males recurrentes de nuestras instituciones, de nuestro sistema político y de nuestra democracia. Entender las razones por las cuales la gente incumple –las mentalidades incumplidoras– nos ayudaría no sólo a comprender mejor el fracaso del derecho y los límites de las soluciones simplemente jurídicas a nuestros problemas sociales, sino también a tener una visión más realista y pragmática de esos problemas y de las políticas públicas imprescindibles para enfrentarlos. Pero la teoría del incumplimiento de reglas es también parte de la teoría jurídica latinoamericana, en tanto ayuda a esclarecer el fenómeno de la ineficacia del derecho y la compleja relación entre la validez de los tres sistemas normativos esenciales (el moral, el legal y el social).

#### **POST-SCRIPTUM: IDEAS PARA UNA PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN**

El tema de la cultura del incumplimiento es central, a mi juicio, para comprender el derecho, o al menos para entender su realidad en América Latina. Esa cultura participa de un fenómeno más general de ineficacia jurídica que

abarca, entre otros, los siguientes temas: la incapacidad institucional para hacer efectivo el derecho; la herencia española y colonial en la concepción de la autoridad y de la ley; los problemas de diseño institucional (la brecha entre los textos escritos y las realidades sociales); la criminalidad individual y organizada; la relación entre derecho, moral y cultura; y la legitimidad del Estado, de la autoridad y de los jueces.

Todos estos temas son importantes y deberían ser tenidos en cuenta a la hora de intentar explicar por qué en América Latina existe una brecha tan grande –desde la época colonial– entre el derecho y la realidad social. Una propuesta semejante de ampliación temática va a contramano de las visiones analíticas del derecho, que buscan una teoría simple y elegante para explicarlo. Desafortunadamente, la complejidad y la hibridez de nuestras sociedades dificultan este objetivo. Pero esa complejidad también tiene su encanto.

Dada la amplitud de estos seis temas, propongo que nos concentremos en tres de ellos para iniciar una reflexión compartida entre colegas del continente.

#### LA HERENCIA CULTURAL

En varios países de América Latina se celebra este año el bicentenario de la independencia de España. Quizá sea este un buen momento para reflexionar sobre la capacidad de las instituciones creadas a principios del siglo XIX, y en particular sobre el derecho, a fin de dar origen a nuevas sociedades y romper con las amarras que atan a nuestras sociedades al período colonial. ¿Por qué, a pesar de la evidente incapacidad del derecho y de las instituciones para cambiar a la sociedad, la brecha entre este y la realidad social y la confianza en él permanecieron y se reprodujeron como si la ineficacia no los afectara? Parte de la respuesta a este interrogante, a mi entender, radica en factores culturales relacionados con la concepción del poder, la autoridad y la ley. Estos factores, que a diferencia del derecho cambian lentamente, están profundamente afeccionados a las condiciones materiales y a las estructuras económicas –algunas de las cuales no han variado mucho desde la colonia– existentes en nuestras sociedades. Vale la pena estudiar más estos fenómenos. Pongo un ejemplo: durante la época colonial la economía del contrabando fue, por lo general, más importante que la formal. Eso creó una mentalidad particular –descalificadora– respecto de la capacidad del Estado y de las autoridades para regular el comercio. ¿En qué medida esa mentalidad sigue vigente hoy en día?

#### LA RELACIÓN ENTRE DERECHO, MORAL Y CULTURA

En la vida social confluyen tres sistemas reguladores: el jurídico, el moral y el social. A cada uno de estos sistemas corresponde un tipo de sanción específica:

la multa o la cárcel en el caso de las leyes; la culpa en el caso de la moral, y la vergüenza en el caso de la cultura. En la práctica, sin embargo, los tres sistemas tienen fuertes conexiones. Buena parte de la moral predominante en una sociedad está incorporada en el derecho. Esto se pone de manifiesto no sólo en aquello que Lon Fuller denominaba “la moral interna del derecho” –una especie de sabiduría moral acumulada en el derecho a lo largo de la historia– sino en la simple constatación de que gran parte de lo que la moral condena el derecho también lo condena (o simplemente lo ignora). Muchas de las deficiencias del derecho en América Latina –su ineficacia, por ejemplo– se originan en el hecho de que la gente desobedece lo establecido en las normas jurídicas porque prefiere acatar una norma social o moral que considera más importante. Por eso conviene explorar, preferentemente a partir de encuestas comparadas, cuáles son las conexiones empíricas que existen –por ejemplo, en la mente de los individuos– entre esos tres órdenes normativos.

#### EL DISEÑO –Y LA TRANSFERENCIA– LEGAL E INSTITUCIONAL

La historia política e institucional de América Latina puede resumirse en la historia de la recepción infructuosa de instituciones foráneas que funcionan y producen buenos resultados en sus países de origen pero que una vez implantadas en nuestras sociedades, o bien no sirven para nada, o bien producen otros efectos diferentes a los esperados. Esta no es una idea nueva en el continente; ya en la primera mitad del siglo XIX, Juan Bautista Alberdi y sus colegas argentinos –los de la llamada Generación del 30: Esteban Echeverría y Domingo Faustino Sarmiento, entre otros– sostenían la imperiosa necesidad de conocer las condiciones sociales y culturales antes de importar instituciones europeas. ¿Cómo es posible entonces que esta idea no haya suscitado más atención entre los políticos y diseñadores de instituciones de América Latina? Quizás esto se deba a que el desconocimiento de las condiciones fácticas en las que operan las instituciones no sólo se explica como un fracaso, el de quienes están encargados de la recepción o de la importación de instituciones foráneas, sino también como una estrategia política. Una estrategia que consiste en crear instituciones para obtener los beneficios de legitimación política provenientes de la institución importada, sin que ello implique aceptar los efectos prácticos de su puesta en funcionamiento. Otra explicación posible proviene simplemente de que lo más fácil –lo más eficaz en el corto plazo político– es copiar instituciones y traducirlas en reformas legales.

Sean cuales fueren las causas de este menosprecio hacia los contextos, el hecho es que esta práctica institucional se ha acentuado en los últimos años, sobre todo con el predominio de las teorías económicas neoinstitucionalistas; por eso, y por otras muchas razones, vale la pena estudiarla.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arrow, Kenneth J. (1994), "Methodological Individualism and Social Knowledge", en *American Economic Review* 84 (2): 1-9.
- Borges, Jorge Luis (1974), "Nuestro pobre individualismo", *Obras Completas*, Buenos Aires, Emecé.
- Bourdieu, Pierre (1977), *Outline of a Theory of Practice*, Nueva York, Cambridge University Press. [Ed. cast.: *Razones sobre la teoría de la acción*, Barcelona, Anagrama, 1999.]
- (1980), *Le sens pratique*, París, Minuit. [Ed. cast.: *El sentido práctico*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2007.]
- (1986), "Habitus, code et codification", en *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64.
- Carrió, Genaro (1973), *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea.
- Câmara Cascudo, Luís da (1967), *Contos tradicionais do Brasil*, Río de Janeiro, Edições de Ouro.
- Castro, Américo (1946), *Iberoamérica, su presente y su pasado*, Nueva York, The Dryden Press.
- (1959), *Origen, ser y existir de los españoles*, Madrid, Taurus.
- Cuéllar, María Mercedes (2000), *Colombia: Un proyecto inconcluso. Valores, instituciones y capital social*, Bogotá, Universidad Externado.
- Da Matta, Roberto (1987), "The Quest for Citizenship in a Relational Universe", en J. Wirth (comp.), *State and Society in Brazil. Continuity and Change*, Boulder, Westview Press.
- (2002), *Carnavales, malandros y héroes*, México, Fondo de Cultura Económica.
- De Certeau, Michel (1989), *Le Savant et le populaire*, París, Seuil-Gallimard.
- De Holanda, Sérgio Buarque (1995), *Raízes do Brasil*, San Pablo, Companhia das Letras. [Ed. cast.: *Raíces del Brasil*, México, FCE, 1955.]
- De Madarriaga, Salvador (1928), *Englishmen, Frenchmen and Spaniards*, Londres, Geoffrey Cumberlege.

- Elster, Jon (1999), *Alchemies of the Mind*, Cambridge, Cambridge University Press. [Ed. cast.: *Alquimias de la mente*, Barcelona, Paidós, 2002.]
- Ellickson, Robert (1991), *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Escalante, Fernando (2002), *Ciudadanos imaginarios*, México, Colegio de México.
- Freyre, Gilberto (1962), *Ordem & Progresso*, Río de Janeiro, José Olympio.
- Ganivet, Ángel (1980), *Idearium español*, Madrid, Espasa-Calpe.
- García Márquez, Gabriel (1970), *Cien años de soledad*, Barcelona, Círculo de Lectores.
- (1994), “La proclama por un país al alcance de los niños”, en *Consigna*, 18: 5-8.
- García Villegas, Mauricio (2009a), “Carta al padre Giraldo”, en *Semanario Caja de Herramientas* 164.
- (2009b), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de normas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- (2010), “Individuos sin sociedad; sobre la cultura del incumplimiento de reglas en América Latina”, en M. Villora Mendieta y M. I. Wences Simon, *La cultura de la ilegalidad. Instituciones, proceso y estructuras*, Madrid, Catarata.
- Gargarella, Roberto (2005), *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- Garrido, Margarita (1997), “Honor, reconocimiento, libertad y desacato: sociedad e individuo desde un pasado cercano”, en Luz Gabriela Arango, Gabriel Restrepo y Carlos Eduardo Jaramillo (comps.), *Cultura, política y modernidad*, Bogotá, U. Nacional de Colombia, CES.
- Góngora, Mario (2003), *Historia de las ideas en la América española y otros ensayos*, Medellín, Universidad de Antioquia.
- Goytisoló, Juan (1969), *España y los españoles*, Barcelona, Lumen.
- Gruzinski, Serge (1999), *La pensée métisse*, París, Fayard. [Ed. cast.: *El pensamiento mestizo*, Barcelona, Paidós, 2000.]

- Hodgson, Geoffrey M. (2007), "Meanings of Methodological Individualism", en *Journal of Economic Methodology*, 14 (2): 211-26.
- Icaza, Jorge (2005), *El Chulla Romero y Flores*, Quito, Libresa.
- Instituto Hans Kelsen (1984), *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*, Bogotá, Temis.
- Kalmanovitz, Salomón (2001), "Las instituciones colombianas del siglo XX", en G. Misas (comp.), *Desarrollo económico y social en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- (2001), *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*, Bogotá, Norma.
- Keen, Benjamin (comp.) (1996), *Latin American Civilization. History and Society, 1942 to the Present*, Boulder, Colorado, Westview Press.
- Lleras Camargo, Alberto (1992), "El periodista Alberto Lleras", en *Antología*, Medellín, Universidad de Antioquia y BPP.
- Mafud, Julio (1971), *Psicología de la viveza criolla*, Buenos Aires, Editorial Americalée.
- Mariátegui, José Carlos (1969), *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, México, Ediciones Solidaridad.
- Mockus, Antanas (1994), "Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultura", en *Análisis Político*, 21.
- Morse, Richard (1974), "The Heritage of Latin America. In Politics and Social Change in Latin America: The Distinct Tradition", H. J. Wiarda (comp.), Amherst, Mass University of Mass Press.
- Naim, Moisés (2005), *Illicit. How Smugglers, Traffickers, and Copycats are Hijacking the Global Economy*, Nueva York, Doubleday Broadway Publishing Group.
- Nino, Carlos S. (1992), *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé. [Reed. Barcelona, Ariel, 2005.]
- O'Donnell, Guillermo (1998), *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America*, Notre Dame, University of Notre Dame Press.
- Pereira de Queiroz, Maria Isaura (1992), *Os Cangaceiros. La epopeya bandolera del norte del Brasil*, Bogotá, El Áncora.

- Prieto, Ana María (2001), *Acerca de la penderciera e indisciplinada vida de los léperos y capitalinos*, México, Conacultura.
- Romero, José Luis (1999), *Latinoamérica: las ciudades y las ideas*, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia.
- Rubio, Mauricio (1996), “Capital social, educación y delincuencia juvenil en Colombia”, en *Documentos CEDE*, Bogotá, CEDE. Universidad de los Andes.
- Scott, James C. (1985), *Weapons of the Weak. Everyday Forms of Resistance*, New Haven, Yale University Press.
- (2000), *Los dominados y el arte de la resistencia*, México, Ediciones Era.
- Silva Charvet, Erika (2005), *Identidad nacional y poder*, Quito, Abya-Yala.
- Swidler, Ann (1986), “Culture in Action: Symbols and Strategies”, en *American Sociological Review*, 51: 273-286.
- Unamuno, Miguel de (1993), *Del sentimiento trágico de la vida*, Madrid, Altaya.
- Wachtel, Nathan (1971), *La vision des vaincus*, París, Gallimard. [Ed. cast.: *Los vencidos*, Madrid, Alianza, 1976.]
- Weber, Max (1978), *Economy and Society*, Berkeley, University of California Press.
- (1992), *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Zea, Leopoldo (1957), *América en la historia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

## 8. *Lusus naturae*

Martín Böhmer\*

Si sólo algunos jueces actuaran “por su cuenta” sobre la base de lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, y no apreciarán críticamente a aquellos colegas que no respetasen esta regla de reconocimiento, la característica unidad y la continuidad del sistema jurídico habrían desaparecido. Porque ellas dependen, en este punto crucial, de criterios de validez jurídica comunes. Durante el intervalo entre estas extravagancias en la conducta de los jueces y el caos que terminaría por reinar cuando el hombre ordinario se encontrara con órdenes judiciales contradictorias, no sabríamos cómo describir la situación. Estaríamos en presencia de un *lusus naturae*,<sup>1</sup> únicamente digno de reflexión porque agudiza nuestra conciencia de lo que a menudo es demasiado obvio para ser advertido.

(H. L. A. HART, 1998: 144)

“Aquí lo hacemos así”, responde el empleado del juzgado cuando, resignada, la abogada vuelve a preguntar por la idiosincrásica forma de hacer las cosas en ciertos tribunales argentinos. Ella sabe que en algunos juzgados los tiempos perentorios de las notificaciones se vuelven meramente “ordenatorios” y que, dependiendo de quién sea la parte en cuestión en el proceso, su capacidad de extender los plazos puede convertirlos en virtualmente infinitos. También ha comprobado que en algunos juzgados no se sabe quién debe firmar ciertos documentos, o quién tomará cierta audiencia, a pesar de que esos detalles se encuentran claramente regulados en los códigos de procedimientos.

La inconsistencia no se detiene en los trámites ordinarios. A finales de la década de 1970, en plena dictadura, la Corte Suprema argentina permitía sancionar penalmente la tenencia de estupefacientes para consumo personal (CSJN,

\* Me asistió en este trabajo Sergio Giuliano, a quien agradezco.

<sup>1</sup> Se entiende por “*lusus naturae*” un capricho de la naturaleza, una persona o cosa deforme, una monstruosidad (García de Diego y Mir, 1995: 238).



1978). Una vez instaurada la democracia, a mediados de los años ochenta, la Corte lo prohibía (CSJN, 1986). A comienzos de la década de 1990 un nuevo cambio en la composición de los miembros de la Corte volvió a permitir la sanción de la misma conducta (CSJN, 1990), y a comienzos de este siglo un nuevo cambio en los jueces de la Corte volvió a prohibirla (CSJN, 2009).

Así, el señor Montalvo fue detenido por tenencia de estupefacientes para consumo personal bajo la jurisprudencia de la dictadura, pero a los dos meses la nueva Corte afirmaba que una condena como la suya era inconstitucional. Sin embargo, cuatro años después, cuando el fiscal lleva el caso ante la Corte, Montalvo recibe una sanción penal por su conducta. La Corte justifica su cambio de opinión (en realidad, el retorno a la jurisprudencia de la dictadura) respecto de un fallo dictado por otra Corte democrática apenas cuatro años atrás en estos términos:

Esta Corte, en su actual composición, decide retomar la doctrina establecida en el citado caso “Colavini”, consciente de que tal variación jurisprudencial no afecta la garantía de igualdad ante la ley, pues, desde antiguo tiene dicho que esa garantía importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales condiciones [...], principio que es aplicable a una ley que contempla en forma distinta situaciones iguales pero no puede alcanzar por analogía a un cambio de jurisprudencia que, por otra parte, no constituye cuestión federal alguna (CSJN, 1990: considerando 6° *in fine*).

La disparidad de la interpretación y de la aplicación de la ley no sólo es generalizada sino que toda crítica a quienes la incumplen resulta extemporánea, incluso cuando quienes incumplen son justamente los encargados de hacerla respetar.

La anomia, la desobediencia a las normas, la ineficacia del derecho es un tópico que, como afirman Carlos Nino (1992) y Mauricio García Villegas (2009), sorprende por su extensión y también por su falta de teorización en nuestros países. Sin embargo, a pesar de lo mucho que se ha insistido en la desobediencia de los ciudadanos y en la corrupción de los funcionarios públicos, se insiste poco en la de quienes deben hacer cumplir las normas. La cita de Hart que encabeza este trabajo nos advierte sobre el impacto que genera, en la condición misma de existencia del derecho, la falta de acuerdo entre quienes interpretan y aplican la ley sobre los criterios de identificación de las normas jurídicas. Pero esta advertencia no pasa de eso, y permanece sin ser teorizada a pesar de resultar crucial. En el caso de Hart, la falta de un análisis más detallado resulta entendible, ya que la existencia de ese acuerdo forma parte del trasfondo de las prácticas sociales inglesas de su tiempo. En nuestro caso, en cambio, dada la disparidad de criterios

para identificar en qué consiste el derecho, resulta sorprendente la indiferencia por esta cuestión. Este trabajo manifiesta la perplejidad de pertenecer a una comunidad jurídica que desatiende algunas de las preguntas más relevantes sobre el derecho y discute *ad nauseam* cuestiones que le son ajenas.

## I.

Volver a leer a los clásicos de la filosofía del derecho en Latinoamérica todavía equivale a leer tres pensadores extranjeros a la región: un austríaco expatriado, un inglés y un estadounidense. Al releerlos nos sorprendemos cuando modificamos las preguntas con las que nos aproximamos a los textos. La primera pregunta que quiero hacerles a estos autores atañe a la relevancia de la situación en la que se encuentran al escribir para la teoría que exponen. Es decir, en qué medida escribieron para un momento y un lugar determinados, y cuáles eran los problemas que buscaban solucionar. La tradición latinoamericana de lectura de estos clásicos borra su especificidad y los convierte en productores de verdades *urbi et orbi*, en la medida en que los necesita para sostener proyectos locales de política jurídica –como afirma Diego López Medina (2004), a quien en parte sigo en este punto, respecto del sostenimiento del proyecto formalista clásico vinculado con los procesos codificadores–. Sin embargo, a poco de comenzar las relecturas, los textos canónicos se confiesan sin tapujos.

### LA TEORÍA PURA DEL DERECHO SEGÚN HANS KELSEN

[La Teoría Pura del Derecho] puede considerarse una teoría específicamente austríaca (Kelsen, 2008: 119-120).<sup>2</sup>

<sup>2</sup> La cita completa es: “La tesis de que el Estado, conforme a su naturaleza, es un orden jurídico relativamente centralizado, y que en consecuencia el dualismo Estado y Derecho constituye una ficción, que se apoya en una hipótesis animista de la personificación, con cuya ayuda suele representarse la unidad jurídica del Estado, se ha convertido en un elemento esencial de mi teoría. Puede ser que yo, no en último término haya llegado a esta concepción debido a que el Estado que me quedaba más próximo y que yo mejor conocí por experiencia personal, el Estado austríaco, evidentemente era sólo una unidad jurídica. En vista del Estado austríaco, integrado por tantos grupos diferentes por raza, lengua, religión e historia, se demuestran las teorías que pretenden fundamentar la unidad del Estado en algunos nexos

Kelsen sitúa su Teoría Pura en el proyecto liberal decimonónico. En efecto, afirma que, cuando la política se organizaba conforme a los dictados de las monarquías absolutas y los Estados policiales, y la filosofía era metafísica, en la teoría del derecho primaba el iusnaturalismo conservador. El proyecto liberal, desprendido de la religión en la política y de la metafísica en la ciencia, necesitaba en cambio el positivismo en el derecho.<sup>3</sup> Y, sin embargo, la idea de la justicia como mínimo moral o como aspiración del sistema jurídico permanecía incólume hasta sus días.<sup>4</sup> ¿A qué se debía la asimetría entre el avance de la política y las ciencias y el estancamiento del derecho? Simplemente a que la codificación en los Estados nacionales de la Europa continental del siglo XIX no precisaba desprenderse de la idea de justicia. Por un lado, los textos normativos estaban demasiado cerca de las intuiciones valorativas liberales que los habían creado y, por otro, el prestigioso tra-

---

sociopsicológicos o sociobiológicos de los hombres jurídicamente pertenecientes al Estado, muy evidentemente como ficciones. En tanto esa teoría del Estado es una parte esencial de la Teoría Pura del Derecho, a esta puede considerársela una teoría específicamente austríaca” (Kelsen, 2008: 119-120). Agradezco esta referencia a la atenta lectura de Guillermo Moro.

3 Así, Kelsen afirma: “El carácter ideológico de la teoría tradicional, a la cual se opone la Teoría Pura, aparece ya en la definición que da al concepto del derecho: Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como dijimos, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelca al positivismo” (Kelsen, 1987: 65).

4 “Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no se considera una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe responder en alguna medida, por modesta que sea, a la *idea* del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es sino una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo” (65-66).

bajo de la doctrina y el silencioso trabajo de la jurisprudencia habían mantenido inteligible y en funcionamiento al sistema jurídico. Como bien dice Kelsen: “Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social” (Kelsen, 1987: 66).

Y por lo tanto, he aquí el proyecto: “La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida” (66).

Nada nuevo, entonces: el proyecto es crear una teoría purificada de toda valoración ajena al derecho. Pero hay un espacio y un tiempo en el que este proyecto se vuelve significativo. El espacio es la Europa continental y el tiempo es el de entreguerras, situación en la cual “los tiempos relativamente tranquilos” habían terminado. El contenido de los Códigos había sido puesto en duda por el estallido revolucionario de principios del siglo XX, por la Primera Guerra Mundial y por el advenimiento inminente de los regímenes autoritarios europeos. La seguridad de una práctica relativamente unívoca, de un acuerdo descriptivo y valorativo sobre lo que los Códigos mandaban, sostenido por la doctrina y la jurisprudencia y enseñado en las facultades de Derecho de las universidades de Europa continental resultaba imposible de postular. Era entonces fundamental afirmar el estudio puro del derecho puro como respuesta a la imposibilidad iusnaturalista de estudiar estos regímenes como derecho. La propuesta de una Teoría Comunista del Derecho y del Estado (Kelsen, 1957), que un iusnaturalista (liberal) habría descartado, sólo es posible para un liberal positivista.

El otro proyecto está vinculado con el nacimiento de un nuevo derecho internacional, que Kelsen enseña en la universidad. El fracaso de la Sociedad de Naciones no lo amedrenta:

La eliminación del dogma de la soberanía, principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional, es uno de los resultados más importantes de la Teoría Pura del Derecho. Aunque haya sido obtenido sin ninguna intención política, puede tener repercusiones en el ámbito de la política. Aparta, en efecto, un obstáculo, que ha podido parecer insuperable, a todo desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de centralizarlo más (Kelsen, 1987: 223).

Y la Teoría Pura concluye con esta declaración:

En este sentido puede afirmarse que, al relativizar la noción de Estado y establecer la unidad teórica de todo lo jurídico, la Teoría

Pura del Derecho crea una condición esencial para lograr la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada (224).

La Teoría Pura surge, entonces, de la necesidad de un profesor de teoría jurídica y derecho internacional que desea seguir estudiando regímenes jurídicos sin distinciones ideológicas y afirmar la relevancia cardinal de la pulsión hacia lo global, como una forma de superar las fronteras nacionales.

#### EL CONCEPTO DE DERECHO SEGÚN H. L. A. HART

*While my eyes go looking for flying saucers in the sky* (Caetano Veloso, 1971).<sup>5</sup>

El que sigue es Hart y su crítica a la teoría imperativa de las reglas de John Austin (1832-1995). Su propuesta alternativa está vinculada con la necesidad de hacer inteligible la particular práctica jurídica inglesa de mediados del siglo XX, en la cual la idea del derecho, entendido como órdenes respaldadas por amenazas y emanadas de un soberano que cuenta con cierto hábito de obediencia, se muestra impotente. En efecto, dado que las leyes también son obligatorias para los legisladores, que hay normas que no ordenan acciones sino que, por ejemplo, confieren potestades y otras que no son creadas por mandatos explícitos (Hart, 1998: 99-100), la teoría no logra capturar la compleja trama de acuerdos y sobrentendidos con los que funcionan el derecho inglés y los derechos nacionales que han logrado alcanzar esta etapa superior de la tradición del *common law*.

Hart afirma, en el Prefacio a la edición inglesa:

Ciertamente, uno de los temas centrales del libro es que ni el derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendido sin una apreciación de ciertas distinciones cruciales entre dos tipos diferentes de enunciados, que he denominado “internos” y “externos” y que pueden ser formulados allí donde se observan reglas sociales.

<sup>5</sup> En 1969 Caetano Veloso se exilió en Londres escapando de la dictadura brasileña. La canción “London London” relata la extraña sensación de vivir en una ciudad en la que la gente es amable y la policía se siente a gusto sirviendo a los ciudadanos, la sensación de vivir entre extraterrestres, recién llegados en un plato volador.

A pesar de su preocupación por el análisis, el libro puede considerarse un ensayo de sociología descriptiva; porque la sugestión de que las investigaciones sobre los significados de las palabras simplemente arrojan luz sobre estas, es falsa. Muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, entre tipos de situación social o relaciones, pueden ser mejor esclarecidas mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que estas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa (Hart, 1998: caps. 6 y 7).

Ese “contexto social que a menudo no se expresa”, y que resulta clave para el tipo de “sociología descriptiva” que propugna “el concepto de derecho”, es la compleja práctica social del derecho inglés de mediados del siglo XX. Pero, en particular, la distinción entre el punto de vista interno y el externo sobre las normas dará a la obra de Hart su mayor poder explicativo. Sin ella es imposible entender la práctica jurídica inglesa, y esta es la imputación mayor a la teoría de Austin (y de Kelsen).<sup>6</sup> La existencia generalizada del punto de vista interno, sobre todo entre los funcionarios que están encargados de interpretar y aplicar la ley, define la existencia del sistema jurídico moderno.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> “Es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, consista, en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo. Una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría jurídica ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos no existe. Quizás todas nuestras críticas a la teoría predictiva de la obligación pueden resumirse diciendo que ella hace precisamente eso con el aspecto interno de las reglas obligatorias” (Hart, 1998: 113).

<sup>7</sup> “Los enunciados de validez jurídica de reglas particulares, hechos en la vida cotidiana de un sistema por jueces, abogados o ciudadanos ordinarios, conllevan, en verdad, ciertas presuposiciones. Son enunciados internos del derecho que expresan el punto de vista de quienes aceptan las reglas de reconocimiento del sistema y, como tales, dejan sin expresar mucho que podría ser expresado en enunciados externos acerca del sistema. Lo que queda sin expresar forma el trasfondo o contexto normal de los enunciados de validez jurídica, y por eso se dice que es ‘presupuesto’ por ellos. Pero es importante ver cuáles son precisamente estas cuestiones presupuestas, y no oscurecer su carácter. Ellas consisten en dos cosas. Primero, cuando alguien afirma seriamente la validez de una determinada regla de derecho, por ejemplo una ley, usa una regla de reconocimiento que acepta como adecuada para identificar el derecho. En segundo lugar, ocurre que esta regla de reconocimiento, en términos de la cual aprecia la validez de una ley particular, no solamente

Identificar la regla de reconocimiento presupuesta como trasfondo de los enunciados de validez jurídica en el derecho inglés es relativamente sencillo: sólo requiere describir la práctica común de los tribunales y el hecho de la obediencia generalizada a las órdenes emanadas de esa práctica.

El esfuerzo hartiano constituye así una forma de entender con mayor sofisticación una práctica jurídica que realizó exitosamente la transición de una monarquía absoluta a una monarquía parlamentaria, práctica que se instala cómodamente en los mandatos de la modernidad.

#### LOS DERECHOS EN SERIO, SEGÚN RONALD DWORKIN

Supongo que Hércules es juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos (Dworkin, 1984: 177).

Cuando *Brown vs Board of Education* (1954) fue decidido, Ronald Dworkin tenía veinticinco años y estaba regresando de su segundo bachillerato, esta vez en Oxford. Había completado el primero en Harvard, y volvía a esa universidad para obtener su maestría. Luego sería clerk del extraordinario Billings Learned Hand (el mejor de los que tuvo, según el juez). Así comienza *Los derechos en serio*:

Los capítulos de este libro fueron escritos por separado, durante un período de gran controversia política sobre qué es el derecho y quién y cuándo debe obedecerlo. Durante el mismo período pareció que la actitud política llamada “liberalismo” –que en su momento fue una postura compartida por casi todos los políticos– perdía buena parte de su atractivo. Los adultos reprochaban al liberalismo su tolerancia, en tanto que los jóvenes lo culpaban de rigidez, de injusticia económica y de la guerra de Vietnam (31).

La teoría jurídica estaba llamada a responder a esos reproches, y el positivismo hartiano no brindaba las armas necesarias para sostener el liberalismo político:

---

es aceptada por él, sino que es la regla de reconocimiento efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del sistema. Si se pusiera en duda la verdad de esta presuposición, ella podría ser establecida por referencia a la práctica efectiva: a la forma en que los tribunales identifican lo que ha de tenerse por derecho, y a la aquiescencia o aceptación general frente a esas identificaciones” (Hart, 1998: 134-135).

Me propongo llevar adelante un ataque general contra el positivismo y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart. Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas (72).

En la práctica jurídica anglosajona ya habían surgido casos difíciles, como Brown, o la controversia sobre privacidad que derivaría en la lucha por los derechos reproductivos de las mujeres iniciada con Griswold vs Connecticut (1965) y, cuatro años antes de la publicación de “Los derechos...”, tiene su momento crucial en Roe vs Wade (1973). Así, el tranquilo acuerdo de la práctica del *common law* empezaba a resquebrajarse. El rol central de la Corte Warren y el avance del discurso de los derechos rodea la propuesta dworkiniana. La Constitución de los Estados Unidos ahora se puebla de principios que, como el de no discriminación y privacidad, comienzan a socavar la práctica política mayoritaria y los acuerdos entre el gobierno federal y los gobiernos estatales. Los principios insuflan vida en los derechos, y la práctica política de los acuerdos mayoritarios, tan cercana al *common law* inglés, se ve sacudida en las calles y en los tribunales.<sup>8</sup>

La defensa de la validez de un principio, sin embargo, sigue la propuesta hartiana: la confianza en “las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con las referencias a prácticas y sobrentendidos comunitarios”, muestran a un Dworkin interesado en una práctica inteligible, exitosa, de acuerdos sociales extendidos, que posteriormente desembocará en el principio de integridad que defenderá en Law’s Empire (Dworkin, 1986).

<sup>8</sup> “Un positivista podría afirmar que los principios no pueden considerarse como derecho porque su autoridad, y mucho más su peso, son *discutibles* por naturaleza. Es verdad que generalmente no podemos *demostrar* la autoridad o el peso de un principio determinado como podemos a veces demostrar la validez de una norma, localizándola en un acta del Congreso o en la opinión de un tribunal autorizado. En cambio podemos defender un principio –y su peso– apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios donde cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con las referencias a prácticas y sobrentendidos comunitarios. No hay un criterio válido que sirva como prueba de la solidez de un caso así: es una cuestión de juicio, y entre hombres razonables puede haber desacuerdos” (89).



La de Dworkin es una teoría optimista del derecho, nacida al calor de una Corte activista que abre espacio a una práctica social que confía en el poder de los derechos constitucionales y que pone el control judicial de la constitucionalidad, un problema especialmente estadounidense, en el centro de la controversia de la teoría del derecho anglosajona.

En definitiva, un autor austríaco preocupado por el fin del acuerdo codificador del siglo XIX, que ofrece una teoría para estudiar los sistemas jurídicos “injustos” y el internacional como sistema jurídico a comienzos del siglo XX; un autor inglés que ofrece una teoría para comprender la práctica institucional del derecho británico de la monarquía parlamentaria posterior a la Segunda Guerra Mundial y bendecida por un exitoso Estado de bienestar; y un autor estadounidense preocupado por comprender la democracia constitucional de la república norteamericana en un momento de controversia sobre el lugar de los derechos frente a la autoridad de la regla de la mayoría son los pilares teóricos de la teoría del derecho en Latinoamérica.

Más allá de los aspectos indudablemente relevantes de estas teorías, sobre todo entendidas como horizonte (o como ejemplos posibles) para nuestras ambiciones políticas, muchos de sus supuestos están lejos de serlo en nuestras comunidades. El ejemplo más obvio es la extendida desobediencia a las normas que caracteriza a nuestra región (y a tantas otras del planeta).

## II.

La ineficacia del derecho, la desobediencia a las normas y la anomia (boba o viva) son formas de caracterizar la falta rampante de aplicación de los acuerdos normativos a los que nuestros países llegan de tanto en tanto. Las teorías de Kelsen, Hart y Dworkin tienen poco que decir al respecto.

Kelsen:

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría Pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en la relación de motivación entre dos o más actos.

[...] es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa (Kelsen, 1987: 139-140).

La condición de inteligibilidad del sistema para el actor relevante en Kelsen (el jurista) consiste en la asunción de la autoridad del primer constituyente. Sin ella no hay comprensión jurídica de los fenómenos, sino mera regularidad. En este punto Kelsen anticipa, si bien restrictivamente para los juristas y desde una perspectiva kantiana, el punto de vista interno que Hart generalizará a toda la comunidad pero especialmente a quienes tienen la potestad de interpretar y aplicar el derecho. Por esta condición de inteligibilidad es que:

Hay una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo (142).

Aquí es donde lo normativo adquiere sentido: sobre este rango, la total concordancia hace superfluo al derecho dado el acuerdo entre lo que es y lo que debe ser; por debajo de este rango, la desobediencia generalizada muestra que la existencia de normas carece de relevancia para entender la práctica. Así:

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean en cierta medida conformes a ese orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*. Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz (142-143).

Y finalmente: “Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de ese orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía” (159).

Hart:

En un sistema jurídico en general se castigan las transgresiones<sup>9</sup> y existen normas sociales que funcionan como pautas, como “el trasfondo normal o el contexto propio, aunque no expreso” (Hart, 1998: 106) de lo que se entiende por obligación y de cómo este entendimiento generalizado se traduce en la aplicación de una consecuencia normativa en un enunciado jurídico. Esas pautas, ese trasfondo (ese *background*, de evidentes reminiscencias wittgensteinianas e incluso heideggerianas), se nutre de una presión social favorable a la obediencia y contraria a la transgresión,<sup>10</sup> en la medida en que lo que mandan (la prohibición de ejercer la fuerza, de mentir, de no cumplir las promesas, y la definición de la potestad de quienes ejercen autoridad) se reputa como importante para la subsistencia de la sociedad, pero es a la vez objeto de tentaciones y su respeto supone la imposición de una abstención.<sup>11</sup> Es por eso que

9 “Es verdad, por supuesto, que en un sistema jurídico normal en el que se sanciona una elevada proporción de transgresiones, un transgresor corre usualmente el riesgo de sufrir el castigo; así, por lo común, el enunciado de que una persona tiene una obligación y de que es probable que se la castigue a causa de la desobediencia, serán ambos verdaderos. En verdad, la conexión entre estos dos enunciados es de algún modo más fuerte: por lo menos en un sistema nacional bien puede ocurrir que, a menos que *en general* sea probable que se apliquen las sanciones a los transgresores, de poco o nada valdría hacer enunciados particulares acerca de las obligaciones de una persona” (105-106).

10 “Se dice y se piensa que una regla impone obligaciones cuando la exigencia general a favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande” (107).

11 “Lo que vale la pena destacar es que la insistencia en la importancia o *seriedad* de la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial que determina que ellas sean concebidas como dando origen a obligaciones. Otras dos características de la obligación van naturalmente unidas a esta característica primaria. Las reglas sustentadas por esta presión social serían son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social, o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor. Es típico que reglas tan obviamente esenciales como las que restringen el libre uso de la fuerza sean concebidas en términos de obligación. Así también, las reglas que reclaman honestidad o veracidad, o que exigen que cumplamos con nuestras promesas, o que especifican qué ha de hacer quien desempeña un papel o función distintivos dentro del grupo social, son concebidas en términos de “obligación” o quizás, con más frecuencia, de “deber”. En segundo lugar, se reconoce generalmente que la conducta exigida por estas reglas, aunque sea beneficiosa para otros, puede hallarse en conflicto con lo que la persona que tiene el deber desea hacer. De allí que se piense que las obligaciones y deberes característicamente implican sacrificio o renuncia, y que la constante posibilidad de conflicto entre la obligación o deber y el interés sea, en todas las sociedades, uno de los lugares comunes del jurista del moralista” (108-109).

Hart puede afirmar que la obediencia generalizada de la población (aun cuando muchos ciudadanos no asuman el punto de vista interno) es necesaria pero no suficiente. El dato que debe agregarse es el acuerdo explícito en asumir el punto de vista interno entre quienes interpretan y aplican las normas del sistema.<sup>12</sup> La posibilidad de que en un sistema jurídico los jueces no compartan este acuerdo merece la reflexión de Hart citada al comienzo de este trabajo:

Si sólo algunos jueces actuaran “por su cuenta” sobre la base de lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, y no apreciaran críticamente a aquellos colegas que no respetasen esta regla de reconocimiento, la característica unidad y la continuidad del sistema jurídico habrían desaparecido. Porque ellas dependen, en este punto crucial, de criterios de validez jurídica comunes. Durante el intervalo entre estas extravagancias en la conducta de los jueces y el caos que terminaría por reinar cuando el hombre ordinario se encontrara con órdenes judiciales contradictorias, *no sabríamos cómo describir la situación. Estaríamos en presencia de un lusus naturae, únicamente digno de reflexión porque agudiza nuestra conciencia de lo que a menudo es demasiado obvio para ser advertido* (el destacado me pertenece) (Hart, 1998: 144).

La obediencia generalizada y, en particular, la existencia de una comunidad epistémica entre los funcionarios judiciales es condición de inteligibilidad en Kelsen y de existencia particular de un sistema jurídico en Hart. La alternativa no puede ser pensada. Sólo sirve para recordarle al profesor de Oxford los siglos de violencia y anarquía que las islas británicas dejaron atrás a mediados del siglo XX.

12 “Hay, pues, dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídicas, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que *necesitan* satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno ‘por su cuenta’ y por cualquier motivo; si bien en una sociedad saludable las más de las veces aceptarán estas reglas como pautas o criterios comunes de conducta, y reconocerán la obligación de obedecerlas, o incluso harán remontar esta obligación a una obligación más general de respetar la Constitución. La segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y ajenas” (145).

Dworkin:

Por ser el más explícitamente situado de los tres autores, Dworkin no se preocupa por aquellos sistemas que no comparten rasgos relevantes con el sistema jurídico de los Estados Unidos; su teoría está dirigida a comprender y mejorar la práctica de su país. Así, cuando en el final de *El modelo de las normas (I)* desarrolla su idea de la obligación jurídica como aquella que surge cuando las razones que la fundamentan, dados ciertos principios jurídicos, “son [las] más fuertes”, acepta preguntarse:

¿Cómo decidimos qué principios han de contar, y en qué medida, en la elaboración de tal alegato? ¿Cómo decidimos si uno de los dos es mejor que el otro? Si la obligación jurídica descansa sobre un juicio indemostrable de esa clase, ¿cómo puede servir de justificación para una decisión judicial [decir] que una de las partes tenía una obligación jurídica? ¿Coincide esta visión de la obligación con la forma en que se expresan abogados, jueces y legos, y es coherente con nuestras actitudes en lo tocante a la obligación moral? Este análisis ¿nos ayuda a resolver los enigmas clásicos de jurisprudencia referentes a la naturaleza del derecho?

Es menester hacer frente a estas cuestiones, pero ya las preguntas mismas son más prometedoras que las del positivismo. Condicionado por su propia tesis, el positivismo se detiene precisamente al borde de esos casos enigmáticos y difíciles que nos obligan a buscar teorías del derecho. Cuando estudiamos estos casos, el positivista nos remite a una doctrina de la discreción que no nos dice nada ni nos lleva a ninguna parte. Su imagen del derecho como sistema de normas ha ejercido una tenaz influencia sobre nuestra imaginación, por obra tal vez de su misma simplicidad. Si nos desembarzamos de este modelo de las normas, quizás podamos construir otro que se ajuste más a la complejidad y la sutileza de nuestras propias prácticas (Dworkin, 1984: 100).

Los casos difíciles incorporados a la práctica judicial por la movilización política norteamericana de mediados del siglo XX y ambivalentemente recibidos por la Corte Suprema a lo largo de las últimas décadas generaron una nueva práctica política, ajena a la de Gran Bretaña. La Corte no es la Cámara de los Lores y, por lo tanto, era necesaria una nueva teoría. Nada nos dice Dworkin sobre la forma idiosincrásica de entender la política y el derecho al sur del Río Grande.

### III.

Ahora bien, ¿hacia dónde se dirige parte importante de la atención de las teorías europeas y norteamericanas en la segunda mitad del siglo XX? ¿Qué temas las desvelan, qué pesadillas?

Dos experimentos, ahora imposibles de realizar porque violarían reglas aceptadas sobre lo que puede hacerse con seres humanos en un laboratorio, dramatizan el horror que enfoca gran parte de las teorías filosóficas europeas y norteamericanas: los que fueron conducidos por Milgram (1975) en Yale en los años sesenta (obediencia a la autoridad) y por Zimbardo (2008) en Stanford en los años setenta (el efecto Lucifer). El primero consistía en mostrar lo lejos que pueden llegar las personas (ciudadanos comunes de la zona aledaña a Yale) en su capacidad de dañar a otro (de hecho, torturar a otro, en ocasiones hasta la muerte) obedeciendo a una autoridad a la que se le reconoce legitimidad. El segundo mostraba lo mismo con estudiantes de Stanford puestos a asumir el papel de carceleros de otros estudiantes en el contexto de una prisión armada en los sótanos de la universidad. Este último experimento debía durar dos semanas. A los seis días Zimbardo lo detuvo, desesperado por el nivel de violencia desatada. El efecto Lucifer salió a la luz luego de los sucesos de Abu Grahib. Las fotografías del experimento eran inquietantemente similares a las de la cárcel, por lo que Zimbardo decidió hacer pública su experiencia.

Muchos han afirmado que Milgram insiste en la cuestión individual. Así, pone el acento en la necesidad de aumentar la conciencia autónoma y la capacidad para deliberar y resistir la inercia social y subraya la obligación de resistir la autoridad cuando las órdenes son brutalmente injustas. El experimento recalca la gradualidad con que aumenta la injusticia de las órdenes: el sujeto del experimento no puede encontrar el límite y, una vez reconocido el hecho de estar haciendo daño a otro, es difícil dar marcha atrás sin aceptar la culpabilidad personal y no queda otra alternativa sino continuar, responsabilizando a la autoridad. Zimbardo, en cambio, pone todo el acento en el contexto. Culpa a la construcción de un orden que alienta la crueldad, la tortura, que no prevé instancias de control o de castigo, que una vez armado el juego de la explotación y la impiedad deja a los jugadores librados a la suerte que les imponen sus roles.

Auschwitz, como metáfora del orden creado por una sociedad asombrosamente obediente a reglas o a contextos radicalmente malvados, es la pesadilla a conjurar. Los movimientos de resistencia y de desobediencia civil, King, Mandela, Ghandi, el regreso de los derechos a la filosofía política, el liberalismo igualitario, la filosofía crítica de la Escuela de Frankfurt, el nacimiento de los Tribunales Constitucionales en Europa continental, el control universalizado de la constitucionalidad, y los tratados y tribunales internacionales

de derechos humanos son algunas de las reacciones enumerables frente a la violación masiva de derechos humanos a raíz de la obediencia ciega. La práctica de la asunción del punto de vista interno, ajena a la deliberación crítica del contenido de las normas, produjo en Europa monstruos con una efectividad antes nunca vista.

Por eso es que una parte del pensamiento que se asume como moderno vuelve a postular, por un lado, la dialéctica socrática como gimnasia permanente ejercitada por individuos autónomos, kantianos, y, por el otro, la necesidad de evitar el daño a terceros que nos advertía Mill para poder recrear un contexto institucional virtuoso, digno de ser llamado democracia republicana. Las propuestas oscilan entre Milgram y Zimbardo: entre libertad y necesidad, entre individuo y sociedad, entre educación y reforma política; pero, en general, ya sean propuestas de cambios de abajo arriba o de arriba abajo, insisten en desarrollar en los ciudadanos la capacidad fundamental de decir que no.

#### IV.

Las teorías comentadas y los problemas reseñados son propios de lo que García Villegas (2009: 237 y ss.), a quien sigo aquí, llama *países modernos*: en ellos rige el *Estado constitucional* con “poder para determinar la gran mayoría de los comportamientos sociales, según lo prescrito en la Constitución y en las leyes (265) sobre la *sociedad civil*”, que distingue “entre lo público y lo privado” y tiene “una neta conciencia sobre los derechos y los deberes de los ciudadanos” (267).

Los nuestros, en cambio, no son *países modernos* pero tampoco *países vacíos*, caracterizados como aquellos en los que rige un virtual estado de naturaleza donde el Estado está *ausente* y la sociedad se encuentra *desvalida* (268). Por este motivo resulta inconveniente trasladar, sin más, teorías pergeñadas para unos u otros. Ni Hart ni Hobbes nos sirven *in totum*. Nuestros países son los que García Villegas (268) denomina *países difusos*. En ellos existe un *Estado débil* que se presenta “bajo las formas y los atributos del Estado constitucional, pero en la práctica es incapaz de imponer sus pretensiones frente a otros actores locales [...]” (266) y se relaciona con una “*sociedad híbrida*, en la cual se combinan rasgos modernos y premodernos, civiles y desvalidos. Aquí la diferencia entre lo público y lo privado no es clara. Las instituciones, el espacio y los bienes públicos pierden su identidad, su uso se privatiza. Algunas personas utilizan al Estado como una propiedad privada, mientras otras no tienen la posibilidad de acceder a la protección de este” (268).

Esta combinación de rasgos que presentan los países difusos da pie a dos formas de conceptualización filosófica y fundamentación de propuestas políticas características de nuestro medio intelectual. La primera se ejemplifica en la popularidad de las teorías “eclecticas”, típicas de nuestra doctrina jurídica y representativas de la confusión teórica que los países difusos cultivan: cualquier cosa nos viene bien, dada la ubicuidad de nuestra realidad política. La alternativa es la imposición por la fuerza, o la desatención del testeo empírico, de concepciones que funcionan en contextos distintos a los nuestros y que buscamos aplicar como si fuéramos lo que no somos. La discusión sobre los “préstamos” se centra en esta última cuestión. Pero ninguna de las dos, ni la confusión teórica ni la imposición autoritaria, parecen capaces de construir el camino hacia un país moderno.

García Villegas (2009) propone que, para pasar de ser *países difusos* a *países modernos*, debemos combinar *eficacia institucional* –esto es, la capacidad para imponer la ley–, *legitimidad* –la creación de un régimen político justo– y *cultura de la legalidad* –la disposición a someterse a la ley–. Mucho puede hacerse en este sentido. Aquí sólo propondré considerar una práctica institucional en la que la región ya está embarcada como una forma de ampliar la *eficacia institucional* a través de la ampliación de la *cultura de la legalidad*, en particular la cultura de los derechos, para profundizar la *legitimidad* de las instituciones democráticas.

## V.

¿Qué puede hacer el derecho en una situación así? Si volvemos a Hart, el diagnóstico postula ampliar la cantidad de miembros de nuestra sociedad civil que asumen el punto de vista interno, y generalizarlo en aquellos que están encargados de interpretar y aplicar las normas (los jueces, sí, pero no sólo ellos, sino también los administradores públicos, los responsables de registros, los funcionarios de agencias reguladoras, los asesores de ministros, etc.). El objetivo es una sociedad civil general y muchas veces inconscientemente cumplidora de la mayoría de las normas y, crucialmente, un Estado totalmente tomado por el punto de vista interno con el objeto de conformar una comunidad epistémica alrededor de un acuerdo generalizado sobre lo que manda la ley y sobre los procesos para aplicarla o identificarla en casos de desacuerdo, que permita que las desviaciones respecto de este acuerdo sean criticadas en forma general por sus miembros.

¿Cómo se conforma esta comunidad epistémica? Las respuestas, como vimos, se dividen entre las que vienen del individuo o de la sociedad ci-



vil; es decir, respuestas culturalistas que proponen reformas educativas o “de abajo arriba” o, por el contrario, respuestas que vienen del Estado y proponen reformas institucionales o “de arriba abajo”. Sin embargo, creo que una práctica de construcción de estatalidad moderna y progresista no puede prescindir de ninguna de las dos, y por lo tanto debe plantear una aproximación sistémica al problema postulando el ejercicio de una práctica política que ponga en juego ambas pulsiones. Creo, además, que mirando un poco a nuestro alrededor encontraremos algunas prácticas que ya estamos produciendo en nuestra región y que nos llevan exactamente en esa dirección.

A pesar de que las teorías anglosajonas del derecho no prestan demasiada atención a ciertos problemas ya superados en la práctica, en los márgenes podemos encontrar fascinantes ideas que pueden sernos útiles. Un ejemplo es la discusión de Hart con el formalismo y con el escepticismo ante las reglas. En este debate se plantea el problema de una situación marginal, como la posibilidad de que surja una “incertidumbre de la regla de reconocimiento” (Hart, 1998: 183), situación que en nuestra práctica no es marginal sino que, justamente –una vez desaparecidas las certezas de la codificación y el autoritarismo y abiertos los diques del derecho internacional, la constitucionalización de las discusiones jurídicas, la fragmentación del derecho en áreas relativamente autónomas y la multiplicación de las fuentes del derecho (entre otros fenómenos regionales)–, participa de ella a diario y ha dado origen a muchos de los problemas que vengo planteando.

Supongamos entonces una situación en la que, en la práctica, no hay acuerdo epistémico. Hart propone lo siguiente:

La verdad puede ser que, cuando los tribunales resuelven cuestiones previamente no contempladas relativas a las reglas más fundamentales de la Constitución, *obtienen* que se acepte su autoridad para decidir las después de que han surgido y la decisión ha sido dictada (190).

En el original inglés Hart (1961: 149) afirma: “*Here all that succeeds is success*” (Aquí, todo lo que tiene éxito es un éxito). Es extraño que Genaro Carrió, en la traducción castellana, se haya salteado esta frase feliz de Hart, porque nos indica una práctica fundamental de la creación de derecho allí donde no lo hay. En efecto, la idea es que los jueces, ante la falta de solución evidente de un tema, se juegan por una solución que obviamente inventan y no obstante deben sostener retóricamente como ya existente. Este “mensaje en la botella” lanzado a la comunidad de pares y a la sociedad civil puede naufragar o bien llegar a buen puerto. Si llega, si es recibido y aceptado, la apuesta esperanzada

de la jueza cumple la función de crear un nuevo acuerdo para desarrollar la compleja práctica social en la que consiste el derecho.

Pero nótese la sutil relación que se crea entre Estado y sociedad. La sociedad lleva al Estado un problema (dado que la sociedad ha aceptado abstenerse de ejercer la fuerza privada para solucionarlo, o porque los procedimientos de negociación y acuerdos extraoficiales no funcionaron). El Estado (que en estos casos necesita de la sociedad para abocarse al problema, dado que no actúa de oficio) propone una solución que sabe será complicada de digerir, ya que no hay acuerdo previo. La sociedad agradece la escucha y pondera la respuesta y, una vez aceptada la oferta de acuerdo, nace una norma que los actores aceptarán como propia. Así lo dice Hart:

La manipulación que los tribunales ingleses hacen de las reglas sobre la fuerza obligatoria del precedente quizás quede descrita con mayor honestidad de esta última manera; es decir, como un intento exitoso de arrogarse potestades y ejercerlas. Aquí el éxito otorga autoridad (Hart, 1998: 191).

En términos de García Villegas, la cultura de la legalidad genera eficacia institucional y, en definitiva, legitimidad. Para Hart, sin embargo, estos casos son marginales:

Aquí, en los lindes de estas cuestiones muy fundamentales, acogeríamos de buen grado al escéptico ante las reglas, mientras no olvide que se lo acepta en los lindes, y no nos ciegue frente al hecho de que lo que en gran medida posibilita estos notables desarrollos judiciales de las reglas más fundamentales es el prestigio adquirido por los jueces a raíz de su actuación, incuestionablemente gobernada por reglas, en las vastas áreas centrales del derecho (191).

Nosotros, a falta de tribunales con “prestigio adquirido por los jueces a raíz de su actuación, incuestionablemente gobernada por reglas, en las vastas áreas centrales del derecho”, podemos comenzar al revés. La sociedad civil le otorga al Estado la oportunidad de pronunciarse (a través de las múltiples formas del acceso a la justicia); los tribunales responden con cautela pero con esperanza, sabiendo que su decisión es una propuesta de acuerdo; luego la sociedad debate si la respuesta es adecuada, y, si decide obedecerla, juntos habrán construido derecho. El próximo caso similar debería decidirse sobre la base de este acuerdo y entonces, al prestigio adquirido por su deferencia a esta deliberación conjunta los tribunales sumarán ahora el prestigio hartiano surgido de una “actuación incuestionablemente gobernada por reglas”. De esta manera

irán incorporando otros acuerdos que a su vez irán convirtiéndose en reglas que pueblen “las vastas áreas centrales del derecho”.

## VI.

Sin hacerlo explícito, entre nosotros hemos creado una práctica que sigue precisamente ese camino. Somos protagonistas generacionales de una forma de ejercer, enseñar y aplicar el derecho particularmente latinoamericana, vinculada con nuestra historia reciente, con la forma en que nos hemos sensibilizado respecto de las violaciones de los derechos humanos, con el uso que hemos hecho de los pactos internacionales y de las generosas Constituciones de nuestros países, con la actitud de tomarnos seriamente los derechos y también el derecho, con el crecimiento de nuestra sociedad civil organizada, y con la actitud entre resignada y respetuosa o francamente activista de nuestros tribunales, entre otras cosas.

A esta altura ya debe quedar claro que la práctica colectiva latinoamericana a la que me refiero es lo que hemos dado en llamar en la región “derecho de interés público” (DIP). En efecto, lo que hace sólo quince años parecían movimientos esporádicos, situaciones excepcionales y decisiones individuales hoy es práctica institucional aceptada en Latinoamérica. La práctica del DIP ha modificado el trabajo de los abogados y las abogadas; ha creado instrumentos para aumentar la incidencia de las organizaciones de la sociedad civil sobre el diseño, discusión, implementación y control de las políticas públicas; ha obligado a los parlamentos a debatir cuestiones a las que se resistían; ha permitido aumentar el control de la administración pública y de los actos de gobierno en general; ha logrado forzar el cumplimiento judicial de normas despreciadas por los poderosos. y ha puesto en la agenda de la deliberación pública temas que eran ignorados, entre otros logros (Böhmer, 2010). Paradójicamente entonces, la ineficacia de nuestro derecho y la anomia rampante de nuestras sociedades se han convertido en oportunidades únicas para crear derecho a través de la política contramayoritaria.

Cabe la siguiente aclaración: no me refiero aquí a las necesarias reformas que deben realizarse en la práctica de la política mayoritaria en nuestros países. Creo que no sólo son necesarias, sino que deben ser pensadas también en relación con los actores judiciales que han asumido un rol inédito en la región. Aquí sólo me limito a decir algunas cosas sobre la política contramayoritaria y sobre esa práctica deliberativa reglada tan compleja en que consiste el derecho.

Como decía, el DIP se trata, entre otras cosas, de la generación consciente de oportunidades para que la sociedad civil y sus tribunales confluyan en una deliberación común sobre problemas que no han hallado aún una solución (siempre tentativa pero al menos durable). En países difusos, esas oportunidades se multiplican al no contar con la garantía de que las normas que provienen de los órganos mayoritarios (o de la Constitución, de los tratados internacionales, o incluso las normas emanadas de la jurisprudencia de los tribunales nacionales o extranjeros) han sido debidamente deliberadas y por lo tanto carecen de legitimidad frente a la sociedad civil, tenga o no tenga la sociedad civil razón para no otorgar legitimidad a esas normas.

Sin embargo, para aprovechar estas oportunidades y hacerlas fructificar en soluciones durables que generen acuerdos a largo plazo y comunidades epistémicas lo suficientemente extendidas como para poder hablar de un país moderno, deben ocurrir al menos dos cosas: el surgimiento de actores sociales con destrezas suficientes para integrar una práctica tan compleja como la que acabo de describir, y la existencia de procesos institucionales que permitan a esos actores constituirse como tales y desplegar sus capacidades institucionales en pos de la consolidación de esta práctica.

Vuelvo aquí, entonces, a los dos aspectos del problema de la obediencia a las reglas que planteaba más arriba. Así como el exceso de obediencia produce monstruos (la legalidad de Auschwitz) y las respuestas se dividen en personales y sociales o en culturales y contextuales, el exceso de desobediencia también produce monstruos (la clandestinidad de la ESMA), y las respuestas también se han dividido de esa manera. Sin embargo, esta división resulta artificial y debe advertirse la necesaria relación entre las capacidades personales y las oportunidades que brinda el contexto. Nadie puede ser un gran jugador de ningún juego sin la existencia de la práctica en cuestión; es decir, de otros con destrezas similares que lo jueguen con uno, de roles, de estilos, del equipamiento necesario. Es sobre la base de estas prácticas generalizadas que uno puede sumarse al juego y, una vez dentro, jugar mediocrementemente, descollar o, en algunos casos excepcionales, reconfigurar los acuerdos colectivos en los que consta la práctica.

De allí que la propuesta consista en trabajar en los dos campos: el de las destrezas individuales y el de los acuerdos colectivos de la práctica en cuestión. Se nos abren así nuevas posibilidades teóricas y propuestas relevantes para nuestra región y nuestras profesiones.

Por un lado, la formación de destrezas jurídicas para integrar la construcción del derecho latinoamericano puede echar mano de una interesante línea filosófica que arranca con Aristóteles y su desarrollo de la idea de sabiduría práctica y continúa en la tradición de la retórica romana y medieval, llegando a nosotros a través de los desarrollos de la retórica moderna, los pragmáticos

norteamericanos John Dewey, William James y Charles Sanders Peirce, el segundo Wittgenstein, el primer Heidegger, la relectura existencialista de Hubert Dreyfus, Charles Taylor y Richard Rorty, y, más cerca del derecho, textos como el de Anthony Kronman (1995) que reivindican al segundo Llewellyn y la práctica jurídica de abogados como Abraham Lincoln, Louis Brandeis, Cyrus Vance y otros.

La formación de estas destrezas en abogados y jueces, lo que Kronman llama las destrezas del abogado estadista, están directamente emparentadas con el método de casos anglosajón, pero también, en nuestra región, con la forma de enseñar derecho que regía hasta la creación de los Códigos: el método de casos de las Academias Jurídico Prácticas de Jurisprudencia y la pasantía obligatoria en estudios jurídicos previa al examen para acceder al ejercicio profesional. Es evidente que la enseñanza clínica del derecho, más aún cuando las clínicas practican el DIP, se vuelve, imprescindible en este contexto.

La propuesta paralela, pero “de arriba abajo”, consiste en identificar en la práctica política las dinámicas que impiden la expansión de la consolidación del Estado de derecho moderno. El enfoque desde la práctica del DIP permite individualizar más fácilmente callejones sin salida, cuellos de botella e impedimentos institucionales que desde la sola meditación elitista. Así, las restricciones para acceder a la deliberación mayoritaria o a la discusión en los tribunales, el papel institucional que deben cumplir las abogadas y las juezas, la discriminación, la desigualdad con respecto a las herramientas defensivas, los límites procedimentales, las restricciones en la legitimación para estar en juicio, etc., constituyen un menú de reformas que cuentan con la necesidad de la práctica y se combinan con las destrezas de los actores para ampliarse y mejorarse mutuamente.

## VII.

La propuesta no es nueva, entonces:

- Parte de la respuesta a la desobediencia consiste en que la sociedad civil ofrezca a los tribunales la oportunidad de ir generando juntos el punto de vista interno respecto de las reglas a través de la práctica del DIP.
- Desde abajo: esta práctica y las destrezas necesarias para responder a ella desde el Estado deben enseñarse en las facultades de Derecho. La enseñanza clínica es una propuesta que se sigue con naturalidad. El método socrático de análisis de fallos también.
- Desde arriba: desde el punto de vista de la reconfiguración del contexto institucional deberían profundizarse los esfuerzos para ampliar los

procesos y las capacidades de acceso a la deliberación pública en general, y en particular a los mecanismos de la justicia, que a su vez deben ser multiplicados.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Austin, John [1832] (1995), *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. de W. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press.
- Böhmer, Martín (2010), *Género y derecho de interés público*, en prensa.
- Brown vs Board of Education of Topeka, 347 US 483 (1954).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) (2009), *In re Arriola y otros s/causa N° 9080*, 25 de agosto de 2009.
- (1990), *In re Montalvo*. Fallos 313:1333, 11 de diciembre de 1990.
- (1986), *In re Bazterrica*. Fallos 308:1392, 29 de agosto de 1986.
- (1978), *In re Colavini Ariel*. Fallos 300:254, 23 de marzo de 1978.
- Dworkin, Ronald (1984), *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.
- (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press.
- García de Diego, Vicente y Mir José María (1995), *Diccionario ilustrado latino-español, español-latino*, Barcelona, Vox.
- García Villegas, Mauricio (2009), “Los incumplidores de reglas”, en Mauricio García Villegas, *Normas de papel*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y DeJusticia.
- Griswold vs Connecticut, 381 US 479 (1965).
- Hart, Herbert Lionel Adolphus (1961), *The concept of Law*, Oxford, Clarendon Press. [Ed. cast.: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.]
- Kelsen, Hans (1957), *Teoría comunista del derecho y del Estado*, Buenos Aires, Emecé.
- (1987), *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA.
- (2008), *Autobiografía*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Kronman, Anthony T. (1995), *The lost lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge, Harvard University Press.

López Medina, Diego Eduardo (2004), *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis.

Milgram, Stanley (1975), *Obedience to Authority. An Experimental View*, Nueva York, Harper & Row.

Nino, Carlos (1992), *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé.

Roe vs Wade, 410 US 113 (1973).

Veloso, Caetano (1971), "London London", en *Caetano Veloso (a little more blue)*, Brasil, Philips.

Zimbardo, Philip (2008), *El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*, Barcelona, Paidós.

TERCERA PARTE:

**Derechos humanos, cortes  
y derecho internacional**





## **9. Autonomía y subsidiaridad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales**

*Víctor Abramovich*

### **I.**

El proceso de incorporación de tratados de derechos humanos en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos y el valor heurístico otorgado por los tribunales constitucionales nacionales a la jurisprudencia internacional han provocado transformaciones en la institucionalidad pública, además de activar fuertes discusiones jurídicas y políticas sobre los márgenes de autonomía de la justicia y del gobierno frente a la injerencia de órganos internacionales. También ha abierto un debate en el seno de algunos mecanismos de protección –como el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH)– acerca de su función en un escenario regional de democracias constitucionales.

En este artículo proponemos una agenda preliminar para la investigación y discusión de algunas tensiones entre autonomía política y protección internacional de derechos humanos en los países de América Latina. Sugerimos además la búsqueda de líneas de articulación, a partir de la revisión de los argumentos jurídicos y políticos de autonomía en el contexto regional y de su vinculación con los mecanismos concretos que apuntan a implementar el principio de subsidiaridad de la tutela internacional.<sup>1</sup>

Comenzaremos por analizar brevemente cómo muchos planteos refractarios a la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en los

<sup>1</sup> La agenda de investigación que planteamos ha sido desarrollada más ampliamente en Abramovich (2009: 95-139). También puede seguirse el estudio de algunos temas esbozados en este artículo acerca del impacto de la incorporación de los tratados de derechos humanos en el sistema judicial argentino en Abramovich, Bovino y Courtis (2007). El tema es parte de un debate mayor sobre la internacionalización del derecho y el desplazamiento de las competencias de regulación y adjudicación de normas a instancias internacionales. Véase Teubner, Sassen y Krasner (2010).

sistemas constitucionales nacionales soslayan la dimensión del proceso político que condujo a los países de la región a incorporarse en los sistemas internacionales de protección y dotar a los instrumentos internacionales de un valor normativo prioritario, e incluso constitucional, en los sistemas jurídicos locales. También señalamos el riesgo de la incorporación irreflexiva en la discusión de nociones sobre autonomía política inspiradas en el funcionamiento institucional de las democracias desarrolladas –que no dan cuenta de los problemas concretos de exclusión y limitación de los espacios de deliberación democrática en los países latinoamericanos, en especial de la situación de exclusión y discriminación estructural de grupos sociales relevantes–, así como el déficit de los sistemas de justicia en tanto mecanismos de garantía de derechos constitucionales. Planteamos además la necesidad de discutir el problema poniendo la mirada no sólo sobre la forma en que el derecho constitucional y los tribunales nacionales responden a los desafíos de la incorporación del derecho internacional, sino también en el papel de la justicia internacional y en los aspectos operativos relacionados con la implementación del principio de tutela o protección subsidiaria, como regla valiosa de articulación entre sistemas de justicia locales e internacionales.

Para ello, en los puntos II y III presentaremos algunos argumentos generales sobre autonomía y contrarios a la injerencia internacional. En el punto IV plantearemos que algunos de estos argumentos reflejan una visión esquemática de la creación de obligaciones internacionales y subestiman el peso de los actores políticos y sociales locales en esos procesos complejos y su carácter transnacional, y que ello demanda por lo tanto un análisis más minucioso. En el punto V propondremos que el debate sobre autonomía política nacional debería ser circunstanciado, estar vinculado a la realidad social y política americana, y considerar de manera diferencial los conflictos originados en patrones de desigualdad estructural y situación de exclusión social de grupos subordinados. En el punto VI examinaremos algunas discusiones concretas en el ámbito del SIDH para implementar el principio de tutela internacional subsidiaria de las garantías locales. En el punto VII plantearemos problemas de transparencia y rendición de cuentas de las instancias internacionales y discutiremos la idea de una “comunidad académica” como posible factor de control y articulación. Por último, cerraremos nuestro análisis en el punto VIII con algunas conclusiones preliminares.

## II.

La gradual incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a los sistemas jurídicos nacionales en varios países de América Latina ha ocasionado una importante transformación del derecho público en la última

década. Ese proceso no fue lineal y ha dado lugar a fuertes polémicas acerca del impacto de los estándares de derechos humanos en la jurisprudencia constitucional y los márgenes de decisión y el grado de autonomía de la justicia nacional frente a las diversas instancias internacionales.

Existe alguna evidencia para afirmar que la incorporación de los principales tratados de derechos humanos al régimen constitucional amplió el reconocimiento de derechos fundamentales y contribuyó a la promoción de algunos cambios institucionales relevantes para el adecuado funcionamiento del sistema democrático. Fue clave en ese sentido la jurisprudencia constitucional, que en algunos países asignó carácter operativo a los tratados permitiendo que los derechos que consagraban fueran directamente exigibles ante los tribunales aun en ausencia de leyes reglamentarias. También el principio de que la jurisprudencia de los órganos internacionales que supervisaban esos tratados, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resultaba una guía interpretativa para los tribunales nacionales en el momento de su aplicación doméstica. Esta posición condujo a un proceso de *globalización de estándares y principios* que transformó el marco conceptual de interpretación de la Constitución e incidió en la producción científica y la cultura jurídica. Así, las opiniones de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos –y aun del tribunal europeo de derechos humanos, que suele ser tomado como fuente de interpretación por los órganos interamericanos– se convirtieron, en muchos casos, en argumentos de abogados y juristas y en guía para la creación de jurisprudencia local en materias diversas, entre ellas el alcance de la libertad de expresión, el acceso a la justicia y las garantías procesales. Estos principios influyeron directamente sobre numerosas decisiones judiciales (Abramovich y otros, 2007; Krsticevic, 2007: 15-112).

Así, por ejemplo, los estándares jurídicos desarrollados sobre invalidez de las leyes de amnistía para graves violaciones de derechos humanos dieron sostén legal a la apertura de los procesos judiciales contra los responsables de crímenes de lesa humanidad en Perú y la Argentina. Esos estándares, fijados en el caso Barrios Altos contra Perú, han sido definitivos para invalidar la ley de autoamnistía del régimen de Fujimori y sostener el juzgamiento de los crímenes cometidos durante su gobierno,<sup>2</sup> pero la decisión del caso tuvo un efecto cascada e incidió sobre la argumentación legal de los tribunales argentinos al invalidar las leyes de obediencia debida y punto final.<sup>3</sup> La jurisprudencia inte-

<sup>2</sup> Véase, entre otros casos de aplicación doméstica de la sentencia de Barrios Altos c. Perú, el Caso Santiago Martín Rivas, Tribunal Constitucional de Perú, 29 de noviembre de 2005.

<sup>3</sup> Simón, Julio Héctor y otros, Corte Suprema de Argentina, 14 de junio de 2005.

americana también está presente, aunque de manera más tímida, en algunas decisiones recientes de los tribunales superiores de Chile.<sup>4</sup> Resulta además relevante en los debates sobre reducción de penas en el marco del proceso de paz con los grupos paramilitares en Colombia, así como en el tratamiento político y judicial de los temas pendientes de justicia transicional en Guatemala, El Salvador, Honduras y Uruguay. En los últimos tiempos, se han presentado ante la Corte IDH casos sobre crímenes de lesa humanidad cometidos en el período de la Guerra Fría en Brasil, Bolivia y México, lo que ha incidido en las discusiones políticas y judiciales locales.

No se trata de un proceso lineal y existen voces disidentes. Decisiones recientes de los tribunales superiores en República Dominicana y Venezuela relativizan la obligación de aplicar automáticamente las decisiones de la Corte IDH y procuran resguardar para las Cortes nacionales una facultad de revisión previa (test de legalidad) de la compatibilidad de la decisión del órgano internacional con el orden constitucional del país. Esta tesis parece regresar a la idea de que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho público estatal constituyen dos ordenamientos jurídicos separados que funcionan como “cuerpos extraños”. De allí que se reclame una suerte de “control de entrada” o *exequatur* de las normas internacionales en el sistema jurídico local (Ayala, 2009). Tesis que se contrapone con la de un sistema jurídico integrado que requiere una interpretación y aplicación armónica e integral expresada en la idea del “bloque de constitucionalidad” –por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional argentina y colombiana–.

En los últimos tiempos, un sector de la doctrina constitucional ha cuestionado lo que considera efectos negativos del proceso gradual de internacionalización del derecho público. Objetan la jurisprudencia constitucional que en algunos países conduciría a limitar excesivamente el margen de interpretación constitucional de los tribunales locales sobre la base de un apego excesivo y acrítico a los precedentes internacionales. Cuestionan además el “déficit democrático” de este proceso en dos sentidos. Por un lado, entienden que no hubo suficiente debate sobre el impacto de la incorporación de los tratados al orden constitucional en los procesos políticos nacionales. Por otro, opinan que la jurisprudencia internacional se desarrolla en un espacio aislado

4 La Corte IDH invalidó la autoamnistía chilena en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, Corte IDH, 26 de septiembre de 2006. Sin citar este precedente, pueden encontrarse argumentos de derecho internacional humanitario y de derecho internacional de derechos humanos en los fundamentos de las decisiones de la Corte Suprema chilena que invalidaron constitucionalmente esa norma. Véase “Hechos acaecidos en el regimiento Cerro Chena”, Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile, 13 de marzo de 2007.

y extraño al escenario político y la comunidad jurídica local y observan serias faltas de transparencia en el funcionamiento de los sistemas internacionales de derechos humanos (Abramovich, 2007; Gargarella, 2008; Bonilla, 2009; Rosenkrantz, 2005: 71-95; Rosenkrantz, 2007: 191-213).

Es indudable que estas posiciones se afirman en problemas reales originados en el proceso de implementación nacional de normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos. También en algunas debilidades de los sistemas de protección internacional, como la poca publicidad de sus decisiones, la insuficiente participación de actores locales en su ámbito, y la incipiente conformación de una comunidad jurídica capaz de seguir y criticar la jurisprudencia y exigir mayor coherencia y profundidad en sus desarrollos conceptuales.

Sin embargo, algunas de estas críticas también ponen de manifiesto, en mi opinión, cierto desconocimiento de la dinámica de creación del derecho internacional, además de subestimar los procesos sociales y políticos nacionales que condujeron a asignar un significativo peso constitucional a los tratados de derechos humanos y a integrar a los países americanos a un sistema de justicia internacional.

### III.

Como contracara de ese proceso desarrollado en el plano nacional, también se ha activado un debate sobre el SIDH. Las discusiones procuran definir sus prioridades temáticas y su lógica de intervención en un nuevo escenario político regional de democracias deficitarias y excluyentes, diferente del escenario político que lo vio nacer en el marco de los procesos dictatoriales en Sudamérica durante los años setenta y los conflictos armados centroamericanos de los ochenta.

Un aspecto del incipiente debate jurídico y político desarrollado en el seno de la OEA por Estados, órganos internacionales y organizaciones sociales locales y regionales apunta precisamente a definir el grado de intervención del SIDH frente a los márgenes de autonomía de los Estados nacionales. Este debate se produce mientras el SIDH, tanto la Comisión como la Corte, se consolida gradualmente como un escenario de activismo de la sociedad civil, que ha desplegado estrategias innovadoras para aprovechar en el ámbito nacional la repercusión internacional de los casos y situaciones denunciadas en las denominadas *estrategias de bumerán* (Nelson y Dorsey, 2006; Risse y Sikkink, 1999: 1-39; Sikkink, 2003: 301-335).

Las organizaciones sociales se han valido de este escenario internacional no sólo para denunciar violaciones y hacer visibles ciertas prácticas estatales cues-

tionadas, sino también para alcanzar posiciones privilegiadas de diálogo con los gobiernos o con aliados dentro de estos, y para revertir las relaciones de fuerza y modificar la dinámica de algunos procesos políticos. Muchas veces esto facilitó la apertura de espacios de participación e incidencia social en la formulación e implementación de políticas y el desarrollo de reformas institucionales. Estas organizaciones sociales son las que con mayor frecuencia han incorporado los estándares jurídicos fijados por el SIDH como parámetro para evaluar y fiscalizar las acciones y las políticas de los Estados y, en ocasiones, para impugnarlas ante los tribunales nacionales o ante la opinión pública local e internacional.

El activismo internacional ha favorecido además la progresiva ampliación de la agenda de temas considerados por el SIDH. Un aspecto prioritario de la agenda del SIDH son las nuevas demandas de igualdad presentadas por grupos y colectivos, que se proyectan sobre los asuntos institucionales que ocuparon su atención en tiempos de dictaduras y durante las transiciones posdictatoriales y abarcan situaciones de sectores excluidos que ven afectados sus derechos de participación y expresión, sufren patrones de violencia institucional o social, o ven obstaculizado su acceso a la esfera pública, el sistema político o la protección social o judicial.

Así como en el tiempo de las dictaduras y el terrorismo de estado, el SIDH había observado la situación de determinadas víctimas, la ejecución y la desaparición de determinadas personas en función del contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, en la actualidad, en numerosas situaciones, ha procurado abrir el foco para enmarcar hechos particulares en patrones estructurales de discriminación y violencia contra grupos o sectores sociales determinados. Si observamos la evolución de la jurisprudencia sobre igualdad en el sistema interamericano, concluiremos que el SIDH demanda a los Estados un papel más activo y menos neutral como garantes no sólo del reconocimiento de los derechos sino también de la posibilidad real de ejercerlos.

En ese sentido, la perspectiva histórica sobre la jurisprudencia del SIDH marca una evolución desde un concepto de igualdad formal, elaborado en la etapa de la transición, hacia un concepto de igualdad sustantivo que comienza a consolidarse en la actual etapa del fin de las transiciones a la democracia, cuando la temática de la “discriminación estructural” se presenta con más fuerza en el tipo de casos y asuntos considerados por el SIDH. Así, se avanza desde una idea de igualdad entendida como no discriminación a una idea de igualdad entendida como protección para los grupos subordinados. Eso significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad –que apunta a la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, busca generar reglas iguales para todos, y demanda al Estado una suerte de neutralidad o “ceguera” frente a la diferencia– hacia una noción de igualdad sustantiva –que demanda al Estado un papel activo para generar equilibrios

sociales y exige *la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación*–.

En un informe reciente de la CIDH se sistematizan algunas decisiones jurisprudenciales que marcan esta evolución en el concepto de igualdad en relación con los derechos de las mujeres.<sup>5</sup> Pero esa evolución puede rastrearse también en el examen de otros conflictos que afectan por ejemplo los derechos de los pueblos indígenas, la discriminación racial, la situación de los niños en situación de calle, a los campesinos desplazados internamente y a los migrantes en situación irregular.

La ampliación de la agenda de derechos humanos implica naturalmente una extensión de los asuntos sobre los cuales el SIDH ejercerá supervisión y eventualmente tomará decisiones que pueden impactar en cada uno de los países. La discusión es relevante, porque en última instancia se vincula con la definición del sentido de un sistema internacional de protección de derechos humanos en el actual escenario político regional.

La mayoría de los países de América Latina aprobaron tratados de derechos humanos y se incorporaron al SIDH en la etapa de transición a la democracia, con finalidades diferentes, pero en muchos casos como una suerte de antídoto para aventar el riesgo de regresiones autoritarias atando sus sistemas políticos y legales al “mástil” de la protección internacional.<sup>6</sup> Abrir los asuntos de derechos humanos al escrutinio internacional fue una decisión funcional a los procesos de consolidación de la institucionalidad durante las transiciones, pues contribuyó a ampliar las garantías de los derechos fundamentales en un sistema político acotado por actores militares con poderes de veto y presiones autoritarias aún poderosas.<sup>7</sup>

Muchos líderes y gobiernos entienden que la actual coyuntura regional exige replantear el alcance o el grado de intervención del sistema interamericano

5 CIDH, “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, 20 de enero de 2007, pp. 33-51.

6 John Elster planteó esta metáfora para referirse al acto constituyente en su libro *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, publicado en 1979.

7 Para algunos autores, como Andrew Moravcsik, las democracias recientemente establecidas y potencialmente inestables son las que encuentran mayor justificación a la suscripción de tratados de derechos humanos y a la inserción en sistemas internacionales como mecanismos para la consolidación de la democracia. La renuncia a ciertos niveles de autodeterminación que implica la firma de estos tratados y la aceptación de jurisdicciones internacionales tiene un costo, por la limitación de la discrecionalidad gubernamental y del sistema político local, que juega en un balance con las ventajas de la reducción de la incertidumbre política (Moravcsik, 2000: 217-249). En igual sentido, véase Kahn (2001).



en asuntos locales que, a su entender, podrían ser dirimidos por el juego institucional de cada Estado en un marco de democracias constitucionales.

Así, desde un mismo punto de partida, se construyen argumentos diferentes. Los más moderados, con rasgos “comunitaristas”, pretenden preservar un espacio de autogobierno para la decisión de ciertos asuntos sensibles y complejos que convendría resolver en el espacio más cercano de la comunidad política nacional.<sup>8</sup> Estos fundamentos muchas veces suelen presentarse no como cuestionamientos directos a la competencia de los órganos, sino como argumentos estratégicos que procuran salvaguardar la integridad del propio sistema de protección evitando que abra frentes de conflicto innecesarios con los gobiernos y malverse la noción de derechos humanos como una “carta de triunfo” para ser usada en situaciones extremas. Se plantea que una extensión de la noción de derechos humanos en el sistema interamericano podría debilitar los acuerdos políticos que lo sostienen.

Estas posturas, con fundamentos diversos, resultan más o menos refractarias a la injerencia de los órganos internacionales de derechos humanos en ciertos temas sociales e institucionales. Critican concretamente la extensión del concepto de debido proceso, que ha permitido al SIDH intervenir en un amplio abanico de temas judiciales que incluyen procesos laborales, de seguridad social y disciplinarios administrativos, y casos de remoción de magistrados de altas Cortes de justicia. Cuestionan además que el SIDH se entrometa en asuntos electorales, aun cuando se trate de cuestiones vinculadas con la vigencia de derechos políticos reconocidos por el artículo 23 de la Convención. También la protección de derechos colectivos que entran en conflicto con las estrategias de desarrollo económico de los gobiernos, como la protección de territorios indígenas y el derecho de consulta. Incluso algunos gobiernos que defienden el reconocimiento de estos derechos colectivos como asuntos de derechos humanos relevantes consideran que esas cuestiones deben discutirse y dirimirse esencialmente en el plano político doméstico.

<sup>8</sup> En este punto, sólo pretendemos contestar argumentos corrientes de algunos gobiernos en la OEA y no a dar cuenta del debate más profundo que plantean las posiciones “comunitaristas” a la existencia y el funcionamiento de los sistemas internacionales de derechos humanos, y que como se sabe no se limita a la definición de un campo de cuestiones que deberían ser resueltas por las comunidades políticas locales sino que también refiere al cuestionamiento de los “déficit de deliberación democrática” que presentan algunos sistemas de justicia internacional. Sin perjuicio de ello, abordamos indirectamente estos asuntos al referirnos al principio de subsidiaridad, a los problemas institucionales de transparencia y rendición de cuentas del propio SIDH y al alcance de los remedios judiciales internacionales en la última parte del artículo.

## IV.

Algunos análisis sobre la limitación de la autonomía política parten de una *visión simple o esquemática del proceso de creación de normas internacionales y de su aplicación doméstica*. Por un lado, restan importancia a la participación de los actores sociales o institucionales locales en la creación de normas y estándares internacionales de derechos humanos. Por otro lado, consideran la aplicación doméstica como una imposición externa al sistema político y jurídico local, sin tener en cuenta que esa incorporación sólo es posible por la activa participación de actores sociales, políticos y judiciales relevantes, así como por la construcción gradual de consensos en los diversos ámbitos institucionales. De allí que suelen marcarse líneas divisorias nítidas entre la esfera internacional y la doméstica cuando la dinámica de actuación de los mecanismos internacionales evidencia que esa frontera es mucho más borrosa y que existe una constante articulación y relación entre la esfera local y la internacional, tanto en la creación como en la interpretación y aplicación de normas de derechos humanos.

Así, actores sociales y políticos locales relevantes participan en los procesos de creación de normas en la esfera internacional: tanto en lo atinente a la aprobación y ratificación de tratados como en las decisiones de los órganos internacionales que definen su contenido por vía de interpretación y su aplicación en casos o situaciones particulares. Al mismo tiempo, esas normas internacionales se incorporan al ámbito nacional por la acción de los Congresos, los gobiernos y los sistemas de justicia, y también gracias a la activa participación de organizaciones sociales que promueven, demandan y coordinan esa aplicación nacional con las diversas instancias del Estado. La aplicación de normas internacionales en el ámbito nacional no es un acto mecánico sino un proceso que involucra diferentes tipos de participación y deliberación democrática, e incluso un amplio margen para la relectura o reinterpretación de los principios y normas internacionales en función de cada contexto nacional.<sup>9</sup>

9 Martín Böhmer, contestando a críticas formuladas contra la falta de validación democrática del derecho internacional, señala que el momento de validación no puede quedar limitado al de la celebración de tratados o la aprobación de normas internacionales, sino que comprende también el proceso de interpretación y aplicación por parte de los órganos judiciales y políticos locales. Así, las normas internacionales no son un producto acabado y unívoco sino que están abiertas a diferentes lecturas que se dan en el plano nacional y autorizan, en ese proceso de lectura, a incorporar niveles de deliberación y a considerar el contexto social y político de cada comunidad. Véase Böhmer, M., "Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional", disponible en: <[www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/MartinBohmer\\_Spanish.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/MartinBohmer_Spanish.pdf)>.

En relación con el SIDH, en la actualidad y a diferencia del período de las dictaduras, su intervención en ciertos asuntos domésticos puede obedecer a relaciones de coordinación o articulación con diversos actores locales, públicos y sociales que participan tanto de la formulación de las demandas ante la instancia internacional como en los procesos de implementación de sus decisiones particulares o de sus estándares generales en el ámbito interno.<sup>10</sup> De allí que siempre resultara difícil conceptualizar su intervención como una limitación del margen de autonomía de los procesos políticos nacionales.

El juego de la intervención internacional en este escenario es variado y complejo, pero por lo general cuenta con el apoyo de actores locales fuertes que activan la respuesta internacional y luego potencian sus efectos domésticos. En ocasiones la CIDH se apoya en la sociedad civil para fiscalizar al gobierno a la manera clásica;<sup>11</sup> pero también puede actuar de manera coordinada con los gobiernos federales para lograr la implementación de medidas o políticas en los estados locales o provincias,<sup>12</sup> y en ocasiones se apoya en decisiones o precedentes de los tribunales para tener pautas de seguimiento de acciones del Congreso o del gobierno,<sup>13</sup> o bien los gobiernos o los Congresos piden su intervención para contribuir a alcanzar consensos con otros

10 En este orden de ideas, al tratar de responder la pregunta acerca de por qué los Estados deberían obedecer el derecho internacional, Harold Koh propone considerar que la asunción de las obligaciones jurídicas internacionales es fruto de un “proceso jurídico transnacional” que consiste en un conjunto de subprocesos complejos y de variadas dimensiones que incluyen la articulación, la interpretación y la incorporación del derecho internacional al ámbito local a través de mecanismos políticos, sociales y jurídicos. Véase Koh (1996, 1997 y 2004).

11 Por ejemplo cuando recibe información sobre situaciones particulares para elaborar sus informes, ya sea a través de audiencias en su sede o durante las visitas al país.

12 Esta situación se observa, por ejemplo, en algunos casos de superpoblación y violencia en cárceles estatales en Brasil y la Argentina, en los cuales la intervención del SIDH ha motivado distintas formas de intervención de la autoridad federal en los sistemas penitenciarios locales. También en un acuerdo reciente de solución amistosa celebrado con el gobierno federal en México que motivó la adopción de un protocolo sobre abortos no punibles por estados locales.

13 Por ejemplo, en Colombia se ha utilizado como marco para seguir situaciones de derechos humanos las decisiones de la Corte Constitucional sobre desplazados internos. En sentido inverso, algunas decisiones de la Corte Constitucional –por ejemplo sobre mujeres desplazadas en el marco del conflicto colombiano– han impuesto obligaciones de prestación al Estado fundamentándose, entre otros estándares constitucionales, en las decisiones y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. Incluso una reciente decisión de la Corte Constitucional invita a la CIDH a integrarse a un sistema de monitoreo del cumplimiento de la sentencia doméstica.

poderes como la judicatura<sup>14</sup> o acompañar la implementación de medidas resistidas por actores sociales o políticos locales.<sup>15</sup> En ciertos casos, sobre todo en procesos de negociación o de “solución amistosa”, el juego de alianzas es aún más complejo e incluso algunas agencias públicas son usuarias del SIDH, a veces en alianza con organizaciones sociales, con la intención de activar el escrutinio internacional sobre determinadas cuestiones. Con esta breve reseña no pretendemos negar la importancia de preservar la autonomía política de los Estados para decidir sobre determinadas materias, sino simplemente relativizar ciertas interpretaciones esquemáticas acerca de cómo funciona en la realidad un sistema de justicia internacional y cómo se relaciona con los procesos políticos nacionales.

#### V.

El argumento de autonomía y el principio de subsidiaridad de la protección internacional tienen además connotaciones especiales cuando nos referimos a conflictos de vulneración de derechos por “patrones de desigualdad o exclusión”. Este tipo de patrones de violación de derechos caracterizan el escenario político latinoamericano. En nuestra opinión, esto debería conducir a un estudio circunstanciado de los problemas de autonomía política que reflejara la realidad social e institucional regional, evitando la importación irreflexiva de los debates constitucionales que se desarrollan en los países centrales, en especial las tesis que condujeron al “excepcionalismo” del sistema legal de los Estados Unidos antes de los atentados del 11 de septiembre de 2001.

14 Se ha dado esta situación, por ejemplo, en los acuerdos de solución amistosa sobre la amnistía peruana en el caso Barrios Altos, donde el gobierno peruano, los peticionarios y la CIDH le pidieron a la Corte IDH que definiera los estándares sobre compatibilidad de las leyes de amnistía de graves violaciones a los derechos humanos con la Convención Americana, a fin de brindar un marco jurídico a los tribunales nacionales para que procedieran a la reapertura de los casos judiciales cerrados en virtud de esas leyes. También los acuerdos de solución amistosa sobre la tramitación de causas judiciales sobre el derecho a la verdad en la Argentina, celebrados por peticionarios y el gobierno, contribuyeron a comprometer la actuación del sistema judicial local en su implementación.

15 Véase por ejemplo la intervención de la CIDH en los conflictos relacionados con la situación de semiesclavitud de familias indígenas guaraníes en haciendas del Chaco boliviano y las trabas a la implementación de la legislación sobre reforma agraria en los departamentos del oriente boliviano. Comunicado de prensa 26/08 del 13 de junio de 2008.

Como vimos, las demandas de igualdad en el SIDH no se vinculan con la afectación de derechos económicos, culturales o sociales sino que por lo general se presentan como casos de vulneración de derechos civiles y políticos. No son planteos formales de nuevos derechos sino otra dimensión de problemas clásicos de violencia y discriminación. Es verdad que estos casos imponen cargas fuertes a los Estados dado que los obligan, como dijimos, a acciones positivas de alcance colectivo y extienden su responsabilidad indirecta por las conductas de actores no estatales. Pero el aumento de las cargas estatales se relaciona con la magnitud de los desequilibrios sociales que se procura reparar.

En lo atinente a la tensión autonomía vs subsidiaridad, creemos que precisamente en esta temática el SIDH está desempeñando un papel indispensable y estrechamente relacionado con el que desempeñó durante el terrorismo de Estado en América Latina, donde el carácter subsidiario de su intervención debe evaluarse con cuidado y en función de las restricciones de la capacidad de “acción colectiva” y de “autodefensa” de derechos de los grupos afectados. Esa función del SIDH consiste precisamente en dar más voz a los sectores más débiles de la población, aquellos que están fuera del sistema de representación social o política, que no logran acceder con fuerza a la esfera pública, que no alcanzan los sistemas de protección social y judicial del Estado, y que sienten que las reglas del juego político en los Estados nacionales no ofrece salidas y conducen a la reproducción de las injusticias sociales.

En ese sentido, la subordinación estructural de ciertos sectores sociales presenta características similares a la asfixia política en cuanto al cierre de la esfera pública por los estados autoritarios. Se trata de situaciones extremas en las que el espacio político del estado nacional funciona como una prisión. Este tipo de situación expone los límites de las soberanías estatales como mecanismo excluyente de protección de derechos y justificaría, en nuestra opinión, una mayor injerencia de la comunidad internacional. La apertura de la instancia internacional en este tipo de conflictos no puede verse exclusivamente como una amenaza para la autonomía de los Estados nacionales. También suele tener un efecto estabilizador, debido a la ampliación de los ámbitos institucionales donde pueden plantearse, discutirse y procesarse ciertos conflictos colectivos que no logran ser dirimidos adecuadamente en los espacios sociales y políticos locales debido, entre otros factores, al fuerte desequilibrio de poder entre los actores involucrados (Keck y Sikkink, 1998).

La garantía básica de los derechos en situaciones de desigualdad estructural marca, en nuestra opinión, la prioridad y el sentido político del SIDH en la etapa posterior al final de las transiciones en un escenario de democracias constitucionales caracterizado por el déficit de las instituciones y la amplitud de las brechas sociales. El abordaje de esta temática, lejos de debilitar al SIDH

o desfigurar la noción de derechos humanos, contribuye a definir un núcleo duro de cuestiones prioritarias que otorgan un renovado sentido al sistema en el contexto regional.

En cierta medida, las críticas a la intervención del SIDH en estas nuevas agendas no sólo reflejan una mirada acotada sobre el proceso de internacionalización de los sistemas jurídicos locales sino también las limitaciones y carencias de las políticas públicas de muchos gobiernos latinoamericanos. Incluso de aquellos gobiernos que han sido enérgicos y ejemplares en relación con el legado de las dictaduras, pero que no alcanzan a relacionar otro tipo de problemas urgentes –como la violencia carcelaria y la desigualdad social– con las políticas de derechos humanos.

Esta ampliación de la agenda del SIDH y el mencionado cambio de enfoque, que ponen el acento en los problemas estructurales y en las políticas públicas y los remedios de alcance general disponibles en el ámbito nacional, requiere una institucionalidad básica para el propio SIDH, que desafía las restricciones de diversa índole que enfrenta en la actualidad. Fijar una agenda prioritaria que apunte a fortalecer las garantías político-institucionales y sociales disponibles en los espacios nacionales podría contribuir a optimizar los escasos recursos con que cuenta el sistema y dotarlo de mayor efectividad.

## VI.

Existen, de todos modos, varios aspectos relevantes a considerar en esta línea de planteos sobre el margen de autonomía política. El SIDH y algunas organizaciones usuarias de este cultivan cierta inercia en su modo de actuación que no siempre logra dar cuenta del cambio del escenario político regional, donde hoy no pueden intervenir sobre los procesos nacionales como en otros tiempos lo hicieron para presionar a las dictaduras.

Este cambio de enfoque no consiste en imponerse restricciones o cerrarse ante ciertos temas cubiertos por el conjunto de derechos humanos reconocidos expresamente en la Convención y los demás tratados e instrumentos interamericanos.

Por el contrario, debería conducir a replantear la modalidad de intervención del SIDH y la manera en que este se articula con las garantías judiciales y políticas que brindan los sistemas nacionales. Así, el SIDH respeta la autonomía política cuando fija de forma seria y consecuente su campo de actuación en función de un *rol subsidiario* de los mecanismos de protección domésticos, preservando ciertos márgenes de acción y prioridad en la intervención para los sistemas de justicia nacionales y admitiendo que existen aspectos sensibles

en ciertos conflictos que, por su complejidad, resultan mejor analizados, comprendidos y resueltos en la esfera local.

De ese modo, el resguardo de la autonomía de los Estados se expresa en el alcance de la interpretación que hace el SIDH de algunas reglas procesales que definen su grado de intervención. Entre otras la que exige el “agotamiento previo” de los recursos y remedios disponibles en el ámbito interno del país para remediar la situación, así como la regla de la “cuarta instancia”, según la cual el SIDH se inhibe de revisar el acierto o el error de las decisiones de los tribunales nacionales en materias no regidas directamente por la Convención y siempre y cuando se respeten las garantías de procedimiento. Si bien la jurisprudencia del propio SIDH sobre estos temas no es del todo consecuyente, aquí planteamos, de manera general y sin entrar en detalles sobre el desarrollo de los precedentes, que *una mejor definición de estas reglas de procedimiento contribuiría decisivamente a la posibilidad de resolver la tensión entre autonomía y protección internacional*.

Si bien la primera regla, la del “agotamiento previo de los recursos internos”, es de naturaleza procesal, resulta un factor clave para entender la dinámica de funcionamiento de todo el sistema interamericano y en especial su función subsidiaria. Al obligar a presentar y agotar el sistema de acciones y recursos organizado por el sistema judicial del Estado nacional, brinda a cada Estado la posibilidad de solucionar el conflicto y remediar las violaciones antes de que el asunto sea examinado en la esfera internacional. El alcance otorgado a esta regla en la jurisprudencia de los órganos del SIDH define en última instancia los grados de intervención que está dispuesto a ejercer en distintas situaciones, según la mayor o menor idoneidad y eficacia del sistema judicial nacional.

La segunda regla –denominada “de la cuarta instancia”– funciona como una suerte de deferencia a los sistemas judiciales nacionales, puesto que les reconoce un amplio margen de autonomía para interpretar las normas locales y decidir casos particulares, bajo la única condición exclusiva de respetar las garantías procesales establecidas en la Convención.<sup>16</sup>

El SIDH también ha tenido en cuenta el nuevo escenario de democracias constitucionales en la región, reconociendo márgenes de deferencia a los Es-

16 Véase la doctrina expuesta por la CIDH en sus informes de inadmisibilidad más recientes, incluso para inhibirse de revisar condenas penales alegadas como injustas, ante la imposibilidad de reemplazar a los tribunales nacionales en la valoración de la prueba. Por ejemplo: CIDH, Informe 87/2007, Luis de Jesús Maldonado Manzanilla, México, 17 de octubre de 2007. Por supuesto que el límite entre la revisión del contenido de las sentencias, o la evaluación de la prueba del juicio, y el estudio de la vulneración de ciertas garantías procesales fijadas por la Convención es a veces una línea borrosa que requiere afinar los estándares técnicos.

tados nacionales para la definición de ciertos asuntos sensibles, como el diseño de los sistemas electorales en función de cada contexto social e histórico, siempre y cuando se respete el ejercicio igualitario de los derechos políticos.<sup>17</sup>

En algunos casos la CIDH ha considerado especialmente –en su examen de la aplicación de la Convención en casos particulares– los argumentos desarrollados por los tribunales superiores de los Estados que han aplicado la misma Convención o analizado los mismos asuntos con sus propios parámetros constitucionales. No se trata aquí del reconocimiento de márgenes de deferencia en sentido estricto, sino de la consideración especial de ciertas decisiones de tribunales internos como punto de apoyo o como base de argumentación tenida particularmente en cuenta por la CIDH al realizar su examen del caso. Este tipo de argumentación fundamentada en decisiones de tribunales locales se utilizó, por ejemplo, en el análisis sobre la razonabilidad de leyes internas que imponían restricciones a derechos fundamentales. Lo hizo al considerar razonables argumentos de tribunales locales que determinaron la proporcionalidad de algunas condenas de daños y perjuicios por difamación a fin de determinar si se había violado la libertad de prensa.<sup>18</sup> También al examinar una decisión de un tribunal nacional sobre la razonabilidad de una reforma del sistema de seguridad social, a fin de determinar si esa reforma cumplía con parámetros de proporcionalidad y progresividad y si, por lo tanto, existían restricciones legítimas de los derechos sociales.<sup>19</sup>

Como vimos, la aplicación rigurosa de estos institutos procesales y las materias en las cuales el SIDH ha reconocido márgenes de apreciación a las autoridades nacionales expresan líneas que deberían desarrollarse a fin de que el SIDH tome en cuenta el nuevo escenario de democracias constitucionales en el continente y procure un nuevo punto de equilibrio entre autonomía y protección internacional.

Por un lado, el SIDH restringe su intervención con respecto a ciertos asuntos sensibles que considera deben ser resueltos en el ámbito del Estado. Por

17 Véanse el debate sobre obligaciones positivas del Estado en materia electoral y el margen de deferencia para diseñar sistemas electorales y de partidos políticos. CIDH, Informe 113/06, Fondo y Admisibilidad, Jorge Castañeda Gutman, México, 26 de octubre de 2006, párrafos 173 y 174. Véase, además, Demanda de la CIDH ante la Corte IDH, Jorge Castañeda Gutman, Caso 12 535 contra los Estados Unidos Mexicanos. También Corte IDH caso Castañeda Gutman, Jorge vs Estados Unidos Mexicanos, 6 de agosto de 2008, párrafos 162-166 y párrafo 193.

18 Véase CIDH, Informe 23/08, Fondo, Caso Dudley Stokes, Jamaica, 14 de marzo de 2008.

19 Véase CIDH, Informe 38/09, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras, Perú, 27 de marzo de 2009.



otro lado, se fija una regla general que conduce a modular la intervención del SIDH en función del grado de desarrollo de la institucionalidad en cada Estado. Así, cuanto mayor es el grado de desarrollo de la institucionalidad doméstica, mayor es el margen de autonomía que se reconoce al Estado y menor el alcance de la intervención del sistema. El SIDH interviene exclusivamente cuando el Estado no logra asegurar un mecanismo idóneo y efectivo para garantizar los derechos en el ámbito interno. Lo cierto es que, precisamente, uno de los grandes déficits de las democracias latinoamericanas es la ineficacia e inequidad de sus sistemas judiciales, que no logran remediar la afectación de derechos fundamentales e incluso llegan a transformarse en un factor de vulneración de derechos.

## VII.

La autoridad de las decisiones y de la jurisprudencia de los órganos del SIDH en los sistemas judiciales nacionales depende en parte de la legitimidad social alcanzada y de la existencia de una comunidad de actores sociales y políticos interesados que acompaña, critica y difunde sus estándares y decisiones. En suma: una comunidad de actores que participa en la formación de las obligaciones internacionales y en su implementación local. La conformación gradual de esta “comunidad de actores interesados” es, en nuestra opinión, un factor que debería ser investigado como pieza clave del engranaje que contribuiría a mejorar la articulación de la autonomía con la protección internacional actuando en ambos planos de la discusión: el debate constitucional local y el debate jurídico y político internacional. Como dijimos, esta comunidad está integrada por las ONG locales e internacionales de activistas en derechos humanos, feministas, de participación ciudadana, ambientalistas, medios de prensa y periodistas, así como diversos movimientos sociales –indígenas, afroamericanos, LGTTBI, organizaciones sindicales y colectivos de trabajadores, etc.– que usan los mecanismos de protección internacional en el plano internacional y en el plano doméstico, las burocracias especializadas en los gobiernos, los jueces y los operadores de justicia y también los sectores académicos.

Así, en aquellos países donde el derecho internacional de los derechos humanos es parte cotidiana del discurso jurídico y los argumentos planteados en las Cortes se dan algunas condiciones relevantes. Por un lado, el SIDH tiene un prestigio ganado a partir de ciertas acciones y decisiones que han marcado los procesos políticos del país. Por otro lado, existe una comunidad de actores sociales, políticos y sectores académicos que se consideran protagonistas

de la evolución del SIDH. En la Argentina, por ejemplo, la incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en 1994 fue un paso importante, pero también lo fueron el papel desempeñado por la Comisión en su visita al país en plena dictadura militar en 1979 y el informe que contribuyó a fortalecer a las organizaciones de víctimas y a desgastar al gobierno ante la comunidad internacional. En Perú también ha sido central la legitimidad ganada por la Comisión y la Corte en sus planteos de violaciones de derechos humanos durante el gobierno de Fujimori, lo que ha contribuido a conformar un sector de organizaciones sociales y académicas, así como un núcleo de jueces y operadores jurídicos, familiarizados con el sistema.

Un factor importante para la consolidación de una mayor apertura de los sistemas de justicia nacionales a la aplicación del derecho internacional es, a nuestro entender, la conformación de una “comunidad académica” fuerte, que discuta críticamente las decisiones del sistema y aporte insumos para el tratamiento de la jurisprudencia por los jueces y operadores jurídicos. Esta comunidad académica local y regional no sólo es indispensable para asegurar la aplicación de los estándares interamericanos a nivel doméstico, sino también para obligar a rendir cuentas a los propios órganos del SIDH y exigir mejoras en la calidad, la consistencia y el rigor técnico de sus decisiones.

Si bien existen claros avances en los últimos tiempos, aún no es posible afirmar que esa comunidad existe en la región. Las decisiones de la Corte y de la Comisión son poco comentadas, muy poco criticadas y apenas conocidas en varios países. Esta comunidad académica podría actuar, además, como un factor de enlace entre actores sociales y políticos relevantes para estas discusiones.

#### VIII.

A modo de conclusión de este breve análisis del problema, diremos que algunas críticas formuladas a la intervención internacional ponen de manifiesto cierto desconocimiento de la dinámica de creación de obligaciones en el derecho internacional, así como la subestimación de los procesos sociales y políticos nacionales que condujeron a asignar a los tratados de derechos humanos un significativo peso constitucional y a integrar a los países americanos en diversos sistemas de justicia internacional.

Consideramos, además, que algunos argumentos jurídicos y políticos sobre autonomía y subsidiaridad tienen connotaciones especiales cuando nos referimos a conflictos de vulneración de derechos por “patrones de desigualdad o exclusión” que afectan a grupos sociales subordinados. Este tipo de

conflictos es característico del escenario regional. Ello debería conducir a un estudio circunstanciado de los problemas de autonomía política que dé cuenta de la realidad social e institucional americana, evitando la importación irreflexiva de los debates constitucionales que se desarrollan en los países centrales y la apelación a nociones abstractas de democracia constitucional que no se condicen con las democracias “realmente existentes” en nuestros países.

Los planteos de autonomía surgidos en tribunales constitucionales y referentes políticos regionales deberían conducir también a una reflexión sobre las agendas prioritarias y la modalidad de intervención de los sistemas internacionales de derechos humanos, en particular del SIDH, a fin de dar cuenta del actual escenario político regional, evitando la tendencia inercial a actuar según la lógica de la denuncia internacional que caracterizó las intervenciones durante las dictaduras y los conflictos armados internos. Los argumentos de autonomía y la necesidad de mejorar la eficacia y legitimidad de los sistemas deberían habilitar debates más profundos sobre sus propios mecanismos de decisión y rendición de cuentas.

De allí que un examen integral del asunto debería apuntar, en nuestra opinión, en dos direcciones: por un lado, desagregar y examinar críticamente los argumentos constitucionales de los tribunales nacionales y los argumentos políticos de los actores relevantes que plantean nuevas demandas de autonomía ante la injerencia de los sistemas de protección internacional, en especial el SIDH –por ejemplo, los argumentos constitucionales sobre un “orden público constitucional inderogable” o los planteos sobre el “déficit democrático” de la justicia internacional–. Por otro lado, abordar los temas pendientes en los propios sistemas de protección internacional, y en especial en el SIDH, sobre su papel prioritario en el escenario político regional actual, y los mecanismos aptos para dotar a su intervención de un sentido realmente subsidiario de la tutela nacional –por ejemplo, el debate sobre reglas procesales de agotamiento previo de recursos, sobre márgenes de apreciación, sobre cuarta instancia y sobre ampliación de la agenda a derechos sociales–. Como asimismo las transformaciones necesarias para mejorar su institucionalidad y su transparencia. También debería apuntar a examinar el rol de la comunidad de actores sociales y políticos que actúan en un espacio transnacional como factor decisivo del proceso de creación de las obligaciones internacionales y de su implementación doméstica. Y, como parte de ello, apuntar a la conformación de una “comunidad académica” que funcione como espacio de reflexión y control del proceso.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, Víctor (2009), “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú*, 63: 95-139.
- (2007), “Una nueva institucionalidad pública. Los Tratados de Derechos Humanos en el orden constitucional argentino”, en V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis, Buenos Aires, CELS-Editores del Puerto.
- Alberto Bovino y Courtis Christian (comps.) (2007), *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el Ámbito Local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, CELS-Editores del Puerto.
- Ayala Corao, Carlos (2009), *La inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo.
- Böhmer, Martín, “Prestatos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, disponible en: <[www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/MartinBöhmer\\_Spanish.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/MartinBöhmer_Spanish.pdf)>.
- Bonilla Madonado, Daniel (2009), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.
- Gargarella, Roberto (2008), “Justicia Penal Internacional y Violaciones Masivas de Derechos Humanos”, en Roberto Gargarella, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores.
- Kahn, Paul W. (2001), “El derecho internacional y la comunidad”, en *Estado de derecho y democracia. Un debate sobre el rule of law*, SELA 2000-Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Keck, Margaret E. y Sikkink, Kathryn (1998), *Activist Beyond Borders*, Ithaca, Cornell University Press.
- Koh, Harold H. (2004), “Transnational Legal Process”, en *Nebraska Law Review* (1996).

- (1997), “Why do Nations Obey International Law?”, en *Yale Law Journal*.
- (1997), “International Law as Part of Our Law”, *American Journal International Law*, vol. 98, 43, 56.
- Krsticevic, Viviana (2007), “Reflexiones sobre la Ejecución de las Decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, en L. Tojo y V. Krsticevic (comps.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, Normativa y Experiencias Nacionales*, Buenos Aires, CEJIL,
- Moravcsik, Andrew (2000), “The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe”, *International Organizations*, 54 (2): 217-252.
- Nelson, Paul y Dorsey, Ellen (2006), “New Rights Advocacy in a Global Public Domain”, en *European Journal of International Relations*, junio.
- Risse, Thomas y Sikkink, Kathryn (1999), “The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction”, en T. Risse, S.C. Ropp y K. Sikkink, *The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge Studies in International Relations, University Press.
- Rosenkrantz, Carlos (2005), “En contra de los préstamos y otros usos no autoritativos del derecho extranjero”, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 1: 71-95.
- (2007), “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1: 191-213.
- Sikkink, Kathryn (2003), “La dimensión transnacional de los movimientos sociales”, en E. Jelin (comp.), *Más allá de la Nación: Las escalas múltiples de los movimientos sociales*, Buenos Aires, Libros del Zorzal.
- Teubner, Gunther; Sassen, Saskia y Krasner, Stephen (2010), *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes.

## **10. Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo**

*Francisca Pou Giménez*

### **AUGE Y GLOBALIZACIÓN DE DOS IDEAS**

Como se ha señalado muchas veces (Beatty, 2004; Ferreres Comella, 2009; Ginsburg, 2003; Tate y Vallinder, 1995), nuestra época está marcada por el triunfo de dos ideas: la de los derechos y la de la justicia constitucional, la idea de que una de las responsabilidades básicas del sistema político es garantizar plenamente el respeto a un paquete básico de derechos y la de que los valores sustantivos de la democracia están mejor servidos si el entramado institucional de un país incluye un sistema de justicia que controle la constitucionalidad de las leyes y los actos de autoridad.

En la segunda mitad del siglo XX, la reacción a los abusos perpetrados por regímenes formalmente democráticos impulsó la aprobación de declaraciones internacionales y regionales de derechos humanos y llevó a la generalización de Constituciones que confieren un lugar central a la garantía de una larga lista de derechos fundamentales. La justicia constitucional, por su parte, tras haber sido un fenómeno excepcional y casi exclusivamente norteamericano durante más de cien años, se extendió por toda Europa, los estados post-soviéticos, Medio Oriente, el resto de América, África y Asia (Ginsburg, 2003: 7-8) durante la segunda mitad del siglo XX.

En realidad, cabe afirmar que nuestra época se caracteriza no sólo por la expansión mundial de estas dos ideas, sino por la importancia de su zona de cruce: aunque los jueces constitucionales hacen otras cosas, además de proteger derechos, y aunque los mecanismos domésticos o internacionales de protección de derechos van más allá de la justicia constitucional, el desempeño de las altas cortes en esta materia ha ido ganando el centro de lo que se consideran las exigencias troncales del ideal del gobierno limitado –el ideal definitorio del constitucionalismo– tras el arrinconamiento definitivo del paradigma de la soberanía parlamentaria.

América Latina ha participado plenamente en el proceso antes mencionado. La democratización de las últimas décadas otorgó protagonismo a la refor-

ma de la justicia, a las declaraciones constitucionales e internacionales de derechos y a la creación de nuevas vías procesales e institucionales encaminadas a reforzar su protección judicial.

La aprobación de nuevas Constituciones o la reforma de las existentes trajo consigo la creación de tribunales constitucionales dentro (Colombia, Bolivia) o fuera (Perú, Chile, Guatemala) del Poder Judicial o de salas constitucionales especializadas en los tribunales supremos existentes (Venezuela, Costa Rica, Paraguay, Honduras). En ambos casos, las reformas han seguido una tónica apreciablemente influida por el paradigma europeo de control concentrado, aunque es frecuente que las funciones de estas altas cortes convivan con el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad por parte de otros órganos jurisdiccionales (Hammergren, 2007: 196-197). Otros países han retenido el protagonismo único de las cortes supremas, que desde el siglo anterior estaban en la cúspide de sistemas de control difuso de la constitucionalidad de las leyes (Argentina, México, Brasil), pero han ido superando la tradicional invisibilidad de la supremacía constitucional en materia de derechos mediante recortes funcionales de competencias que han aumentado considerablemente el peso relativo de esta función en el marco de sus competencias. Las reformas (excepto la peruana de 1993) han ampliado, además, los derechos fundamentales protegidos, sumando a los civiles y políticos de la primera generación los derechos sociales y económicos de la segunda y los grupales o colectivos de la tercera; y también han incorporado de diversos modos (instrucciones de interpretación guiada o asignaciones específicas de rango en el sistema de fuentes) los derechos protegidos por el sistema interamericano al ordenamiento interno. Nuevos procedimientos para denunciar violaciones de derechos ante los jueces constitucionales (la tutela en Colombia; el amparo colectivo en la Argentina; el recurso de inaplicabilidad en Chile, trasladado al Tribunal Constitucional en 2005) acompañan ahora al tradicional habeas corpus, al *mandado de segurança* brasileño o a los amparos mexicano y peruano.

En suma, queda claro que la última oleada democratizadora en América Latina ha incorporado la región al universo neoconstitucionalista (Carbonell, 2006 y 2007; Carbonell y García Jaramillo, 2010), mediante textos dotados de fuerza vinculante, cuyas amplias previsiones en materia de derechos los preparan para la “invasión” cotidiana del resto del ordenamiento (Aguiló Regla, 2004; Guastini, 2007), y administrados en el contexto de estructuras institucionales que otorgan responsabilidades centrales a una justicia constitucional reformada bajo los parámetros preponderantemente tributarios del modelo europeo de justicia constitucional –muchas veces, sobre una base inicialmente moldeada a la luz del *judicial review* estadounidense–.

Sin embargo, cualquier reflexión sobre el Estado, el contexto y los retos que plantea la protección de los derechos individuales fundamentales ante los

jueces constitucionales de la región partiría de bases inadecuadas si no enfatizara que la participación de América Latina en este proceso se produce en contextos sociales, políticos y culturales muy distintos a los que enmarcaron su desarrollo en el área que opera como referencia básica de los caminos transitados (la Europa occidental de la segunda mitad del siglo XX). Tomando en cuenta los aspectos más relevantes para nuestra discusión posterior, bastará con recordar los siguientes rasgos de nuestra realidad regional:

1. La debilidad o discontinuidad de las estructuras estatales, el escaso grado de internalización de la obligatoriedad de las normas y la ausencia de pautas uniformes de obediencia al derecho (véanse Böhmer, García y Villena, en este libro).
2. La insuficiente cobertura de las necesidades básicas de amplios sectores de la población, la polarización de la riqueza y la pobreza, y la existencia de altos grados de exclusión –esto es, defectuosa y desigual inserción (Abramovich y Pautassi, 2009: 297) social, política, económica y cultural–.
3. La coincidencia del proceso neoconstitucional con un momento de menor consenso sobre los principios liberales, que se pone de manifiesto en los diversos modos que el debate sobre el multiculturalismo y el pluralismo jurídico adopta en la región (Sieder, 2002; véanse Sieder e Yrigoyen, en este libro), en contraste con la mayor homogeneidad de la base valorativa que fundamentó los marcos institucionales de la democracia constitucional en Europa occidental o, en su momento, en los Estados Unidos de Norteamérica.
4. La influencia del tradicional trasfondo jurídico-constitucional híbrido (anglosajón/continental) latinoamericano (Ludwikowsky, 2003; Frosini y Pegoraro, 2008) sobre un mapa de subcomunidades jurídicas que ocupan posiciones muy dispares en los ejes formalismo/antiformalismo y positivismo/antipositivismo.

#### **EL DIAGNÓSTICO PRELIMINAR**

¿Qué ocurrió, durante las dos décadas pasadas, al abrigo de los cambios normativos que acabo de mencionar y en el contexto social, político y cultural característico de la región? ¿Cuáles parecen ser los rasgos generales –las tendencias más destacables– en materia de protección de derechos fundamentales ante los jueces constitucionales latinoamericanos? Pasado el momento de



la manufactura constitucional masiva, durante el cual los países fundamentalmente se dedicaron a observar lo que hacían los demás, nos encontramos en una inmejorable posición para fomentar aquellas evaluaciones que les permiten aprender de lo que les ocurrió a otros (Ludwikowsky, 2004).

Parecería que, si bien los jueces constitucionales latinoamericanos no han salido indemnes en estos años plagados de antiguos problemas relacionados con el desbalance de los poderes en forma de ataques del ejecutivo o del legislativo (empaquetamientos de cortes, amenazas de reforma, presiones en los nombramientos, enjuiciamientos por motivos políticos), su posición institucional se ha beneficiado con el empeño y la notable cantidad de recursos destinados a impulsar la “reforma judicial” y el Estado de derecho en la región (Domingo y Sieder, 2001; Hammergren, 2007; Rodríguez Garavito, 2009), y en consecuencia puede afirmarse que cuentan con infraestructuras de apoyo y garantías de independencia y estabilidad mucho mayores que en el pasado (Helmke y Ríos-Figueroa, 2011).

Sin embargo, su desempeño en lo atinente a la protección de los derechos fundamentales ha sido desigual, y la gran disparidad interna del mapa latinoamericano es uno de los hallazgos fundamentales de la mirada preliminar sobre la labor de los jueces en materia de protección de derechos (Helmke y Ríos-Figueroa, 2011). La orientación común de las reformas pro-derechos y pro-justicia constitucional proyecta una delgada pátina de homogeneidad sobre la región, que se diluye al observar sus distintos desarrollos en los países, aparentemente relacionados con los detalles del “medioambiente” jurídico-político-cultural característico de cada uno.

En pocas palabras, la experiencia reciente de la región puede ordenarse a lo largo de una línea en uno de cuyos extremos se encontrarían casos como el colombiano –donde la mezcla de una nueva Constitución con una parte dogmática muy extensa, la acción de una corte constitucional también nueva y con pocas competencias que desvíen su atención hacia otras tareas, y la revolución del acceso a la justicia asociada a la creación de la tutela y la acción pública de inconstitucionalidad han propiciado una gran cantidad de desarrollos novedosos (Restrepo Saldarriaga, 2003; Cepeda Espinosa, 2008)–, el costarricense –marcado por la vigorosa acción de la Sala IV a partir de una reforma que permitió a los ciudadanos un acceso amplio y directo a ella (Wilson, 2008 y 2009)– y, de modo más reciente, el argentino –donde la alquimia se ha dado entre el litigio de interés público en el ámbito de los derechos sociales, el uso de insumos de fuente interna en conjunción con los provenientes del sistema interamericano, la creación del amparo colectivo y la disposición de la Corte Suprema a experimentar con las reglas procesales (Abramovich y Pautassi, 2009; CELS, 2008)–. Cerca del otro extremo se encuentran casos como el mexicano o el chileno –al menos, en este último, hasta ver si se consolidan

las tendencias que parecen derivar de la reforma de 2005 (Hilbink y Couso, 2010)–. En esos dos países, la tarea de la Suprema Corte y del Tribunal Constitucional, respectivamente, signadas por la huella de una cultura jurídica sumamente formalista, se tradujo en una jurisprudencia que, si bien en México no parece haberse desempeñado mal en la administración de los conflictos entre poderes, en ambos casos ha sido excesivamente deferente con los poderes políticos en lo atinente a la protección de derechos individuales (Magaloni Kerpel, 2007; Helmke y Ríos-Figueroa, 2011; Couso, 2008).

De todos modos, parece claro que cualquier diagnóstico en el sentido anterior –vale decir, cualquier intento de determinar cómo los jueces latinoamericanos cumplen con sus responsabilidades centrales dentro del paradigma “neoconstitucionalista”– debe fundamentarse en criterios relevantes para observar y comentar la realidad de la región. Y esta operación de construcción de presupuestos reviste actualmente un grado de complejidad considerable. La protección judicial de derechos es una zona de teorización de alta densidad, y cualquier descripción o propuesta en este campo debe atravesar y decantar numerosos debates interdisciplinarios sobre los determinantes del cambio jurídico y del cambio social, sobre las metodologías de análisis y acción, o sobre los objetivos últimos que identifican la idea de “proteger los derechos”.

En efecto, la tarea de los jueces constitucionales en materia de protección de derechos se contempla cada vez más como algo que debe evaluarse instrumentalmente, en términos de su contribución a un amplio espectro de proyectos sociales: el aumento de la inclusión social; la lucha contra la arbitrariedad, la impunidad o la corrupción de las autoridades; el desarrollo de las precondiciones de la ciudadanía democrática; la consolidación del Estado de derecho; la reducción de las inequidades derivadas del sistema económico, etcétera. La noción de “garantizar derechos” se vuelve así internamente muy compleja, porque allí se cruzan visiones muy distintas sobre los *finés* que deben orientarla. El debate sobre los fines se prolonga en los debates sobre los *medios*, que típicamente ponderan los desencadenantes clave de las “revoluciones de los derechos” (Epp, 1998). En su contexto se contrastan, por ejemplo, las explicaciones basadas en el diseño constitucional, en la conducta de los jueces, en la cultura y en la acción de los ciudadanos y sus estructuras de apoyo (22-23); se plantea qué tipo de relación deberíamos tratar de establecer entre la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución (véase Gargarella, en este libro), o se describen dinámicas de judicialización impulsadas “desde arriba”, “desde abajo” y “desde el extranjero” (Sieder y otros, 2008: 19-20), cuyo impacto se evalúa en términos de garantía de derechos. Y a los debates sobre los medios se unen los debates sobre los *efectos* y la eficacia de la labor judicial, donde se contraponen, en términos generales, los enfoques neorrealistas que privilegian los efectos directos e instrumentales de los fallos y los enfoques

constructivistas que prestan más atención a sus efectos indirectos y simbólicos (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010: 7-11).

En realidad, habría que decir que las tres discusiones (objetivos, medios, efectos) están estrechamente vinculadas: la adopción de unos u otros presupuestos normativos y metodológicos desemboca en formas completamente distintas de medir el sentido y la eficacia de la labor judicial en materia de protección de derechos, y ello a su vez desemboca en visiones distintas acerca las dinámicas a impulsar o a evitar.

¿Qué es, entonces, lo que vuelve especialmente interesantes las experiencias argentinas en el marco del litigio de interés público en materia de DESC, la expansiva jurisprudencia de las Cortes costarricense o colombiana sobre autonomía e igualdad, o las sentencias “estructurales” de esta última? ¿Por qué, por encima de las acotaciones, la sofisticación del análisis y el cuidado en calificar el alcance de las conclusiones, parece imponerse la idea de que hay algo genuinamente promisorio en la tarea impulsada por estas Cortes enérgicas, en comparación con el desempeño habitual de las Cortes de la inacción y la tecnocracia?

Como veremos en la próxima sección, se ha sostenido que las tendencias asociadas al “nuevo activismo” deben ser bienvenidas porque sitúan la labor de los jueces constitucionales latinoamericanos en una dinámica que, lejos de erosionar el funcionamiento de los sistemas democráticos de la región, contribuye a enriquecerlos o, al menos, a reforzar sus bases. Ahora bien, si hay razones para pensar que es así, y si los países latinoamericanos comparten muchas de las características en las que se fundamenta esta conclusión, creo que es un buen momento para abrir el debate sobre la regionalización. ¿Deberíamos tratar de *regionalizar*—de extender a toda América Latina— las tendencias marcadas por el activismo y el experimentalismo judicial colombiano o argentino? Si pensamos que sí, o bien que, con independencia de su sentido, la veloz migración de experiencias favorecida por la práctica diaria globalizada de los actores jurídicos —a la que se refiere Rodríguez Garavito en este libro—, impulsará a los jueces de otros países a transitar pronto los mismos caminos, se hace necesario preguntar también cómo regionalizar: ¿Qué elementos habría que tomar en cuenta para potenciar los beneficios del proceso y minimizar sus riesgos?

A mi juicio, la agenda jurídica de la región debe incluir entre sus puntos básicos el intento de responder las preguntas anteriores. Pensar la respuesta a la primera pregunta nos invita a examinar con mayor detalle las fortalezas y los inconvenientes de lo que se hecho hasta ahora en los países “cuna” del nuevo activismo. Una posible respuesta a la segunda conlleva esbozar una agenda de reflexión y acción jurídica que debe conceder suficiente peso a las numerosas variables institucionales, políticas y culturales que median o condicionan la consecución de los mismos objetivos en cada país de la región. Lo analizaremos con mayor detenimiento en las secciones siguientes.

**EL NUEVO ACTIVISMO: EVALUAR LA REGIONALIZACIÓN**

Las innovaciones jurisprudenciales y procedimentales de la Corte constitucional colombiana (en especial sus comentadas sentencias en aquellos casos que involucran a amplios grupos poblacionales desaventajados) o los fallos recientes de la Corte argentina en el ámbito de los DESC (estructuras carcelarias, medio ambiente, vivienda, sistema de pensiones, educación) constituyen el aporte latinoamericano a un movimiento más amplio, que concentra parte importante de los debates actuales sobre derecho constitucional comparado. La senda inaugurada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Brown* ha encontrado eco no tanto en las democracias nortatlánticas, sino en los desarrollos impulsados por la jurisprudencia en materia de derechos de las altas Cortes de países del sur global: Sudáfrica, la India o Colombia (Restrepo Saldarriaga, 2009).

La reflexión académica sobre estos desarrollos ha propiciado un breve regreso al debate sobre la justificación normativa de la justicia constitucional en un sistema democrático, proyectado no ya sobre la cuestión de la legitimación “de principio” de los jueces constitucionales (dado que el triunfo global de la justicia constitucional le quita parte del sentido) sino como presupuesto para el análisis, la crítica y la orientación del ejercicio de sus ahora importantes poderes en materia de protección de derechos.

En general, se ha destacado que estas experiencias no deben ser globalmente contempladas con resquemor porque, lejos de erosionar la salud de la vida democrática, proporcionan vías que contribuyen a mantenerla o mejorarla, pues ayudan a detectar y superar deficiencias en el funcionamiento de las estructuras legislativas y ejecutivas responsables de satisfacer las necesidades y los derechos de los ciudadanos. Así, se ha destacado, por ejemplo, que las experiencias en materia de judicialización de las políticas sociales en la Argentina en la década pasada han abierto nuevas formas de participación ciudadana en la esfera política, y que su entrada en juego ha contribuido a compensar de algún modo la erosión de los canales tradicionales de debate y acción democrática: la intervención de la judicatura –en ciertos contextos procesales, respecto de ciertos temas y mediante cierto tipo de decisiones– otorga a la ciudadanía maneras de incidir en la agenda pública o en los procesos de definición, monitoreo o aplicación de las políticas estatales que de otro modo no tendría, permitiéndole participar en un “diálogo” entre poderes que ayuda a concretar, más adecuadamente, el programa jurídico-político establecido en la Constitución y los tratados (Abramovich, 2007: 13- 16; 2009: 44-45).

Apelando fundamentalmente a la misma idea, se ha dicho que la intervención de la judicatura en estos casos es un factor que “desestabiliza” a las estructuras institucionales que operan de manera deficiente y que casi siempre resul-

tan inmunes a los canales políticos de corrección (Sabel y Simon, 2004: 1021; Bergallo, 2006); que actúa sobre sus “puntos de bloqueo” –o por lo menos alerta sobre su existencia (Gauri y Brinks, 2008: 4-37)–, y que mejora el desempeño global del sistema democrático. También se han destacado los variados efectos indirectos y simbólicos de las dinámicas activistas: la sustancia argumental de la jurisprudencia de la Corte colombiana en un contexto de acceso rápido y amplio a la justicia, por ejemplo, parece haber desencadenado dinámicas políticamente incluyentes, que permiten a las personas nombrar sus problemas cotidianos en un lenguaje digno y despiertan energías emancipadoras que facilitan la movilización colectiva frente a causas comunes de opresión (Restrepo Saldarriaga, 2003: 13). Por otra parte, los fallos “estructurales”, como la sentencia sobre los desplazados por la violencia –más allá de su incidencia directa sobre la política pública–, parecen haber contribuido a enriquecer el espectro temático de la agenda política, a cambiar las percepciones ciudadanas sobre ciertos problemas y a impulsar transformaciones graduales generales dentro del aparato estatal (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010: 12, 32 y ss.).

Aunque los argumentos anteriores darían pie para apoyar los desarrollos asociados al nuevo activismo judicial en cualquier democracia, resultan especialmente sugestivos en el contexto de sociedades singularizadas por los fenómenos señalados al principio de este escrito. Si la acción de la justicia constitucional en materia de derechos opera en sociedades marcadas por la exclusión, la debilidad de las instituciones, el desprestigio de la política y las omisiones y deficiencias en el desarrollo de las políticas públicas de las que depende la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, es obvio que aquellas dinámicas de intervención que contribuyen a dar voz a quien no la tiene (Smulovitz, 2008: 205); que establecen nexos de confianza entre los jueces y la ciudadanía –aminorando su tradicional desprestigio, creando eficacia y legitimidad (véase Böhmer, en este volumen) e incentivando el recurso a los canales institucionales de protesta y acción–, y que parecen ayudar, aunque sea marginalmente, a redirigir el funcionamiento del sistema en beneficio de la mayoría, no deben ser rechazadas.

Antes que decir que, en estos casos, los jueces participan en un diálogo “horizontal” entre poderes –imagen que otorga una centralidad quizá excesiva a los poderes ejecutivo y legislativo donde se originan los problemas que denuncia el litigio basado en los derechos y que, como veremos luego, podría dar a los jueces un mensaje equívoco sobre las herramientas a su alcance–, podría hablarse de una intervención judicial en clave de diálogo democrático “vertical”, en cuyo contexto los jueces constitucionales devienen mediadores entre los ciudadanos, por un lado, y el legislador, el Ejecutivo o las agencias administrativas, por otro, dando eco y obligando a atender demandas que estos últimos probablemente desatenderían, instándolos a ejecutar compromisos

adquiridos o eliminando factores que impidan su disfrute igualitario. La intervención de la justicia constitucional contribuye de este modo a materializar la vertiente deliberativa (en oposición a la electoral) del proceso por el cual los ciudadanos ponderan las implicaciones de imaginarse como titulares iguales de derechos (Sager, 2004: 194-207), dado que los jueces atienden y responden individualmente a los intereses de las personas según sus méritos –no por el dinero, el poder o los votos que las respalden (Sager, 2004: 203; Ferreres, 2009: 93)–, lo cual abre vías relevantes de reconocimiento e inclusión en sociedades profundamente segmentadas.

En la medida en que toda la región participa de las mismas circunstancias de trasfondo subrayadas al inicio, cabe considerar la posibilidad de regionalizar el nuevo activismo –esto es, de extender las dinámicas que lo caracterizan a países cuyos sistemas de justicia constitucional funcionan de manera subóptima desde la perspectiva de la protección de derechos–. Sin embargo, ello obliga, a mi entender, a prestar inmediata atención a una inmensa cantidad de detalles. La virtualidad y la corrección normativa de la intervención de una justicia constitucional activista en materia de protección de derechos depende de su ejercicio en contextos, condiciones y bajo estándares que, de no estar dados, pueden desequilibrar con gran facilidad el “diálogo” democrático y derivar en un panorama donde el remedio sea peor que la enfermedad. Adaptando la metáfora de los puntos de “bloqueo institucional” que utiliza la literatura politológica sobre judicialización, podríamos decir que la capacidad de la justicia constitucional de actuar como “factor de desbloqueo” a su vez depende de que podamos eliminar o controlar los puntos de “bloqueo judicial” –factores cuya naturaleza y alcance son muy distintos en unos y otros países de la región– y los puntos de potencial “desenfreno” judicial, que resultan igualmente relevantes bajo un paradigma de justicia constitucional dialogal preocupado por evitar que el activismo quede reducido a síntoma de ciudadanía débil y democracia empobrecida (Gargarella, 2003; Domingo, 2008: 43; Sieder y otros, 2008: 24-25, 33-34).

#### **CÓMO REGIONALIZAR: DESBLOQUEO JUDICIAL Y DACIÓN DE CUENTAS EN CONTEXTO**

Efectivizar los propósitos buscados por la ola constitucionalizadora pro derechos latinoamericana –o, más modestamente, comprometerse con la necesidad de timonear los efectos del contagio incontrolado de activismo que la inercia de nuestro momento histórico tiene altas probabilidades de producir– exige desplegar, a la luz de un paradigma normativo de justicia constitucional

sensible a las circunstancias de la región, análisis detallados y estrictamente contextuales para observar cómo interactúan en cada caso ciertos ingredientes culturales, personales e institucionales que suelen ser más distintos entre sí de lo que cabría anticipar.

Aunque, como hemos señalado, las circunstancias de la desigualdad, la pobreza, la institucionalidad débil o la estatalización discontinua puntean un trazo regional uniforme, el hibridismo institucional que caracteriza a la región y la particular manera en que cada país se ha separado de su pasado reciente (transición política) y de los modos tradicionales de entender el derecho (transición legal) (Kapiszewsky, 2010) desaconsejan apostar por una receta regional única. Algunos países, como la Argentina, emergieron de la dictadura militar con sociedades civiles relativamente activas y actores sociales organizados en torno a vías legales de movilización, mientras que otros, como México, lo hacen con ciudadanos pasivos que todavía sienten el lastre de la cooptación estatal de los grupos intermedios; en algunos países la cultura jurídica se ha renovado notablemente y en otros no; en algunos países hay nuevos procedimientos que permiten a cualquier ciudadano acceder a los jueces constitucionales mientras que en otros la inmensa mayoría está excluida de la justicia; en algunos países la articulación entre la justicia ordinaria y la constitucional descentraliza la protección judicial de los derechos básicos y en otros no. No es solamente que la interacción entre factores personales, institucionales y culturales produzca resultados distintos en cada país, sino que los factores personales e institucionales que interactúan en cada país son muy variados. Por lo tanto, y quizás paradójicamente, impulsar y monitorear la regionalización del (buen) activismo exige, a mi juicio, *desregionalizar el análisis*, identificando en su especificidad las dinámicas que convergen en cada espacio estatal –con independencia de que el motor que las impulse sea estatal, supraestatal o infraestatal– y priorizando el diagnóstico de detalle.

El diagnóstico de detalle debe cubrir, en primer lugar, los presuntos casos de éxito. Reflexionar sobre la base de la hipótesis de la regionalización nos insta a contemplar el activismo judicial colombiano, costarricense o argentino bajo la lógica del principio de universalidad, disminuyendo la tentación de considerarlos casos de éxito sin fisuras. Por ejemplo, las ventajas asociadas a la inmensa apertura del sistema en términos de acceso a la justicia constitucional (tanto en vía de control abstracto como en vía de control concreto) o la intensa sustantivización del discurso jurídico impulsada desde la Corte constitucional en Colombia no invisibilizan los problemas derivados de la desconexión (el “choque”) entre esta última y las altas Cortes de legalidad –en detrimento de una correcta constitucionalización “hacia abajo” del sistema–, ni tampoco eliminan el riesgo de judicialización prematura de aquellos temas que no se sustentan en reclamos sociales maduros. En la Argentina, la judicialización de

la política social –propiciada por la convergencia de las organizaciones de la sociedad civil y la receptividad de la Corte en su composición reciente– no elimina el riesgo de desigualdad en la aplicación de la ley por parte de una Corte con escasos mecanismos para seleccionar los casos que decide, ni tampoco el riesgo de que esa misma incapacidad colapse los tribunales, desencante a la ciudadanía y haga retroceder la dinámica legitimadora que hasta ahora ha tenido la adjudicación sobre DESC. En pocas palabras, en los casos de “éxito” existen puntos de bloqueo y de potencial desenfreno judicial que es necesario identificar y atender.

En segundo lugar –y centralmente–, el debate sobre la regionalización debe lograr que los países situados en el extremo “malo” del continuo de la protección de derechos se desplacen en la dirección adecuada con mayores garantías de éxito. Por poner un ejemplo extremo: la idea de la adjudicación estructural en casos que involucran desconocimientos sistémicos de derechos de grupos desfavorecidos tendría resultados muy distintos en México de los que ha tenido en Colombia, pues prácticamente ninguno de los factores que permiten llegar a una opinión en última instancia positiva sobre la experiencia en este país (procedimientos; formación y disposición del juez constitucional; actores de la sociedad civil presentes antes, durante y después del fallo; técnicas de argumentación y decisión, etc.) existe en México.

La metáfora de los puntos de bloqueo judicial alude a problemas, temas o fenómenos de naturaleza enormemente variada. En México está claro que la regulación (legal y jurisprudencial) del juicio de amparo es un punto de bloqueo de una envergadura tal que condiciona la efectividad de las estrategias de desbloqueo que puedan buscarse impulsando otros “vectores de activismo” –o al menos obliga a dirigirlos en un sentido muy preciso–. La eventual aparición de una oleada de jueces o litigantes profundamente comprometidos con la protección de los derechos, por ejemplo, no alcanzaría a compensar los exiguos efectos (directos e indirectos) de las sentencias propiciadas por el diseño selvático del juicio de amparo –lo cual disminuye considerablemente la razonabilidad de pensar que, mientras ese punto de bloqueo persista, el litigio en materia de derechos enriquecerá sustancialmente el diálogo democrático, a diferencia de lo que ocurriría si los componentes mayoritaristas del diálogo tuvieran más peso–. A falta de una reforma legal desbloqueadora –en estos momentos el Congreso mexicano está examinando una–, superar las dificultades derivadas del diseño del amparo exigiría animar a esos litigantes heroicos a hacer del derecho procesal un tema prioritario para el litigio de interés público en el país (Pou Giménez, 2009) o hallar un modo de llevar a los jueces constitucionales mexicanos a ejercer sus competencias con esa misma prioridad en mente.

Otro punto de bloqueo judicial en México –de carácter muy distinto, y cuya superación exigiría la adopción de medidas muy distintas– es la inmensa des-



conexión existente entre la teoría del derecho y el utillaje argumental que manejan las universidades y el exiguo segmento de litigantes que se dedican al derecho de interés público, por un lado, y los modos argumentales tradicionales del poder judicial, por el otro. En consecuencia, no hay espacio para la mutua permeabilidad de ideas necesaria para generar una adecuada garantía judicial de los derechos: los litigantes pierden innecesariamente casos porque no conocen bien las reglas procesales e interpretativas que los jueces asocian al respeto de los principios reguladores de sus responsabilidades institucionales (igualdad en la aplicación de la ley, división de poderes), los comentarios académicos no alcanzan a identificar el nudo de los problemas, y los jueces hallan una excusa para no tomar en serio argumentaciones pro-derechos que consideran incomprensiblemente insensibles a la necesidad de dar peso a los valores que sustentan sus reglas tradicionales de adjudicación.

En última instancia, una de las tareas centrales en la agenda jurídica latinoamericana del momento es llevar a cabo el análisis complejo y estrictamente contextual necesario para eliminar el trazo de la “anatomía” de la justicia y de la injusticia propia de cada país, como paso previo a pensar qué tipo de iniciativas permitirían impulsar cambios en el sentido correcto, dentro del límite marcado por la necesidad de preservar en todo momento una mezcla aceptable de independencia y *accountability* judicial (Ríos-Figueroa, 2011: 29). Este análisis debe detectar los factores que actúan como colectores de problemas y también aquellos que parecen contribuir a disolverlos –en estrecha correspondencia con los muy distintos ingredientes políticos, sociales, institucionales y culturales con los que se teje, en el detalle, el día a día de la protección judicial de los derechos en cada país– y puede concretarse en la identificación de puntos clave cuya atención parece ser estratégica para minimizar los riesgos más evidentes del activismo (“sobreconstitucionalización”, colapso del sistema judicial, imposibilidad de monitorear suficientemente la labor de los jueces, desigualdad en la aplicación de la ley, insuficiente atención a la efectividad de los fallos) y maximizar sus potencialidades (desbloqueo de la deliberación democrática, contribución efectiva a la aplicación de las políticas estatales, aumento de la inclusión, legitimación del derecho y de las instituciones).

#### **PROTECCIÓN DE DERECHOS Y TEORÍA CONSTITUCIONAL**

Privilegiar el análisis casuístico no supone renunciar a la posibilidad de integrar un inventario de temas relevantes para todos los países de la región, más allá de la posición que cada uno ocupe en el “continuo” de la protección de los dere-

chos, siempre y cuando se tenga en cuenta que las implicaciones de los mismos objetivos puede exigir iniciativas distintas y hasta opuestas en cada caso.

La agenda de la transparencia y de la apertura de los tribunales a la ciudadanía, por ejemplo, parece ser un tema de importancia transversal, porque conlleva en todos los casos la posibilidad de pedir cuentas a los jueces constitucionales, de proporcionarles elementos de juicio que pueden impactar sobre sus decisiones, y de situar sus decisiones en el centro de un debate que genere inclusión social y legitimidad y potencie sus efectos instrumentales y simbólicos. Como hemos sugerido, sin embargo, los efectos de publicitar las deliberaciones o de celebrar audiencias públicas antes o después de la sentencia pueden variar mucho desde todos los puntos de vista normativamente relevantes según las particularidades contextuales, y lo que en un caso puede ser epistemológicamente enriquecedor y socialmente incluyente, en otro puede limitarse a privilegiar a actores sociales no representativos o provocar que la “puesta en escena” y el protagonismo personal vayan en detrimento del debate sobre los argumentos.

Otros temas de importancia transversal para toda la región serían, por supuesto, aquellos que están relacionados con el litigio de interés público y las reformas a los procedimientos. Uno de estos temas concierne singularmente a los juristas, por lo que quisiera cerrar esta reflexión refiriéndome a él. A mi entender, una de las tareas necesarias para dar a los jueces latinoamericanos herramientas que les permitan desempeñar mínimamente sus responsabilidades en el marco del nuevo litigio constitucional sobre derechos es incorporar a su imaginario mental y a su utillaje argumental cotidiano el paradigma normativo del diálogo democrático “vertical” (en el sentido antes definido) y sus implicaciones básicas. Dado que los análisis tradicionales infravaloran el peso de los condicionantes normativos del comportamiento de los jueces (Stone Sweet, 2000: 27) –en comparación con las consideraciones estratégicas o ideológicas–, debemos considerar que la inmensa mayoría de los jueces constitucionales de la región siguen un modelo que no los guía respecto de lo que realmente hacen o deberían hacer.

En muchas ocasiones, el juez constitucional latinoamericano despliega su tarea protectora de derechos orientado por una versión “pop” (López Medina, 2004: 29) del diálogo horizontal que lo reduce a la idea de “respetar la división de poderes”, lo cual, mezclado con un universo conceptual de base kelseniana, lo deja sin ideales regulativos adecuados en materia de protección de derechos –recordemos que Kelsen se oponía a la inclusión en las Constituciones de las cláusulas de derechos de terminología general y “difusa” que hoy forman parte del núcleo axiológico de las Constituciones, por considerar que ello aumentaba excesivamente el espacio de discrecionalidad en la aplicación de la Constitución y dificultaba la restricción del poder del tribunal constitucional y del carácter político de su función (Kelsen, 1988: 142-143;

1995: 33-39)–. Otras veces el juez constitucional estándar desarrolla su tarea protectora de derechos influido por teorías interpretativas que, sobre las mismas premisas básicas pero bajo un ropaje más sofisticado, sostienen que la corrección funcional de su labor pasa por dar un peso fundamental a la idea de la dignidad democrática del legislador y atender suficientemente la “dificultad contramayoritaria” de la justicia constitucional, tanto en el momento de diseñar estructuras y procedimientos como en el de seleccionar las perspectivas interpretativas que deben pautar el ejercicio cotidiano de sus competencias.

Sin embargo, hay razones para pensar que las herramientas de interpretación y aplicación del derecho derivadas de las ideas anteriores y a las que las democracias nordatlánticas consideran adecuadas para preservar la “democrática” global del sistema –por ejemplo, garantizar medios para que el Poder Legislativo pueda “superar” los efectos de las sentencias del tribunal constitucional, suspender los efectos de los fallos, o utilizar criterios argumentativos deferentes con las mayorías presentes o pasadas–, sin dejar de ser importantes, no bastan para guiar la labor de los jueces constitucionales en contextos caracterizados por un déficit de efectividad o representatividad de los otros dos poderes. A las implicaciones del paradigma del diálogo horizontal entre poderes habría que añadir, en el contexto latinoamericano, algunas implicaciones de un paradigma de diálogo vertical que favorezca la participación de grupos o individuos inicialmente excluidos del diálogo político.

De igual modo, si el problema de América Latina es el insuficiente reconocimiento cultural y legal de grupos importantes de la población, no debería otorgarse centralidad al compromiso con aquellas teorías interpretativas que recomiendan deferencia hacia decisiones de mayorías del pasado que no los incluían. Finalmente –y sin negar la indudable fecundidad de un esquema analítico que viene en parte exigido por la estructura y función normativa de nuestras previsiones constitucionales sobre derechos–, si en muchos países de la región el problema radica en el uso desproporcionado del sistema de justicia constitucional por los más aventajados, basar el litigio sobre derechos exclusivamente en el uso del principio de proporcionalidad no parece ser la mejor opción, pues este principio –al menos, de nuevo, en su versión más popularizada– insta a los jueces a conceder algún peso a todas y cada una de las pretensiones que se esgrimen ante ellos, lo cual puede llevar a otorgar un espacio argumental excesivo a los intereses de las personas con mayor acceso a la justicia, sesgando en algún grado el sistema contra la protección de intereses cuya incorporación al razonamiento no queda tan directamente garantizada.

Sirvan estos ejemplos rápidos –que aluden con demasiada simpleza a cuestiones nada simples– para sugerir que entre los retos actuales del derecho en América Latina se encuentra, con toda probabilidad, el de ir pensando qué tipo de teorías de interpretación y aplicación constitucional –o, más ampliamente, qué

tipo de teorías de interpretación y aplicación del derecho bajo la Constitución (Lifante Vidal, 2008: 258)– deben acompañar al nuevo litigio constitucional sobre derechos. Ello no requerirá inventar cosas radicalmente nuevas, pero sí al menos reflexionar con cuidado sobre el uso que damos a las existentes.

## CONCLUSIÓN

Los países latinoamericanos son protagonistas de una tendencia histórica de alcance global que ha colocado a la protección de los derechos humanos o fundamentales en el núcleo de lo que se espera que sea la práctica jurídica en las democracias actuales. Ello ha venido acompañado de un nuevo consenso acerca del papel de los jueces en la estructura institucional democrática que subraya, en particular, la centralidad de las funciones de los jueces de garantía constitucional en el seno del sistema político.

En estas páginas he querido hacer hincapié en la necesidad de atender la amplia variación y los detalles que conviven bajo esta descripción general del contexto latinoamericano actual. Así, he destacado que, si bien las Cortes constitucionales de varios países de la región han impulsado modos innovadores de practicar la justicia constitucional en materia de derechos –que parecen estar contribuyendo a dinamizar y enriquecer el funcionamiento cotidiano de sistemas políticos en contextos marcados por la desigualdad y la exclusión política de amplias mayorías–, la situación es todavía muy distinta en otros. Las Constituciones latinoamericanas recientes proclaman un mensaje normativo que, en los puntos que nos interesan, es fundamentalmente uniforme; pero la realidad regional todavía no lo es tanto.

Con todas las calificaciones que los análisis normativos y empíricos sobre el tema aconsejan hacer, parece haber motivos para no lamentar la expansión regional del activismo judicial en materia de derechos. Pero implicarse responsablemente en la dinámica regionalizadora exige, paradójicamente, desregionalizar parte del análisis y hacerlo sensible a factores institucionales, políticos, personales, culturales e ideológicos cuyas dinámicas de interacción a nivel micro es importante conocer para que la judicialización de los derechos sea verdaderamente emancipadora y no conduzca a la arbitrariedad de los jueces, a los litigios elitistas o a cualquier otra de las dolencias características de la “mala” judicialización.

Los juristas tenemos que hacer aportes centrales al proceso de monitoreo, impulso y orientación del activismo de los jueces constitucionales latinoamericanos. La tarea de diagnosticar, con el detalle requerido, cuáles son los factores que esbozan la anatomía de la injusticia en cada país –medida en términos

de disfrute efectivo de derechos— exige interdisciplinaridad pero también una participación decisiva de la mirada jurídica. Una de las tareas característicamente jurídicas de la agenda que abre el debate sobre la regionalización del activismo es pensar qué teorías de interpretación y aplicación del derecho bajo la Constitución podrían ser apropiadas y fecundas en las democracias constitucionales de esta parte del mundo.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, Víctor (2007), “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, Bogotá, Universidad del Rosario.
- (2009), “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en Víctor Abramovich y Laura Pautassi (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- y Pautassi, Laura (2009), “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales”, en Víctor Abramovich y Laura Pautassi (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Aguiló Regla, Josep (2004), *La constitución del estado constitucional*, Bogotá y Lima, Temis-Palestra.
- Beatty, David M. (2004), *The Ultimate Rule of Law*, Nueva York, Oxford University Press.
- Bergallo, Paola (2006), “Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, en *Derecho y pobreza* (SELA 2005), Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Carbonell, Miguel (comp.) (2006), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- (comp.) (2007), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta.
- y García Jaramillo, Leonardo (comps.) (2010), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) (2008), *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI.

- Cepeda Espinosa, Manuel José (2008), “La judicialización de la política en Colombia: lo viejo y lo nuevo”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (comps.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Couso, Javier (2008), “La judicialización de la política chilena: la revolución de derechos que nunca fue”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (comps.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- e Hilbink, Lisa (2010), “From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa (comps.) (2011), *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Domingo, Pilar (2008), “La judicialización de la política: el cambio del papel político del sistema judicial en México”, en Sieder, Raquel; Line Schjolden y Alan Angell (comps.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- y Rachel Sieder (comps.) (2001), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, Londres, Institute of Latin American Studies, University of London.
- Epp, Charles R. (1998), *The Rights Revolution. Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press.
- Ferreres Comella, Víctor (2009), *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven, Yale University Press.
- Frosini, Justin y Pegoraro, Lucio (2008), “Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?”, en *Journal of Comparative Law*, vol. 3, n° 2, pp. 39-54.
- García Villegas, Mauricio (dir.) (2008), *Jueces sin Estado*, Bogotá, Siglo del Hombre, Konrad Adenauer Stiftung, DeJuSticia, The John Merck Fund.
- (dir.) (2009), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, DeJuSticia.
- Gargarella, Roberto (2003), “The Majoritarian Reading of the Rule of Law”, en José M. Maravall y Adam Przeworsky (comps.),

- Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Gauri, Varun y Brinks, Daniel (2008), "Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights", en Varun Gauri y Daniel Brinks, *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Ginsburg, Tom (2003), *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Guastini, Riccardo (2007), *Estudios de teoría constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Fontamara.
- Hammergren, Linn (2007), *Envisioning Reform, Improving Judicial Performance in Latin America*, University Park, Pennsylvania, Pennsylvania University Press.
- Helmke, Gretchen y Ríos-Figueroa, Julio (comps.) (2011), *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Hilbink, Lisa (2007), *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Kapiszewsky, Diana (2010), "Tactical Balancing and Prioritizing Pragmatism: High Court Decision-Making on Economic Policy Cases in Brazil", en Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa (comps.), *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Kelsen, Hans (1988), "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", en *Escritos sobre democracia y socialismo*, Madrid, Debate.
- (1995), *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos.
- Lifante Vidal, Isabel (2008), "La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante.
- López Medina, Diego Eduardo (2004), *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Universidad de los Andes, Legis, Universidad Nacional de Colombia.

- Ludwikowsky, Rett (2003), "Latin America Hybrid Constitutionalism: The United States Presidentialism in the Civil Law Melting Pot", en *Boston University International Law Journal*, vol. 29.
- (2004), "Constitutionalization of Human Rights in Post-Soviet States and Latin America: A Comparative Analysis", en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 29, n° 1.
- Magaloni, Beatriz (2003), "Authoritarianism, Democracy and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of Law in Mexico", en Scott Mainwaring y Christopher Welna (comps.), *Democratic Accountability in Latin America*, Nueva York, Oxford University Press.
- Magaloni Kerpel, Ana Laura (2007), *¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?*, México, Estudios Jurídicos, Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE).
- Pou Giménez, Francisca (2009), "Temas prioritarios para el litigio de interés público en México: el enfoque social y procesal como imperativo básico", Presentación en el Seminario sobre Litigio de Interés Público, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Restrepo Saldarriaga, Esteban (2003), "Reforma constitucional y progreso social: la constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia", en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, SELA 2002, Buenos Aires, Ediciones del Puerto.
- (2009), Presentación en el Seminario sobre Litigio de Interés Público, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de octubre de de 2009.
- Ríos-Figueroa, Julio (2011), "Institutions for Constitutional Justice in Latin America", en Helmke, Gretchen y Ríos-Figueroa, Julio (comps.) (2011), *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Rodríguez Garavito, César (2009), *La globalización del Estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*, Bogotá, Universidad de los Andes-CIJUS.
- y Rodríguez Franco, Diana (2010), "Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia", en Pilar Arcidiáco-



- no, Nicolás Espejo y César Rodríguez Garavito, *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Uniandes, CELS, Universidad Diego Portales y Siglo del Hombre Editores.
- Sabel, Charles y Simon, William (2004), “Destabilization Rights: How Public Litigation Succeeds”, en *Harvard Law Review*, 117.
- Sager, Lawrence (2004), *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, Yale University Press.
- Sieder, Rachel (comp.) (2002), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Basingstoke y Nueva York, Palgrave Macmillan, Institute of Latin American Studies.
- Schjolden, Line y Angell, Alan (2008), Introducción en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (comps.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Smulovitz, Catalina (2009), “Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (comps.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Stone Sweet, Alec (2000), *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Nueva York, Oxford University Press.
- Tate, C. Neal y Vallinder, Torbjörn (1995), “The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics”, en Neal C. Tate y Torbjörn Vallinder (comps.), *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York y Londres, New York University Press.
- Vilhena Vieira, Oscar (2007), “La desigualdad y la subversión del Estado de derecho”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, n° 6, año 4, pp. 29-51.
- Wilson, Bruce (2008), “Cambio de dinámica: el impacto político de la corte constitucional de Costa Rica”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (comps.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- (2009), “Enforcing Rights and Employing an Accountability Function: Costa Rica’s Constitutional Court”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa (comps.), *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press.

## **11. Constitucionalismo interamericano: algunas notas sobre las dinámicas de creación e internalización de los derechos humanos**

*Jorge Contesse Singh\**

En el presente trabajo intentaré explorar las vinculaciones entre dos sistemas normativos que se superponen, complementan y, en ocasiones, entran en tensión. Me refiero al derecho internacional de los derechos humanos, particularmente a la parte que emana de los órganos interamericanos de protección, y al derecho constitucional doméstico de los Estados latinoamericanos. El análisis que propongo busca determinar los espacios de trabajo e intervención que permiten desplegar una agenda robusta de protección de derechos fundamentales y libertades públicas mediante la observación de nuevas dinámicas de creación de este derecho y también de los procesos de internalización por parte de los Estados y órganos suprarregionales.

Desde que los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos comenzaron a conocer peticiones individuales y casos en contra de los Estados parte de la OEA (y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), se generó una rica jurisprudencia que ha dado lugar a numerosos debates y análisis especializados. Algunas de estas discusiones giran en torno al desarrollo sustantivo que ha tenido la jurisprudencia, mientras que otras enfocan un tema crucial para la vigencia del derecho internacional (en este caso, de los derechos humanos): sus mecanismos de cumplimiento e implementación, tanto en los países que son objeto de resoluciones como en otros para los cuales son relevantes las decisiones tomadas

\* Agradezco los comentarios que Víctor Abramovich, Paola Bergallo, Martín Böhrer, Ariel Dulitzky, Roberto Gargarella, Julieta Lemaitre, Francisca Pou, César Rodríguez, Rodrigo Uprimny, Oscar Vilhena y Raquel Yrigoyen hicieron a este trabajo en el seminario en que se presentó, en febrero de 2010, en la Universidad de los Andes, en Bogotá. Agradezco también a Diana Maquilón y Tábata Santelices por su ayuda en la investigación. Los posibles errores subsistentes son de mi exclusiva responsabilidad.

en el plano internacional. Por último, también se presta atención a las reflexiones sobre las regulaciones procesales que posibilitan la comparecencia de individuos, grupos y, por cierto, Estados en las esferas internacionales de protección de derechos.

En el caso del denominado sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), el debate durante los primeros años de trabajo de la Comisión IDH y la Corte IDH intentó determinar si estas podían (o no) hacer responsables a los Estados que incumplían sus obligaciones internacionales; como corolario, surgió la pregunta sobre cómo deben implementar los Estados las decisiones de los órganos supranacionales. Si bien estas son cuestiones aún vigentes en la acción de cualquier mecanismo suprarregional de protección y promoción de derechos, como revisaré en este trabajo, el sistema interamericano hoy se hace cargo de nuevas demandas que requieren comprensiones también novedosas sobre el derecho y la relación entre los Estados y los órganos interamericanos.

La formulación de preguntas sobre la inculpación a Estados que, casi por definición, vulneran derechos cobra especial sentido en aquellos contextos en los que un sistema suprarregional de protección de derechos va, por así decirlo, “al rescate” de sus ciudadanos. Se trata de la conocida idea de los sistemas que actúan “en defecto”, como “*ultima ratio*”, cuando los Estados no pueden –o no quieren– dar protección a las personas. Esta forma de operar ha servido incidentalmente para contrarrestar las críticas contra la intromisión de un sistema regional en esferas domésticas: la CIDH y la Corte IDH intervienen *porque* un Estado no cumple, y por lo tanto no debe considerarse una intromisión sino un complemento o corrección de aquellos sistemas legales domésticos que, de cumplir, no harían factible ni necesaria la intervención. El carácter subsidiario que se le reconoce al sistema interamericano de protección de derechos humanos –al igual que a otros sistemas, como el europeo o el de las Naciones Unidas– se materializa principalmente en el requisito de admisibilidad que exige el agotamiento de los recursos internos; vale decir que sólo es posible acceder a estos cuando no hay manera de encontrar remedio en el plano doméstico, ya sea porque se intentaron todas las vías administrativas y judiciales posibles o porque estas son inexistentes o insuficientes para ofrecer tutela efectiva a las personas. En palabras de la Corte IDH, y como lo ha señalado desde sus primeros casos:

[1]a regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por

ser esta “coadyuvante o complementaria” de la interna (Convención Americana, Preámbulo).<sup>1</sup>

Pero, junto con esta manera de enfocar la cuestión –esto es, mirando cómo la jurisprudencia interamericana afecta a los Estados “destinatarios” e incide sobre ellos–, considero aconsejable observar el fenómeno desde una óptica alternativa. Quisiera proponer un análisis que tome en cuenta no sólo el modelo “de arriba abajo” anteriormente reseñado, sino también la influencia que ejercen los estados sobre el sistema suprarregional. Quisiera ocuparme, entonces, de las interacciones e iteraciones entre los dos órdenes normativos, poniendo énfasis en aquellos desarrollos recientes y probables en los cuales los Estados –o sus sistemas constitucionales– propician y reclaman cierta actitud por parte de los órganos de protección de derechos humanos. En otras palabras, el sistema de protección de derechos hoy no sólo presenta la estructura única de un mecanismo que se sitúa “por encima de” los Estados que fracasan en dar tutela a las personas, sino que se ve obligado a adoptar una postura más abierta hacia los desarrollos jurídicos que se producen en las sedes domésticas y que marcan nuevos entendimientos del ámbito de protección de los derechos. Así es como algunas agendas que hace años habría parecido imposible impulsar desde el sistema interamericano de derechos humanos –por ejemplo, los derechos de personas de orientación sexual diversa– van ingresando en él a partir de las concepciones existentes dentro de algunos Estados de la región, acompañadas por el trabajo del activismo transnacional que, de modo notable, dota de contenido al derecho “interamericano” sirviéndose de fuentes plurales y diversas.

Después de esta introducción, observaré el desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos destacando aquellas etapas que, en razón de su jurisprudencia, sea posible apreciar. Sostendré que hay un tránsito desde la recepción y el conocimiento de casos de violaciones graves masivas y sistemáticas a los derechos civiles y políticos hasta la llegada de casos sobre reconocimiento (y también redistribución), muchas veces empujados por grupos y colectivos vulnerables –pasando por una etapa de transición del sistema que se explica en buena medida por el reemplazo de los regímenes autoritarios por gobiernos democráticos–. Revisaré algunos ejemplos de casos o políticas progresistas propiciadas por el derecho constitucional de algunos países de América Latina que impactan en el sistema interamericano al mos-

1 Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 61; caso Godínez Cruz vs Honduras, Fondo, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 64; caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs Honduras, Fondo, sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 85.

trar mayor flexibilidad y dinamismo frente a las demandas de derechos. Esta correlación de fuerzas normativas entre algunas prácticas constitucionales y el sistema interamericano da forma a un tipo de constitucionalismo –al que denomino “interamericano”– que se nutre de variadas fuentes e interpretaciones del derecho, así como de numerosos actores situados en lugares diversos y que abrazan causas no necesariamente coincidentes pero que, sin embargo, se encuentran en una agenda de protección de derechos de las personas y grupos vulnerables. A continuación presentaré un caso que ejemplifica la interacción de los dos órdenes normativos antes reseñados y arroja luz sobre las prácticas que genera el constitucionalismo interamericano. En esta sección, además, examinaré brevemente cómo el mecanismo procesal de la solución amistosa, presente en el ejemplo relatado (y en muchos otros casos), es instrumento de una dinámica más flexible –acaso más democrática– de creación del derecho que emana de los órganos regionales de protección. Finalmente, ofreceré algunas conclusiones sobre la utilidad de observar estas dinámicas para el avance de agendas progresistas de ejercicio de derechos.

#### EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Concebido como un conjunto de herramientas destinadas a promover, investigar y reparar violaciones a los derechos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) ha generado una sólida jurisprudencia en torno a diversos derechos fundamentales. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han otorgado especial tutela a los comúnmente llamados “derechos de primera generación”, por ejemplo, la libertad de expresión,<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Como, por ejemplo, en *La Colegiatura obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985; el caso *La última tentación de Cristo (Olmedo, Bustos y otros) vs Chile*, sentencia del 5 de febrero de 2001; el caso *Ivcher Bronstein vs Perú*, sentencia del 6 de febrero de 2001; el caso *Ricardo Canese vs Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004; el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004; el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007, y el caso *Kimel vs Argentina*, sentencia del 2 mayo de 2008.

el debido proceso,<sup>3</sup> el derecho a no ser objeto de apremios ilegítimos<sup>4</sup> y el derecho a no ser discriminado arbitrariamente,<sup>5</sup> entre otros. Respecto de tales derechos, durante muchos años los órganos del sistema han emitido pronunciamientos –en forma de informes, medidas cautelares u opiniones consultivas– cuyos fundamentos descansan en resoluciones encaminadas a dar protección a personas cuyos derechos han sido desconocidos por los Estados nacionales.

Ahora bien, en cuanto a los denominados “derechos de segunda generación” o derechos sociales, los órganos del sistema interamericano han dado pasos menos decisivos en torno a su protección, aun cuando parecen querer encaminarse hacia ella. Así, por ejemplo, en el caso *Cinco Pensionistas vs Perú* (2003), en un pasaje de su voto concurrente, el juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez señala que:

el tema [de los derechos económicos, sociales y culturales] no se resume en la mera existencia de un deber a cargo del Estado, que deberá orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece, teniendo a los individuos como simples testigos a la expectativa de que el Estado cumpla el deber que le atribuye la Convención [Americana]. Esta constituye una normativa sobre derechos huma-

<sup>3</sup> Entre los cuales pueden nombrarse los siguientes casos resueltos por la Corte IDH: *Caso Genie Lacayo vs Nicaragua*, sentencia del 29 de enero de 1997; *Caso Loayza Tamayo vs Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997; *Caso Blake vs Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998; *Caso Castillo Petruzzi vs Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999; *Caso Duran Ugarte vs Perú*, sentencia del 16 de agosto de 2000; *Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000; *Caso de Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano) vs Perú*, sentencia del 31 de enero de 2001; *Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras*, sentencia del 7 de junio de 2003; *Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003; *Caso Maritza Urrutia vs Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003, y el *Caso Acosta Calderón vs Ecuador*, sentencia del 24 de junio de 2005.

<sup>4</sup> Entre los cuales es posible citar los casos *Castillo Páez vs Perú*, sentencia del 3 de noviembre de 1997; *Loayza Tamayo vs Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997; *Cantoral Benavides vs Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000; *Bámaca Velásquez vs Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000; *Juan Humberto Sánchez vs Honduras*, sentencia del 28 de febrero de 2003; *Bulacio vs Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, y *Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, todos ellos resueltos por la Corte IDH.

<sup>5</sup> Aquí podemos destacar los casos de la Corte IDH *Yatama vs Nicaragua*, sentencia del 13 de junio de 2005, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana*, sentencia del 8 de septiembre de 2005, y *González y otras (Campo Algodonero) vs México*, sentencia del 16 de noviembre de 2009.

nos, precisamente, no apenas sobre obligaciones generales de los Estados. La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada “justiciabilidad” de aquellos, que ha avanzado en el plano nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional.<sup>6</sup>

En contextos de recursos fiscales escasos y mal distribuidos, esta es una demanda crítica que los órganos supranacionales de protección de derechos humanos no deben (y no podrán) eludir. En este artículo, sin embargo, no me ocuparé de esta clase de avances normativos.

En consonancia con la existencia de regímenes no democráticos que abrazaban la persecución política y legal sin garantías judiciales como política de Estado, el trabajo de estos órganos “subsidiarios” de protección de derechos fundamentales se centró durante mucho tiempo en denunciar las precarias condiciones jurídicas existentes en los países de la región. Frente a la imposibilidad de buscar justicia en sus contextos locales los ciudadanos se dirigieron, con distinto éxito, a las esferas internacionales. Este proceso de interacción generó (y sigue generando) sus propias dinámicas, dotando a los actores de la sociedad civil de un particular interés y autoridad a la hora de impulsar sus agendas de protección de derechos y expandiendo el conocimiento del derecho internacional de derechos humanos (Abregú, 2008). Por lo mismo, cuando los gobiernos civiles reemplazaron a los regímenes no democráticos, en general hacia mediados y fines de la década de 1980, en estos mismos grupos se generaron importantes expectativas en áreas hasta entonces inexploradas por el sistema (González, 2001).

Repasando la cronología del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), particularmente en lo referido al sistema de casos individuales –y, en especial, por medio de la actuación de la Comisión Interamericana–, Felipe González, presidente electo de la Comisión en marzo de 2010, reconoce tres períodos distintivos. El primero abarca desde la entrada en vigencia de

6 Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez (del 5 de marzo de 2003) a la sentencia del Caso Cinco Pensionistas vs Perú, sentencia del 28 de febrero de 2003. También en el caso Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, la Corte IDH tuvo ocasión de argumentar alrededor del derecho a la educación y del derecho a la nacionalidad como instrumento y plataforma para el reconocimiento de otros derechos. Hace ya una década, el juez de la Corte Interamericana Antonio Cançado Trindade señalaba, a propósito del futuro del sistema interamericano, que “[h]ay [...] que empezar a tratar los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos que son” (Cançado Trindade, 1998: 578).

la Convención Americana (o Pacto de San José de Costa Rica) en 1978 hasta aproximadamente 1990, años en los que, como se ha señalado, existían varios regímenes que practicaban violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos como política de Estado y en los que el trabajo de los órganos del sistema interamericano naturalmente se abocó a lidiar con esas situaciones. El segundo período va desde 1990 hasta 1995, época en la que se hace evidente “un progreso en términos de que la OEA [asume] de manera institucional las crisis políticas en el continente” (169) y se adopta, como botón de muestra, la Resolución 1080 sobre “democracia representativa” para prevenir las interrupciones abruptas de los procesos democráticos que se iniciaban por entonces. Se amplía la mirada hacia los temas vinculados con la vigencia de los sistemas democráticos y la Comisión adopta una actitud más conciliatoria respecto de casos contenciosos –particularmente mediante el uso del mecanismo de solución amistosa para resolver disputas, del cual me ocuparé en la última parte de este artículo–. En esta época, además, se adoptan o comienza a debatirse la adopción de nuevos instrumentos de derechos humanos dirigidos a determinados grupos en particular, como las mujeres o los indígenas (un antecedente indicativo de la etapa posterior).

González destaca un tercer período entre 1996 y 2001, que corresponde al momento en que comienza a debatirse reiteradamente la posibilidad de reformar el sistema interamericano. La razón principal, aunque no la única, era –siempre según González– la desaparición de los regímenes dictatoriales en la región, lo que tornaba inconducente para algunos países el trabajo de *protección* de los derechos por parte de los órganos interamericanos, que más bien debían centrarse en las labores de *promoción*.<sup>7</sup> Hace más de una década, de hecho, los juristas dedicados al derecho internacional de derechos humanos convocaban a otros expertos a debatir sobre el futuro del sistema interamericano, que, según ellos, vivía por entonces “una crisis de identidad” debido “a una fundamental falta de acuerdo entre actores esenciales sobre la naturaleza jurídica y política de este sistema y sobre su futura dirección” (Méndez y Cox, 1998: 9).

En 2001 se dictaron nuevos reglamentos para el funcionamiento de la Comisión y la Corte IDH, favoreciendo la llegada de los casos al SIDH y potenciando sus funciones de promoción y protección. En forma paralela, ese mismo año se permite, por primera vez en la historia de la OEA, una participación

<sup>7</sup> Se entiende que la educación por medio de seminarios, charlas y otras actividades de difusión corresponden al ámbito de la promoción, mientras que el monitoreo del cumplimiento de los estándares internacionales sobre derechos humanos es propio de la protección de estos.



amplia y con carácter formal de organizaciones no gubernamentales en la discusión sobre las posiciones de los Estados en lo que atañe a la protección internacional de los derechos humanos. Puede apreciarse un espíritu de apertura en la adopción de la Carta Democrática Interamericana, instrumento que –entre otros temas– aborda, aunque de manera poco exhaustiva, la relación entre democracia y pobreza, el fortalecimiento de las instituciones democráticas, la participación ciudadana y la “promoción de la cultura democrática”.

Sin embargo, cabe señalar que aquello que González reconoce como tercera etapa no tiene relación con aspectos sustantivos del sistema, esto es, no tiene en cuenta el *tipo* de casos que los órganos de protección deben conocer –como sí acontece en las dos primeras etapas de su examen– y en cambio se vincula con reformas *procesales* cuyos resultados, en el momento de publicar su trabajo, aún estaban por verse. Hoy podemos decir algo al respecto porque sabemos cuál ha sido el desarrollo *sustantivo* de la jurisprudencia interamericana.

El sistema fue desarrollándose y expandiéndose según –y con– los diversos casos y problemas que tuvo que encarar. Primero, las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos; luego, la necesidad de preservar la vigencia de los (nuevos) regímenes democráticos, para posteriormente dar mayor espacio a la participación de organizaciones no gubernamentales. Asimismo, y en conexión con la apertura a las agendas de la sociedad civil interamericana, el espectro de derechos fundamentales a tutelar también ha evolucionado: desde los derechos civiles y políticos hacia los de contenido económico y social; de la misma forma que de la protección de víctimas particulares se ha ido expandiendo la tutela hacia grupos específicos, como los casos de reconocimiento de los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas.<sup>8</sup>

#### CONSTITUCIONALISMO INTERAMERICANO Y NUEVAS DEMANDAS REGIONALES

El fenómeno que quiero examinar, al que llamo “constitucionalismo interamericano”, se enlaza, según he señalado antes, con el desarrollo sustantivo de la jurisprudencia proveniente de los órganos de protección de derechos humanos de la OEA y los avances en el ámbito local. Al igual que González (2001), quisiera argumentar que es posible identificar tres etapas en el desarrollo de esta jurisprudencia. La primera, marcada por la instalación de la legitimidad del sistema interamericano y por su conocimiento de casos de

<sup>8</sup> Me refiero al caso de la Corte IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001.

violaciones graves y sistemáticas en contextos de regímenes autoritarios, cuyo primer exponente es el célebre fallo Velásquez Rodríguez contra Honduras. En la segunda etapa el sistema intenta robustecer a las democracias reinstaladas en la región y, por eso mismo, se aprecia una actitud de colaboración con los Estados, además del monitoreo y sanción de crímenes graves contra los derechos humanos. Y la tercera abre nuevos espacios de interacción entre el sistema interamericano y los Estados –en especial, a mi juicio, por el mayor uso del proceso de solución amistosa– junto con una decisiva acción de organismos de la sociedad civil destinada a reconstruir y agrupar los desarrollos normativos en diversos Estados para “mostrar” posibles líneas de acción al sistema.<sup>9</sup> Lo anterior contrasta drásticamente con el modelo que vio nacer las intervenciones de los órganos del sistema interamericano, como indico a continuación.

En la primera etapa identificada, el modelo “de arriba abajo” se explica en forma clara. El sistema interamericano, a falta de una respuesta debida en el ámbito estatal, condena a los países –como ocurre en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras– por amparar prácticas de violaciones graves y masivas a los derechos humanos: por ejemplo, la desaparición forzada de personas a manos de agentes del Estado en los regímenes autoritarios de buena parte de América Latina. Como Velásquez, son numerosos los casos en que la agenda de la Corte condena a los Estados que no ofrecen condiciones que permitan llevar adelante las investigaciones ante vulneraciones graves y sistemáticas.

En la segunda etapa, los órganos de protección de derechos de la OEA comienzan a ampliar sus agendas a medida que los Estados dejan atrás el autoritarismo y necesitan adaptarse a otras necesidades políticas y legales. Esta etapa parece marcada por resoluciones que se ocupan de mantener y garantizar las democracias. Muchos Estados que años antes habrían negado sin más la comisión de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos en sus territorios comenzaron a reconocer las violaciones con la llegada de los gobiernos democráticos, a raíz de lo cual iniciaron una relación naturalmente diferente con los órganos de protección. De allí en adelante la OEA no sólo funcionó como “vara” de lo debido para estos países, sino también como ente de colaboración; dejó de trabajar *en contra de* para trabajar *con* los Estados. Fue en esa

9 Ariel Dulitzky me ha señalado correctamente la necesidad de revisar empíricamente el uso de la solución amistosa a fin de sacar conclusiones normativas sobre los procesos y dinámicas del sistema interamericano *vis-à-vis* el derecho interno de los Estados. Como este trabajo busca ofrecer líneas de investigación para una agenda de trabajo sobre temas relevantes del constitucionalismo interamericano, pero no pretende resolverlos, no puedo sino hacerme eco de la observación de Dulitzky.

época cuando comenzaron a tomar forma las demandas que el sistema suprarregional debería abordar en la tercera etapa –la que vivimos actualmente–

Hoy por hoy, parte de los casos que reciben los órganos de protección inciden sobre áreas menos “obvias” –desde el punto de vista de la vulneración de derechos– que las desapariciones forzadas o las ejecuciones extrajudiciales que conformaban la agenda del sistema hace un par de décadas (aunque, desafortunadamente, estos casos no son historia dado que los órganos del sistema aún deben ocuparse de este tipo de situaciones). En la actualidad el sistema conoce casos sobre redistribución y reconocimiento, para usar la terminología de Nancy Fraser (1997: 17-37), e intenta expandir el marco de protección hacia aquellas áreas en las que algunos Estados han promovido importantes avances, como por ejemplo los derechos de la diversidad sexual. Este nuevo contexto requiere una reflexión sobre las formas de intervención y los tipos de estrategias y alianzas que es posible concebir para consolidar un constitucionalismo pleno en los países de la región.<sup>10</sup> Del mismo modo, este nuevo escenario reacomoda las piezas del sistema, pasando del momento en que los órganos suprarregionales prescribían hacia abajo lo debido al momento en que los Estados y los actores no gubernamentales de diversa procedencia moldean de manera más decisiva la jurisprudencia que emana del sistema interamericano.

#### DESARROLLOS JURÍDICOS EN EL ÁMBITO LOCAL Y AMPLIACIÓN DE DEMANDAS REGIONALES

En este contexto, junto a la expansión de la agenda del sistema –aunque quizás habría que hablar de “los casos que llegan al sistema” antes que de una “agenda” del sistema–, las prácticas constitucionales de algunos países han experimentado avances en cuanto a abrir espacios de ejercicio de derechos fundamentales, avances que en años anteriores era difícil imaginar. Ya sea por la actuación de Cortes constitucionales de rasgos progresistas, o bien por la acción de grupos de la sociedad civil con estrategias de intervención claramente demarcadas, o por ambas cosas a la vez, lo cierto es que puede apreciarse cierta tendencia –que, por cierto, tiene excepciones y a veces francos

10 Carlos Nino (1992: 1 ss.) distinguía entre dos tipos de constitucionalismo: uno en sentido mínimo, en virtud del cual es posible apreciar la existencia de Constituciones que contemplan catálogos de derechos y normalmente instituyen mecanismos de protección para esos derechos, además de disponer la forma en que se organizan los poderes públicos; y otro en sentido pleno, en el que el entendimiento del constitucionalismo como práctica política implica que las leyes responden a determinados procedimientos y tienen un contenido específico. Este, habría que decir, ha tenido poco impulso en nuestros países.

retrocesos— a alojar en los poderes públicos demandas de reconocimiento de derechos que suponen una nueva forma de vincular al sistema supranacional con los Estados.

Tal como lo expusiera esclarecidamente Carlos Nino a comienzos de los años noventa, cuando la democracia se reinstalaba en varios países de América Latina, este suceso generó expectativas legítimas en las personas y grupos que habían postergado sus demandas en beneficio de la lucha contra los regímenes autoritarios (Nino, 1992: 8). Por ello, la recuperación de la democracia —a pesar de sus limitaciones— o el tránsito hacia mayores espacios de democracia supuso reacomodamientos en diversos ámbitos. Ya hemos visto que, en el ámbito del sistema regional de protección de derechos humanos, la forma de aproximarse a los casos y situaciones de los órganos supranacionales adoptó además un expreso cariz político y ya no sólo jurídico, y que, entre otras cosas, buscó acompañar los incipientes procesos de (re)democratización. Y habría que agregar que en los Estados estos procesos implicaron la apertura de espacios antes inexistentes para que las demandas grupales silenciadas por la urgencia inmediata de los años anteriores —poner fin a los regímenes y las prácticas autoritarias— comenzaran a articularse en la esfera pública, utilizando el lenguaje de los derechos. El proceso no ha sido rápido ni expeditivo, pero si consideramos la situación pretérita de Cortes constitucionales timoratas e incluso inexistentes y la comparamos con buena parte de la jurisprudencia actual, apreciaremos un franco avance en cuanto a los temas y la manera de abordarlos.

Aquí vale la pena anotar algunos ejemplos, simplemente para ilustrar ciertos desarrollos sustantivos en los Estados que, como sugiero a continuación, pueden influir sobre lo que ocurre mediante la adopción de nuevos estándares o la ampliación de los ya existentes en la Comisión y la Corte Interamericanas. Piénsese, por ejemplo, en los casos y desarrollos legislativos sobre derechos reproductivos; en los avances en el reconocimiento de la diversidad sexual como una esfera de ejercicio y goce de derechos fundamentales, y en los progresos en materia de derechos de los pueblos indígenas.

En 2007 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprueba una reforma legal que autoriza la práctica del aborto durante las primeras doce semanas de gestación, de inmediato impugnada por algunos sectores (entre ellos, la propia Comisión Nacional de Derechos Humanos). Pero la Suprema Corte decide a favor de la constitucionalidad de la reforma. También en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y a pesar de algunos retrocesos, en 2006 el Tribunal Constitucional de Perú determina que la llamada “píldora del día después” sólo tiene efectos anticonceptivos y ordena su distribución gratuita al Ministerio de Salud. El caso, desde luego, contrasta con lo fallado en 2008 por el Tribunal Constitucional chileno —que tuvo a bien

nada menos que determinar el comienzo de la vida humana–, pero, sin embargo, encontró un activo promotor de una política pública de acceso a la píldora en el gobierno de entonces y algunos parlamentarios. En la Argentina, el desenlace fue otro: ante una sentencia adversa de la Corte Suprema federal, el Congreso legisló para legitimar la distribución de la píldora acogiendo la pretensión del gobierno y, lo que interesa a efectos de este trabajo, afirmando una posición favorable a la amplitud de los derechos reproductivos de las mujeres. A esto debe agregarse la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, que en 2006 despenalizó el aborto en algunos casos determinados y produjo un cambio profundo en los términos del debate sobre sexualidad y reproducción.

Algo similar ocurre con otra clase de derechos de reconocimiento, por ejemplo la situación de las personas de orientación sexual diversa. Mientras redactaba este artículo –primer semestre de 2010– la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de México ya había convertido a esa ciudad en la primera de América Latina en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, y el Congreso Nacional aprobaba en la Argentina una histórica reforma al Código Civil para permitir esta unión jurídica. Como antecedente de estos avances en la protección de derechos de la diversidad sexual debe anotarse la jurisprudencia emanada desde la Corte Constitucional colombiana, la cual desde 2007 fue abriendo el campo para homologar los derechos de parejas heterosexuales y homosexuales basándose en el principio de igualdad constitucional –de modo similar a como lo hizo el Parlamento uruguayo en 2007– y debatiendo, en 2010, si el matrimonio limitado únicamente a las parejas heterosexuales atentaba o no contra la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

De manera similar, podría pensarse en los avances impulsados por la Corte colombiana, en materia de derechos colectivos, al dar fuerte impulso a los derechos de pueblos indígenas –como la consulta previa– sustentándose no sólo en la Constitución sino también en instrumentos internacionales; en particular, en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Estos avances deben impactar sobre la manera en que los órganos del sistema interamericano crean e interpretan el derecho. Y, cabría agregar, quienes examinamos lo que acontece en nuestros países deberíamos ampliar la mirada para incluir la reacción de los órganos regionales (o su falta) ante estos desarrollos locales, con el fin de ubicar los lugares donde resulta más factible el despliegue de agendas favorables a la extensión de los derechos y las libertades públicas.

**EL CONSTITUCIONALISMO INTERAMERICANO COMO FACILITADOR  
DEL DIÁLOGO**

En las secciones anteriores he intentado mostrar, por una parte, cómo ha evolucionado el sistema interamericano basándome en el análisis iniciado por Felipe González sobre sus diversas etapas y poniendo énfasis en el desarrollo sustantivo de la jurisprudencia proveniente de los órganos de la OEA. Asimismo, y por otra parte, he sugerido que los procesos de creación y adjudicación constitucional de diversos países han abierto espacios normativos individuales y colectivos para el goce y el ejercicio de derechos fundamentales. Este trabajo aspira a mostrar que ambos fenómenos se enlazan, esto es, que no sólo importa considerar cómo impacta el sistema interamericano sobre los derechos y prácticas legales internas de los Estados –cuestión que, por cierto, es de suma importancia y ha recibido atención por parte de la doctrina (Abramovich y otros, 2007)– sino, además, cómo influye el derecho constitucional de los países sobre los órganos de protección de derechos humanos.

Un breve ejemplo contribuirá a mostrar mi argumento. En 2006 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conoció en audiencia el caso de Karen Atala y sus hijas; una mujer, jueza, a quien la Corte Suprema de Chile quitó la tuición de sus hijas debido a su orientación sexual (revocando las decisiones de primera y segunda instancia que afirmaron que no existía impedimento legal para que una mujer lesbiana y su pareja criaran a las hijas de aquella). El caso fue llevado por diversas organizaciones chilenas ante la CIDH<sup>11</sup> y, una vez allí, despertó el interés de grupos e instituciones de la región con agendas variadas, como organizaciones no gubernamentales que defendían los derechos de personas de orientación sexual diversa, agrupaciones preocupadas por los derechos de los niños, ONG de derechos civiles e incluso grupos de promoción de intereses de los jueces. A ellos se sumaron informes encargados a clínicas jurídicas en Facultades de Derecho y estudios de abogados de los Estados Unidos –por medio del trabajo pro bono– y así, tras dos años de proceso de solución amistosa que no rindió frutos, los peticionarios pidieron a la CIDH que se pronunciara sobre la admisibilidad del caso para luego examinar el fondo, dado que el Estado chileno no daba muestras de avanzar en él.

En 2008 la CIDH dictó una decisión sobre admisibilidad; esto es, dictaminó que los recursos internos se habían agotado, que la denuncia se había presen-

11 Debo aclarar, desde ya, que una de las organizaciones que patrocina la petición es el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, al cual estoy afiliado. Junto a él, el caso es representado por dos instituciones de la sociedad civil chilenas: Libertades Públicas, A.G., y la Corporación Humanas.

tado dentro del plazo estipulado, que la materia no se encontraba sometida a otro procedimiento internacional, y que cumplía con los requisitos formales de procedencia. La decisión, a pesar de haber declarado solamente la admisibilidad de la petición, arrojó luces respecto del camino que podría seguir el caso respecto de posibles violaciones a los derechos humanos en el ámbito de la familia y de los derechos de personas de orientación sexual diversa, parámetros que diez años atrás la Comisión tal vez no habría estado en condiciones de pronunciar. Y así, dos años más tarde, el órgano interamericano resolvió sobre el fondo del asunto señalando que Chile había violado “el derecho de Karen Atala a vivir libre de discriminación”, elevando de esta manera las distinciones basadas en la orientación sexual de las personas al nivel de otras categorías sospechosas, como la raza o el sexo.

El camino relatado en un párrafo no alcanza a reflejar las complejidades que debió sortear el caso una vez alojado en el seno de la Comisión IDH. Y es que, cuando ingresó la denuncia, los casos sobre derechos de personas de orientación sexual diversa no parecían ocupar un lugar importante en la agenda del sistema. Ya hemos dicho que este se ocupaba tradicionalmente de aquellos casos de violaciones a la vida, la integridad física, el debido proceso y otras libertades civiles, como la libertad de expresión. Pero a la Comisión se le hacía más oneroso intervenir en lo atinente a derechos de reconocimiento y, lo que es más importante aún, “en contra” de Estados que ya no se comportaban como matones de barrio sino que muchas veces se esforzaban por satisfacer estándares de derechos humanos y cooperar con los órganos del sistema. Por otra parte, la idea más o menos extendida de que América Latina es una región esencialmente conservadora, con una fuerte influencia de la iglesia católica, y de que eso conlleva actuar con marcada prudencia para no desestabilizar los órdenes políticos, hizo que el escenario que enfrentaba la Comisión no fuese el mismo que el de los casos de secuestros de periodistas o apremios ilegítimos a personas detenidas en cuarteles de la policía de algún país, en los cuales naturalmente no compiten las concepciones sobre la vida de los ciudadanos y los distintos grupos de interés.

Al igual que en otros casos, la Comisión instó a las partes a sentarse a la mesa para iniciar un proceso de solución amistosa. Este tipo de actuaciones son comunes por parte de la Comisión Interamericana, en especial a partir de los años noventa, período que, según expliqué antes, coincide con la articulación de nuevas demandas desde grupos que buscan ser reconocidos en el espacio público. El hecho de que la Comisión haya comenzado a utilizar esa herramienta –que supone una negociación entre los peticionarios y el gobierno del Estado denunciado, monitoreada por la propia Comisión– en aquella década no es indiferente a la apertura y al desarrollo constitucional que se percibe en los Estados ni tampoco a la articulación de agendas “transnacionales” por

actores de la sociedad civil. En razón de lo anterior, es necesario decir algo respecto de este mecanismo que otorga una nota distintiva al litigio ante el sistema interamericano.

#### LA SOLUCIÓN AMISTOSA COMO PARIDAD DE PARTICIPACIÓN

El procedimiento de solución amistosa, contemplado en el artículo 40 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consiste en el llamamiento que hace el órgano supranacional a las partes intervinientes para que negocien la posibilidad de un acuerdo que ponga término al proceso iniciado ante el sistema “fundad[o] en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables” (art. 40.1). En estos acuerdos los Estados reconocen haber cometido una violación a alguno o varios de estos derechos y consienten la adopción de medidas de reparación y no repetición de los hechos que motivaron la denuncia junto con la parte peticionaria. El mecanismo tiene equivalencia en los sistemas procesales domésticos mediante instrumentos tales como la transacción o la conciliación.

Pero el procedimiento de solución amistosa ante la CIDH tiene características propias que lo hacen especialmente distintivo. En primer lugar, las partes que se ven las caras lo hacen precisamente porque una de ellas –el Estado– no pudo o no quiso hacerlo con el ahora peticionario en el ámbito doméstico, ya sea mediante la acción de un tribunal, del Congreso o de alguna agencia de la administración. Es justamente la falta de una debida atención en el ámbito nacional lo que motiva la comparecencia de ambas partes ante un órgano regional y, en este sentido, las partes que inicialmente tenían una relación de poder muy desigual ahora se enfrentan, a instancias de la Comisión Interamericana, en condiciones de paridad. El procedimiento le otorga a la víctima, que comúnmente lo es por un patrón estructural de discriminación u otro tipo de vulneraciones sistemáticas a los derechos, la posibilidad de hablarle fuerte y claro al Estado, que está sentado frente a ella *porque* inicialmente la desoyó.

En segundo lugar, en tanto se trata de un procedimiento de negociación –al cual, valga señalarlo, la Comisión puede poner término en cualquier momento con la aquiescencia de la parte peticionaria si detecta que no existe posibilidad de alcanzar un acuerdo–, las posibilidades de cumplimiento por parte del Estado de lo que allí se decida pueden ser mayores que ante una condena de la Corte IDH o un informe final de la Comisión. El Estado que acepta los términos de un arreglo amistoso lo hace porque se ha persuadido de que es valioso aceptar su responsabilidad internacional y actuar en consecuencia –por ejemplo, adoptando medidas de no repetición–. A estos efectos no importa demasiado si la postura estatal responde a una concepción robusta de



los derechos de las personas o simplemente a un cálculo instrumental sobre las ventajas de evitar la condena internacional. Lo importante es que existen mayores posibilidades de internalizar los estándares sobre derechos humanos ya que, de no hacerlo, la posibilidad de acuerdo simplemente no existiría. Como explica Harold Koh, la eficacia de las reglas y cláusulas del derecho internacional de los derechos humanos se asemeja a un “proceso jurídico transnacional”, esto es, un “proceso complejo de *interacción* institucional en virtud del cual las cláusulas internacionales no sólo son debatidas e *interpretadas*, sino en definitiva *internalizadas* por los sistemas legales domésticos” (Koh, 1997: 2602). En este proceso de apropiación por parte de los Estados, alimentado por las interpretaciones provenientes de los organismos de derechos humanos y las organizaciones de la sociedad civil, hay mayores posibilidades de que el Estado que originalmente no tuvo consideración hacia una persona o un grupo desaventajado tome conciencia del daño causado e intente repararlo. De no hacerlo, sabe que las cosas seguirán su curso y que, muy posiblemente, será reprendido con igual o mayor fuerza en otro momento dentro del mismo procedimiento ante la Comisión Interamericana, o posteriormente mediante una condena de la propia Corte IDH.

Pero el procedimiento de solución amistosa no sólo tiene caracteres distintivos respecto del Estado. También la Comisión, que puede actuar como árbitro o componedor en esta instancia, se ve afectada por el desarrollo de las tratativas y el diálogo transnacional que se produce a sus instancias. Dado que este mecanismo es menos rígido, procesalmente hablando, que el procedimiento estrictamente contencioso –de por sí bastante flexible si se lo compara con los procedimientos ante tribunales domésticos–, la conversación que se genera puede y debe impactar no sólo sobre las partes directas –los peticionarios y el Estado– sino también sobre la Comisión. Ella puede observar cómo ciertos argumentos adquieren fuerza jurídica mientras que otros se debilitan en la interacción entre las partes y los demás actores interesados en los resultados de un determinado caso. Del mismo modo, es posible que en situaciones hasta entonces no abordadas por la Comisión el proceso de solución amistosa contribuya a delinear argumentos, observando no sólo las posiciones más o menos rígidas de las partes sino la dinámica que generan esas posturas puestas a dialogar.

En el caso que relataba antes –el de la jueza Karen Atala vs Chile–, es posible ver con nitidez el modelo expuesto precedentemente. El caso implicaba para la Comisión intervenir en un área delicada, desde el punto de vista de los derechos de la familia y la protección de grupos hasta entonces muy invisibles, no sólo en el ámbito de los Estados sino ante el propio sistema interamericano. Se trataba de una mujer lesbiana a quien la Corte Suprema de su país había quitado el cuidado personal de sus tres hijas aduciendo que, al llevar a

su pareja a vivir con ella, había antepuesto sus propios intereses por sobre los de las niñas (no obstante los informes periciales existentes que señalaban que era la voluntad de las hijas vivir con su madre –y con la pareja de esta– y que no había evidencia de daño psíquico alguno). En la estrategia legal, además de los representantes de la víctima –dos organizaciones de la sociedad civil y un instituto académico, todos vinculados a la protección de los derechos fundamentales–, se involucraron universidades y estudios jurídicos extranjeros, organizaciones no gubernamentales de América Latina e internacionales con agendas variadas pero que, con todo, coincidieron en el propósito de abrir espacio normativo a una realidad social desatendida y postergada.

La CIDH no pudo quedar indiferente a esta plétora de actores y posiciones que empujaban el caso en una misma dirección. Las dudas sobre la intervención interamericana, en este sentido, se atienden mejor cuando se ve que el interés promovido por la parte peticionaria convoca a numerosos actores. En tal sentido, la interacción e iteración de expertos, representantes y organismos sociales da vigor a la posición individual de la víctima.

En la conformación del constitucionalismo interamericano se aprecia una maduración de los sistemas políticos domésticos que permite la irrupción, en mayor o menor medida, de decisiones constitucionales (judiciales o legislativas) que dan cauce institucional a demandas por nuevos derechos. En tal sentido, puede señalarse que disminuye la sensación de vanguardia o de mayor desarrollo jurídico que durante años acompañó al sistema interamericano –al menos en su relación con los Estados a quienes ha reprendido–, que, de esta forma, parece quedar más cerca de otros sistemas regionales, como el europeo, y, por lo mismo, de doctrinas que otorgan mayor espacio a los Estados para determinar los contornos de sus regulaciones jurídicas, como por ejemplo la doctrina del “margen de apreciación” o, en el sistema interamericano, el uso de la llamada doctrina de “la cuarta instancia”.

La primera consiste, como es sabido, en la deferencia que el sistema europeo tiene hacia los Estados para que busquen los modos de cumplimiento de sus obligaciones bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Greer, 2000), dejando a los organismos de Estrasburgo un espacio de intervención mucho más limitado que el que se reconoce a sus pares interamericanos. La segunda doctrina, la así llamada “cuarta instancia”, reafirma el carácter subsidiario de los órganos del sistema regional agregando que no les corresponde revisar el mérito de las sentencias dictadas por tribunales locales salvo que se hayan dictado violando derechos fundamentales protegidos por la Convención Americana, pero no para actuar como tribunal revisor de estas.

En definitiva, es posible apreciar un reacomodamiento de las piezas que participan en el complejo juego consistente en crear, interpretar e internalizar el derecho emanado de los órganos del sistema: las víctimas, los Estados, los

grupos de la sociedad civil locales y transnacionales y, desde luego, los propios actores de la OEA.

#### CONSIDERACIONES FINALES

En este artículo he sugerido que el estudio de la relación entre el derecho internacional de derechos humanos y el derecho constitucional de los Estados debe ir más allá de mirar cómo estos últimos implementan (o no) los estándares internacionales. He argumentado que el desarrollo de una jurisprudencia que da fuerte protección a los individuos y, sobre todo, a los grupos obliga a concentrarse en la relación “de abajo arriba”, esto es, desde los sistemas domésticos *hacia* el sistema regional de protección. A fin de conocer mejor el alcance y las posibilidades de avance de la agenda de derechos, parece importante explorar qué influjos es posible reconocer y qué lecciones es posible extraer de ellos. Pensar cuáles son las áreas con mayor recepción de desarrollos jurisprudenciales domésticos y cuáles ofrecen mayor resistencia, y por qué permite, a quienes buscan abrir espacios normativos en defensa de grupos usualmente desaventajados, identificar de mejor manera los mecanismos de acción.

Es una tarea compleja y llena de matices, difícil de agrupar en una o dos categorías normativas, y que requiere atender no sólo al tipo de decisiones constitucionales que producen los países de la región –ya sea en sede judicial, administrativa o legislativa– y a los pronunciamientos emanados del sistema interamericano, sino también a las redes y alianzas de los grupos y organizaciones que promueven agendas de protección de derechos, dado que ellas van intentando moldear este derecho, a veces con éxito, otras no (Abregú, 2008).

Si los grupos interesados en promover una agenda de ejercicio de derechos ponen atención a estas relaciones, a sus fortalezas y debilidades, a la convergencia o no de las agendas de organizaciones del sur y del norte, y a la ubicación de receptáculos institucionales más abiertos, el avance que el progresismo dice abrazar no responderá necesariamente a ciertos acontecimientos que celebramos pero que no permiten una reconstrucción normativa, sino que formará parte de una agenda orientada hacia el establecimiento de mayores espacios de libertad en América Latina. Y respecto de la cual el diálogo entre los sistemas domésticos y el sistema regional de protección de derechos será más elocuente que el diálogo entre un orden que prescribe a otro lo debido y se parecerá más a la deliberación horizontal sobre la cual debe descansar la construcción de sociedades y sistemas de regulación más igualitarios.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (2007), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto / Centro de Estudios Legales y Sociales.
- Abregú, Martín (2008), "Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva: una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 8: 7-41.
- Cançado Trindade, Antonio (1998), "Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en J. Méndez y F. Cox, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Fraser, Nancy (1997), *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- González, Felipe (2001), "La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas", en F. González (comp.), "Derechos humanos e interés público", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, n° 11, Santiago de Chile, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.
- Greer, Steven (2000), *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Estrasburgo, Council of Europe.
- Koh, Harold (1997), "Why do Nations Obey International Law?", en *Yale Law Journal*, vol. 106, n° 8, pp. 2599-2659.
- Méndez, Juan y Cox, Francisco (1998), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Nino, Carlos Santiago (1992), *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea.



## 12. Problemas persistentes y desafíos emergentes en materia de libertad de expresión en las Américas<sup>1</sup>

Catalina Botero Marino

Durante las dos últimas décadas del siglo XX, las Américas vivieron un verdadero renacer democrático. Esta nueva era se caracterizó por el fin de las dictaduras militares, la decadencia de la cultura de la Guerra Fría, la cesación de la mayoría de los conflictos armados internos y el surgimiento de nuevas esperanzas constitucionales. Sin embargo, en ciertos campos aún persistía el legado jurídico y cultural de los regímenes autoritarios, y su influencia había logrado colarse en algunos de los sistemas que habían mantenido formas de gobierno democráticas. En ciertos temas esta influencia resultaba particularmente notable, como en el caso del derecho a la libertad de expresión.

A principios de los años noventa no era extraña la existencia de normas que consagraban la censura previa estatal de libros, películas y obras de arte como una forma de proteger la *moral social*, el *orden público* y las *buenas costumbres*. Los periodistas y los medios críticos tenían pocas garantías para ejercer con tranquilidad su derecho a expresarse libremente cuando sus opiniones pudieran resultar ofensivas o chocantes para quienes ejercían cargos públicos o para sectores poderosos o mayoritarios de la población. Hace poco más de una década, las voces que sostenían que el delito de desacato<sup>2</sup> era la única manera de controlar la *violencia contra el Estado* y de mantener la majestad, dignidad y legitimidad de las instituciones no eran minoritarias. Entonces primaba la cultura del secreto, montada sobre una idea premoderna según la cual los órganos del Estado, por el simple hecho de serlo, eran merecedores de toda la confianza y el respaldo de la población. De acuerdo con esta visión, es casi un deber confiar en el Estado y, como dijera un funcionario en una audiencia

1 El presente artículo se basa en el texto actualizado del capítulo denominado “Una agenda hemisférica para la libertad de expresión”, presentado por la relatora especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, 2008.

2 Por “desacato”, en este artículo se entiende la conducta que consiste en el irrespeto, ofensa o vilipendio a una autoridad pública y no el incumplimiento a una orden judicial como se interpreta en otros contextos. Más adelante se explica en detalle este tema.

hace pocos años, “los funcionarios públicos deben poder *trabajar tranquilos, sin tener que responder millones de solicitudes de información, que suelen ser impertinentes, quitan tiempo, comprometen recursos y poco aportan al progreso de la patria*”.

Al panorama anterior habría que sumarle otros legados nefastos de las doctrinas autoritarias, como leyes de prensa dramáticamente restrictivas y la existencia de sistemas arbitrarios de asignación de bienes y recursos públicos fundamentales para el ejercicio de la libertad de expresión, como la asignación de la publicidad oficial, las frecuencias de radio y televisión, el papel periódico o, incluso, los subsidios para las artes y la cultura.

Finalmente, uno de los más graves atentados contra la libertad de expresión se manifestó con la absoluta impunidad que existía sobre los crímenes cometidos con el propósito de acallar una opinión disidente, un punto de vista incómodo, una forma distinta de ver y de pensar el Estado y las sociedades. Crímenes sistemáticos cometidos en contra de jóvenes estudiantes, líderes obreros o campesinos, indígenas, periodistas y todo aquel que se atreviera a pensar distinto o a reaccionar contra la arbitrariedad del Estado. Hasta hace pocos años, estas víctimas de la peor forma de censura no ocupaban un lugar importante en la agenda política.

En suma, el siglo XX concluyó con una región democráticamente renovada. Sin embargo, al menos en materia de libertad de expresión, faltaba mucho camino por recorrer.

En la actualidad, los avances en esta materia, aunque insuficientes, son importantes: el derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en casi todos los textos constitucionales, y las legislaciones y los programas gubernamentales han incorporado e implementado aspectos diversos de este derecho en los regímenes domésticos. En la mayoría de los Estados, los mecanismos de censura directa son virtualmente inexistentes. Varios han derogado los delitos de desacato (o vilipendio) y difamación en sus diversas manifestaciones,<sup>3</sup> mientras que otros tantos han incorporado o actualizado su legislación con el objetivo de garantizar el acceso a la información.<sup>4</sup> Pese a que la impunidad sigue siendo un problema acuciante, existen avances importantes en la materia y los distintos Estados han buscado formas de afrontar las graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado reciente sin desconocer los de-

3 Argentina, Paraguay, Costa Rica, Perú, Panamá, El Salvador, Honduras, Guatemala, entre otros, han derogado el delito de desacato de su legislación. México y Panamá, entre otros, han derogado la difamación criminal cuando se trata de expresiones sobre funcionarios públicos.

4 En los últimos años Chile, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay, entre otros, aprobaron leyes sobre acceso a la información.

rechos de las víctimas.<sup>5</sup> En estos años también se ha logrado visibilizar aspectos novedosos de la problemática de la libertad de expresión en la región, como las formas de censura indirecta (la asignación discriminatoria de la publicidad oficial y la concentración de propiedad de los medios de comunicación, entre otros) y la autocensura. Además, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se ha vuelto más accesible y eficaz: en la última década ha aumentado sustancialmente el número de casos individuales tratados desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia de libertad de expresión. Por otro lado, un número importante de tribunales nacionales ha venido incorporando los estándares internacionales sobre el derecho a la libertad de expresión en sus decisiones.<sup>6</sup>

Ahora bien, una vez superada la fase de consagración normativa en los instrumentos internacionales y en las Constituciones y legislaciones domésticas, todo parecería indicar que ahora el reto es diseñar una doctrina sólida que permita resolver adecuadamente la tensión que existe entre la libertad de expresión y otros derechos y bienes sociales, como asimismo diseñar mecanismos adecuados de implementación de los estándares ya existentes. No obstante, un vistazo a la situación de la región en los últimos años nos indica que, pese a los avances referidos, muchos de los graves problemas mencionados en los primeros párrafos de este artículo no han sido adecuadamente resueltos, y además nos muestra que han resurgido con mucha fuerza desafíos estructurales que parecían superados.

En este sentido, podría sostenerse que en la actualidad existen, al menos, cinco grandes desafíos a los que debemos hacer frente de inmediato: (a) la creciente violencia contra periodistas y medios, y la necesidad de implementar mecanismos especiales de protección y de combatir la impunidad de los crímenes cometidos contra comunicadores en el ejercicio de su profesión; (b) el uso del derecho penal para *criminalizar* la expresión disidente o crítica, y la necesidad de adoptar reformas estructurales que promuevan y no que inhiban el debate democrático; (c) la resistente cultura del secreto y las dificultades para diseñar e implementar leyes de acceso a la información y hábeas data; (d) los múltiples y cada vez más sofisticados mecanismos de censura indirecta, y (e) la ausencia de pluralismo y diversidad en el debate público y en el proceso comunicativo. Explicaré brevemente cada uno de estos temas.

5 Al respecto, véase CIDH (2008). También pueden consultarse los informes del proyecto de impunidad disponibles en: <[www.impunidad.com](http://www.impunidad.com)>.

6 Al respecto pueden consultarse los informes anuales de la Relatoría Especial que recogen importante jurisprudencia comparada sobre aplicación interna de estándares internacionales, disponibles en: <[www.cidh.oas.org/Relatoria/docListCat.asp?catID=24&IID=2](http://www.cidh.oas.org/Relatoria/docListCat.asp?catID=24&IID=2)>.



**LOS CINCO GRANDES DESAFÍOS DE UNA AGENDA HEMISFÉRICA EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN****1. PROTECCIÓN DE PERIODISTAS Y COMBATE DE LA IMPUNIDAD DE LOS CRÍMENES COMETIDOS CONTRA COMUNICADORES EN EL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN**

El asesinato de un periodista para silenciarlo es la peor forma de censura. En la mayoría de los casos, este tipo de asesinatos violentos tienen además un fuerte efecto amedrentador sobre los restantes periodistas que, por miedo a las agresiones, no tienen más remedio que callarse. Ahora bien, el efecto amedrentador se multiplica cuando el Estado no investiga, juzga y condena a penas proporcionadas a los asesinos. La impunidad en este sentido es el último paso para que esta maquinaria de censura opere de manera perfecta.

En la región existe un rezago histórico alarmante respecto de la judicialización efectiva de los crímenes cometidos para silenciar a la disidencia o a comunicadores y periodistas. Una investigación publicada por la Relatoría Especial en 2008 acerca de los asesinatos de periodistas y comunicadores sociales en el período 1995-2005 permitió identificar 157 muertes ocurridas en 19 países de la región por motivos relacionados con el ejercicio del periodismo. Sólo en 2009 se produjeron por lo menos 10 asesinatos violentos destinados a impedir que una persona difundiera su pensamiento o hiciera pública una información que conocía. En los primeros cinco meses de 2010 han sido asesinados 10 periodistas por motivos relacionados con el ejercicio de su profesión. Sin embargo, pese a que han existido algunas decisiones judiciales que individualizan y condenan a los responsables de estos crímenes (particularmente en Brasil), la mayoría de las investigaciones iniciadas son excesivamente lentas y deficientes en su desarrollo, hasta el extremo de no haber permitido el esclarecimiento de los hechos ni la sanción a los responsables. Sólo en 32 de los 157 casos comprendidos en el estudio mencionado se dictó algún tipo de sentencia condenatoria. Un número importante de las sentencias proferidas no identifica a los autores materiales e impone penas no proporcionadas o que no se han hecho efectivas.<sup>7</sup>

Pero la preocupación en esta materia no se limita a la existencia del rezago histórico mencionado y a la falta de avances decisivos para afrontar la deuda de justicia con las víctimas y las sociedades afectadas por los crímenes come-

7 Al respecto puede consultarse CIDH, "Estudio especial sobre la situación de las investigaciones sobre el asesinato de periodistas por motivos que pudieran estar relacionados con la actividad periodística. Período 1995-2005". OEA/Ser.L/V/II.131. Doc. 35. 8 marzo 2008. Original: Español. Disponible en: <[www.cidh.oas.org/relatoria/section/Asesinato%20de%20Periodistas.pdf](http://www.cidh.oas.org/relatoria/section/Asesinato%20de%20Periodistas.pdf)>.

tidos para silenciar a periodistas y disidentes. Otro de los motivos de preocupación radica en que los factores de violencia contra la prensa, en lugar de disminuir, han venido aumentando de manera evidente. Por un lado, es notable el aumento de las amenazas contra la libertad de expresión originadas en grupos altamente violentos de delincuencia organizada –fundamentalmente asociados al narcotráfico–, que no sólo amedrentan a la población sino que, incluso, tienen la capacidad de atemorizar (o cooptar) a las propias autoridades o bien infiltrarse en ellas. Además, allí donde (como en Colombia) aún existen conflictos armados internos, la agresividad e intolerancia característica de los actores armados sigue constituyendo una amenaza muy grave para la vida y la integridad de los periodistas, críticos y disidentes. Finalmente, en aquellos lugares donde existe una exacerbada tensión social, grupos civiles de todos los extremos han agredido a comunicadores que pertenecen a medios que no han adoptado su punto de vista o a personas que han decidido manifestarse, usualmente, en contra de las autoridades.<sup>8</sup> En este sentido, la estrategia de los “grupos de choque” no es otra que la de incentivar a grupos de civiles intolerantes para que silencien la protesta o las expresiones contrarias a las autoridades.

Es cierto que los problemas mencionados no afectan a la mayoría de los países de la región. Sin embargo, por la gravedad de sus efectos y por su potencial de expansión rápida, puede afirmarse que representan uno de los problemas más graves en materia de libertad de expresión. Como ya se indicó, el asesinato, secuestro, tortura o desaparición de periodistas es la forma de censura más radical, violenta y eficaz.<sup>9</sup>

8 Sobre cada uno de estos temas, véase el capítulo II del *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 2008, disponible en: <[www.cidh.org/Relatoria/showarticle.asp?artID=724&IID=2](http://www.cidh.org/Relatoria/showarticle.asp?artID=724&IID=2)>.

9 Al respecto, importantes organizaciones vinculadas con la defensa del derecho a la libertad de expresión han podido constatar en la práctica lo que es fácil intuir en la teoría: que la muerte de un periodista le envía a toda la comunidad el claro mensaje de que hay temas que resultan muy peligrosos de discutir y que la mejor manera de salvar la vida es dejar de investigar y callar. Lo que ha sido demostrado es que ese mensaje es ciertamente muy efectivo y origina procesos silenciosos y generalizados de autocensura que es muy difícil advertir y contrarrestar. De otra parte, está claro que la impunidad de estos crímenes incentiva a los criminales a seguirlos cometiendo. Trece organizaciones internacionales de libertad de prensa y libertad de expresión integraron una Misión Internacional que viajó a México durante 2008 para conocer y analizar la situación de los periodistas y los medios de comunicación en el país. Luego de una importante labor de investigación empírica, el documento resultado de la Misión señala que: “[e]l clima que se vive en México es de terror, afirmaron muchos de los periodistas con quienes se reunió la Misión. Los ataques armados y las explosiones en las instalaciones de medios locales,

Frente a este tema los Estados tienen, cuando menos, tres obligaciones: (1) crear un ambiente propicio para la disidencia e intentar desactivar los procesos de intolerancia mencionados; (2) diseñar mecanismos eficaces de protección a periodistas o defensores de derechos humanos en riesgo, y (3) investigar, juzgar y condenar a penas proporcionales a quienes han cometido los crímenes destinados a impedir que la sociedad pueda conocer informaciones, ideas u opiniones diversas. La libertad de expresión debe estar amparada en la práctica por garantías judiciales efectivas que permitan investigar, sancionar y reparar los abusos y crímenes cometidos contra periodistas en razón del ejercicio de su profesión.<sup>10</sup>

---

así como los asesinatos y las desapariciones de colegas han tenido un fuerte impacto sobre los reporteros. La mayoría de los entrevistados dijeron sentirse desprotegidos y abandonados, tanto por las autoridades como por los medios, y como única forma de autoprotección utilizan la autocensura". La referencia al miedo y la autocensura es uno de los ejes centrales del documento. Artículo 19. "Libertad de Prensa en México: La sombra de la impunidad y la violencia." Agosto de 2008. Disponible en: <[www.article19.org/pdfs/publications/mexico-la-sombra-de-la-impunidad-y-la-violencia.pdf](http://www.article19.org/pdfs/publications/mexico-la-sombra-de-la-impunidad-y-la-violencia.pdf)>. En el mismo sentido se pueden consultar Crímenes contra Periodistas. Proyecto Impunidad, disponible en: <[www.impunidad.com](http://www.impunidad.com)>, y Campaña Global contra la Impunidad, disponible en: <[www.cpj.org/campaigns/impunity/](http://www.cpj.org/campaigns/impunity/)>.

- 10 Uno de los primeros casos en esta materia fue el del periodista Hugo Bustíos Saavedra, asesinado en 1988 por una patrulla militar peruana mientras investigaba dos homicidios cometidos en el marco del conflicto interno que, para entonces, afectaba a ese país. En este caso, la CIDH sostuvo que el Estado era responsable, entre otros, de la violación del artículo 13 de la Convención Americana dado que, a sabiendas de la existencia de periodistas en la zona de conflicto, había omitido otorgarles la protección necesaria. Asimismo, entendió que los hechos de violencia ocurridos habían impedido el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión: (a) del periodista asesinado; (b) de otro comunicador que había resultado herido por la misma patrulla; (c) de la comunidad de medios y periodistas que resultaban amedrentados por este tipo de hechos de violencia, y (d), por supuesto, de la sociedad entera que se privaba de conocer asuntos de la máxima importancia pública relacionados con el conflicto armado. Para la CIDH, los periodistas cumplen una función fundamental en situaciones de conflicto armado pues, con un alto riesgo para ellos, permiten ofrecer al público información independiente sobre lo que ocurre. En consecuencia, indicó que el Estado debe brindarles la mayor protección posible para que puedan seguir ejerciendo su derecho a la libertad de expresión, de manera tal que se satisfaga el derecho de la sociedad a estar adecuadamente informada. Informe n° 38/97, caso 10 548 Hugo Bustíos Saavedra, Perú, 16 de octubre de 1997. En casos posteriores, como el del asesinato del periodista Héctor Félix Miranda, en México, la CIDH fue clara al indicar que la única manera de evitar los efectos que trae la muerte de un periodista y la omisión del Estado al dejar de investigar plenamente estos actos –o aún peor, creando incentivos para seguir cometiendo estos crímenes (o efecto silenciador)–, es a través de la rápida acción del Estado para procesar y sancionar a los responsables. La misma

La tarea de la academia y las organizaciones no gubernamentales en estas materias no es menor. Por un lado, es fundamental no abandonar la labor de monitoreo, denuncia y sensibilización respecto de estos crímenes. Sin embargo, deben avanzar también en otras áreas particularmente sensibles. En primer lugar, es necesario identificar con claridad los distintos factores de impunidad, es decir, aquellos factores que impiden la realización de la justicia. Puede tratarse de deficiencias normativas –como las leyes de amnistía o los beneficios penales desproporcionados–, institucionales –como la falta de capacidad técnica de los cuerpos de investigación o de independencia e imparcialidad del poder judicial–. Pero la complejidad del fenómeno hace que sobre él puedan incidir otros factores como la falta de voluntad política en las investigaciones o, incluso, la existencia de una cultura de intolerancia a la crítica o de aceptación tácita de los crímenes cometidos. Finalmente, se presentan factores sociales de enorme relevancia que no pueden ser desesti-

---

tesis fue sostenida por la CIDH en el caso del asesinato de Víctor Manuel Oropeza. Si bien la Comisión no encontró que el Estado fuera directamente responsable por la muerte del periodista, sin embargo, al confirmar que este había sido blanco de amenazas por sus publicaciones, que no había existido ninguna labor de protección, y que la investigación por su muerte había sido deficiente, la CIDH dictaminó que se había producido una violación del derecho de la víctima a la libertad de expresión. CIDH, Informe n° 5/99, caso 11 739 Héctor Félix Miranda, México, 13 de abril de 1999. En el mismo sentido, en todos sus informes anuales, la Relatoría Especial ha manifestado su preocupación por los problemas que han sido advertidos. También ha exhortado de forma constante a los Estados a prevenir las violaciones de derechos humanos causadas para silenciar o castigar el ejercicio legítimo de la libertad de expresión y, de consumarse, a identificar, juzgar y sancionar a los responsables de tales violaciones. De igual manera, se pronunciaron en su Declaración Conjunta de 1999, el relator especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y el relator especial de la OEA para la Libertad de Expresión, al afirmar que “los Estados deben asegurar un proceso judicial eficaz, serio e imparcial, basado en el Estado de derecho, a fin de combatir la impunidad de quienes perpetrar ataques contra la libertad de expresión”. Asimismo, en la Declaración Conjunta de 2000, los cuatro relatores señalaron que “los Estados están obligados a adoptar medidas adecuadas para poner fin al clima de impunidad. Entre otras cosas, deben asignar recursos y atención suficientes para prevenir los ataques a periodistas y otras personas que ejercen su derecho a la libertad de expresión, investigar esos ataques cuando se producen, enjuiciar a los responsables e indemnizar a las víctimas”. También en la Declaración Conjunta de 2006 se abordó este tema, indicando que “en particular, los Estados deberían condenar expresamente estos ataques cuando ocurran, investigarlos pronta y efectivamente para sancionar debidamente a los responsables y compensar a las víctimas en los casos que correspondan. Los Estados también deberán informar al público en forma regular sobre estos procedimientos”.

mados, referidos a la existencia de poderosos grupos criminales que en algunos lugares podrían comprometer seriamente la capacidad del Estado para defender, garantizar y promover los derechos humanos.

En este tema es indispensable identificar y discutir las medidas que se han adoptado en materia de protección de periodistas y lucha contra la impunidad; por ejemplo, la existencia de programas especializados de protección,<sup>11</sup> la creación de cuerpos de investigación y jueces especializados;<sup>12</sup> el cambio de competencia o radicación de los crímenes cometidos contra periodistas;<sup>13</sup> y el aumento de penas o la disminución de beneficios penales para este tipo de crímenes.<sup>14</sup> Por otra parte, resulta fundamental divulgar algunas prácticas

11 Como, por ejemplo, el Programa de protección a Periodistas creado en Colombia a través del Decreto 1592 de 2000 y aquellos que lo modifican y complementan, especialmente el Decreto 2816 de 2006. Véase adicionalmente la sentencia T-1037 de 2008 de la Corte Constitucional de ese país, en la cual se reconoce la importancia del programa y ordena al Estado que lo ajuste a las necesidades propias de la profesión del periodismo y lo adapte de conformidad con los mandatos del debido proceso y otros derechos fundamentales.

12 Por ejemplo, la creación de la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos cometidos contra Periodistas (FEADP) en el marco de la Procuración General de la República en México, Acuerdo A/031/06, PGR, 15 de febrero de 2006, que establece sus lineamientos. Pese a que tanto en su diseño como en la práctica este instrumento ha tenido dificultades, la creación de organismos especializados de estas características es una práctica importante que debe ser reconocida, difundida y, por supuesto, discutida y adaptada.

13 Un ejemplo de la federalización de los crímenes cometidos en los estados contra los derechos humanos, uno de los cuales es ciertamente la libertad de expresión, fue la reforma constitucional 45 del 8 de diciembre en Brasil (enmienda constitucional n° 45, 8 de diciembre de 2004 - DOU de 31/12/2004), según la cual: "5° En casos de graves violaciones de derechos humanos, el Procurador General de la República, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de obligaciones derivadas de tratados internacionales de derechos humanos de los cuales Brasil sea parte, podrá requerir al Superior Tribunal de Justicia, en cualquier etapa de la investigación o proceso, incidente de transferencia de competencia a la Justicia Federal" (traducción libre). El texto en portugués dice: "Las hipótesis de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal". [En casos de graves violaciones de derechos humanos, el Procurador General de la República, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de obligaciones derivadas de tratados internacionales de derechos humanos de los cuales Brasil sea parte, podrá requerir al Superior Tribunal de Justicia, en cualquier etapa de la investigación o proceso, incidente de transferencia de competencia a la Justicia Federal].

14 Por ejemplo, el Código Penal de Colombia establece un agravamiento especial de las penas cuando el delito de homicidio, homicidio en persona protegida, secuestro o tortura se cometa, entre otros, contra un periodista.

han sido fundamentales para despertar la solidaridad de los propios medios y, por esta vía, de la sociedad.<sup>15</sup> En todo caso, no puede perderse de vista que un Estado que no impide la corrupción de sus instituciones o que alimenta la intolerancia, o una sociedad que es indiferente a los crímenes cometidos, son sin duda el más grave enemigo de la justicia.

2. DEL CRÍTICO AL DELINCUENTE. LA NECESIDAD DE ELIMINAR  
LAS NORMAS QUE CRIMINALIZAN LA LIBRE EXPRESIÓN Y DE IMPULSAR  
LA PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES ULTERIORES

El ideal de *ciudadano ejemplar* propio de los regímenes autoritarios corresponde a un sujeto que entrega sus facultades deliberativas y decisorias, al menos en lo atinente a los asuntos públicos, a las instancias estatales. Este sujeto debe agradecer los beneficios del Estado como si fueran dádivas que se dispensan por la gracia de los gobernantes. En este modelo la crítica política no está necesariamente eliminada, pero sólo se tolera si se trata de aquella que los propios gobernantes catalogan como *constructiva*, es decir, que no cuestiona radicalmente ni la forma de adopción de decisiones, ni las decisiones adoptadas, ni a las personas encargadas de adoptarlas o ejecutarlas. La crítica que se acepta es aquella que no resulta perturbadora, chocante u ofensiva para el poder. En estos regímenes el Estado suele usar, en primera instancia, su más poderoso poder coercitivo, el derecho penal, para castigar, reprimir y naturalmente inhibir las expresiones que considera inconvenientes para la defensa del proyecto político del gobierno.

El ideal ciudadano que subyace a las democracias de las Américas y, ciertamente, al sistema interamericano de protección de derechos humanos es completamente distinto. El ciudadano pleno es un sujeto deliberante que “tiene el valor de servirse de su propia inteligencia” y que está dispuesto a discutir con otros las razones que le permiten apoyar una tesis o adoptar una decisión. Se trata de un sujeto racional que valora el proceso comunicativo como una de las mejores maneras de adoptar decisiones adecuadas y que no sólo participa en la toma de las decisiones que lo afectan sino en el control de la gestión pública. Esta idea de ciudadanía ocupa hoy el centro de todas las instituciones políticas y constituye uno de los criterios para evaluar su validez y legitimidad.

---

Véase, del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000 y las que lo modifican o complementan), artículos 103, 104, 135, 170 y 179.

<sup>15</sup> Por ejemplo, el llamado Proyecto Manizales en Colombia o la citada Misión Internacional de Documentación sobre Ataques en Contra de Periodistas y medios de Comunicación en México.

Tomarse en serio la idea de una ciudadanía democrática y militante implica entonces diseñar instituciones que permitan, y no que inhiban o dificulten, la deliberación sobre todos los asuntos y fenómenos de relevancia pública. En este punto, las instituciones propias del derecho sancionatorio y en especial del derecho penal resultan de particular importancia. El uso de los medios coercitivos del Estado para imponer una visión única del mundo o desalentar una deliberación vigorosa y abierta sobre todos los asuntos de relevancia pública resulta incompatible con los principios que orientan los regímenes democráticos y, en particular, con el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana. Respecto de este asunto, hay algunos temas particularmente preocupantes: (a) la existencia de leyes penales de desacato, injuria y calumnia, sobre todo cuando se aplican para procesar penalmente a quienes han hecho valoraciones críticas sobre asuntos de interés público o sobre personas del ámbito público; (b) el uso de la legislación penal para proteger la “honra” o la “reputación” de ideas o instituciones; (c) los intentos de aplicar tipos penales como “terrorismo” o “traición a la patria” a quienes se han limitado a expresar o difundir ideas u opiniones distintas –o incluso *radicalmente* distintas– a las sostenidas por las autoridades públicas, y (d) la *criminalización* de la protesta social. En los párrafos siguientes explicaré brevemente las razones por las cuales estos fenómenos son de particular relevancia y la forma en que deben ser afrontados.

*a) Las leyes de vilipendio (o desacato) y la legislación penal que protege la privacidad y el honor*

Uno de los primeros y más importantes informes de la CIDH en materia de libertad de expresión fue el Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>16</sup> Seis de las trece decisiones de la Corte Interamericana sobre libertad de expresión<sup>17</sup> han

16 CIDH, Informe Anual 1994. Cap. V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995. Aprobado en el 88° período ordinario de sesiones.

17 Caso La última tentación de Cristo (Olmedo, Bustos y otros), sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, n° 73; caso Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C, n° 74; caso Herrera Ulloa, sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, n° 107; caso Ricardo Canese, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, n° 111; caso Palamara Iribarne, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, n° 135; caso Claude Reyes y otros, sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, n° 151; caso Kimel, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de mayo de 2008, serie C, n° 177; caso Tristán Donoso, sentencia del 27 de enero de 2009, serie C, n° 193, caso Ríos y otros, sentencia

estudiado el enjuiciamiento penal de quienes habían expresado opiniones críticas respecto de funcionarios, candidatos a ocupar cargos públicos o asuntos de interés público. En estas decisiones, la Corte Interamericana declaró la desproporción de las medidas impuestas y señaló que las expresiones críticas sobre asuntos de interés público, pese a poder resultar ofensivas o chocantes, se encontraban especialmente protegidas por el artículo 13 de la Convención Americana.<sup>18</sup> Por su parte, tanto la CIDH como la Relatoría Especial, en todos sus informes sobre el tema, han destacado la necesidad de *descriminalizar* el ejercicio de la libertad de expresión y de establecer criterios de proporciona-

---

del 28 de enero de 2009, serie C, n° 194; caso Perozo y otros, sentencia del 28 de enero de 2009, serie C, n° 195; caso Usón Ramírez, sentencia del 20 de noviembre de 2009, serie C, n° 207. Existen otros casos en los que la Corte ha hecho importantes pronunciamientos sobre el alcance del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, pese a que los problemas jurídicos centrales versaban sobre la afectación de derechos distintos al consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, a saber: caso López Álvarez, sentencia del 1° de febrero de 2006, serie C, n° 141; caso Myrna Mack Chang, sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, n° 101, y caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), sentencia del 5 de agosto de 2008, serie C, n° 182.

18 Caso Herrera Ulloa, sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, n° 107; caso Ricardo Canese, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, n° 111; caso Palamara Iribarne, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, n° 135; caso Kimel, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de mayo de 2008, serie C, n° 177; caso Tristán Donoso, sentencia del 27 de enero de 2009, serie C, n° 193, y caso Usón Ramírez, sentencia del 20 de noviembre de 2009, serie C, n° 207. La Corte IDH ha indicado que si bien el uso del derecho penal no es completamente incompatible con la Convención, “esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas opiniones, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación” caso Kimel, párr. 78. En un sentido similar se expresó la Corte Europea de Derechos Humanos en un importante caso referido al tema que se discute. En dicha oportunidad sostuvo: “115. Aunque establecer las sanciones es en principio una cuestión reservada a las cortes nacionales, la Corte considera que la imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa será compatible con la libertad de expresión de los periodistas tal como está garantizada en el artículo 10 de la Convención sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como, por ejemplo, en los casos de discurso de odio o de incitación a la violencia [...]. En este sentido, la Corte nota las recientes iniciativas legislativas de las autoridades rumanas, tendientes a remover el delito de insulto del Código Penal y a la abolición de las sentencias a la pena de prisión por difamación [...]”. ECHR, caso Cumpăna y Mazare vs Romania (aplicación n° 33 348/96) del 17 de diciembre de 2004.



lidad para la fijación de las responsabilidades ulteriores que puedan surgir, de conformidad con los principios 10 y 11 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión aprobada en el año 2000 por la CIDH (Declaración de Principios). Sin embargo, pese al importante proceso de reforma de las legislaciones penales en esta materia, algunos Estados no han derogado sus leyes de desacato y otros siguen aplicando las leyes penales de protección del honor –tradicionalmente ambiguas– como herramienta privilegiada para procesar y sancionar a comunicadores o periodistas que expresan ideas o informaciones sobre asuntos de interés público, sobre servidores públicos o sobre candidatos a ocupar posiciones públicas.<sup>19</sup>

La idea de que no pueden criminalizarse las expresiones sobre asuntos públicos que afecten a funcionarios públicos se fundamenta en la importancia de crear sistemas jurídicos que promuevan –y no que dificulten– los debates sobre estos asuntos. Parte también de la premisa de que los funcionarios están obligados a soportar un mayor escrutinio público. En efecto, los funcionarios acceden a sus cargos de manera voluntaria y a sabiendas de que, por el enorme poder que administran, estarán sometidos a un escrutinio mucho más intenso. Asimismo los funcionarios públicos tienen, evidentemente, una gran capacidad de incidencia en el debate público, no sólo por el respaldo ciudadano y la credibilidad de la cual gozan, sino porque suelen contar con posibilidades reales y efectivas de participación en el proceso de comunicación de masas que los ciudadanos y ciudadanas que no ocupan dichas posiciones en general no tienen. En este sentido, se ha sostenido que las críticas –incluso ofensivas, radicales o perturbadoras– deben recibirse con más y no con menos debate, y que es el ciudadano, y no las propias autoridades criticadas quien debe decidir si una idea o información amerita atención y respeto o si, simplemente, debe ser descartada.

*b) La injuria religiosa, de símbolos o de instituciones*

Parecería que el tema de la injuria religiosa o las sanciones penales por la utilización ofensiva de símbolos patrios son problemas de otras latitudes. En

19 Sobre este tema pueden consultarse los informes anuales de la relatoría así como sus comunicados de prensa, en los que se reportan estos procesos penales iniciados contra comunicadores por la difusión de opiniones o informaciones de interés público así como las condenas proferidas. Véanse, particularmente, los casos de Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela. Sin embargo, es importante notar que en algunos Estados ya se han despenalizado estas conductas y en otros países se encuentran en curso importantes iniciativas de despenalización de la defensa del honor cuando se trata de funcionarios públicos o de información de relevancia pública, disponibles en: <[www.cidh.org/Relatoria](http://www.cidh.org/Relatoria)>.

efecto, a diferencia de otras regiones del mundo, hoy no es común en las Américas el uso de leyes penales sobre protección de símbolos patrios o sobre injuria religiosa para evitar las críticas contra líderes políticos o religiosos o para suprimir los puntos de vista de las minorías o los disidentes.

Sin embargo, en algunos países de nuestro hemisferio existe el delito de injurias religiosas o de vilipendio a las instituciones y a los símbolos patrios. Apelando a tales normas, altos funcionarios públicos han demandado penalmente (es decir, han considerado que deben ser procesados, condenados y reclusos en una cárcel) a directores de medios, fotógrafos o periodistas que han publicado, por ejemplo, la foto de una mujer con el torso desnudo que parodia una escena religiosa o el uso artístico, publicitario o simbólico de la bandera nacional. En un caso, una persona fue condenada a varios años efectivos de cárcel por criticar la actuación de las fuerzas armadas en un hecho en el cual resultaron heridos varios soldados. Esta persona fue acusada y condenada por el delito de ofensa o vilipendio a la institución de la fuerza.<sup>20</sup>

Es cierto que las ideas de todo tipo, y en especial las convicciones religiosas y los símbolos patrios, son particularmente valiosas para sectores importantes de la población y que las ofensas en su contra pueden afectar sentimientos y convicciones muy profundas y merecedoras de respeto. Sin embargo, el ejercicio de la plena autonomía individual y colectiva depende, en buena medida, de que exista un debate abierto sobre todas las ideas y los fenómenos sociales. En ese sentido, debe respetarse el derecho de todas las personas a manifestar, en la práctica y por cualquier medio, sus ideas sobre la cultura, la religión, los símbolos patrios o cualquier otra creencia o institución. Naturalmente, la afirmación anterior excluye las expresiones de odio o discriminatorias destinadas a generar actos de violencia y con la capacidad real de generarla, en los términos establecidos por el propio artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto de la llamada *injuria religiosa*, la Declaración Conjunta 2008 del Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información,<sup>21</sup> señaló que el concepto

20 Véase CIDH, caso Usón Ramírez vs Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2009, serie C, n° 207.

21 Declaración Conjunta sobre Difamación de Religiones y sobre Legislación Antiterrorista y Antiextremista del relator especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, la relatora especial de la OEA para la Libertad

de “difamación de religiones” y los tipos penales basados en ese concepto son incompatibles con los estándares internacionales sobre libertad de expresión. También lo son, por las mismas razones, la injuria o difamación de símbolos patrios o de cualquier otra idea o institución.

En este sentido, la Declaración Conjunta de 2008 recuerda que los estándares internacionales que permiten poner límites a la libre expresión se refieren a la protección de la reputación de las personas individuales y no de las creencias o instituciones, que, en sí mismas, no gozan del derecho a la reputación. Por esta razón, las restricciones a la libertad de expresión no deben usarse para proteger instituciones particulares, ni tampoco nociones, conceptos o creencias abstractas, como los símbolos patrios o las ideas culturales o religiosas, salvo que las críticas constituyan en realidad una apología del odio nacional, racial o religioso que tenga la intención y la capacidad de generar violencia.

Es necesario entonces un esfuerzo mancomunado para lograr la abolición de los tipos penales de injuria religiosa, cultural o patriótica que no se adecuan a los estándares internacionales. Asimismo, con la finalidad de promover la igualdad y la lucha contra la intolerancia religiosa o cultural que afecta la capacidad de los grupos marginados o estigmatizados de participar adecuadamente en el debate público, debe promoverse el acceso de todos los grupos sociales a los medios, tanto para manifestar sus puntos de vista y sus perspectivas como para satisfacer sus necesidades de información.

---

de Expresión y la relatora especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información. Atenas, 9 de diciembre de 2008. Luego de enfatizar que existe una diferencia fundamental entre la crítica a una idea y los ataques contra personas individuales por causa de su adhesión a dicha idea; y de reconocer que la utilización de estereotipos sociales negativos conduce a la discriminación, y reduce sustancialmente la capacidad de quienes están sujetos a tales estereotipos, de ser oídos y participar efectivamente en el debate público, esta Declaración Conjunta señaló que la promoción exitosa de la igualdad en la sociedad se vincula integralmente al respeto por la libertad de expresión y no puede fundarse en la represión de ideas o discusiones sobre instituciones o creencias. Tal declaración reconoce expresamente que la mejor manera de afrontar la existencia de prejuicios sociales es a través de un diálogo abierto que exponga el daño causado por tales prejuicios y combata los estereotipos negativos. En este sentido, se reconoce que la libertad de expresión incluye el derecho de las distintas comunidades a tener acceso a los medios, tanto para manifestar sus puntos de vista y sus perspectivas, como para satisfacer sus necesidades de información. Naturalmente, como lo reconoce el artículo 13.5 de la Convención Americana, el límite al ejercicio de la libertad de expresión es la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia.

*c) La utilización de los tipos penales de “terrorismo” o “traición a la patria”*

La utilización de estos tipos penales, entre otros, para judicializar a personas que expresen o difundan opiniones opuestas a las del gobierno o posiciones críticas respecto de políticas gubernamentales viola abiertamente el derecho a la libertad de expresión. Si bien es cierto que ni los periodistas ni las personas que tienen opiniones disidentes pueden estar al margen de la ley, también lo es que la criminalización de la simple opinión disidente constituye una seria limitación del derecho a la libertad de expresión y resulta radicalmente incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención Americana. Es necesario establecer claramente la diferencia entre el uso apropiado del derecho penal y su utilización como elemento de censura o de castigo a la disidencia legítima.

En distintas declaraciones, los cuatro relatores para la libertad de expresión han señalado que “la definición del terrorismo, al menos en cuanto a su aplicación en el contexto de las restricciones a la libertad de expresión, debe limitarse a los crímenes violentos diseñados para promover causas ideológicas, religiosas, políticas o de criminalidad organizada con el objetivo de ejercer influencia sobre las autoridades públicas mediante la generación de terror entre la población”.<sup>22</sup> En consecuencia, “la criminalización de las expresiones relativas al terrorismo debe restringirse a los casos de incitación intencional al terrorismo –entendida como un llamado directo a la participación en el terrorismo que sea directamente responsable de un aumento en la probabilidad de que ocurra un acto terrorista, o a la participación misma en actos terroristas (por ejemplo, dirigiéndolos)”. El mismo estándar elevado debe aplicarse a los casos en los cuales se imputan delitos como “traición a la patria” o “rebelión” a quien se ha limitado a difundir ideas o informaciones incómodas, ofensivas o perturbadoras para las autoridades públicas. De lo contrario se estaría reviviendo el delito de opinión, que tanto esfuerzo costó desterrar de los ordenamientos jurídicos.

*d) Aumento de los tipos penales orientados a criminalizar la protesta social*

La protesta social es una de las formas colectivas de expresión más eficaces. Pero en algunas circunstancias resulta ser la única forma a través de la cual ciertos grupos pueden ser escuchados. En efecto, cuando se está frente a marcos institucionales que no favorecen la participación, o frente a serias barreras de acceso a formas más tradicionales de comunicación de masas, la protesta pública parece ser el único medio que realmente permite que sectores tradi-

<sup>22</sup> Íd. En igual sentido, puede consultarse el Informe Anual de la CIDH (2002), vol. III.

cionalmente discriminados o marginados del debate público puedan lograr que su punto de vista sea escuchado y valorado. En distintos informes anuales, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión se ha referido a la necesidad de diseñar marcos regulatorios que respeten el ejercicio de la protesta social y que sólo la limiten en aquellos aspectos que resulte necesario para evitar la afectación desproporcionada y cierta de otros bienes sociales o individuales de igual relevancia. Así, recordando lo dicho en el Informe Anual 2002, el Informe Anual 2005 de la Relatoría Especial (vol. II, cap. V, párr. 1) señaló que:

Los sectores más empobrecidos de nuestro hemisferio confrontan políticas y acciones discriminatorias, su acceso a la información sobre la planificación y ejecución de medidas que afectan sus vidas diarias es incipiente y en general los canales tradicionales de participación para hacer públicas sus denuncias se ven muchas veces cercenados. Ante este escenario, en muchos países del hemisferio la protesta y la movilización social se han constituido como herramienta de petición a la autoridad pública y también como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los derechos humanos.

Naturalmente las huelgas, los cortes de ruta, el copamiento del espacio público e incluso los disturbios que puedan presentarse en las protestas sociales pueden generar molestias o incluso daños que es importante considerar. Sin embargo, la imposición de límites desproporcionados de la protesta, en particular cuando se trata de grupos que no tienen otra forma de expresarse públicamente, compromete seriamente el derecho a la libertad de expresión. Preocupa por ello la existencia de disposiciones penales que convierten en actos criminales la simple participación en una protesta (lo cual resulta violatorio del artículo 13 de la Convención), los cortes de ruta (a cualquier hora y de cualquier tipo) o los actos de desorden que, en sí mismos, no afectan bienes como la vida o la libertad de las personas.

#### **LAS NUEVAS CARAS DE LA CENSURA**

Es cierto que la existencia de oficinas administrativas encargadas de censurar la expresión ya no es una práctica común en la región. Sin embargo, en algunos países los jueces o los órganos de regulación de las telecomunicaciones tienen facultad para evitar la circulación de una información determinada cuando consideran que es fruto del ejercicio abusivo de la libertad de expresión. En este campo resulta muy importante promover la derogación de las

disposiciones legales que habilitan la censura previa que, con independencia del órgano del cual provenga, está prohibida por el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto a la llamada censura indirecta, el Informe Anual 2003 señaló: “Debido a que estas violaciones indirectas son con frecuencia obstrucciones oscuras, impuestas silenciosamente, no dan lugar a investigaciones ni merecen una censura generalizada, como ocurre con otras violaciones más directas” (cap. V, párr. 1). Por esta razón, estas nuevas formas de censura sutil son mucho más difíciles de denunciar y controlar, para lo cual se requiere un esfuerzo especial de la academia y las organizaciones no gubernamentales, como asimismo de los mecanismos nacionales e internacionales de protección del derecho a la libertad de expresión.

En este artículo se mencionan sólo cuatro de las posibles formas de censura indirecta: la asignación arbitraria de recursos públicos como la publicidad oficial, las frecuencias o los subsidios; la utilización arbitraria de los mecanismos de regulación y fiscalización del Estado; la creación de un ambiente de intimidación que inhibe la expresión disidente, y la autorización explícita o tácita de las barreras impuestas por particulares para impedir el libre flujo de las ideas y, en particular, de aquellas que resultan molestas o incómodas al poder político o económico.

#### ASIGNACIÓN ARBITRARIA DE RECURSOS PÚBLICOS PARA PREMIAR A LOS MEDIOS CONDESCENDIENTES Y CASTIGAR A LOS CRÍTICOS O INDEPENDIENTES

Una de las formas más reconocidas de censura indirecta es la asignación de recursos públicos (como los subsidios, la publicidad oficial, las frecuencias y licencias de radio y televisión) para premiar a los medios condescendientes con las autoridades y castigar a los medios independientes o críticos. Algunos funcionarios entienden que la publicidad que el Estado debe contratar para cumplir con sus obligaciones (por ejemplo, para poner en conocimiento de la ciudadanía la existencia de un proceso de licitación o una campaña de vacunación) debe cumplir además con el propósito de asegurar la lealtad de los medios. Es cierto que, parafraseando la conocida expresión de un ex presidente, los gobernantes no pagan para que les peguen. Sin embargo, tampoco pagan para que los aplaudan: el Estado contrata publicidad para cumplir sus deberes legales, con independencia del contenido informativo o editorial del medio que deba contratar para tales efectos.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Sobre los distintos tipos y funciones de la llamada publicidad oficial la Relatoría Especial estableció: “Existen dos tipos de publicidad del Estado: la publi-

Por ejemplo, si se trata de una campaña de vacunación dirigida a las madres que pertenecen a sectores sociales marginados, el Estado debe usar los medios de comunicación que lleguen de manera más eficaz a esos sectores, sin atender al contenido editorial del medio. La decisión debe adoptarse en atención a la finalidad objetiva y legítima que debe cumplir la publicación de la información y no a la afinidad del medio con el gobierno que, en cada momento, tenga la atribución de asignarla.<sup>24</sup>

Para lograr una asignación no discriminatoria o arbitraria de los recursos públicos tendrían que existir marcos legales que obligaran a los Estados a someterse a leyes precisas que impidan la discrecionalidad en el ejercicio de esa importante función. A este respecto se ha indicado que “[I]a insuficiente precisión de las leyes y las facultades inaceptablemente discrecionales constituyen violaciones a la libertad de expresión. Es, en efecto, cuando las leyes vincula-

---

cidad no pagada y la publicidad pagada”. La publicidad “no pagada” incluye los comunicados de prensa, los textos de leyes o sobre reuniones legislativas, e información que cuenta con respaldo del gobierno pero que puede ser pagada por un particular. Con frecuencia existen obligaciones jurídicas de parte de los medios de comunicación nacionales de divulgar esta publicidad como condición para que utilicen las frecuencias y las ondas del Estado. Esas condiciones están habitualmente incluidas en las leyes fundamentales de radiodifusión y prensa. La publicidad “pagada” incluye los anuncios pagados en la prensa, la radio o la televisión, el material de software y video producido por el gobierno o patrocinado por este, las campañas a base de folletos, el material publicado en Internet, las exposiciones, etc. Los gobiernos utilizan la publicidad pagada para informar a la opinión pública sobre asuntos importantes (por ejemplo, anuncios vinculados a preocupaciones por la salud y la seguridad), para incidir en el comportamiento social de los ciudadanos y de las empresas (como los estímulos a la ciudadanía para que concurra a votar en las elecciones) y para generar ingresos a través de diversos programas (con frecuencia por la vía del sector estatal). El uso de los medios de comunicación para transmitir información es una herramienta importante y útil para los Estados y aporta una ganancia por publicidad imperiosamente necesaria para los medios de comunicación” (CIDH, Informe Anual 2003, vol. III, cap. V, párr. 3).

<sup>24</sup> Al respecto, en el Informe Anual 2003 de la Relatoría, vol. III, cap. V, párr. 11 se dijo: “Para adoptar esas decisiones de acuerdo con los principios de la libertad de expresión, las mismas deben estar basadas en criterios ‘sustancialmente relacionados’ con el propósito descrito y que es neutro en relación con los puntos de vista del medio. Por ejemplo, si el objetivo del Estado es promover la venta de pases mensuales en el transporte público de la ciudad, podría optar legítimamente por colocar los anuncios sólo en los periódicos de gran distribución dentro de la ciudad. Los periódicos de otras regiones, que pueden tener muy poca distribución dentro de esa ciudad, no se verían injustamente discriminados por la elección del Estado de no anunciar en sus páginas. Los criterios para elegir un periódico de distribución mayoritaria dentro de la ciudad se relacionan sustancialmente con el propósito de neutralidad del programa de fomento del uso del transporte público y, por tanto, no son discriminatorios”.

das a la asignación de publicidad oficial no son claras o dejan las decisiones a la discreción de funcionarios públicos, que existe un marco legal contrario a la libertad de expresión” (párr. 23).

La asignación discrecional de frecuencias de radio y televisión o del nuevo dividendo digital, o la entrega de subsidios para la comunicación, el arte o la cultura, presenta los mismos problemas que la asignación de la publicidad oficial. En la mayoría de los casos no hay leyes que, de manera clara y precisa y en atención a criterios objetivos, razonables y adecuados al propósito de esa asignación, definan de forma transparente las reglas de juego (párr. 23).<sup>25</sup> Pero a diferencia de lo que ocurría hace menos de una década, estos instrumentos de injerencia en el contenido de los medios ya han sido identificados como una forma de censura indirecta prohibida por el artículo 13.3 de la Convención Americana. En algunos Estados (como Uruguay) se han presentado iniciativas de regulación legal y en otros (como la Argentina) el poder judicial –dentro de las limitaciones que le impone su naturaleza– ha jugado un papel particularmente activo para frenar las decisiones arbitrarias. Sin embargo, es fundamental continuar con la tarea de visibilizar el problema e impulsar el trabajo de la sociedad civil y los gobiernos para diseñar regulaciones claras, transparentes, no discriminatorias y equitativas de asignación de recursos o bienes públicos de los cuales depende, en la actualidad, una parte muy importante del proceso comunicativo.

#### UTILIZACIÓN ARBITRARIA DE LOS MECANISMOS DE REGULACIÓN Y FISCALIZACIÓN ESTATAL

La segunda forma de censura indirecta identificada consiste en la utilización de los mecanismos ordinarios del Estado para regular aspectos directa o in-

<sup>25</sup> Resulta relevante mencionar en este punto que, en el Informe Anual 2003, la Relatoría Especial recordó la existencia de decisiones del derecho europeo sobre estas materias. Al respecto indicó: “Aunque la Corte no abordó específicamente esta cuestión en el contexto de la publicidad estatal, se ocupó de la existencia de leyes confusas y de facultades ampliamente discrecionales como la violación de la libertad de expresión en el caso de Autronic A.G. v. Switzerland (Eur. Ct. H.R., caso Autronic A.G. vs Switzerland, 22 de mayo de 1990, aplicación n° 12 726/87). En este caso, la Corte Europea se preguntó si las leyes para el otorgamiento de licencias de radiodifusión de Suiza eran suficientemente precisas, dado que “no indicaban exactamente cuáles criterios debían utilizar las autoridades para decidir sobre las solicitudes”. La Corte no decidió la cuestión en ese caso, desestimándolo por otras razones, pero advirtió que las leyes para el otorgamiento de licencias que no establezcan criterios claros podrían constituir una violación a la libertad de expresión” (párr. 21).



directamente relacionados con la libertad de expresión con la finalidad de amedrentar a los disidentes e inhibir así sus manifestaciones críticas. Es cierto que nadie, ni los defensores de derechos humanos, ni los críticos o los disidentes, ni los periodistas o los medios, pueden estar por encima de la ley. Sin embargo, cuando la ley es utilizada para eliminar o apaciguar la crítica o la disidencia, lo que existe es una persecución arbitraria y no un intento legítimo por afianzar el Estado de derecho. Justamente a este tema se refirió de manera visionaria el artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al prohibir la restricción del derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales.

Para afrontar este problema los Estados tendrán que adoptar normas tendientes a impedir que, en un futuro, cualquiera de sus agentes utilice arbitrariamente el poder de fiscalización o de regulación para silenciar la expresión disidente. Se requieren, como en el caso anterior, normas legales claras, precisas y razonables que establezcan de manera concreta las facultades de regulación y fiscalización de las autoridades, facultades que deben perseguir un fin legítimo y ser estrictamente necesarias para el logro del fin perseguido. En particular, es fundamental que los órganos de regulación o fiscalización de los medios de comunicación sean independientes del Poder Ejecutivo, se sometan al debido proceso y tengan un estricto control judicial.

#### LA CREACIÓN DE UN AMBIENTE DE INTIMIDACIÓN QUE INHIBE LA EXPRESIÓN DISIDENTE

La tercera forma de censura indirecta comprende aquellas acciones sistemáticas tendientes a crear un ambiente de intolerancia y hostilidad contra los críticos o disidentes con la finalidad de generar procesos de autocensura. En este punto es importante distinguir la legítima reacción de un gobierno que siente que ha sido tergiversado o juzgado de manera temeraria o injusta y que tiene derecho a defender su posición a través del debate público, por un lado, de las manifestaciones sistemáticas y desproporcionadas tendientes a la creación de un clima de intolerancia y hostilidad contra una persona o un determinado medio por su posición editorial o por la cobertura de información de relevancia pública. Este tipo de conductas, cuando son realizadas de manera sistemática y en contextos de alta tensión social, pueden conducir, por ejemplo, al cierre de un medio por el retiro completo de la pauta publicitaria privada, al temor de la población de acceder al material publicado, o incluso a la violencia de agentes no estatales contra comunicadores y medios. A este respecto, como señaló en su Informe Anual 2007 la Relatoría Especial: “[L]os jefes de Estado cumplen un papel fundamental en la construcción de espacios

de tolerancia y convivencia democrática, por lo que en consecuencia deben poner especial cuidado en el impacto que sus declaraciones puedan tener en la libertad de expresión y en otros derechos humanos, como la vida y la integridad personal”.

En todos estos casos es necesario promover estándares que permitan guiar las actuaciones de los gobiernos y que, sin obstaculizar de ninguna manera el cumplimiento de la tarea de aplicar la ley y defender por vías legítimas sus puntos de vista contra ataques que consideran injustos, les impidan utilizar su poder para evitar la circulación libre y desinhibida de todas las expresiones e informaciones. Como lo ha indicado la Corte Interamericana, los funcionarios deben atender al contexto en el cual se expresan para asegurarse de que sus expresiones no constituyan “formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento”. Este deber de los funcionarios se acentúa en situaciones que presentan “conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política”, debido a los “riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado”.

LA OMISIÓN ESTATAL EN EL CONTROL DE LOS ABUSOS EN QUE PUEDAN  
INCURRIR PARTICULARES QUE TIENEN EL PODER DE IMPEDIR EL LIBRE FLUJO  
DE LAS IDEAS

Otra de las múltiples formas de censura es –como lo indica el artículo 13.3 de la Convención Americana– la omisión estatal en el control de los abusos en que puedan incurrir particulares que tienen el poder de impedir el libre flujo de las ideas. Por ejemplo, el Estado está obligado a evitar el abuso del poder privado en el control del papel para periódicos, de enseres y aparatos usados para la difusión de información o de cualquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. En otras palabras, cuando la omisión del Estado favorece la existencia de monopolios u oligopolios o el ejercicio abusivo de otros derechos para impedir el libre flujo de las ideas, produce una forma de restricción indirecta de la libertad de expresión. En estos casos, el Estado tiene la obligación de intervenir para evitar, por ejemplo, que el monopolio en el suministro de papel prensa o en la distribución de los medios impresos ponga en peligro la libertad de expresión.

**SECRETOS DE ESTADO: EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN  
Y AL HÁBEAS DATA**

DESAFÍOS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

El derecho de acceso a la información ha alcanzado un importante desarrollo en la región en los últimos años. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, la sentencia de la Corte Interamericana en los casos *Claude Reyes y otros vs Chile*<sup>26</sup> y *Gomez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil* son las decisiones más importantes sobre el tema. De acuerdo con la jurisprudencia, toda persona, sin necesidad de acreditar un interés especial, tiene el derecho humano de acceder a la información que el Estado administre o produzca o que deba administrar o producir. Asimismo, el Estado debe suministrar al público información en forma oficiosa y continua, y establecer mecanismos ágiles y eficientes de acceso a la información solicitada.<sup>27</sup> Dado que es una de las formas protegidas del derecho a la libertad de expresión, las restricciones al derecho de acceso a la información deben respetar los mismos criterios que se usan para evaluar cualquier otra restricción a la libertad de expresión. En consecuencia, está sujeto a un régimen estricto y excepcional de limitaciones que deben estar previstas taxativa y previamente en la ley, perseguir fines imperativos, ser estrictamente necesarias y proporcionales respecto de los fines que persiguen y estar sujetas a la posibilidad de ser controvertidas judicialmente.

En esta materia, el reto es diverso. Por una parte, es necesario seguir promoviendo la promulgación de leyes de acceso en los Estados que aún no cuentan con este tipo de normas. Por otra, es procedente verificar que las normas ya existentes satisfagan los estándares internacionales. Es fundamental establecer si el catálogo de excepciones que cada una de las leyes consagra cumple con los requisitos de estricta legalidad, finalidad legítima y necesidad. Asimismo, es importante verificar si existen efectivamente recursos idóneos para solicitar el acceso y controles independientes y efectivos para evitar la arbitrariedad administrativa.

Ahora bien, la práctica ha demostrado que la existencia de leyes de acceso a la información no basta para garantizar el derecho de acceso. En efecto, para

<sup>26</sup> Véase caso *Claude Reyes*, nota 9.

<sup>27</sup> Véase caso *Claude Reyes*, nota 9, párr. 77. Véanse también los alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes y otros vs Chile*, transcritos en la sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, n° 151; Comité Jurídico Interamericano, *Principios sobre el derecho de acceso a la información* (CJI/Res. 147 – LXXIII-0/08, 7 de agosto de 2008). Declaraciones conjuntas de 1999, 2004 y 2006 de los relatores especiales para la Libertad de Expresión de la ONU, la OEA y la OSCE.

satisfacer de manera adecuada este derecho es necesario adoptar medidas de implementación sobre asuntos como la custodia, el archivo y la administración de la información en poder del Estado. Asimismo, es indispensable implementar políticas y programas adecuados de capacitación para los funcionarios públicos y la ciudadanía en general, orientados a desterrar definitivamente en la práctica la cultura del secreto.

Por otra parte, pese al importante desarrollo de este derecho en el derecho interamericano, quedan asuntos pendientes que es necesario aclarar de manera más precisa. Por ejemplo, resulta esencial avanzar en la definición o caracterización de la información *sensible* que debe permanecer reservada; el alcance del concepto “seguridad nacional” a la hora de ser utilizado para mantener la reserva de información solicitada; el derecho de los ciudadanos de acceder al dato primario (o *dato en bruto*) en poder del Estado, y los alcances de la obligación positiva del Estado de producir o captar información relacionada con el cumplimiento de sus deberes, entre otros temas.

Es importante poner énfasis en el derecho de acceder a la información que tienen grupos o sujetos vulnerables o marginados, para quienes este derecho es condición esencial para satisfacer sus necesidades básicas.<sup>28</sup> Por ejemplo, los Estados deben esforzarse en garantizar especialmente el derecho de acceso de los sectores más pobres de la población a la información apoyándose en mecanismos de participación, programas sociales y otras formas de satisfacción de sus derechos fundamentales. Asimismo, las mujeres en toda la región tienen derecho a que el Estado les garantice plenamente el derecho de acceso a la información sobre sus derechos sexuales y reproductivos a través de la difusión masiva y especializada, por ejemplo, en todos los centros de atención básica. Asimismo, como lo ha indicado la Relatoría Especial en su informe más reciente (2009), el suministro de información oportuna, clara y suficiente a los pueblos indígenas (y en general a las minorías nacionales) sobre las posibles afectaciones de su hábitat es condición necesaria para garantizar adecuadamente el ejercicio de su derecho a la consulta previa y a la propiedad colectiva. El acceso a la información, en estos casos, es también un mecanismo necesario para asegurar otros derechos como a la salud de los miembros del grupo e incluso el de su existencia misma como comunidad. Asimismo, el derecho de acceso a la información en relación con las injerencias externas en territorio comunitario es condición indispensable para garantizar el control sobre las decisiones políticas que pueden comprometer

28 En este sentido véanse CIDH, Informe Anual 1999, vol. III, cap. II, c) Mujer y la libertad de expresión. CIDH, Informe Anual 2002, vol. III, cap. IV: Libertad de expresión y pobreza.

los derechos colectivos de ese pueblo y los derechos fundamentales que, por conexión, resultarían afectados.

#### EL DERECHO AL HÁBEAS DATA

El derecho de acceso al dato personal (hábeas data) ha tenido, en la jurisprudencia interamericana, un desarrollo menos prolífico que el derecho de acceso a la información. Según lo dispone el principio 3 de la Declaración de Principios: “Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla”.

En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos la CIDH indicó que, aparte del derecho general de acceso a la información en poder del Estado, “toda persona tiene el derecho a acceder a información sobre sí misma, sea que esté en posesión del gobierno o de una entidad privada”. Como señala el citado informe: “este derecho incluye el derecho a modificar, eliminar o corregir la información considerada sensible, errónea, sesgada o discriminatoria”.<sup>29</sup> Más adelante en el mismo informe se establece que: “El derecho al acceso y el control de la información personal es esencial en muchas esferas de la vida, dado que la falta de mecanismos jurídicos para la corrección, actualización y eliminación de información puede tener efectos directos en el derecho a la privacidad, el honor, la identidad personal, los bienes y la rendición de cuentas en la reunión de información”.<sup>30</sup>

En particular, cabe señalar que la acción de hábeas data es el instrumento más importante para frenar la divulgación de datos sensibles o erróneos que puedan afectar la reputación, la intimidad u otros derechos humanos. Tal es el caso del derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos a obtener información vinculada al comportamiento del gobierno, y a determinar y exigir las correspondientes responsabilidades.<sup>31</sup>

29 *Ibíd.*, cap. III, e): Derecho a la libertad de Expresión. Disponible en: <[www.cidh.org/Terrorism/Span/indice.htm](http://www.cidh.org/Terrorism/Span/indice.htm)>.

30 *Ibíd.*, párr. 289.

31 A este respecto, en el citado informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos la CIDH señaló que: “La acción de hábeas data como mecanismo para garantizar la responsabilidad de los organismos de seguridad e inteligencia dentro de este contexto, ofrece mecanismos para verificar que los datos personales se han recogido legalmente. La acción de hábeas data da derecho a la parte perjudicada o a sus familiares a determinar el propósito para el que se recabaron los datos y, si se recabaron ilegalmente, determinar si las partes responsables deben ser castigadas. La divulgación pública de prácticas

Por tratarse de un derecho protegido por el artículo 13 de la Convención Americana, el acceso a la información personal (hábeas data) debe encontrarse garantizado de manera expresa y suficiente en las legislaciones internas. Adicionalmente, cualquier restricción a su ejercicio debe cumplir los requisitos de estricta legalidad, fin legítimo y necesidad antes mencionados. En principio, la persona titular del dato registrado o publicado no tiene que probar la existencia de requisito especial para poder acceder a este y solicitar su corrección o anulación cuando resulte procedente. Asimismo, este derecho debe estar asegurado en virtud de un recurso efectivo, de fácil utilización y accesible a todas las personas. La carga de la argumentación en una disputa sobre el acceso a un dato personal reside en quién administra o publica el dato y no en su titular. Finalmente, debe existir un recurso judicial expedito e idóneo para evitar efectivamente la arbitrariedad pública o privada en esta materia.

La tarea consiste entonces en promover la existencia de regulaciones que respeten los citados estándares, y de políticas y prácticas de implementación que permitan que el acceso a la información y el hábeas data resulten garantizados para todos los habitantes de la región.

#### **PLURALISMO, DIVERSIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

Pocas ideas generan mayor consenso en la región que aquella que afirma que la libertad de expresión es esencial para el adecuado funcionamiento de un régimen democrático. En este sentido se han pronunciado, en múltiples oportunidades, los jefes de Estado y de gobierno de las Américas,<sup>32</sup> la Asamblea

---

ilegales en la recolección de datos personales puede tener el efecto de evitar tales prácticas por esos organismos en el futuro”. Y más adelante: “Como lo indicó la Comisión, el recurso a la acción de hábeas data se ha tomado un instrumento fundamental para la investigación de violaciones de derechos humanos cometidas durante las dictaduras militares del pasado en el continente. Familiares de desaparecidos han llevado adelante acciones de hábeas data para obtener información vinculada al comportamiento del gobierno, para conocer el destino de los desaparecidos y para determinar responsabilidades. Esas acciones, por ende, constituyen un medio importante para garantizar el ‘derecho a la verdad’”.

<sup>32</sup> Véase la Declaración de Santiago. Segunda Cumbre de las Américas, 18-19 de abril de 1998, Santiago, Chile, en *Documentos Oficiales del Proceso de Cumbres de Miami a Santiago*, vol. I, Oficina de Seguimiento de Cumbres, Organización de los Estados Americanos; Plan de Acción. Segunda Cumbre de las Américas, 18-19 de abril de 1998, Santiago, Chile, en *Documentos Oficiales del Proceso de Cumbres de Miami a Santiago*, vol. I, Oficina de Seguimiento de Cumbres, Organización de los Estados Americanos. Plan de Acción. Tercera Cumbre

General de la OEA,<sup>33</sup> la CIDH, la Corte Interamericana y la Relatoría Especial. El razonamiento es simple: la democracia se fundamenta, entre otras cosas, en la existencia de un proceso libre de selección de preferencias colectivas que tiene como presupuesto un debate público abierto, vigoroso y desinhibido –para usar la famosa frase del juez Brennan–.<sup>34</sup> Es en este proceso deliberativo donde las personas pueden adoptar decisiones informadas sobre el futuro de la sociedad a la cual pertenecen. Por esta razón se prohíbe la censura: nadie puede excluir del debate público la circulación de ideas u opiniones de otros. Cada miembro de la sociedad tiene el poder de decidir cuáles de estas ideas o informaciones ameritan atención y cuáles deben ser descartadas. Este es justamente el alcance democrático de la libertad de expresión: que todos tengan la posibilidad de expresarse y de ser escuchados y que cada uno pueda conocer lo que otros tienen que decir.

La Corte Interamericana lo indicó así en una decisión reciente:

[El Tribunal ha establecido que es relevante que los medios de comunicación estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios. Dado que los medios de comunicación social son útiles para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, es indispensable que, inter alia, sea posible la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas. // Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones

---

de las Américas, 20-22 de abril del 2001, Quebec, Canadá, disponibles en: <[www.summit-americas.org](http://www.summit-americas.org)>.

33 Por ejemplo, las resoluciones 1932 (XXXIII-O/03), 2057 (XXXIV-O/04), 2121 (XXXV-O/05), 2149 (XXXV-O/05), 2237 (XXXVI-O/06), 2287 (XXXVII-O/07), 2288 (XXXVII-O/07), 2434 (XXXVIII-O/08) y 2418 (XXXVIII-O/08) de la Asamblea General de la OEA.

34 “El debate sobre temas públicos debe ser desinhibido, robusto, y abierto, y bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos y, a veces, desagradablemente cortantes, sobre funcionarios de gobierno y públicos.” *New York Times Co. vs Sullivan*, 376 U.S. 254, 270-271 (1964) [traducción libre del texto original en inglés].

en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo.<sup>35</sup>

Si lo anterior es cierto, hay un componente de la libertad de expresión con el cual estamos en deuda: las personas que integran los grupos sociales tradicionalmente marginados, discriminados o que se encuentran en estado de indefensión son sistemáticamente excluidas, por diversas razones, del debate público. Estos grupos no tienen canales institucionales o privados para ejercer de manera vigorosa y permanente su derecho a expresar públicamente sus ideas y opiniones o para informarse sobre los asuntos que los afectan. Este proceso de exclusión ha privado también a las sociedades de conocer los intereses, las necesidades y las propuestas de quienes no han tenido la oportunidad de acceder, en igualdad de condiciones, al debate democrático. El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio.

Se encuentran en esta circunstancia de invisibilización, por ejemplo, las mujeres madres cabeza de familia que viven en situación de pobreza (o extrema pobreza) y no tienen los medios para difundir sus necesidades e intereses o para conocer alternativas que les permitan afrontar la discriminación o la violencia que cotidianamente sufren. Mujeres que en muchos de nuestros países deben soportar los efectos de una cultura sexista alimentada, en no pocos casos, por el poderoso flujo masivo de informaciones y opiniones al cual ellas no pueden acceder; indígenas que no pueden comunicarse entre sí en su propia lengua ni conocer las discusiones, necesidades y propuestas de distintas comunidades ubicadas mas allá de las fronteras de su resguardo; afrodescendientes que viven en zonas marginales y deben soportar las consecuencias de culturas profundamente racistas sin poder incidir decisivamente en los debates que ayudarían a revertir los procesos de discriminación; comunidades rurales o barriales organizadas con el propósito de superar situaciones críticas de marginalidad social, que no pueden conocer alternativas exitosas de acción colectiva ni informar adecuadamente a la sociedad sobre sus necesidades y propuestas; jóvenes dispuestos a crear en libertad que no tienen canales de difusión de sus ideas y se ven obligados a renunciar tempranamente a sus sueños sin haber tenido la oportunidad de que otras personas pudieran conocer sus propuestas creativas; personas con serias desventajas físicas o psíquicas cuyas necesidades

35 Corte IDH. Asunto Belfort Istúriz y otros. Medidas provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de abril de 2010, considerandos 13-14. La fuente original se encuentra disponible en: <[www.corteidh.or.cr/docs/medidas/belford\\_se\\_01.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/belford_se_01.doc)>.



e intereses son sistemáticamente excluidos de la deliberación colectiva. En fin, millones de personas cuya libertad de expresión no se encuentra suficientemente asegurada, todo lo cual conduce a una falla fundamental en el proceso de deliberación democrática.<sup>36</sup>

Para afrontar el déficit de protección de la libertad de expresión de los grupos marginados y la insuficiente información de las sociedades, es necesario seguir trabajando en dos áreas diferentes. En primer lugar, es necesario insistir en la urgente necesidad de aplicar leyes antimonopólicas para evitar la concentración en la propiedad y el control de los medios de comunicación. En segundo término, es necesario lograr que la asignación de frecuencias y licencias de todo el espectro radioeléctrico, y en especial del nuevo dividendo digital, respete la obligación de inclusión que el marco jurídico interamericano impone a los Estados y fomente así, de manera decisiva, el pluralismo y la diversidad en el debate público. En efecto, tal y como lo indica el principio 12 de la Declaración de Principios, además de la aplicación efectiva de leyes antimonopólicas es necesario lograr que la distribución de los bienes y recursos que administra el Estado, decisivos para el pleno ejercicio de la libertad de expresión, se realice de conformidad con los valores y principios que subyacen a todo el marco jurídico interamericano, es decir, de conformidad con los principios de libertad, igualdad y no discriminación.<sup>37</sup>

36 En el mismo sentido puede consultarse la Declaración Conjunta de 2007 del relator especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y el relator especial de la OEA para la Libertad de Expresión y de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, en la cual se señala que “la diversidad en los medios es de fundamental importancia para la libre circulación de información e ideas en la sociedad, de modo de dar voz a todas las personas y satisfacer las necesidades de información y otros intereses de todos, tal como lo establecen las garantías internacionales del derecho a la libertad de expresión”. La misma Declaración sostiene que “la diversidad tiene una naturaleza compleja, que incluye diversidad del *outlet* (tipos de medios) y de la fuente (propiedad de los medios), como así también diversidad de contenido (*mediaoutput*)”. Finalmente, los cuatro relatores señalan que “la indebida concentración de la propiedad de los medios, directa o indirecta, como así también el control del gobierno sobre los medios, constituyen una amenaza a la diversidad de los medios, así como también otros riesgos, tales como la concentración del poder político en las manos de los propietarios y las elites gobernantes”.

37 Sobre la obligación de inclusión impuesta por el marco jurídico interamericano la CIDH ha establecido que: “De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. A continuación la Corte se referirá a los efectos derivados de la aludida obligación. // En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera

En este orden de ideas es preciso, entre otras cosas, que los Estados reconozcan y faciliten el acceso en condiciones de equidad de las propuestas comerciales, sociales y públicas de radio o televisión, no sólo al espectro radioeléctrico sino al nuevo dividendo digital. Es imprescindible que se remuevan todas las restricciones desproporcionadas o discriminatorias que impiden que los operadores de radio y televisión, en todas las modalidades, puedan cumplir cabalmente con la misión comercial, social o pública que tienen asignada. Es fundamental que los procesos de asignación de licencias o frecuencias sean abiertos, públicos y transparentes y se sometan a reglas claras y preestablecidas y a requisitos estrictamente necesarios, justos y equitativos. En este proceso es necesario garantizar que no se impongan barreras desproporcionadas o inequitativas de acceso a los medios y que se evite la asignación, el retiro o la no renovación de las frecuencias o licencias por razones discriminatorias o arbitrarias. Es esencial que todo el proceso de asignación y regulación esté orientado por un órgano técnico independiente del gobierno, que goce de autonomía frente a las presiones económicas o políticas, que sea respetuoso de todas las garantías del debido proceso y que se someta al control judicial.

Reglas como las anteriores permitirán proteger a los radios y canales comerciales de injerencias abusivas y les darán la seguridad de que, cualquiera sea su orientación, no serán objeto de decisiones arbitrarias. Este tipo de reglas

---

vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales. // Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. // En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana. // El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas". *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A, n° 18, párrs. 102-106.

promueve también la existencia de radios y canales de televisión públicos o estatales independientes de los gobiernos que estimulan de manera decisiva la circulación de ideas e informaciones que no suelen integrar la programación comercial, y de las radios o canales sin ánimo de lucro. Finalmente, regulaciones como las propuestas permitirán el reconocimiento y la promoción de medios de comunicación social que, como las radios y los canales comunitarios, cumplen un papel esencial en las democracias de nuestra región.<sup>38</sup> Se trata en estos casos de un marco normativo que promueva la vitalidad de la democracia atendiendo al hecho de que el proceso comunicativo no sólo debe satisfacer las necesidades de consumo de los habitantes (necesidades legítimas de entretenimiento, por ejemplo), sino las necesidades de información de todas las personas.

#### SIGLAS Y ACRÓNIMOS

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión Africana: Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Convención Americana: Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convenio Europeo: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

<sup>38</sup> En particular, sobre la protección de las radios comunitarias, en el Informe sobre la Libertad de Expresión en Guatemala, aprobado por la CIDH en el 2003, se señaló: “La Comisión y su Relatoría entienden que las radios comunitarias son positivas porque fomentan la cultura e historia de las comunidades, siempre que lo hagan en el marco legal. La Comisión recuerda que la entrega o renovación de licencias de radiodifusión debe estar sujeta a un procedimiento claro, justo y objetivo que tome en consideración la importancia de los medios de comunicación para que todos los sectores de la sociedad [...] participen informadamente en el proceso democrático. Particularmente, las radios comunitarias son de gran importancia para la promoción de la cultura nacional, el desarrollo y la educación de las distintas comunidades [...]. Por lo tanto, las subastas que contemplen criterios únicamente económicos o que otorguen concesiones sin una oportunidad equitativa para todos los sectores son incompatibles con la democracia y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”. CIDH, Informe Anual 2003, vol. III, cap. VII: La situación de la libertad de expresión en Guatemala, párr. 414. Véase también CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 3/09. 30 de diciembre de 2009. Disponible en: <[www.cidh.org/pdf%20files/Estandares%20para%20radiodifusion%20incluyente.pdf](http://www.cidh.org/pdf%20files/Estandares%20para%20radiodifusion%20incluyente.pdf)> .

Humanos y de las Libertades Fundamentales

Corte Interamericana: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Declaración de Principios: Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión

Declaración Americana: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

OEA: Organización de los Estados Americanos

ONU: Organización de las Naciones Unidas

OSCE: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa

Relatoría Especial: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión

Tribunal Europeo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos



## 13. Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina

*Rachel Sieder*

Los pueblos indígenas de América Latina se encuentran entre los sectores cuyos derechos han sido más sistemáticamente negados y violados. Al mismo tiempo, en los últimos veinte años, a través de innovaciones legales sin precedentes en el ámbito internacional, continental y nacional, se han convertido en sujetos colectivos de derechos. En términos legales ya no son reconocidos solamente como ciudadanos individuales, sino como colectivos específicos con derechos diferenciados respecto del resto de la ciudadanía. Sus derechos reconocidos a seguir viviendo de una forma distinta de la dominante implican, a la vez, ámbitos de gobierno autónomo y jurisdicción propia. En el plano internacional, estos derechos de autonomía se fundamentan en el principio de la libre determinación, principio de soberanía que subyace al sistema internacional.<sup>1</sup>

A diferencia de otras regiones en el mundo donde la aceptación del concepto de “indígena” ha sido mucho más problemática, la mayoría de los países en América Latina acepta la existencia de sus poblaciones originarias y poco a poco se ha ido incorporando el principio de que deben tener algún grado de autodeterminación interna dentro de los parámetros de los Estados naciones existentes (Stavenhagen, 2002). Aunque sigue habiendo mucha controversia sobre las implicaciones políticas, económicas y sociales de reconocer legalmente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la tendencia latinoamericana en las décadas de 1990 y 2000 ha sido seguir ordenamientos constitucionales más plurales que reflejen estos derechos. La combinación de varios factores, como los cambios en los órdenes constitucionales hacia un “constitucionalismo multicultural” o “plurinacional” (Assies y otros, 1999; Van Cott, 2000; Sieder, 2002; Sánchez Botero, 2010; Yrigoyen Fajardo, 2010), los avances en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas

<sup>1</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 3: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

(Rodríguez-Piñero, 2007; Anaya, 2009), la invocación de derechos individuales y colectivos por los movimientos indígenas (Yashar, 2005; Brysk, 2000; Speed, 2007) y las crecientes tendencias regionales de judicialización de los reclamos sociales (Sieder y otros, 2005; Rodríguez-Garavito y Santos, 2005; Rodríguez-Garavito y otros, 2006; Couso y otros, 2010) efectivamente ponen a América Latina a la vanguardia de los debates sobre la codificación y justiciabilidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La población indígena de América Latina es de aproximadamente cincuenta y dos millones de personas, un 11% de la población total de la región. En conjunto, hay más de cuatrocientos pueblos indígenas distintos que sobrevivieron desde la conquista. En algunos países, como la Argentina o Brasil, representan menos del 1% de la población total. En otros, como Bolivia o Guatemala, este porcentaje supera el 50%. México tiene la mayor población indígena en términos numéricos, 14% de su población total o más de quince millones de personas.

**Tabla 1.** Pueblos indígenas en América Latina, un estimado, 2005

País	% de la población
Bolivia	71,00
Guatemala	66,00
Perú	47,00
Ecuador	43,00
Belice	18,80
Honduras	15,01
México	14,00
Chile	8,00
El Salvador	7,01
Guyana	8,03
Panamá	5,98
Surinam	6,03
Nicaragua	5,01
Paraguay	3,01
Colombia	2,00
Venezuela	2,00
Costa Rica	0,99
Argentina	1,00
Trinidad y Tobago	1,12
Brasil	0,20
Uruguay	0,03
Total en América Latina	11,00

Fuente: BID, citado en Perafan y Moyer (2006).

Según todos los indicadores sociales, las poblaciones indígenas están entre los sectores más pobres y excluidos de la población latinoamericana. Como consecuencia del despojo histórico de sus tierras y la explotación esclavista de su mano de obra durante los pasados coloniales y republicanos, sufren una aguda marginación económica, social, política y cultural. Aunque sólo constituyen el 11% de la población de América Latina, del 40% de la población total que vive en situación de pobreza en la región un 20 a 25% son indígenas, quienes constituyen un porcentaje aún más alto dentro del 17% del total de la población latinoamericana que vive en extrema pobreza. Más de la mitad de los bolivianos y los guatemaltecos son pobres, pero casi tres cuartas partes de los ciudadanos indígenas de esos países pertenecen a esa categoría. En Ecuador, más del 80% de los indígenas vive en situación de pobreza, y en las áreas rurales del altiplano esta cifra se eleva al 90%. En Perú, más del 40% de las unidades familiares que viven en situación de pobreza son indígenas (UNDP, 2009).

Cuando desagregamos las estadísticas, los índices de exclusión son aún más altos para las mujeres y los niños indígenas. Los indígenas también son víctimas del racismo y la discriminación en la vida cotidiana y dentro de las instituciones del Estado, por ejemplo en escuelas, hospitales o juzgados. Estas dinámicas afectan especialmente al número creciente de indígenas que vive en las ciudades latinoamericanas (más de la mitad de los once millones que habitan el continente vive en zonas urbanas). Además, sufren de múltiples formas de violencia y hostigamiento, lo cual está directamente relacionado con patrones dominantes de desarrollo económico como la explotación acelerada de los recursos naturales (petróleo, minerales, madera y recursos biogenéticos), la construcción de carreteras y represas, la explotación agroindustrial y la colonización agrícola. Todas estas actividades tienen un impacto muy dañino en las formas de vida de los pueblos y, por ende, en sus posibilidades de sobrevivencia, particularmente en las tierras bajas.

En los últimos años, todas estas temáticas –la discriminación, el control sobre territorios y recursos naturales, y el acceso a los derechos sociales y económicos, por mencionar algunas– han sido objeto de procesos de judicialización en distintos países de América Latina. Como caso “fuerte” de codificación e invocación de derechos, y de judicialización de demandas ante los juzgados nacionales y regionales, la problemática de los pueblos indígenas puede contribuir mucho a un análisis del poder transformador del derecho. ¿La codificación de derechos y la judicialización de demandas pueden realmente beneficiar las condiciones para los pueblos indígenas y contribuir a la mejora de modelos de desarrollo más justos en América Latina? ¿Cómo debemos entender la judicialización de las demandas por los derechos indígenas? ¿Cuáles



son los factores que la favorecen o inhiben? ¿Y cuáles son los efectos de estos procesos a mediano plazo?

#### **LA TRANSFORMACIÓN NORMATIVA: EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL**

En general, América Latina es una región de “alta porosidad de las normas e instituciones de derechos humanos” (Rodríguez Piñero, 2007: 185). Esto se debe a una serie de factores históricos, como la sostenida circulación de ideas de ciudadanía y de derechos, y el papel que ha desempeñado el derecho en la conformación del Estado-nación y sus diversos imaginarios –algo que continúa en los procesos constituyentes recientes y sus secuelas, como en el caso de Bolivia (Goodale, 2008)–. También, factores como la fuerza y la transregionalización de los movimientos sociales latinoamericanos, específicamente los movimientos de derechos humanos (Sikkink, 2005).

Como veremos más adelante, el sistema interamericano de derechos humanos ha desempeñado un papel muy importante, siendo una de las Cortes más garantistas de derechos del mundo. Los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte sobre los derechos humanos constituyen un factor que influye –en mayor o menor grado– sobre la jurisprudencia y la cultura legal en los distintos países de la región. Comparada con otras regiones del mundo, América Latina ha encabezado el reconocimiento legal de los derechos indígenas, por lo menos en el plano de los cambios normativos.

El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo –el primer convenio internacional sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas– ha sido ratificado por la mayoría de los países latinoamericanos. Este reemplazó el Convenio 107 de la OIT, del año 1957, marcado por una clara ideología y sesgo integracionista, inclinación que se reflejó en las políticas de algunos países latinoamericanos hacia sus poblaciones indígenas, como México y Perú, entre las décadas de 1930 y 1970. La ratificación del Convenio 169 puede ser entendida como parte de la “cascada de normas” que se ha dado en el contexto de gobiernos transicionales y postransicionales, cuando se ratificaron varios instrumentos internacionales de derechos humanos (Finnemore y Sikkink, 1998). También fue una reacción ante la creciente movilización indígena en el continente (Bengoa, 2008; Stavenhagen, 2002).

El Convenio 169 establece la obligación de los Estados de promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que viven dentro de sus territorios, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. Entre sus cláusulas

más importantes están las que establecen que los pueblos indígenas tienen un derecho de decisión respecto de los procesos de desarrollo que los afecten<sup>2</sup> y garantías sobre su derecho a ser previamente consultados sobre tales procesos.<sup>3</sup> Aunque existen diferencias sustantivas entre ellas, las reformas constitucionales multiculturales de los años noventa fueron muy influidas por el Convenio 169 (Van Cott, 2000; Yrigoyen Fajardo, 2010). Esta primera fase de reformas constitucionales ha sido interpretada por algunos autores como un intento de rescate de legitimidad por parte de los gobiernos y una forma de ampliar derechos en general (Van Cott, 2000). Otros lo ven como una nueva manera de regulación que refleja formas contemporáneas de gobernanza neoliberal (Hale, 2004; Hernández y otros, 2004).

Ciertamente, esas medidas dieron lugar a una ola de reformas calificadas por muchos como “neoindigenistas” a lo largo del continente, apoyadas por las agencias multilaterales de desarrollo, particularmente el BID y el Banco Mundial (Plant, 2002; Davis, 2002; Andolina y otros, 2010). En algunos países las reformas y programas abrieron importantes espacios para profesionales indígenas en la elaboración y aplicación de las políticas públicas, creando incluso nuevas instituciones como el Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Afroecuatorianos del Ecuador (PRODEPINE) (Andolina y otros, 2010). Sin embargo, la primera ola de reformas no respondió plenamente a las demandas de los pueblos indígenas.

2 El artículo 7 del convenio establece que: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos directamente”.

3 El artículo 15 señala que: “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Los límites de los cambios constitucionales y/o la falta de compromiso gubernamental para garantizar los derechos indígenas en la práctica han generado varios tipos de respuestas. En algunos países, como México, Guatemala y Colombia, los pueblos indígenas organizados dejaron de enfocar sus esfuerzos en conseguir cambios legislativos y priorizaron el fortalecimiento de las autonomías “de hecho”. También han invocado el derecho internacional y constitucional en casos de movilización legal y política (por ejemplo, al presentar reclamos ante la OIT o la CIDH) (Sieder, 2007; Fulmer y otros, 2008; Sierra, Hernández y Sieder, en prensa; Padilla, 2009). La judicialización de los derechos indígenas y los avances en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia durante los años noventa fue tal vez el caso más analizado de todo el continente (Rodríguez Garavito y Arenas, 2005; Sánchez Botero, 2010). En otros contextos, como sabemos, se dio un segundo proceso de nuevas reformas mediante asambleas constituyentes, lo que ha llevado a la aprobación de nuevas Constituciones “plurinacionales” (Ecuador 2008; Bolivia 2009). Estas, en vez de extender el reconocimiento del Estado a los pueblos indígenas, tratan de rediseñar el Estado en su conjunto, sobre la base de la pluralidad cultural, con el fin explícito de “descolonizarlo”.

Por limitados que hayan sido los resultados de la primera ola de reformas multiculturales, estos cambios constitucionales transformaron los derechos de los pueblos indígenas en derechos potencialmente justiciables. Sin embargo, la posibilidad de presentar acciones de inconstitucionalidad en defensa de los derechos colectivos depende de muchos factores particulares de cada país, desde las formulaciones de los derechos especificados en su orden constitucional hasta la accesibilidad para presentar un recurso (los contrastes entre, por ejemplo, la acción de tutela en Colombia y el amparo en México son notables) (Cepeda, 2005; Domingo, 2005) o las estructuras de apoyo para la movilización legal existentes en cada contexto (Epp, 1998).

Con respecto al Convenio 169, el estatus de los convenios internacionales de DDHH ratificados también varía de país en país. En algunos, la validación lo convierte automáticamente en parte del bloque de normas constitucionales (Argentina); en otros se ha argumentado que los convenios internacionales están subordinados al orden constitucional. En la mayoría de los países no se ha aprobado legislación secundaria alguna para reglamentar los compromisos adquiridos en el Convenio 169. Un ejemplo muy contencioso es el tema de la consulta previa: ¿cómo se define una consulta previa informada y de buena fe? Se han dado largas y amargas batallas jurídicas sobre este tema en varios países, como en Colombia con el muy conocido caso de los U'wa (Rodríguez Garavito y Arenas, 2005), o en Guatemala sobre la minería (Fulmer y otros, 2008; Sieder, 2007), que han generado una jurisprudencia importante y un debate muy álgido sobre cómo convertir los compromisos adquiridos

con la ratificación del Convenio 169 en realidades concretas.<sup>4</sup> A lo largo del continente los movimientos indígenas se han capacitado sobre el Convenio 169, con un sinnúmero de talleres y publicaciones apoyados por ONG locales y por la cooperación internacional, para saber cómo apelar a las normas del convenio y hacerlas accionables en la práctica. En este sentido, el Convenio 169 adquirió un estatus casi talismánico para los movimientos en las décadas de 1990 y 2000.

En el mismo período, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló una jurisprudencia importante sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas y sobre las obligaciones de los Estados miembros del sistema interamericano en ese sentido (Morris y otros, 2009). La relevancia del sistema interamericano en esta materia se debe a la larga trayectoria de interacción entre las organizaciones civiles y de derechos humanos y los órganos del sistema interamericano. Son varios los casos que han sentado importantes precedentes. Tal vez el más conocido sea el de la comunidad de Awas Tingni vs el Estado de Nicaragua. La sentencia de la Corte Interamericana de agosto de 2001 desarrolló una “interpretación evolutiva” del artículo 21 de la Convención Americana, que consagraba el derecho de propiedad, para amparar el derecho de la propiedad comunal de los pueblos indígenas basado en sus propias formas de derecho (Anaya y Crider, 1996; Rodríguez Piñero, 2007). Los avances en la jurisprudencia interamericana han revolucionado las bases de la defensa de los derechos indígenas en América Latina. Sin embargo, las decisiones de la Corte, aunque hayan sentado precedentes jurídicos importantes, no han sido acatadas en la práctica por los gobiernos en la mayoría de los casos.

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la ONU en septiembre de 2007, está apenas empezando a ser abordada en la jurisprudencia nacional y regional. Esta declaración es el instrumento más completo e integrado sobre los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y sobre las obligaciones que significan para los Estados firmantes. Algunas preguntas a futuro son: ¿cómo va a operar esa “interpretación evolutiva” de la Corte Interamericana frente a la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas? ¿Cómo va a impactar la Declaración sobre las estrategias judiciales y políticas de los movimientos indígenas? ¿Qué impacto va a tener en las respectivas jurisprudencias y culturas jurídicas de cada país? En comparación con el 169 de la OIT, ¿qué trae de nuevo la Declaración?

4 Para una compilación de casos de consulta previa en América Latina, véase Carvajal y otros, 2009.

## 1) LA AUTODETERMINACIÓN

La Declaración, en su artículo 3, afirma que “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. El reconocimiento del derecho de libre determinación es, efectivamente, la base para el reconocimiento constitucional de la autonomía de los pueblos indígenas. También constituye un reconocimiento de que la consecuencia de no haber tenido ese derecho de autodeterminación en el pasado se tradujo en la negación sistemática de sus derechos humanos.

El artículo 4 de la Declaración vincula la autonomía directamente con el derecho de autodeterminación: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”. Esto supone medidas eficaces para permitir un cierto grado de autonomía para los pueblos indígenas que se basen en formas de gobierno que ellos mismos decidan, e implica que en sus territorios autónomos tienen facultades legislativas y jurisdiccionales.

## 2) LA PARTICIPACIÓN SEGÚN NORMAS DEL DERECHO PROPIO

El artículo 18 de la Declaración señala que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”. En otras palabras, la participación de los pueblos indígenas no puede ser por medio de procedimientos impuestos o diseñados por terceros que no estén de acuerdo con sus normas, prácticas, configuraciones de autoridades, etc.

## 3) CONSULTAS DE BUENA FE, CON LA FIGURA DE “CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO”

En vez de la figura de la “consulta previa” del Convenio 169, la Declaración establece la figura de “consentimiento libre, previo e informado”, una figura jurídica potencialmente mucho más fuerte. En su artículo 19 dice: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. Uno de los puntos más controversiales del Convenio 169 es que aunque este garantice el derecho a la con-

sulta, no garantiza que sus resultados sean tomados en cuenta. En contraste, la Declaración efectivamente reglamenta un derecho potencial de veto por parte de los pueblos indígenas y resalta la necesidad de llegar a un consenso entre las partes.

#### 4) DERECHOS A LA TIERRA

Mientras el Convenio 169 reconoce la propiedad de las tierras tradicionales de ocupación o uso de los pueblos indígenas, la Declaración contiene una formulación mucho más clara. En su artículo 26 señala: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”. Obviamente las definiciones legales de “posesión tradicional” o “forma tradicional de ocupación o utilización” quedan por definirse.

#### 5) DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

De forma novedosa, la Declaración reconoce derechos de propiedad intelectual por parte de los pueblos indígenas en relación con sus “otros saberes”. En su artículo 31 señala: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales. 2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos”. Estas provisiones tienen grandes implicaciones para la negociación de contratos y en los marcos legales de integración económica.

## 6) DERECHOS AL DESARROLLO

La Declaración refleja un derecho emergente de los pueblos indígenas a decidir sus propias formas de desarrollo. El artículo 32 señala que “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. Su consentimiento previo, libre e informado tiene que existir antes de iniciar cualquier proyecto que afecte sus territorios o recursos (art. 2. “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”). Asimismo, los impactos del desarrollo económico en los pueblos indígenas tienen que ser mitigados o reparados (art.3. “Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”).

La manera en que la Declaración afecte la política judicial y las políticas económicas en los países de América Latina dependerá, en gran medida, de las estrategias de los movimientos indígenas y de sus aliados, por un lado, y de la estructura de las oportunidades legales nacionales y supranacionales que se presenten, por el otro. El papel del Relator Especial de la ONU para los Pueblos Indígenas es relevante en ese sentido, pues ha publicado una serie de informes muy importantes sobre países de América Latina, todos con recomendaciones para las políticas públicas de las respectivas naciones. Asimismo, ha hecho importantes declaraciones sobre la reglamentación y garantía de la consulta previa, e hizo referencia a la Declaración desde antes de que fuera aprobada por la Asamblea General de la ONU.

En el año 2003, el entonces relator Rodolfo Stavenhagen manifestó en un informe que “en relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas”, y adujo que este, junto al “derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos” (citado en Morris y otros, 2009: 15).

El relator actual, James Anaya, también ha hecho recomendaciones muy específicas a los gobiernos sobre la consulta. Por ejemplo, en una visita a Ecuador en mayo de 2008 recomendó la inclusión de la plurinacionalidad y del consentimiento informado previo en el texto de la nueva Constitución. Durante su tiempo como relator, Stavenhagen señaló la “brecha de la implementación” entre las normas y la jurisprudencia existentes y las políticas de los gobiernos hacia sus poblaciones indígenas.

Al igual que su predecesor, Anaya ha elaborado informes muy críticos sobre la situación de los derechos indígenas en distintos países latinoamericanos, que señalan la falta de acción de los gobiernos en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Estos informes se han convertido en recursos importantes para los pueblos indígenas organizados alrededor de luchas políticas destinadas a garantizar sus derechos colectivos. De igual manera, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha empezado a reflejar los contenidos de la Declaración con respecto a la consulta previa. En el caso *Saramaka vs Suriname*, resuelto en noviembre de 2007, la Corte estipuló que “el Estado sí tiene el deber de no adoptar la medida sin el consentimiento de comunidad”. Como señalan Morris y otros (2009: 19), “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una de las fuentes de derecho internacional más garantistas en materia de consulta previa. En general, las sentencias de la Corte tienden a determinar con alto nivel de detalle los casos en los cuales debe realizarse la consulta; establecen en algunos casos la necesidad de ir más allá de la mera consulta, destacando la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado”.

**POR QUÉ EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS DEBE SER UN CAMPO PRIORITARIO PARA LOS ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS Y POLÍTICOS**

Primero: debemos seguir profundizando en los estudios sobre los derechos indígenas en América Latina, y específicamente sobre los casos de judicialización de dichas garantías en los distintos países de la región y sus efectos concretos (tanto los directos alrededor de los litigios como los indirectos y simbólicos que se producen por tales acciones). Los casos de judicialización de los derechos indígenas ofrecen un ejemplo por excelencia de las dinámicas sociolegales y políticas a niveles subnacionales, nacionales, regionales e internacionales. Entonces, pueden revelarnos cómo funcionan los procesos de globalización legal y el activismo transnacional de los derechos,<sup>5</sup> y también cómo varían según el país, la temática específica de derechos, el tipo de movimientos indígenas y las redes de apoyo para las acciones legales existentes.

La transnacionalización de redes epistémicas de los pueblos indígenas ya ha sido analizada (Santamaría, 2008; Brysk, 2000), pero un enfoque desde lo sociojurídico, siguiendo conceptos normativos como “la consulta previa” o “la consulta previa, libre e informada” a través de etnografías multisituadas (Mar-

<sup>5</sup> Véanse también Goodale y Merry (2007); Santos y Rodríguez Garavito (2005).



cus, 2001), sería una importante contribución al análisis de la judicialización en América Latina. De hecho, la relación entre la “estructura de oportunidades legales” nacionales e internacionales es un elemento clave para entender cómo funcionan los procesos actuales de judicialización de los reclamos de derechos (Sikkink, 2005). En resumen, el estudio de la judicialización de los derechos indígenas –que podemos entender como un caso de fuerte transnacionalización judicial– puede arrojar mucha luz sobre cómo funciona este tipo de procesos en el terreno.

Como he señalado anteriormente, en el campo de los derechos indígenas existe una sinergia compleja entre los instrumentos y la jurisprudencia nacional, regional e internacional, y los procesos de movilización legal y política nacional y subnacional. Apenas estamos empezando a analizar estas dinámicas de forma más sistemática y comparativa y, sin duda, la relación entre estos distintos niveles y espacios legales –y los resultados de la judicialización de los reclamos– es algo que tenemos que considerar y teorizar mucho más. La teorización desde la experiencia latinoamericana no sólo puede dar un aporte con relación al avance de los derechos indígenas en la región (al ayudar a desarrollar estrategias de incidencia más eficaces), sino también contribuir a la lucha por los derechos indígenas en el mundo.

Segundo: debido a la indivisibilidad y naturaleza colectiva de los derechos indígenas, su reconocimiento o garantía implica no sólo un cuestionamiento a la marginación histórica de los pueblos indígenas y un desafío a la discriminación a que están sujetos, sino que también cuestiona todo el modelo dominante de desarrollo económico. Los avances en las normas internacionales reafirman cada vez más los derechos de participar en la toma de decisiones sobre las iniciativas de desarrollo que los afectan. También dejan clara la naturaleza “poswestfaliana” de las dinámicas de desarrollo económico y apuntan hacia la necesidad de remedios alternativos que van más allá de los territorios nacionales, como lo señala César Rodríguez en este libro.

Obviamente, para garantizar la plenitud de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, no serán suficientes las acciones ante los tribunales nacionales. En los próximos años habrá que analizar la manera en que las nuevas normas y los procesos de movilización social y legal afectan, o no, los modelos de desarrollo socioeconómico y cómo pueden incidir sobre ellos.

Tercero: examinar los avances y retrocesos de la judicialización de los derechos indígenas nos ofrece un campo de estudios políticos comparados muy rico. ¿Cómo se explican las diferencias entre los “*front runners*” (Colombia) y los países donde la lucha por el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas ha sido mucho más problematizada (como, por ejemplo, el caso de Chile)? ¿Cuáles son las dinámicas entre las reformas constitucionales, los cambios en las políticas públicas en determinados países,

los avances en la normatividad internacional y las actividades de la comunidad epistémica transnacional que trabaja en pro de los derechos indígenas? Al precisar cómo funciona la incorporación de las normas internacionales en este campo de derechos en contextos específicos, podremos iluminar otros escenarios de incorporación de derechos internacionales. Todo esto obviamente implica un análisis de las especificidades locales de cada país en términos de sus instituciones, su orden constitucional, sus procesos políticos, etc.

Cuarto: los debates sobre el contenido de las autonomías indígenas en América Latina ofrecen una ventana para descolonizar el análisis del derecho. Nos obligan a entender y analizar las categorías, normas, prácticas, autoridades y lógicas culturales de los sistemas de derecho de los pueblos indígenas. Es un desafío claro al centralismo y el formalismo que tradicionalmente han dominado el campo del análisis sociojurídico. La existencia de Estados plurinacionales presupone que dentro del mismo Estado coexistan distintas formas de entender el derecho. El reto político actual es cómo construir ese Estado de derecho plurinacional. Es decir, una cosa son los avances normativos en el orden constitucional, pero avanzar hacia la construcción de sistemas legales donde el derecho indígena tenga igual valor que el derecho históricamente dominante es un reto aún más grande. Es todo un desafío el que estos procesos realmente den cuenta de la profunda negación histórica del derecho de los pueblos indígenas y a la vez privilegien la autonomía de los sistemas de derecho y gobierno indígenas en contextos de interlegalidad (Santos, 1998). En ese sentido, una tarea pendiente es analizar los cambios en las culturas legales en el continente. ¿Cómo reaccionan los jueces y abogados ante estos desafíos? ¿Vamos hacia culturas jurídicas internas más abiertas al pluralismo en los distintos países de la región? ¿Cuál ha sido el impacto de los cambios constitucionales en los operadores de justicia?

Quinto: un elemento de suma importancia es la contribución emergente del pensamiento indígena al constitucionalismo latinoamericano y a una nueva teoría constitucional más pluralista y diversa. Por ejemplo, el concepto de “buen vivir”, que está incluido en las nuevas Constituciones ecuatoriana y boliviana; la inclusión de nuevos sujetos de derechos colectivos, como la naturaleza dentro de la Constitución ecuatoriana, o la combinación de derechos individuales y colectivos que se da en las nuevas Constituciones “plurinacionales”, como las fórmulas que buscan garantizar los derechos de género dentro de los derechos de autonomía de los pueblos indígenas.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano hace especial hincapié no sólo en los derechos sino también en la diversidad cultural, la pluralidad y la necesidad de debates y negociaciones interculturales. En ese sentido, apunta a una praxis política muy novedosa. ¿Cómo puede armonizarse una pluralidad de sistemas de autoridad, o de distintas visiones epistemológicas, en un siste-

ma político-legal unitario? El reto de la pluralidad implica diálogos entre el elenco de conceptos legales heredados, tanto liberales como bolivarianos, y las epistemologías indígenas en el orden constitucional latinoamericano.

Los recientes procesos boliviano y ecuatoriano representan un primer intento por descolonizar el constitucionalismo latinoamericano, haciendo que reflexione conceptualmente sobre la diversidad cultural y el pluralismo de la región. La larga historia de trasplantes legales del norte al sur está siendo desafiada por este tipo de cambios, pero más que binomios norte/sur lo que vemos son nuevas formas híbridas de constitucionalismo que incorporan (o crean) conceptos autóctonos, al mismo tiempo que se basan en conceptos más tradicionales del derecho liberal, como la separación de poderes o el uso de universales como el concepto de “derechos”. Estos híbridos contienen la promesa de ahondar y enraizar las prácticas democráticas (por ejemplo, al profundizar en sus aspectos participativos). También representan una crítica al saber jurídico dominante monocultural, racista y exclusivo y un compromiso –aunque sea todavía al nivel discursivo– de valorar las epistemologías o los “saberes” distintos que históricamente han sido negados, discriminados y desvalorizados.

#### **REFLEXIONES FINALES**

Un renovado esfuerzo por analizar el derecho en América Latina no debe ni puede dejar por fuera los derechos indígenas. Una de las especificidades y fortalezas de la región es la sobrevivencia y pervivencia de los pueblos indígenas. Ahora bien, la reflexión sobre la manera en que los derechos de estos pueblos están siendo accionados puede ofrecernos pistas y claves para analizar los procesos de judicialización en la región. Asimismo, también nos ayudará a evaluar los costos y beneficios de las estrategias de judicialización para los sectores más excluidos y discriminados de la sociedad.

Los movimientos organizados de los pueblos indígenas y las transformaciones constitucionales y legales que resultaron de sus esfuerzos han cuestionado profundamente el discurso igualitario del liberalismo clásico, tan central en la constitución misma de los Estados. Sin embargo, los movimientos y pueblos indígenas no rechazan los derechos liberales o los derechos humanos sino que cuestionan la manera en que el liberalismo hegemónico ha favorecido a algunos sectores y excluido a otros. Las perspectivas para combinar una visión y práctica de derechos individuales con los derechos colectivos de los pueblos, basados en identidades colectivas, son realmente una contribución de América Latina a los debates sobre los derechos y la cultura en el mundo. En un

contexto global donde, a riesgo de simplificar demasiado, muchas veces se colocan “los derechos” por un lado y “la cultura” o “los colectivos culturales/tradicionales” por el otro, la experiencia reciente de América Latina nos demuestra que estos binomios no son tan útiles y no reflejan la complejidad y el dinamismo de la realidad social.

En realidad, pensar que los jueces por sí mismos van a garantizar los derechos, y en particular los derechos de los pueblos indígenas, es simplemente soñar. En la gran mayoría de los países de América Latina los jueces no están comprometidos plenamente con los derechos colectivos y lo más común es que los cuestionen. Aunque se han registrado avances muy importantes (como la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia en los años noventa), el ambiente político y económico actual no favorece las perspectivas para una revolución en pro de los derechos en general desde el poder judicial. En Ecuador y Bolivia, las nuevas Constituciones son una garantía importantísima para los pueblos indígenas. Sin embargo, en estos países los derechos indígenas se insertan en proyectos más amplios de cuestionamiento del modelo económico de desarrollo dominante, y sus impulsores no han sido los jueces sino los Poderes Ejecutivo y Legislativo en respuesta a las demandas de los movimientos indígenas.

La marginación, la pobreza, la discriminación y la violencia que aquejan a los pueblos indígenas no se resolverán con el derecho. No hay que sobredimensionar los instrumentos y procesos legales, ni mucho menos transformarlos en fetiches. Los procesos de reforma constitucional deben entenderse como intentos de construir el Estado, la autoridad y la legitimidad política, pero claramente no garantizan que se cumplirán las normas en la práctica. La judicialización de las demandas sociales sólo puede ser un elemento en la lucha por el reconocimiento y la garantía de los derechos. Aun cuando se gane un caso de litigio estratégico, no necesariamente se garantizará que las políticas públicas o acciones de los actores privados realmente cambien de forma sustantiva. Aquí, el viejo adagio “obedezco pero no cumplo” parece seguir siendo la estrategia de la mayoría de los gobiernos latinoamericanos. Sin embargo, los instrumentos nacionales, regionales e internacionales han sido producto, en parte, de las largas luchas de los pueblos indígenas organizados por el reconocimiento y por su derecho a una vida digna. A la vez, estos procesos de cambio normativo han producido un cierto sesgo jurídico en sus estrategias políticas o por lo menos en sus formas de negociar con la sociedad dominante. Sin embargo, las estrategias de movilización legal son sólo una parte o dimensión de la movilización política y no hay que perder de vista el contexto más amplio en que se desarrollan.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anaya, S. James (2009), *International Human Rights and Indigenous Peoples*, Nueva York, Aspen.
- (2004), *Indigenous Peoples in International Law*, Nueva York, Oxford University Press (2ª ed.). [Ed. cast.: *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*, Madrid, Trotta, 2005.]
- y Crider, Todd (1996), “Indigenous Peoples, the Environment, and Commercial Forestry in Developing Countries: The Case of Awas Tingni, Nicaragua”, en *Human Rights Quarterly*, 18: 345.
- Andolina, Robert; Laurie, Nina y Radcliffe, Sarah A. (2010), *Indigenous Development in the Andes*, Durham NC, Duke University Press.
- Assies, Willem; Van der Haar, Gemma y Hoekema, Andre (comps.) (1999), *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado*, Zamora, Colegio de Michoacán.
- Bengoa, José (2008), *La emergencia indígena en América Latina*, Santiago de Chile, Siglo XXI.
- Brysk, Alison (2000), *From Tribal Village to Global Village: Indian Rights and International Relations in Latin America*, Stanford CA, Stanford University Press.
- Carvajal, Adolfo y otros (2009), *Consulta previa. Experiencias y aprendizajes*, ICAH/ANH, Bogotá.
- Cepeda, Manuel José (2005), “The Judicialization of Politics in Colombia. The Old and the New”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (comps.) (2005), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York Palgrave. [Ed. cast.: *La judicialización de la política en América Latina*, CIESAS/ Universidad Externado de Colombia, México y Bogotá, 2010.]
- Couso, Javier; Huneeus, Alex y Sieder, Rachel (comps.) (2010), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Davis, Shelton (2002), “Indigenous Peoples, Poverty and Participatory Development: The Experience of the World Bank in Latin America”, en Rachel Sieder, *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Nueva York, Palgrave.

- Domingo, Pilar (2005), “Judicialization of Politics. The Changing Role of the Judiciary in Mexico”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (comps.) (2005), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave.
- Epp, Charles. R. (1998), *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press.
- Finnemore, Martha y Sikkink, Kathryn (1998), “International Norm Dynamics and Political Change”, en *International Organization*, 52, n° 4.
- Fulmer, Amanda; Godoy, Angelina y Neff, Philip (2008), “Rights, Resistance, and the Law: Lessons from a Guatemalan Mine”, en *Latin American Politics and Society*, vol. 50, n° 4.
- Goodale, Mark (2008), *Dilemmas of Modernity: Bolivian Encounters with Law and Liberalism*, Stanford, Stanford University Press
- y Sally Merry (comps.) (2007), *The Practice of Human Rights: Tracking Law Between the Global and the Local*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Hale, Charles (2004), “Rethinking Indigenous Politics in the Era of the ‘Indio Permitido’”, en *NACLA Report on the Americas*, 38, 2.
- Hernández, Aída; Sierra, María Teresa y Paz, Sarela (comps.) (2004), *El Estado y los indígenas en tiempos del PAN: neoindigenismo, legalidad e identidad*, México, CIESAS/Porrúa.
- Marcus, George E. (2001), “Etnografía en/del sistema mundial. El surgimiento de la antropología multilocal”, en *Alteridades*, 11 (22): 111-127.
- Morris, Meghan; Rodríguez Garavito, César; Orduz Salinas, Natalia y Buriticá, Paula (2009), *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Universidad de los Andes.
- Padilla, Guillermo (2009), “Ingovernabilidad nacional y gobierno local. El caso de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, Colombia”, ponencia inédita.

Perafan, Carlos y Moyer, Dianna (2006), "The Indigenous Challenge", en *World Energy Book*, n° 2, The World Energy Council, <www.petroleum-economist.com/web/pdf/section3\_LAC.pdf>.

Plant, Roger (2002), "Latin America's Multiculturalism. Economic and Agrarian Dimensions", en Rachel Sieder, *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Nueva York, Palgrave.

Rodríguez Garavito, César y Arenas, Luis Carlos (2005), "Indigenous Rights, Transnational Activism, and Legal Mobilization. The Struggle of the U'wa People in Colombia", en César Rodríguez Garavito y Boaventura de Sousa Santos (comps.) (2005), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Nueva York, Cambridge University Press.

— y Santos, Boaventura de Sousa (comps.) (2005), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Nueva York, Cambridge University Press. [Ed. cast.: *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos, 2007.]

— García Villegas, Mauricio y Uprimny Yepes, Rodrigo (2006), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma.

Rodríguez Piñero, Luis (2007), "La internacionalización de los derechos indígenas en América Latina: ¿el fin de un ciclo?", en Salvador Martí I. Puig (comp.), *Pueblos indígenas y política en América Latina*, Barcelona, CIDOB.

Sánchez Botero, Esther (2010), *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*, Bogotá, UNIJUS (3ª ed.).

Santamaría, Ángela (2008), *Redes transnacionales y emergencia de la diplomacia indígena. Un estudio del caso colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario.

Santos, Boaventura de Sousa (1998), *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, trad. César Rodríguez.

Sieder, Rachel (comp.) (2002), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Nueva York, Palgrave.

- Schjolden, Line y Angell, Alan (comps.) (2005), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave.
- (2007), “The Judiciary and Indigenous Rights in Guatemala”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5 (2): 211-241.
- Sierra, María Teresa; Aída Hernández Castillo y Rachel Sieder (comps.) (en prensa), *Globalización, justicia y derechos indígenas desde una perspectiva de género y poder: Una propuesta comparativa*, México, CIESAS.
- Sikkink, Kathryn (2005), “The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (comps.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave.
- Speed, Shannon (2007), *Rights in Rebellion: Indigenous Struggle and Human Rights in Chiapas*, Stanford, Stanford University Press.
- Stavenhagen, Rodolfo (2002), “Indigenous People and the State in Latin America. An Ongoing Debate”, en Rachel Sieder, *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Nueva York, Palgrave.
- United Nations Development Program (UNDP) (2009), *The State of the World’s Indigenous Peoples*, United Nations.
- Van Cott, Donna Lee (2000), *The Friendly Liquidation of the Past*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.
- Yashar, Deborah (2005), *Contesting Citizenship in Latin America: The Rise of Indigenous Movements and the Postliberal Challenge*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (2010), “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en este volumen.





## 14. Derecho social, medio ambiente y desarrollo. Reflexiones en torno a un caso exitoso

*Ronaldo Porto Macedo Júnior*<sup>1</sup>

Situación I: “El Ministerio Público obligó a la Secretaría de Educación a disponer cupos en escuelas para los niños que viven en los manantiales, pero nosotros no podemos construir escuelas” (FELDMAN, 1996).

Situación II: En la portada de la edición de noviembre de 1998 de la prestigiosa revista *The Economist* encontramos este titular: “When lawsuits make policy” (cuando las demandas judiciales hacen políticas). El editorial señala que es curiosa la hipocresía norteamericana, dado que ningún país del mundo ha sido tan severo con los fumadores y al mismo tiempo tan condescendiente con los fabricantes de armas. Después de haber perdido diversas batallas políticas (en el Congreso) para limitar el consumo de tabaco, la política pública con relación al sector parece estar modificándose a raíz de las acciones judiciales propuestas por los dieciocho Procuradores Generales de diversos estados norteamericanos, que ahora llegaron a un acuerdo en lo referente al pago de 206 billones de dólares durante los próximos veinticinco años. El artículo sostiene que el uso de acciones judiciales como medio para presionar a los productores tabacaleros deviene un mecanismo no transparente y no democrático para la elaboración de políticas de gobierno: “Legislation will be replaced by litigation, deliberation by legal threats”. (Las leyes serán sustituidas por demandas, la deliberación, por amenazas.)

Situación III: “El Ministerio Público de Toritama decidió no aplicar rígidamente la legislación ambiental que no estaba siendo respetada por las lavanderías (así como la legislación de seguri-

<sup>1</sup> Agradezco la ayuda de la investigadora Rita Hamu Mattar en la revisión del texto.

dad del trabajo, medio ambiente del trabajo y laboral), optando por implementación de la ley en forma gradual y selectiva. En vez de crear una fuerza-tarea para que las empresas se adecuaran simultáneamente a todas las legislaciones –ambiental, laboral y tributaria–, en muchos casos los fiscales optaron por “hacer la vista gorda” ante algunas infracciones, y los funcionarios encargados de aplicar los programas sólo se ocuparon de los problemas que los propios empresarios consideraban un importante obstáculo al crecimiento económico del sector. La cooperación entre el sector público y las asociaciones empresariales fue determinante. Las asociaciones empresariales tuvieron un papel positivo, ya sea para la fiscalización directa de las empresas junto a los fiscales (de medio ambiente en el caso de Toritama), o bien en la negociación con fiscales de la ley y agentes de desarrollo en cuanto a los plazos y exigencias para adecuarse a la ley. Las asociaciones empresariales se fortalecieron a lo largo de este proceso, pues los productores locales comenzaron a percibir el beneficio de negociar en grupo y no individualmente, y la actuación del sector público involucró a varios organismos” (ALMEIDA, 2008).

La implementación (*enforcement*) de los nuevos derechos sociales repercute fuertemente en las políticas públicas y las estrategias de desarrollo. ¿Qué papel deben desempeñar la Acción Civil Pública y los Términos de Ajuste de Conducta (TAC) en el *enforcement* de políticas públicas? ¿Cómo puede contribuir la aplicación y efectivización de los derechos sociales al desarrollo? ¿Cuáles son las formas de aplicación del derecho adecuadas a la racionalidad del derecho social? El uso de la acción civil pública como instrumento para la imposición o implementación de políticas públicas es una de las cuestiones más interesantes y tormentosas relacionadas con la tutela de los intereses difusos y colectivos. ¿Cuándo puede el Poder Judicial determinar *tout court* que el Estado implemente políticas públicas? ¿Cómo y cuánto puede (si es que puede) una sentencia judicial determinar la realización de una obra o política pública para asegurar el derecho difuso o colectivo? ¿Cómo evaluar la eficacia de una estrategia de resolución de conflictos con la aplicación del derecho solamente a través de la imposición de la norma por parte del poder estatal? ¿Hasta dónde puede una orden judicial “invadir” el ámbito de la discrecionalidad de los actos políticos de gobierno? El presente artículo busca dar algunas respuestas provisionales a algunas cuestiones presupuestas en estas innumerables preguntas.

Una parte significativa de la bibliografía moderna sobre el derecho constitucional ha enfatizado la importancia de los principios constitucionales con

relación a instrumentos relevantes para la aplicación del derecho. En esta tendencia observamos un verdadero torrente de nuevos trabajos jurídicos sobre los principios jurídicos y su incidencia en el derecho constitucional, el derecho privado, el derecho tributario, el derecho administrativo, etc. ¿Habría alguna vinculación esencial entre aumentar la importancia de los principios en la teoría y en la práctica jurídica (que ha llevado muchas veces a presenciar una “farra principiología”)<sup>2</sup> y el fortalecimiento de la tutela de los intereses colectivos? En este artículo procuraré argumentar que existe una afinidad electiva esencial entre la ampliación del uso de los principios generales del derecho, la tutela colectiva de los intereses transindividuales y el advenimiento del derecho social. Para este fin desarrollaré preliminarmente una presentación general y teórica del concepto de “derecho social”. En una segunda parte presentaré y analizaré un caso concreto (Toritama – Lavanderías y la cuestión ambiental) que ilustra el funcionamiento de la racionalidad normativa, caracterizándolo en un contexto local. De esta forma, procuraré señalar la validez de un método de estudio de casos de articulación directa entre derecho y desarrollo, como asimismo la importancia de la comprensión teórica de la racionalidad que lo regula.

#### **LOS DERECHOS COLECTIVOS Y SUS MOTIVOS**

Hoy en día es común afirmar que la tutela de los intereses transindividuales (o intereses colectivos *lato sensu*, como suele llamárselos) representa un nuevo capítulo en la tutela de los derechos, un punto de inflexión en la crisis del procesalismo liberal. Los principios del derecho privado que han sido preponderantes en nuestro derecho procesal concebían al individuo como sujeto de derechos (subjetivos). El derecho en gran medida era una creación contractual de este mismo individuo a través de la libertad contractual. Como resultado, el individualismo procesal surgió como una consecuencia natural y necesaria. Es decir, solamente el titular o el pretense titular del derecho material pueden proponer legítimamente una acción con vista en su tutela. El interés se convirtió en patrimonio del individuo y variaba según las circunstancias y relaciones jurídicas y sociales en las que este participaba. El derecho de acción era comprendido como una propiedad individual y privada. Este concepto supera tanto la idea del derecho de acción como la del objeto juzgado, cuyos efectos no pueden ultrapasar la persona del litigante directo.

<sup>2</sup> Desarrollé este tema en Porto Macedo (2011) (en prensa).

Este derecho procesal civil liberal responde a ciertas reglas básicas que la ampliación de la tutela colectiva pondrá en duda, a saber: 1) de acuerdo con el *principio dispositivo*, la suerte del proceso, en ciertas circunstancias, depende de la voluntad de los litigantes; 2) el *principio de la demanda*, según el cual la invocación de la tutela jurisdiccional es un derecho de índole individual, que depende del resguardo de los intereses en conflicto, de la propia y exclusiva iniciativa (libre) del sujeto-titular, quedando vedada, salvo casos extremos, la actuación ex officio del juez; 3) el *principio de igualdad* (paridad procesal), según el cual, en la fórmula constitucional clásica, las partes son consideradas iguales ante el juez, no pudiendo autor y reo recibir un trato desigual; 4) la *regla del “ne plaide par procureur”*, por el cual no es lícito, normalmente, postular en nombre propio un derecho ajeno, con contadas excepciones de legitimación anómala, y 5) el *principio de la autoridad limitada del objeto juzgado*, que determina que la decisión judicial, como regla, únicamente afecta a las partes procesalmente representadas y no a terceros ajenos al proceso (Benjamin, 1995: 78).

El derecho procesal colectivo moderno modificó esas reglas admitiendo la tutela de intereses transindividuales, de grupos por órganos representativos, asegurando discriminaciones positivas para garantizar la efectividad del acceso a la justicia, redefinir los límites del objeto juzgado y ampliar el papel activo del juez en la conducción del proceso. Tradicionalmente se han dado diversas justificaciones para estas transformaciones, que pueden dividirse en tres grandes grupos:

- Aquellas que las explican en función de la *necesidad de racionalización del proceso judicial* (Barbosa, 1991: 187-200; Moreira, 1984: 187-203; Ferraz y otros, 1984). Desde esta perspectiva, la tutela colectiva de los intereses resulta de la necesidad de implementar fórmulas más económicas y rápidas de resolución de conflictos y prestación jurisdiccional. Así, si antes se necesitaba una acción individual para la tutela de cada derecho, ahora es posible –a través de una única demanda– atender las necesidades de prestación jurisdiccional de una amplia gama de intereses y derechos. Un ejemplo notable de esta visión puede encontrarse en una acción colectiva a favor de intereses individuales homogéneos propuesta por una entidad de defensa del consumidor a favor de miles de interesados. En esta misma línea de transformaciones, y visando la racionalización procesal, se crearon recientemente la acción directa de Inconstitucionalidad, la acción directa de Constitucionalidad y hoy se debate el precedente vinculante en los Tribunales Superiores.

- Otros autores destacan la *masificación de la sociedad y el surgimiento de un nuevo tipo de demanda de intereses de carácter grupal o colectivo* (Benjamin, 1995). Este fenómeno conduce a la existencia de intereses que ya no pertenecen a individuos o grupos de individuos claramente definibles, individualiza-

bles, sino a un conjunto a veces indeterminable de interesados. Esto es lo que ocurre en los intereses difusos y colectivos. Un ejemplo de esta situación puede encontrarse en las cuestiones ambientales que involucran el interés directo de algunos y el interés indirecto de todos, incluso de generaciones futuras.

- Finalmente, hay quienes subrayan la existencia de una nueva racionalidad, propia del derecho social, la experiencia jurídica contemporánea. La crisis del derecho liberal y la llegada del derecho social habrían prestado una nueva racionalidad y naturaleza a los nuevos derechos, con impactos en la consolidación de los derechos transindividuales.

Evidentemente, estas dimensiones explicativas del fenómeno de la tutela colectiva son complementarias y no excluyentes. Sin embargo, los autores que tratan el asunto suelen dar mayor énfasis a los dos primeros aspectos que al tercero, sobre el cual me gustaría enfocar mi atención.

El tema del cambio de los derechos en el mundo moderno viene siendo observado por numerosos teóricos del derecho. Según Norberto Bobbio (1991), en su siempre didáctica síntesis, vivimos “una nueva era de los derechos”, en plural. Según este autor:

Los derechos del hombre también son, indudablemente, un fenómeno social [...] esta multiplicación (de los derechos del hombre) se dio de tres maneras: a) porque aumentó la cantidad de bienes considerados merecedores de tutela; b) porque se extendió la titularidad de algunos derechos típicos a sujetos diversos del hombre; c) porque el mismo hombre ya no se considera como ente genérico, u hombre en abstracto, pero sí es visto en la especificidad o en el concretismo de sus diversas maneras de ser en sociedad, como niño, viejo, enfermo, etc., en sustancia: más bienes, más sujetos, más estatus de los individuos (Bobbio, 1992: 421).

Con relación al primer proceso, se pasó de los derechos de libertad –de las llamadas *libertades negativas*, de religión, de opinión, de prensa, etc.– a los derechos políticos y sociales, que requieren una intervención directa del Estado. Con relación al segundo, se pasó de considerar al individuo humano *uti singuli* (como singular) –que fue el primer sujeto a quien se atribuyeron derechos naturales (o morales); en otras palabras, de la “persona”– a considerar sujetos diferentes del individuo, como la familia, las minorías étnicas y religiosas, la humanidad en su conjunto (como en el actual debate entre filósofos de la moral sobre el derecho de los posteriores a la sobrevivencia); y, además de los individuos humanos considera-

dos singularmente o en las diversas comunidades reales o ideales que los representan, incluso se comenzó a considerar a sujetos diferentes de los hombres, como los animales. [...] *Con respecto al tercer proceso, se pasó del hombre genérico –del hombre en tanto que hombre– al hombre específico, o tomado en la diversidad de sus diversos estatus sociales,* según diferentes criterios de diferenciación (el sexo, la edad, las condiciones físicas) que revelan diferencias específicas que no permiten igual tratamiento e igual protección. La mujer es diferente del hombre, el niño del adulto, el adulto del viejo, el sano del enfermo, el enfermo temporal del enfermo crónico, el enfermo mental de los otros enfermos, los físicamente normales de los deficientes, etc. (Bobbio, 1992: 69).

Cabe notar, sin embargo, que la positivación de estos nuevos derechos de grupos no resume la naturaleza del derecho social, que incorpora una nueva forma de racionalidad jurídica. Vale la pena aclarar cómo se procesa y constituye esta nueva racionalidad.

#### **EL CARÁCTER NORMATIVO DEL DERECHO SOCIAL**

Es imposible comprender la experiencia jurídica moderna, especialmente a partir del final del siglo XIX, sin referirla al fenómeno de la revelación del derecho. La positivación del derecho marca el momento en que este se define a partir de su propio sistema, a partir de sí mismo. Kelsen expone con claridad esta idea cuando afirma que la validez de una norma depende exclusivamente de la existencia de un sistema jurídico positivado y dotado de autoridad. Un enunciado únicamente es jurídico en la medida en que se reporta a otros enunciados jurídicos y a una regla de juicio jurídico de tipo normativo. Su carácter normativo, sin embargo, afirma que tiene una naturaleza necesariamente positiva. En síntesis, según esta concepción, el derecho se define a partir de lo que es positivado como jurídico.

La sociedad de fines del siglo XIX se caracteriza por una estructura de organización del derecho apoyada en una nueva postura epistemológica referente al período clásico que la precede. La nueva manera de socializar el riesgo –diferente de lo que ocurría en el pensamiento liberal clásico, que lo consideraba un mero infortunio inconmensurable– se funda en un principio jurídico genérico y abarcador de naturaleza solidarística. El derecho liberal clásico, fundado en la noción de cambio, es sustituido por la noción de *acuerdos* de solidaridad, fundados en la idea de justa distribución o equitativa ubicación de

los gravámenes y lucros sociales. En este sentido el derecho social pasa a ser, cada vez más, el resultado de un equilibrio entre intereses opuestos formalizados como un acuerdo que implica sacrificios mutuos.<sup>3</sup>

En el Estado social de facciones *welfaristas* se crean formas de solidaridad para regular los conflictos. Hay solidaridades en los prejuicios, en el sufrimiento, en el combate contra la explotación de los débiles, etc., que visan la pacificación social. Esta característica del derecho social implica el abandono (al menos parcial) de la concepción liberal clásica de igualdad entre todos los individuos.

En vista de tales consideraciones es posible sintetizar el derecho social, en lo que respecta a la síntesis de la nueva era de los derechos, de la siguiente forma (Ewald, 1985, 1986 y 1993):<sup>4</sup>

- 1) El *derecho social* es un “*derecho de las desigualdades*” (si entendemos la igualdad en su acepción formal y liberal), *de los privilegios, un derecho discriminatorio, un derecho de los grupos*, un derecho que busca socializar los riesgos y pérdidas sociales variables conforme los grupos y situaciones sociales involucrados.
- 2) El *derecho* ya no puede ser la mera expresión de garantías del individuo, y pasa a expresar las de una categoría o grupo (por ejemplo, de los consumidores,<sup>5</sup> inquilinos, trabajadores, etc.). Por otro lado, es cierto, la universalidad de la palabra “igualdad” se convierte en instrumento de dominación, opresión y preservación de desequilibrios. El derecho social es un derecho de las desigualdades, opuesto al paradigma kantiano de Justicia Universal. En este nuevo contexto, el *derecho social se transforma en un instrumento de gobierno* y

<sup>3</sup> Piénsese, por ejemplo, en el concepto de *abusividad* presente en el nuevo Código de Defensa del Consumidor brasileño. Dicho concepto es definible socialmente según un criterio de normalidad siempre cambiante y con relación a un contexto indeterminable a priori. Del mismo modo, las ideas de “*onerosidad excesiva*” (artículo 51, § 1º, III del Código de Defensa del Consumidor) o de “*justo equilibrio*” (ibíd., artículo 51, § 4º) reportan a una medida socialmente cambiante según un patrón de normalidad.

<sup>4</sup> Desarrollé más ampliamente este tema en Porto Macedo (2006).

<sup>5</sup> Por este motivo es que el propio concepto genérico de consumidor va perdiendo su funcionalidad en determinados contextos de uso en los cuales se vuelve necesaria una distinción entre tipos de consumidor. Para sortear tales dificultades, la doctrina escandinava (véase, por ejemplo, Wilhelmsson, 1992) viene desarrollando conceptos de necesidad específica del individuo involucrado (*need orientation*). Tal calificación crea subgrupos dentro de una categoría, aumentando aún más el carácter inestable de los sistemas clasificatorios del derecho positivo.



*administración, en la medida que orienta los criterios de legitimación de las políticas sociales y de los acuerdos de cooperación económica.* Los derechos especiales y los privilegios son distribuidos según sistemas políticos y económicos de pesos y contrapesos.

- 3) El *derecho social es esencialmente contradictorio y polémico* (en el sentido etimológico del *pólemos* griego). No existe un solo derecho, tal como pensaba la doctrina liberal, y sí varios derechos; del mismo modo que no existe una sola norma, y sí un régimen de normalidades provisoria y flexiblemente integradas. De ahí que se acostumbre decir que estamos en la era de los derechos y no en la del derecho, como afirma Bobbio.<sup>6</sup> Por lo mismo, la crítica de Friedrich Hayek al supuesto contradictorio del derecho social es comprensible.<sup>7</sup> Según las premisas liberales de este filósofo sobre lo que es racionalidad, el derecho social sólo puede ser intrínsecamente contradictorio y producto de la “ilusión constructivista”.
  
- 4) El *derecho social tiene una dimensión política*. Cuando la norma tiene un principio de conmensurabilidad de naturaleza política en la sociedad normativa, la política se transforma en moneda universal que vuelve conmensurable lo económico y lo político, que permite ponderar, por ejemplo, la prioridad gubernamental en la construcción de un hospital o de una carretera, en la construcción de una escuela o en la preservación del medio ambiente. Desde el punto de vista sociológico, ese fenómeno se considera un proceso de judicialización de la política y politización de la justicia (Porto Macedo, 1995). Desde el punto de vista de la ciencia política y la teoría democrática, esto implica ampliar el debate sobre la actualidad de la teoría clásica de la tripartición de los poderes (sugerido en la situación II) y el debate público sobre el derecho (sugerido en la situación III y analizado más adelante).

A pesar de que la noción de equilibrio surgió en la Antigüedad –está presente en el concepto de justicia distributiva de Aristóteles (*Ética a Nicómaco*) y Platón

6 Sintomático de tal evidencia es el propio título de la obra de Norberto Bobbio (1992).

7 Conforme sintetizará con precisión el pensador liberal Collingwood: “Un precio justo, un salario justo, una tasa de intereses justa son contradicciones en los propios términos. La cuestión de saber qué debe una persona recibir a cambio de sus bienes y trabajo es absolutamente desprovista de significado” (citado en Hayek, 1985: 101).

(*República*)-, gana un nuevo significado en el ámbito del derecho social.<sup>8</sup> A diferencia de lo que ocurre en la concepción platónica, en la modernidad el equilibrio no define una esencia sino una concepción polémica y pragmática de la justicia cada vez más fuertemente articulada por los principios generales del derecho. A mi entender, pueden destacarse cinco características principales de la *regla de juicio*<sup>9</sup> instaurada por la noción de equilibrio.

En primer lugar, designa un tipo de juicio que pondera la relación entre dos o más términos. En el ámbito del derecho contractual, por ejemplo, no sólo importa saber si el consentimiento es válido y si la oferta fue aceptada y otros requisitos formales atendidos, sino también evaluar la justicia de la relación contractual. La problemática de la equivalencia de las *causae* supera la problemática del consentimiento. Un ejemplo es la aplicación del principio de buena fe como mecanismo de control y mitigación de las ventajas excesivas, del abuso de poder o de la situación desventajosa de una de las partes. Otro ejemplo es el cada vez más numeroso reconocimiento de la nulidad de los contratos por onerosidad o ventaja excesivas (artículos 39 y 51 del Código Brasileño de Defensa del Consumidor). En el ámbito del derecho del consumidor brasileño, esta idea se pone de manifiesto cuando la mera protección del consentimiento no garantiza la justicia del contrato. Es importante considerar la *onerosidad*, que no puede ser excesiva. Ahora bien, el concepto de *onerosidad excesiva* importa un reconocimiento concreto del contexto donde se celebra el contrato.

En el campo del derecho ambiental, varias cuestiones relacionadas, por ejemplo, con la imposición del cumplimiento de una norma de protección ambiental (como en el caso citado en las situaciones I y III) revelan que el derecho a la vivienda, a la protección ambiental, a la educación, a la salud, etc., involucran una comprensión de la racionalidad jurídica que no la limite al mero reconocimiento de la existencia de una norma válida positivada por la autoridad competente. Entonces, una orden de desalojo de un área invadida (en el Gran San Pablo se estima que hay cerca de un millón ochocientas mil personas viviendo en el área de protección de manantiales, donde está prohibido construir viviendas) ciertamente sería considerada excesiva, abusiva, desproporcionada y, por tal motivo, contraria al derecho.

Tanto en el ejemplo del derecho del consumidor como en el ejemplo ambiental arriba citado, la noción de exceso está relacionada directa y necesariamente con la noción de normalidad. El exceso es lo anormal y es un concepto

8 Sobre la distinción entre el concepto de “*equity*” y el moderno concepto de equilibrio tal como es propuesto en el texto, véanse Kessler y otros (1986: 10), y Atiyah (1988: 512 y ss.).

9 Este concepto es desarrollado por François Ewald (1985, 1986, 1993). He desarrollado este argumento en Porto Macedo (2006).

que se define reflexivamente y en referencia al contexto de formación del juego de los significados jurídicos. El eje del juicio jurídico se transfiere del concepto abstracto, general y trascendental del Bien y del Mal, al concepto de las relaciones sociales, generando un fenómeno que podría describirse como *socialización del juicio*. Esa socialización se concreta mediante la ponderación de los principios generales del derecho que, según señala Ronald Dworkin, entre otros, no obedecen a la lógica de todo o nada, pero implican algún tipo de equilibrio o ponderación (Dworkin, 1988).

En segundo lugar, el juicio del equilibrio debe ser flexible y adaptable al cambio social. Según hemos visto, el principio del equilibrio no se define por criterios a priori. De este modo, todos los principios quedan mutuamente relativizados. Los principios son reflejantes, pues se reportan a una medida que varía de acuerdo con el cambio de la normalidad y de la normatividad.<sup>10</sup> En esta dimensión, el concepto de normalidad jurídica es análogo al concepto de normalidad en el área de la salud. El concepto de exceso, por tal motivo, es análogo al concepto de patología. La onerosidad excesiva es “jurídicamente patológica”, en la medida en que huye de los límites de la normalidad del juego jurídico. De la misma forma, el exceso en el cumplimiento de la ley, muchas veces reconocido por algunos como una mera ineffectividad del derecho, también pasa a ser considerado como una respuesta jurídicamente “anormal”, “jurídicamente patológica” y, como tal, contraria al derecho.

En tercer lugar, el juicio en términos de equilibrio presupone la justicia en cuanto a la distribución y ubicación equitativa de ventajas y provechos. En la concepción liberal, la justicia de un contrato radica en su conformidad a las reglas de funcionamiento de la economía y del mercado. Por eso es que el concepto de “precio justo”, de origen medieval, siempre pareció un absurdo para el pensamiento liberal (Hayek, 1885: 94 y ss.). El precio de mercado, para un liberal, no es justo o injusto. Un negocio es injusto si contraría las reglas del juego liberal, del juego del mercado. Del mismo modo, en un juego de cartas, ganar mucho o perder mucho no puede considerarse justo o injusto. Justa será la conducta del jugador que no burle las reglas del juego. Pero si uno de los jugadores tiene mejores condiciones de vencer en razón de su astucia, experiencia, malicia, conocimiento del compañero o del adversario, etc., esto no torna injusto el juego, aunque pueda implicar desequilibrio a favor de uno de los jugadores. El desequilibrio sustantivo en el juego no se transforma en injusticia porque para el juego liberal importan las reglas del juego formal, no la desigualdad sustancial. El azar, la suerte y la naturaleza no pueden calificarse como justos o injustos.

10 La normatividad es el principio por el cual se valoriza algo dándole preferencia.

En el derecho ambiental, la naturaleza distributiva de la actividad decisoria se reconoce en la importancia que adquiere el juicio sobre las ubicaciones de impactos y costos para las políticas públicas. Se tiene en cuenta algún tipo de evaluación del impacto sobre el medio ambiente (por ejemplo, en la cuestión de la protección ambiental) cuando su protección involucra un impacto en la situación social, de vivienda y de acceso a otros derechos sociales de la población que reside en regiones ocupadas de manera irregular.<sup>11</sup>

En cuarto lugar, la idea de equilibrio implica la idea de escala y contrapeso. El equilibrio se mantiene porque un punto equilibra al otro. La operación es problemática porque, a diferencia del mercado –donde existe la medida del precio–, el valor y la justicia son difíciles de cuantificar. Hay conflictos cuyos valores son metafísicamente inconmensurables, como, por ejemplo, los conflictos entre el derecho a la vivienda y el derecho ambiental (referidos en la situación I) o los conflictos entre el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad social y las exigencias de eficiencia del mercado capitalista. El juicio en términos de equilibrio presupone un principio de equivalencia, la posibilidad de determinar el valor relativo de cada valor, a los fines de obtener una medida general. La idea de equilibrio presupone un modo de evaluación colectivo, la cual se hace a partir de una socialización del juicio. La sociología se transforma así en aquella disciplina del conocimiento que permite determinar una medida y un equivalente social para la mensuración de los valores e intereses y la resolución de los conflictos que se suscitan a raíz de estos. El derecho social tiene como fundamento la sociología, no una filosofía que busque criterios de medida universales y trascendentales. Y allí reside el carácter polémico y explícita e intrínsecamente político del derecho social. Pueden encontrarse ejemplos en la creación de mecanismos de participación, control y equilibrio de poderes en las relaciones jurídicas en general y contractuales en particular: en el ámbito de los contratos de trabajo, las garantías de estabilidad conferidas a los dirigentes sindicales; en el derecho empresarial, los mecanismos de garantías de derechos de control de accionistas; en el ámbito del derecho ambiental, la previsión de audiencias públicas y la elaboración de Informes de Impacto Ambiental (Environmental Impact Report, EIR por su sigla en inglés). El juicio por el equilibrio es un juicio reflejante. Las reglas de juicio por el equilibrio siguen un modelo de la *norma* que siempre se reporta a una normalidad. Así, *quien*

11 Este tipo de evaluación de impacto, costos económicos y no económicos, inversiones, etc., fue lapidariamente explorado en el caso TVA, discutido por la Suprema Corte Americana, que involucraba la construcción de una represa que traería como consecuencia el riesgo de extinción de un pequeño pez llamado *snail darter* (véase Dworkin, 1988).

*dice normal dice justo*. La justicia social se define como lo normal, lo razonable, lo equilibrado.

Es evidente que la normalidad siempre parecerá puro arbitrio a los ojos de un liberal radical como Hayek. A fin de cuentas, ¿cuáles son los límites de la normalidad? Dada la propia naturaleza reflejante de la norma, no puede haber una respuesta teórica general para esta pregunta. Sin embargo, es posible medir la objetividad de la normalidad mediante métodos cuantitativos (por ejemplo, actuariales o de costo y beneficio) o estadísticos y encontrar los principios de justicia y equilibrio presentes en las distintas ramas del derecho contractual y sus diferentes contextos de aplicación.

Finalmente, cabe destacar que en el seno del “Welfare State”, que intenta conciliar la lógica económica de mercado con principios redistributivos de equilibrio y solidaridad, hay espacios para la coexistencia de reglas de juicio de matriz liberal y de matriz social. De este modo, en el ámbito de las reglamentaciones de las relaciones de mercado, el principio de la autonomía de la voluntad permanece vigente, aunque subordinado y mitigado por los principios del derecho social. Una vez más, en el ámbito del derecho ambiental, la constitución de una medida de “conciliación de intereses”, muchas veces de “negociación discrecional con la legalidad” o de “aplicación selectiva de la ley ambiental”, así como el propio y esencialmente polémico concepto de desarrollo sustentable (que cada vez más funciona como idea reguladora para la protección del medio ambiente), son ejemplos del mismo fenómeno.

Cabe notar que estas consideraciones implican el reconocimiento de que no existe una fórmula general y abstracta para determinar el límite exacto de la “normalidad” en cada caso concreto. Esto es aún más verdadero cuando se articula al tema de la aplicación del derecho la cuestión del desarrollo en sus distintas motivaciones y orientaciones (desarrollo económico, por ejemplo, ampliación de la capacidades en la línea de los trabajos de Sen [1985] y Nussbaum [2000], etc.). En este caso, el equilibrio, la ponderación y la prudencia en la aplicación del derecho ganan contornos tan complejos que una metodología más orientada a los estudios de caso e identificación de semejanzas entre las experiencias exitosas parece ser un camino más adecuado (Almeida, 2005; Tavares y César, 2006: 55-76; Coslovsky, 2007; Lazarte, 2005; North, 1992; Oliveira, 2004; Pires, 2007c; Schmitz, 1999: 1627-1650; Tendler, 2002 y 2006; Pereira y Queiroga, 2007; Lee, 2005).<sup>12</sup>

12 Tendler, 2002; Duarte, 2006; Pereira y Queiroga, 2007; Pires, 2007a; IEL-MG/Sindieng, 2003; Noronha y Turchi, 2005; Pires, 2007b.

Al final de este artículo presentaré un ejemplo paradigmático de las dimensiones, complejidades y cuestiones involucradas en un caso exitoso directamente relacionado con la cuestión del desarrollo y el derecho. Este caso se inspira en las preocupaciones de las políticas de transformación social que animaron la experiencia cepalina, como asimismo señala algunas de las ambigüedades y tensiones desarrolladas en el tema de la “inefectividad de la ley”.

#### UN CASO DE DESARROLLO AMBIENTAL Y APLICACIÓN SELECTIVA DE LA LEY<sup>13</sup>

##### LAS LAVANDERÍAS DEL SECTOR TEXTIL EN TORITAMA (PERNAMBUCO).

Toritama es una ciudad localizada en el Agreste Septentrional del Estado de Pernambuco, Brasil, a 167 km de Recife, la capital del estado. Según el Insti-

13 Existe actualmente una nutrida bibliografía de estudios de casos que indican patrones semejantes de desarrollo, *compliance* y/o “negociación con la legalidad”, que corroboran el argumento central de este artículo en el sentido de la existencia de un nuevo patrón de racionalidad propio del derecho social, cuya correcta comprensión es vital para construir una estrategia de reflexión y un nuevo paradigma de derecho y desarrollo. Entre los casos, cabría mencionar el de las APL (asociaciones productivas locales) de Nova Serrana (Minas Gerais), Jaraguá (Goiás), Salvador (caso de los Corderos del Carnaval). Véase Combate la piratería y reducción de la informalidad en Jaraguá (GO), donde el porcentaje de personas con renta inferior a 0,5 del salario mínimo pasó de 57,83% en 1990 a 30,68% en 2000. En esta ciudad, el calote de compradores de marcas piratas llevó a varias compañías a la quiebra. La asociación empresarial, junto con el SEBRAE, pasó a promover una feria de confecciones local que estimuló a algunas empresas a que desarrollaran marcas propias y a que se formalizaran. Hoy en día el municipio está entre los treinta con mayor recaudación propia, entre los doscientos treinta municipios de Goiás. El crecimiento del registro de los trabajadores en Nova Serrana. Esta ciudad tiene menos de cien mil habitantes y la mayor expansión del empleo formal en el Brasil de 1995 a 2005. En este municipio los empresarios recibieron el apoyo del SEBRAE para construir la sede del sindicato, así como el apoyo del Estado para la adquisición de una máquina de CAD/CAM. El sindicato ayudó a que las empresas recortaran costos y se formalizaran. Por último, Santo Antônio do Monte, una ciudad de Mina Gerais que era famosa por las muertes de trabajadores en la producción de fuegos artificiales. Hoy en día certifica la seguridad de los fuegos artificiales importados de China. En este caso, fiscales del trabajo ayudaron a empresarios a que mejoraran el proceso de producción con el uso de productos químicos más seguros y a que las empresas implementaran las normas de salud y seguridad del trabajo. Actualmente un laboratorio en esta ciudad es el que certifica todas las importaciones de fuegos artificiales en Brasil por cuestiones de seguridad. Otros estudios paradigmáticos, que retoman algunos de estos casos y analizan otros, son los de Coslovsky, 2009, y el de McAllister, 2008.

tuto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), en 2006 contaba con una población de 26 825 habitantes en un área de 34,8 km. La ciudad comenzó a producir calzado de cuero como su actividad económica predominante, alcanzando su apogeo en la década de 1970, y luego, artículos de cuero y/o caucho para finalmente pasar al *jean*, que se convirtió en su principal actividad económica. En la actualidad Toritama tiene el más bajo índice de pobreza (27,32%) entre los mil ochocientos municipios del Nordeste.

Toritama se destaca por su polo de lavanderías, surgidas con el apoyo de las industrias de confección de *jeans* instaladas en la región. Las lavanderías realizan actividades como blanqueamiento, teñido, suavizado, secado, centrifugado, almidonado y acabado del producto; por lo tanto, en casi todas las operaciones se utiliza agua y una serie de productos químicos que causan serios daños ambientales.

Según Mansueto Almeida (2008: 14):

[En 2008] los productores de ropas de Toritama son responsables por el 15% de la producción de *jeans* en Brasil. El municipio cuenta con 133 empresas formales de confecciones que emplean a 1480 trabajadores registrados, el 82% de estos en empresas con hasta 50 empleados. El principal problema de la ciudad a finales de la década de 1990 era el desecho diario, por las lavanderías, de una mezcla de agua sanitaria, tinta y detergentes equivalente a 4,5 millones de litros de agua en el río Capibaribe.<sup>14</sup> El alto grado de contaminación inviabilizó el suministro de agua del río para consumo domiciliario, y la creciente producción de *jeans* en la ciudad aumentó la demanda y el precio del agua para las lavanderías y los domicilios.

Las lavanderías de la región generalmente no utilizaban filtros en sus chimeneas, lo que dejaba pasar un fuerte olor debido a la quema de madera. No había cuidado alguno con la basura, los recipientes utilizados con ese fin se desechaban en el medio ambiente, sin tener en cuenta su preservación. Los empresarios locales también se rehusaban a invertir en el control de la contaminación, algunos por desconocer los daños causados, y otros porque económicamente no es viable.

De acuerdo con diversos relatos y estudios realizados sobre el tema, en 2001 el promotor local del Ministerio Público Estatal (MPE) decidió aplicar la legislación ambiental en la ciudad, ya que algunos ciudadanos entablaron procesos

<sup>14</sup> Un análisis más pormenorizado del caso de contaminación de las lavanderías en Toritama puede consultarse en Almeida (2008), Lazarte (2005) y Tavares y César (2006).

contra la contaminación causada por las lavanderías y los medios de comunicación publicaron artículos divulgando el alto grado de contaminación de la ciudad, lo cual atrajo una fiscalización mayor de la agencia estatal del medio ambiente. Para la realización de esta iniciativa participaron varias instituciones públicas y privadas que se incorporaron al programa liderado por el MPE y la Agencia Estatal de Medio Ambiente y Recursos Hídricos (CPRH) de Pernambuco. Este programa comenzó en 2003 y dos años después más del 90% de las lavanderías de la ciudad (cerca de 60) estaban regularizadas, generando una sensible mejoría en las condiciones de salud, protección al medio ambiente y recaudación tributaria en el municipio.

De acuerdo con Mansueto Almeida (2008: 15):

Es posible que el crecimiento continuo de Toritama desde el año 2000 haya ayudado al proceso de ajuste de las lavanderías a la legislación ambiental. Sin embargo, también es cierto que parte de este crecimiento resultó de la solución del problema de la contaminación, ya que las lavanderías lograron reducir costos utilizando agua reciclada, gracias a la implementación del sistema de limpieza que las obligó a adecuarse a la legislación ambiental. Algunos indicadores dejan claro el dinamismo de la ciudad, como por ejemplo el rápido crecimiento del PBI (9,23% de 2002 a 2005) y el menor índice de pobreza entre todos los municipios del Nordeste, con excepción de Fernando de Noronha.

Toritama está formada por empresas caracterizadas como APL –asociaciones productivas locales–, es decir, pequeñas empresas familiares, sin una estructura física-operacional adecuada.

En estos lugares no había fiscalización ambiental y los impuestos, cuando se recaudaban, se mantenían en un nivel mínimo, y no había fiscales de trabajo. En ese ambiente “no regulado”, el crecimiento económico de empresas informales hizo aumentar la contaminación y el número de trabajadores informales. Por otro lado, dado que el crecimiento económico en estos lugares era simultáneo a una importante evasión de impuestos, los gobiernos municipales no lograban atender la demanda local de salud, educación e infraestructura. Este patrón de crecimiento se conoce en la literatura del desarrollo como *low road*: cuando el crecimiento económico ocurre de forma no sostenible, sin respetar los patrones ambientales y laborales (Almeida, 2008: 13).



El ejemplo de Toritama es un símbolo de prácticas comunes a otros municipios donde las políticas públicas de promoción sectorial basadas en la concesión de subsidios y la no fiscalización generaban lo que Judith Tendler (2002) denominó “Pacto con el Diablo”, por el cual los incentivos estatales acababan aumentando los beneficios e incentivos a la informalidad, e incluso al incumplimiento de las reglas laborales, ambientales, tributarias, etc. A menudo, esas prácticas de tolerancia o lenidad se justificaban diciendo que muchas empresas (especialmente las pequeñas y medianas) no podrían soportar los gravámenes y costos de la regularización. En consecuencia, y en vista de estas políticas (muchas de ellas conscientes y bien intencionadas), era mejor tener empresas informales que generaran empleos y puestos de trabajo que “impedir el desarrollo”.

#### CONCLUSIONES PARCIALES SOBRE LAS ASOCIACIONES PRODUCTIVAS LOCALES (APL) Y EL DERECHO

Los hallazgos de la investigación empírica sobre Toritama, y también otros, sugieren que la forma “negociada” y “normalizada” de aplicación del derecho se convirtió en uno de los elementos fundamentales para el éxito de la política de desarrollo implementada en estos municipios. Esta, sin embargo, tenía curiosas contradicciones con la forma tradicional de comprensión del derecho y la obligación jurídica presente en la modalidad de actuación de diversos agentes. Según esta forma tradicional, no actuar ante una violación de la ley, o actuar de manera selectiva y gradual, implicaría prevaricación por parte del agente público, además de exponerlo a la censura por la falta de empeño y esfuerzo en hacer cumplir la legislación represiva.

Como sintetiza Mansueto Almeida (2008: 20)

una vez reconocido que el trabajo de los agentes de la ley es altamente discrecional, es necesario comprender cuándo estos agentes deciden aplicar la ley de modo que produzca resultados positivos para las empresas (mayor conformidad junto con mayor competitividad), a diferencia del abordaje tradicional de “comando-y-control”, en el cual los agentes aplican la ley mediante la coerción, imponiendo multas a las empresas que incumplen las normas y emitiendo órdenes judiciales para el cierre de empresas irregulares. Es importante comprender esto porque es el trabajo de estos fiscales el que establecerá los costos de transacción en la economía, dado que actúan en forma diferente en los diversos municipios de Brasil. *Por lo tanto, la solución para el debate sobre cómo mejorar el ambiente de negocios para favorecer el crecimiento de las empresas depende, necesariamente, de la*

*forma que adquiera la legislación en el ámbito local: cómo se realiza el trabajo de los promotores, los fiscales de la Receita Federal (organismo de administración tributaria federal en Brasil), los fiscales del trabajo, los agentes de las secretarías de medio ambiente, etc., en los diferentes municipios, y de qué forma la actuación de los fiscales converge o diverge del trabajo de los agentes de desarrollo (agentes del SEBRAE y de las secretarías de desarrollo) en la promoción del desarrollo local. En otras palabras, es importante identificar cómo los promotores o los fiscales del trabajo aplican la ley en una APL, qué tipo de empresas y sectores deciden inspeccionar, qué tipo de políticas y exenciones fiscales conceden los agentes de desarrollo a las empresas locales en un lugar y no en otro, etc.*

El estudio de un caso como el de Toritama revela a su analista que la competitividad puede resultar de dos estrategias diferentes: *low road* o *high road* (Pyke y Sengenberger, 1992). En la estrategia *low road*, las empresas persiguen la reducción de costos y mantienen una situación de incumplimiento de las normas laborales y ambientales. Por otro lado, en la estrategia *high road* las empresas asumen los costos involucrados en el cumplimiento de las normas laborales y ambientales, pero siguen siendo competitivas. En este caso, la clave para mantener la competitividad es volver más productivo el trabajo, mejorar la organización de la empresa y usar mejores tecnologías. El caso de Toritama sirve para comprender cómo las empresas pasan gradualmente de una situación de irregularidad (*low road*) a una de regularidad (*high road*) como consecuencia de las acciones de los agentes de desarrollo económico y los fiscales de la ley.

Mansueto Almeida (2008: 20-21) observa también que

Aunque las empresas se adapten a la ley, aún existe la posibilidad de que tengamos resultados diferentes a lo largo del tiempo. En un caso, las empresas pueden empezar a cumplir la ley, pero los fiscales necesitan continuar monitoreándolas, ya que el cumplimiento de la ley aumenta los costos de producción. Decimos, en estos casos, que el cumplimiento de la ley no trae ventajas inmediatas para la competitividad de las firmas y que la fiscalización es el principal mecanismo de implementación de la ley dentro de la APL y en los municipios vecinos. Sin embargo, es posible que en algunos casos el proceso de adecuarse a la ley se autorregule cuando la regularización de las empresas aumenta su competitividad y su acceso a mercados de alto valor agregado, reduciendo la necesidad de monitoreo por parte de los fiscales del trabajo y del medio ambiente, por ejemplo. En estos

casos, la aplicación de la ley puede causar un efecto multiplicador en toda la economía local.

Por lo tanto, existen fuertes razones de naturaleza consecencial que podrían justificar una “negociación con la legalidad” contemplando los criterios de actuación orientados hacia el futuro (*forward looking*). Este procedimiento seguiría la misma lógica del derecho social descrita arriba; es decir que la aplicación e interpretación del derecho se convertirían en instrumentos de gestión, en cierto sentido política, de las estrategias de *enforcement* de las leyes.

#### ¿POR QUÉ ALGUNOS CASOS SON EXITOSOS Y OTROS NO?

Pese a la gran complejidad y combinación de factores presentes en casos como el de Toritama y otros similares,<sup>15</sup> es posible identificar algunas constantes en las prácticas de implementación “virtuosa” del derecho, independientemente del costo del incumplimiento parcial de la ley.

Para Mansueto Almeida (2008:21)

La principal diferencia entre los casos analizados y otros en que las empresas siguen sin respetar las leyes (ambiental, laboral y tributaria) radica en cómo actuaron los fiscales y los agentes de desarrollo en conjunto, aunque no siempre de forma coordinada, para generar la promoción sectorial y fiscalizar las empresas. El problema no siempre es la legislación, que generalmente es ambigua y vaga, sino cómo los fiscales de la ley interpretan y aplican la legislación ambiental, laboral o tributaria, y si los fiscales pueden contar con el apoyo de agentes de desarrollo para lograr que las empresas implementen cambios en el proceso de producción, facilitando así la transición a la formalidad.

Estas características podrían explicarse describiendo un proceso que involucra tres factores interconectados, a saber:

*Concesión selectiva de subsidios:* El proceso algunas veces comenzó con los empresarios demandando subsidios y exenciones al gobierno municipal y estatal. Pero, en vez de la concesión indiscriminada de subsidios, el gobierno municipal y el gobierno estatal –junto con el SEBRAE– tomaron un camino diferente, promoviendo políticas que de alguna forma facilitaron las inversiones destinadas a que las alcaldías municipales se adecuaran a la ley.

15 Véase nota 18.

*Aplicación de la ley de forma gradual y selectiva:* En los casos reportados en este artículo, los fiscales aplicaron la ley de forma parcial y gradual. En ninguno de los casos estudiados hubo una fuerza-tarea para que las empresas se adecuaran simultáneamente a todas las legislaciones: ambiental, laboral y tributaria. Al contrario, en muchos casos los fiscales optaron por “hacer la vista gorda” ante algunas infracciones, y los actores involucrados en los programas se enfocaron apenas en aquellos problemas considerados por los propios empresarios como el principal obstáculo para el crecimiento económico del sector. Es interesante observar también que la solución en Toritama no era la más eficiente, ya que para la legislación brasileña el agua desechada por las lavanderías continúa estando contaminada. Sin embargo, la implementación de una tecnología de bajo costo permitió que las lavanderías redujeran la contaminación del agua en un 50% en menos de dos años. En los otros casos, la “mejor” solución simplemente no era viable y se alcanzó lo que en economía se conoce como *second best solution*.<sup>16</sup>

*Cooperación entre el sector público y las asociaciones empresariales:* las asociaciones empresariales tuvieron un papel positivo, ya sea en la fiscalización directa de las empresas junto con los fiscales (de medioambiente en el caso de Toritama) o en la negociación con fiscales de la ley y agentes de desarrollo en lo referente a plazos y exigencias para adecuarse a la ley.<sup>17</sup> Las asociacio-

16 Almeida (2008) llama la atención sobre el hecho de que Rodrick (2008: 17-25) hace una argumentación semejante con respecto a la búsqueda de lo que la literatura económica llama *second best solution* para el fomento al desarrollo de países pobres. “Según Rodrick, ‘in a second best (i.e., real) world, the nature of the binding constraint and their interactions with other distortions will influence the desirable arrangements’. Así, en el caso de la promoción de reformas institucionales para promover el desarrollo económico, Rodrick cree que es difícil replicar las soluciones óptimas que funcionan en los países desarrollados. Creo que lo mismo se puede decir sobre el combate a la informalidad en los países en desarrollo: no hay un modelo ni un arreglo institucional óptimo.”

17 El papel de la Asociación Comercial e Industrial de Toritama (ACIT) también fue importante para ayudarles al promotor, los fiscales ambientales y a los propietarios de lavanderías a alcanzar un consenso alrededor del Término de Ajuste de Conducta (TAC) para que cada lavandería pudiera adecuarse a la legislación ambiental. El presidente de la ACIT fue quien organizó las reuniones entre los empresarios y el promotor para debatir alternativas de regularización para las lavanderías. En un principio, el promotor y la agencia ambiental consideraron desplazar todas las lavanderías de las áreas residenciales a un área industrial específica que definiría por la alcaldía, donde se construiría una unidad de tratamiento. Sin embargo, durante las negociaciones entre los empresarios y los agentes públicos, el promotor acordó mantener las lavanderías en la ciudad y adoptar una tecnología de bajo costo presentada por una de estas, que podría ser adecuada al tamaño de cada lavandería (Almeida, 2008).

nes empresariales a lo largo de este proceso salían fortalecidas, pues los productores locales comenzaron a percibir el beneficio de negociar en grupo y no individualmente, y la actuación del sector público involucró a varios órganos públicos.

El caso de Toritama revela una situación de aparente paradoja, en la cual la aplicación selectiva y gradual de la ley –que para muchos podría ser un ejemplo de “inefectividad de la ley”– se reveló como una estrategia *second best*, que, nuevamente de manera paradójica, se constituyó en la mejor estrategia a falta de otra positiva viable. Como tal, esta acabó configurando la forma “política acordada” de aplicación del derecho más sensible a la racionalidad del derecho social. También acabó por constituirse como la mejor estrategia para la comprensión y aplicación del derecho con miras al desarrollo.

#### CONSIDERACIONES FINALES

La tutela de los intereses colectivos está impregnada por la naturaleza polémica y contradictoria del derecho social. La Acción Civil Pública y los Términos de Ajustes de Conducta (TAC) –en tanto mecanismos privilegiados de la tutela de intereses colectivos– no son sólo una forma más racional o más adecuada a la sociedad de masas, sino también un instrumento por medio del cual sus agentes, en especial las ONG y el Ministerio Público, amplían los foros del debate público sobre la justicia social, en particular en lo que atañe a las políticas públicas, el medio por excelencia de su realización. Esto significa que la Acción Civil Pública se volvió un instrumento de política y de influencia en la gestión de las políticas públicas que en gran medida se concreta y vivifica mediante reglas de juicio fundadas en principios generales de derecho. Significa también que se vuelve un instrumento de lucha política, informada y formadora de la opinión pública, y no sólo de la implementación de derechos patrimoniales.

A través de estos mecanismos, la dinámica institucional que involucra al Ministerio Público y la Secretaría del Medio Ambiente de Pernambuco, en cooperación con sindicatos y ONG, creó el espacio institucional para una eficaz actuación de los “*street level regulators*” en la implementación de una estrategia virtuosa de defensa ambiental y desarrollo social y económico. Estas experiencias ponen de manifiesto y señalan nuevos espacios de reflexión, ya sea sobre la racionalidad normativa del derecho social en contextos específicos, o bien sobre la importancia de la complementariedad de los espacios jurídicos locales en la articulación entre derecho y desarrollo. Finalmente, proponen nuevas perspectivas de comprensión del significado, las causas y la eficiencia de las

prácticas de implantación selectiva de la legalidad en contextos de éxito en la implementación de estrategias de desarrollo.\*

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida, Mansueto (2005), *Understanding incentives for Clustered Firms in Brazil to Control Pollution: the Case of Toritama (PE)*, Brasília, IPEA.
- (2008), *Além da informalidade. Entendendo como os fiscais e agentes de desenvolvimento promovem a formalização do crescimento de pequenas e médias empresas*, Río de Janeiro, IPEA, texto para discusión n° 1353, disponible en: <www.ipea.gov.br>.
- Aristóteles (1985), *Ética a Nicómacos*, Brasília, Universidad de Brasilia. [Ed. cast.: *Ética a Nicómaco*, Madrid, Gredos, 2011.]
- Atiyah, Patrick (1988), *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Oxford University Press.
- Barbosa, José Carlos (1991), “Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988”, en *Revista de Processo*, n° 61, San Pablo, Editora Revista dos Tribunais.
- Benjamin, Antonio H. V (1995), “A insurreição da Aldeia Global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”, en Edis Milaré, *Ação Civil Pública*, San Pablo, Ed. Revista dos Tribunais.
- Bobbio, Norberto (1991), *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema.
- (1992), *A era dos direitos*, Río de Janeiro, Campus.
- Coslovsky, Salo (2007), *Stitching it Together: how Public Prosecutors Produce Compliance and Promote Economic Growth in Brazil*, San Pablo, Massachusetts Institute of Technology (MIT).
- (2009), *Compliance and Competitiveness: How Prosecutors Enforce Labor and Environmental Laws and Promote Economic Development in Brazil*, PHD Submitted to the Department of Urban Studies

\* Traducción de Melissa Agudelo, a través del Centro de Traducción, Departamento de Lenguajes y Estudios Socioculturales de la Universidad de los Andes.

- and Planning for the degree of Doctor of philosophy in urban and regional planning at the Massachusetts Institut of Technology, Cambridge, Mass.
- Duarte, R. B. A. (org.) (2006), *Histórias de sucesso: Indústria: Têxtil e Confeções, Madeira e móvel*, Brasilia, SEBRAE.
- Dworkin, Ronald (1988), *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Barcelona, Gedisa.
- Ewald, François (1985), “A Concept of Social Law”, en *Dilemmas of law in the Welfare State*, Berlín, European University Institute.
- (1986), *L'État Providence*, París, Grasset.
- (1993), *Foucault. A Norma e o Direito*, Lisboa, Vega.
- Feldman, Fábio (1996), “Feldman va proponer ley de manantiales”, *Folha de São Paulo*, 24 de octubre.
- Ferraz, Antonio; Milaré, Édís y Nery, Nelson (1984), *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, San Pablo, Saraiva.
- Hayek, Friedrich (1985), *Direito, Legislação e Liberdade*, vol. II, San Pablo, Visão. [Ed. cast.: *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1982.]
- IEL-MG-Sindiemg (2003), *Diagnósticos das Indústrias de Fogos de Artificio de Santo Antonio do Monte*, Belo Horizonte, IEL-MG/SINDIEMG.
- Kessler, Friedrich; Gilmore, Grant y Kronman, Anthony T. (1986), *Contracts: Cases and Materials* (3ª ed.), Boston, Little Brown Company.
- Lazarte, Maria Ella (2005), *Successful Public Sector Enforcement of Environmental Standards in the Toritama Jeans Industry in Pernambuco*, Brasil, Massachusetts Institute of Technology (MIT).
- Lee, Eungkyoon (2005), *Why Did They Comply While Others Did Not?: Environmental Compliance of Small Firms and Implications for Regulation*, PhD Dissertation, Department of Urban Studies and Planning, Massachusetts Institute of Technology (MIT).

- McAllister, Lesley K. (2008), *Making Law Matter: Environmental Protection and Legal Institutions in Brazil*, Stanford, C A., Stanford University Press.
- Moreira, José J. C. (1984), *Ação civil pública*, *Revista Trimestral de Direito Público*, n° 3, San Pablo, 1993, pp. 187-203, citado en M. C. Ferraz, E. Milaré, N. Nery Júnior, *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, San Pablo, Saraiva, 1984.
- Nussbaum, Martha, (2000), *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge University Press. [Ed. cast.: *Las mujeres y el desarrollo humano*, México, Herder, 2000.]
- y Sen, Amartya K. (comps.) (1985), *The Quality of Life*, Oxford, The Clarendon Press. [Ed. cast.: *La calidad de vida*, México, FCE, 1998.]
- Noronha, E. G. y Turchi, L. (2005), *Política industrial e ambiental institucional na análise de arranjos produtivos locais*, IPEA, Texto para discussão, n° 1076, marzo.
- North, Douglas (1992), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Oliveira, Miguel (2004), *Da Pirataria à Formalidade: o Renascimento de Jaraguá. Histórias de Sucesso: Experiências Empreendedoras*, Brasília, Sebrae.
- Pereira, M. D. O. y Queiroga, M. S. M. J. (2007), *A Contabilidade Ambiental nas Lavanderias do Setor Têxtil de Pernambuco*, Caruaru, Faculdade do Vale do Ipojuca, FAVIP.
- Pires, R. (2007a), *The Craft of Compliance: Labor Inspectors and the Reconciling of Economic Development with Social protection in Brazil*, Cambridge, Mass., Massachusetts Institute of Technology, Dept. of Urban Studies and Planning, documento de trabajo, 9 de noviembre.
- (2007b), *Bridging Economic Development and Social Protection: an Examination of Labor Inspectors' Behavior and Enforcement practices in Brazil*, Cambridge, Mass., Massachusetts Institute of Technology, documento de trabajo.
- (2007c), *Bringing the Law and the Firm Together: Labor Inspectors and the Reconciling of Social Protection with Economic Development in Brazil*, Cambridge, Massachusetts Institute of Technology (MIT).



- Pyke, Frank y Sengenberger, Werner (1992), *Industrial Districts and Local Economic Regeneration*, Ginebra, International Institute for Labour Studies (ILO).
- Platón ([c. 375 a. C.] 2001), *República*, Lisboa, Calouste Gulbenkian.
- Porto Macedo, Jr., Ronaldo, (1995), “A Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro”, en M. T. Sadek (comp.), *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*, San Pablo, IDESP.
- (2006), *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, San Pablo, Revista de los Tribunales. [Ed. cast.: *Contratos relacionales y defensa del consumidor*, Buenos Aires, Editorial la Ley, 2006.]
- (2011), “Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: Os princípios jurídicos em uma abordagem relacional contra a euforia principiológica”, en Porto Macedo, Ronaldo y Catarina Helena Cortada (comps.), *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, San Pablo, Saraiva.
- Rodrick, Dani (2008), “Thinking about governance”, en *Governance, Growth and Development Decision Making*, Washington, The World Bank.
- Schmitz, Hubert (1999), “Global Competition and Local Cooperation: Success and Failure in the Sinos Valley”, en *World Development*, vol. 27, n° 9.
- Sen, A. K. (1985), *Commodities and Capabilities*, Oxford, Oxford University Press.
- Tavares, Souza y César, María J. (2006), *Pólo de Lavanderias de Jeans no Oeste Pernambucano. Histórias de Sucesso: Indústria Têxtil e de Confecções, Madeira e Móvel*, Brasília, SEBRAE.
- Tendler, J. (2002), *Small Firms, the Informal Sector, and the Devil's deal*, IDS, documento de trabajo, vol. 33, n° 3.
- (2006), *The Rule of Law, Economic Development, and Modernization of the State in Brazil: Lessons from Existing Experience for Policy and practice*, Research Proposal to World Bank Office, Brasília, y UK Department for International Development, Brasília, DFID.
- Wilhelmsson, Thomas (1992), *Critical Studies in Private Law*, Holanda, Kluwer Academic Publishers.

CUARTA PARTE:

**Los retos de la justicia**



## **15. Control y observación del Poder Judicial: la publicización de las acciones y trayectorias de los jueces del Supremo Tribunal Federal**

*Leonardo Avritzer y Fernando Filgueiras*

El Poder Judicial es, entre los tres poderes políticos, el que mayores modificaciones sufrió tras la redemocratización brasileña (Vianna, 2002; Taylor, 2005).

A lo largo del siglo XX, Brasil vivió un proceso de subordinación al Ejecutivo de los poderes Legislativo y Judicial que se forjó tanto en períodos autoritarios como democráticos. En el caso del Poder Judicial, ese cambio se debió no sólo a injerencia explícita del Ejecutivo en su autonomía por medio de intervenciones en la composición del Supremo Tribunal Federal (Martins y Cruz, 1983), sino también a través de la concentración de atribuciones en ese poder por el denominado Estado desarrollista (Nunes, 1994).

En los períodos democráticos, el Supremo Tribunal, en particular, asumió un papel de subordinación o incluso de legitimación de decisiones importantes para el orden autoritario, como la reforma del Estado durante la presidencia de Castelo Branco, posterior al cambio en la composición del Supremo por el régimen autoritario.

El final de este papel de subordinación del Poder Judicial al Ejecutivo caracteriza el orden democrático constituido en Brasil desde 1988. El nuevo rol adquirido tanto por el Poder Judicial como por el Supremo Tribunal Federal en el orden democrático (Vianna, 2002) se articula con una tensión que será decisiva para este orden. Por un lado, el primero recupera su autonomía en el texto legal y en la relación con los otros dos poderes. Esta recuperación de prerrogativas es acompañada por dos fenómenos de importancia decisiva: el aumento de los derechos en la Constitución de ese año, la cual incluye todos aquellos reconocidos por las Naciones Unidas y promulga el papel activo del Poder Judicial en la implementación de esos derechos (Cittadino, 2002), y el crecimiento de la interrelación entre ese poder y otros actores sociales y políticos a través de la ampliación de los actores que pueden recurrir a él y argüir inconstitucionalidad (Arantes y Nunes, 1998), también presente en el texto constitucional, como mostraremos más adelante. Esto ocurre *pari passu*

con la incrementación de los temas tratados por el texto constitucional, de modo que después de 1988 hubo una gran ampliación del papel del Supremo Tribunal Federal, entendido como Corte constitucional.

Por otro lado, el procedimiento de selección de los jueces y control democrático de sus acciones prácticamente no se modifica en el Brasil democrático y continúa con la tradición heredada del período autoritario: el Poder Ejecutivo nombra como jueces federales a funcionarios de ese mismo poder con los que mantiene una fuerte relación política. En lo que respecta al Senado, persiste el proceso de aprobación casi automática de jueces del Supremo Tribunal Federal. Por lo tanto, puede percibirse una tensión entre la democratización del acceso y la falta de controles internos al Estado y externos.

La falta de estructuras de control es un problema clásico del Estado brasileño. A diferencia del modelo norteamericano, durante buena parte de su proceso de formación (es decir, hasta fines del siglo XIX) el brasileño no creó estructuras administrativas fuera de las grandes ciudades (Holston, 2007). La mayor parte de los funcionarios públicos estaba concentrada en Río de Janeiro y no se hicieron mayores esfuerzos por nombrar jueces o funcionarios fuera de las regiones mencionadas (Uricoechea, 1978; Graham, 1999). En contraste con el modelo vigente hasta fines del siglo XIX, el modelo “varguista” fortaleció al Estado; pero lo hizo otorgándole presencia directa en un conjunto de actividades económicas, lo que por supuesto no contribuyó al desarrollo de estructuras de control. Además, el Supremo Tribunal Federal se posicionó de forma absolutamente dependiente del Poder Ejecutivo en las principales polémicas del período, en particular en lo referente a las formas de organización de los sindicatos (Barbosa, 1980).<sup>1</sup>

Así, en el proceso de formación del Estado brasileño, tal como ocurre en líneas generales en la mayoría de los países latinoamericanos, no prevaleció aquello que Guillermo O’Donnell denomina estructuras de *accountability* horizontal, es decir, estructuras administrativas de control entre agencias del mismo Estado (O’Donnell, 1996, 1998). Esas estructuras estuvieron ausentes en el proceso de recepción del liberalismo y del Estado de derecho en Latinoamérica (Veliz, 1980). El liberalismo entró en la región como defensor de la libertad económica antes que de las estructuras del Estado de derecho (Domingues, 2007). En los casos de Brasil y la Argentina, las estructuras de *accountability* fueron paulatinamente remplazadas durante el proceso de democratización por estructuras verticales y no electorales de control, casi siempre ejercidas por la

<sup>1</sup> Esta fue probablemente la más fuerte polémica del período e involucró acciones en la Asamblea Constituyente de 1934, cuando la posición varguista fue derrotada en el Supremo Tribunal Federal en una acción de 1935.

sociedad civil, y a las que algunos autores denominan *accountability* social (Pezzotti y Smulovitz, 2006). De este modo el caso brasileño, al igual que otros casos latinoamericanos, es en realidad un caso triple, en el que, durante el período democrático, se crean estructuras de control judicial para las acciones del Ejecutivo a través de un nuevo activismo judicial, y al mismo tiempo faltan estructuras de control del Supremo, ya sea por parte del Poder Legislativo o de la sociedad civil.

Un observatorio del Supremo Tribunal Federal tiene como objetivo llenar las dos lagunas señaladas arriba y, al mismo tiempo, sistematizar el nuevo elemento del acceso a la justicia. Así, en lo que respecta a la falta de control por parte del Poder Legislativo y de la sociedad civil, es importante entender cómo ocurren estos fenómenos para decidir qué es primordial observar. Pensar por qué el Poder Legislativo ha sido tan débil en la nueva democracia brasileña excede los intereses de este artículo.<sup>2</sup> El Legislativo brasileño perdió importantes prerrogativas durante el período autoritario, primero a través del Acta Institucional Número 2 y luego con la Constitución de 1967. La Constitución de 1988 le devolvió parcialmente esas prerrogativas, transformándolo en un poder débil (Pessanha, 2002). Sin embargo, la mayor debilidad del Poder Legislativo es la falta de confianza que tenemos en él. Varias investigaciones (Avritzer, 2004, 2008) revelan el bajo grado de confianza que merece el Poder Legislativo en Brasil.<sup>3</sup> Por esta razón, y en sintonía con el escenario internacional, en Brasil se está dando un fuerte proceso de judicialización, pero sin las formas correspondientes de control del Poder Judicial, tal y como señalaremos a continuación.

#### **JUDICIALIZACIÓN, SUPREMOS TRIBUNALES Y CONTROL PÚBLICO: UN ANÁLISIS DE LAS TENDENCIAS INTERNACIONALES**

En el modelo moderno de derecho, especialmente en el modelo europeo (Garapon, 1996), el Judicial sería un poder reactivo, que sólo se manifestaría cuando lo provocan. Teniendo en cuenta un sistema de normas formales, la

<sup>2</sup> Vale la pena mencionar que apenas el 11% de la población confía en el Poder Legislativo y que una investigación reciente realizada por el Centro de Referencia del Interés Público mostró que lo consideran el poder más corrupto.

<sup>3</sup> En una investigación aplicada a una muestra de 2403 personas en San Pablo en el año 2003 vimos que los Poderes Legislativos son las instituciones en las que menos confía la gente. Al mismo tiempo, las personas demuestran confiar más en las entidades de la sociedad civil que en el Poder Legislativo.

legitimidad de la acción se constituiría apenas con un sentido de legalidad que estaría en una relación ceñida entre derecho y Estado, de acuerdo con el presupuesto de un mundo judicial burocratizado y, en palabras de Weber, racional (Weber, 1999).

El derecho moderno es fruto de un conocido proceso de racionalización en Occidente, donde lo normativo se separa de lo moral a partir del reconocimiento de los intereses y la necesidad de estabilizar las relaciones de comercio, típicos de la ascensión del capitalismo y sus instituciones. El vínculo de lo normativo con lo estatal radica en que el derecho, en el capitalismo moderno, está constituido por una técnica para la resolución de conflictos, sin importar el carácter sagrado del que se revestiría el mundo normativo y sus procedimientos (Kelsen, 2000). De este modo, el Estado liberal es la consolidación de la modernidad jurídica, en la que la relación entre lo político y lo jurídico se da en un marco reflexivo de validez y eficacia de normas que pretenden regular el mundo social y garantizar, al mismo tiempo, los términos de la emancipación del ciudadano de las amarras de la dimensión material presupuesta en el plano irracional de las religiones. El derecho, en la modernidad, es secular, y encuentra en el Estado su ingrediente de eficacia en el plan de la sociedad, según el argumento metodológico de que la estructura formal de las normas es fundamental para la legitimación o la acción del Estado en la sociedad.

Las características básicas del derecho moderno, en ese sentido, son: (1) la formalidad de las normas conforme a la existencia de estatutos dotados de fuerza normativa; (2) la validez como presupuesto de adhesión racional de los individuos a las normas; (3) la legalidad como instrumento de legitimidad de la acción del Estado; (4) la burocratización de los procedimientos judiciales mediante la creación de órganos especializados en las rutinas de los tribunales; (5) el Estado como fuente legítima del derecho, siempre y cuando sea él el legislador; (6) Constituciones que aseguren la existencia de la democracia. Partiendo de la premisa de que la formalidad del derecho y su gradual burocratización son preceptos fundamentales de la modernidad jurídica, se crearon Poderes Judiciales que ofician como guardianes de la legalidad y del magisterio conforme a una estructura normativa estipulada en estatutos formales y racionales.

El desarrollo del Estado liberal en el siglo XIX consolidó esa concepción racional y formal del derecho, siendo la democracia y la posibilidad de autonomía del ciudadano los marcos normativos para la construcción del Poder Judicial. El desarrollo del derecho moderno y el reconocimiento de la democracia como una forma política capaz de concretar ese proceso de racionalización de las sociedades occidentales, como dijera Weber, es la base de la separación entre el derecho y otras esferas de la vida social, bastante diferenciadas. Es

el caso de la separación entre derecho y política, derecho y moral y derecho y religión. Estos preceptos encontraron en el Estado liberal el fundamento político para la constitución de un Poder Judicial que respetara, institucionalmente, las siguientes condiciones: (1) el Poder Judicial entendido como un poder exclusivamente reactivo, es decir, que sólo se manifiesta cuando es provocado;<sup>4</sup> (2) la separación entre el proceso de construcción de las leyes y el proceso de acuerdo a estas; (3) una estructura procedimental que asegurare parámetros para la acción de la magistratura dentro de la esfera del Estado; (4) una estructura burocrática que asegurare la realización de este mundo procedimental; (5) el principio de la meritocracia como fundamento para el acceso a carreras jurídicas; (6) la independencia funcional del Poder Judicial en relación con los demás poderes, y (7) la imparcialidad como principio orientador de la decisión.

La crisis de la democracia representativa, la ascensión del mundo fabril a la esfera pública y la crisis económica de las primeras décadas del siglo XX, sin embargo, tensionaron esa estructuración del derecho moderno, relegando al Poder Legislativo a un segundo plano en el proceso de legislación. Las desigualdades sociales y la lucha por el reconocimiento de la clase obrera consolidaron un primer momento de cambio en la modernidad jurídica, habiendo abandonado el Legislativo el rol de protagonista de la realización de la democracia (Santos, 2003). Ese protagonismo pasó entonces al Poder Ejecutivo, que, mediante la realización de políticas públicas y la intervención del Estado en la sociedad, consolidó otro escenario para el derecho y sus procedimientos.

La construcción del Estado de bienestar social, en clara oposición al Estado liberal, marcó un nuevo paradigma del derecho, cuyas herramientas fundamentales serían los derechos sociales y la intervención estatal. El Ejecutivo ingresó en el proceso legislativo y en la actividad judicial propiamente dicha a través de su gradual intervención en la economía. En ese contexto surgió el derecho económico y se consolidó la tercera generación de derechos con los derechos sociales (Bobbio, 2004). En este segundo período el derecho pasó a entenderse como derecho del Estado, teniendo en cuenta un paradigma de equilibrio entre los antagonismos de clase y la creación de sistemas de conciliación de intereses mediante la separación radical del mundo jurídico y la sociedad civil. Es entonces cuando el Poder Judicial se separa de la sociedad y

<sup>4</sup> Especialmente esta primera característica de nuestro marco analítico corresponde más al modelo europeo que al norteamericano. En el caso de los Estados Unidos, ya a comienzos del siglo XIX surgieron formas de control judicial que superaban el simple control de la legalidad e influyeron sobre importantes límites para el ejercicio de la soberanía por parte del Poder Ejecutivo. Véase Agresto (1984).



de la moralidad; ese momento representa la realización plena de un derecho formal cuyo tema es el orden, en particular el orden del Estado. De esta manera, el derecho y sus actores asumieron el papel de conservación de la sociedad y sus instituciones mediante los mecanismos de la legalidad, preocupándose más por el orden que por el cambio.

La crisis del Estado de bienestar social a lo largo de la década de 1970, la creciente internacionalización de los mercados, la democratización de Latinoamérica a lo largo de los años ochenta y noventa (Avritzer, 2002), y el surgimiento de actores económicos internacionales pusieron en jaque esa concepción de la modernidad jurídica. La consolidación de los derechos sociales y la expansión del bienestar generaron nuevos tipos de demandas e identidades que crearon, en la base del reconocimiento por la vía legal, demandas de mayor judicialización de las relaciones sociales. Es el caso de la explosión del consumo y las demandas de derechos que regulen las relaciones vinculadas a él. Es el caso de la inserción de las mujeres en el mercado laboral en el contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial y las demandas de derechos de protección y redistribución para las mujeres. Asimismo, es el caso del cambio de los parámetros familiares con el fin del patriarcado, así como el de las demandas de reconocimiento de los derechos de los niños y una actividad pedagógica ejercida por el mundo jurídico.

Pueden citarse muchos otros casos, pero lo cierto es que la crisis del Estado de bienestar social expandió las demandas de reconocimiento de derechos y la judicialización de las relaciones sociales, ampliando, a su vez, las demandas al Poder Judicial. En este nuevo contexto, donde se habla de una cuarta generación de los derechos relacionados con la solidaridad y las nuevas identidades, el Poder Judicial se ha transformado en el protagonista de la democracia. La crisis del sistema de representación, sumada a la crisis del Estado de bienestar, otorgaron al Poder Judicial un nuevo papel en el orden democrático, que responde a la ampliación de las demandas de intervención del derecho en la sociedad y a la explosión del litigio, dadas las nuevas formas de conflictos nacientes a fines del siglo XX (Santos, 2003).

La sociedad civil empezó a encontrar en el Poder Judicial un espacio donde expresar sus intereses, y de este modo le otorgó el papel protagónico en los cambios ocurridos en el orden democrático. La democracia, según Garapon, se transformó del siguiente modo: consolidándose en el Estado y encontrando en la justicia su espacio de realización (Garapon, 2001). Las nuevas identidades, la explosión del litigio y las demandas de solución de conflictos proporcionan un proceso de judicialización de la política y de las relaciones sociales, de acuerdo al nuevo léxico del orden democrático, cuyos elementos fundamentales son los valores de los procedimientos, lo contradictorio, la neutralidad y el garantismo.

Como ese desplazamiento de la democracia del Estado hacia la justicia es parte de un proceso de crisis del modelo de bienestar, en los órdenes políticos contemporáneos se presta especial atención al acceso a la justicia. La democratización del Poder Judicial significó su apertura a la sociedad: la magistratura debe volverse accesible a la sociedad para alcanzar una plena consolidación de la democracia en el mundo contemporáneo. La cuestión del acceso a la justicia modificó el mundo procedimental del derecho: la idea de seguridad jurídica ya no es el único fundamento de la decisión judicial, que ahora debe estar marcada por un lenguaje y unos procedimientos más flexibles (Cappelletti, 1993). Según Garapon, la sociedad contemporánea es testigo de un desplazamiento de la democracia: esta salió silenciosamente del orden del Estado y pasó al orden de la justicia, donde el derecho pasó a representar, fundamentalmente, el lenguaje de la acción política (Garapon, 2001: 45). Si bien el argumento de Garapon y de Cappelletti no refleja todas las dimensiones del fenómeno de la democracia, no obstante expresa un cambio en la posición del Poder Judicial en las democracias modernas; cambio que debe tenerse en cuenta al pensar el equilibrio político de las democracias como un nuevo equilibrio.

En las democracias contemporáneas el Poder Judicial pasó a ser un espacio de visibilidad, y la magistratura siempre es convocada a pronunciarse sobre los diferentes temas de la vida cotidiana. El Supremo Tribunal Federal en Brasil concedió recientemente una medida preliminar en un caso de derecho de familia y autorizó la importación de llantas recicladas, dos decisiones difícilmente relacionadas con el control de la constitucionalidad. Dada esta visibilidad y la ampliación de sus objetivos, la representación corre el riesgo de desplazarse del Poder Legislativo al Judicial, redimensionando el problema del equilibrio entre los poderes en las nuevas democracias (Hirschl, 2004). Esa posible inversión de lugares entre el Poder Legislativo y el Judicial hace que el derecho no sea tanto un instrumento de conservación como un instrumento de cambio social. La nueva tensión en el campo del derecho, producto de sus múltiples roles, es objeto de estudio de la justicia en las nuevas democracias. Este es el proceso que analizaremos en Brasil.

#### **JUDICIALIZACIÓN, SOCIEDAD CIVIL Y ACCOUNTABILITY EN EL BRASIL DEMOCRÁTICO**

Brasil no es ajeno a este proceso de judicialización de la política y de las relaciones sociales. Sin embargo, no conoció la misma secuencia histórica que los países centrales del capitalismo. Nuestro proceso de construcción de la justicia recorrió una ruta histórica distinta, marcada por momentos de autoritaris-

mo y de democracia, en la que el Poder Judicial pudo realizarse a veces en el ámbito de un sistema de libertades, en tanto otras veces sus acciones fueron restringidas por la acción del Estado. En el contexto del proyecto de modernización estatal, inaugurado en la década de 1930, la creación de la Orden de los Abogados de Brasil (OAB) otorgó al mundo jurídico un importante papel político en el proyecto de modernización del Estado, donde la ruptura con el patrimonialismo sería producto del reconocimiento del mundo corporativo, de sus intereses y de su actuación contraria al idealismo constitucional del primer momento de nuestra vida republicana, marcado por la Constitución de 1891. Tanto en el golpe de 1964, cuando la OAB declaró su apoyo a los militares, como en la distensión del régimen militar a partir de la década de 1970, en especial con la discusión de las garantías fundamentales y en particular el hábeas corpus, el desempeño del mundo jurídico fue fundamental para la transición y para la democracia (Faoro, 2006). La OAB tuvo un papel fundamental en la Asamblea Constituyente, de acuerdo a un proyecto de democratización del Estado sustentado en la expansión de un sistema de derechos y garantías que más tarde configuró el artículo 5 de la Constitución de 1988 (Cittadino, 2002).

En líneas generales, la Constitución de 1988 amplió las competencias del Poder Judicial brasileño, en primer lugar mediante la creación del Superior Tribunal de Justicia (STJ), al que distinguió del Supremo Tribunal Federal (STF), que a su vez quedó relegado a competencias sobre asuntos constitucionales. Asimismo, la Constitución de 1988 dio autonomía al Ministerio Público, transformándolo en un órgano de control externo a pesar de responder al Ejecutivo. Finalmente, la Constitución de 1988 construyó un sistema de derechos basado en una visión garantista del proceso, reconociendo a la sociedad civil como espacio de realización de la democracia y a los derechos humanos como elemento normativo central.

La democratización del Estado brasileño encontró en el texto de la Constitución de 1988 su fundamento, sobre todo en lo atinente a las ideas de participación y soberanía popular. Con sus competencias ampliadas, el Poder Judicial, especialmente en las Cortes superiores, asumió la tarea de guardián del interés público y representante de la sociedad civil en el plan del orden democrático. Según Vianna y Marcelo Burgos, hubo una revolución procesal del derecho que encontró en las acciones colectivas su instrumento de democratización del Estado y de la sociedad, rompiendo de una vez por todas con la cultura autoritaria como marca fundamental de nuestra cultura política (Vianna y Burgos, 2002).

Esas acciones colectivas, que representarían la revolución procesal del derecho, estarían cimentadas en el principio de proximidad de la justicia con la sociedad civil y con los intereses bien entendidos de los diferentes actores

en la esfera pública. Un ejemplo de esta afirmación es el instrumento de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI), según lo define el artículo 103 de la Constitución Federal. El instrumento procesal de la ADI permite desafiar la constitucionalidad de los actos normativos emanados de diferentes órganos del Estado al poner al STF, en particular, en el lugar de caja de resonancia de los intereses surgidos durante el proceso legislativo. El artículo 103 de la Constitución Federal posibilita que, además de los actores tradicionales del proceso constitucional, la OAB y las entidades de la sociedad civil puedan ser autoras de las ADI. Lo mismo ocurre con el inciso 58 del artículo 5, que define la acción popular que garantiza a cualquier ciudadano brasileño ser parte legítima contra el Estado en defensa de la moralidad, del patrimonio histórico y cultural y del medio ambiente. Otro tanto sucede con el instrumento de la acción civil pública, que garantiza al Ministerio Público el papel de representante funcional de la sociedad civil y defensor del interés público. Entre tanto, a diferencia de lo que manifiestan Vianna y Burgos, estos elementos están lejos de constituir la única determinación de la acción del Poder Judicial en la sociedad brasileña. Existen por lo menos tres dimensiones involucradas en la relación entre el Poder Judicial, el sistema político y la sociedad civil.

La primera de estas dimensiones es la pérdida de prerrogativas del Poder Legislativo y las consecuencias que esa pérdida ha tenido para la democracia brasileña. De acuerdo a la legislación, las prerrogativas del Poder Legislativo en relación al Judicial son dos. La primera está relacionada con la aprobación de procesos de nombramiento de jueces del Supremo Tribunal Federal y la segunda con los crímenes de responsabilidad. El proceso de aprobación de los jueces del Supremo por el Legislativo está previsto en el artículo 101 de la Constitución de 1988: “Los ministros del STF serán nombrados por el presidente de la República, una vez aprobada la elección por la mayoría absoluta del Senado Federal”. El Senado Federal debe aprobar el nombramiento realizado por el Poder Ejecutivo mediante el debate en la Comisión de Constitución y Justicia y sometiendo el nombramiento al escrutinio del plenario de la Casa, que deberá contar con la mayoría absoluta de los votos. Si es verdad que el artículo de la Constitución no elaboró adecuadamente el proceso de aprobación de los nombramientos por el Senado Federal, puede señalarse aquí un egoísmo del Senado en relación con su papel si tenemos en cuenta, comparativamente, la actuación de instituciones análogas en los Estados Unidos y en Europa. Desde la redemocratización, el Senado Federal aprobó veinte nombramientos de nuevos ministros del Supremo, tal como muestra la lista que presentamos a continuación con los respectivos indicadores de votación.

**Tabla 1.** Votación en el Senado para el nombramiento de ministros al STF

Ministro	Año de la asunción	Presidente que lo nombró	Votación en el Senado		
			Aprobación	Rechazo	Abstención
Carlos Alberto Menezes Derecho	2007	L. I. Lula da Silva	61	2	1
Carmen Lúcia Antunes Rocha	2006	L. I. Lula da Silva	55	1	0
Enrique Ricardo Lewandoski	2006	L. I. Lula da Silva	63	4	0
Eros Roberto Grau	2004	L. I. Lula da Silva	57	5	3
Joaquim Benedito Barbosa Gomes	2003	L. I. Lula da Silva	66	3	2
Carlos Ayres Brito	2003	L. I. Lula da Silva	65	3	2
Antônio César Peluso	2003	L. I. Lula da Silva	57	3	1
Gilmar Ferreira Mendes	2002	Fernando H. Cardoso	57	15	0
Ellen Gracie Northfleet	2000	Fernando H. Cardoso	67	0	2
Nelson Azevedo Jobim	1997	Fernando H. Cardoso	Información no disponible <sup>5</sup>		
Maurício José Corrêa	1994	Itamar Franco			
José Francisco Rezek	1992	Fernando Collor de Mello			
Ilmar Nascimento Galvão	1991	Fernando Collor de Mello			
Marco Aurélio Mendes de F. Mello	1990	Fernando Collor de Mello			
Carlos Mário da Silva Velloso	1990	Fernando Collor de Mello			
José Celso de Mello Filho	1989	José Sarney			
José Paulo Sepúlveda Pertence	1989	José Sarney			
Paulo Brossard de Souza Pinto	1989	José Sarney			
Célio de Oliveira Borja	1986	José Sarney			
Carlos Alberto Madeira	1985	José Sarney			

5 Durante la investigación que realizamos para componer esta tabla no fue posible obtener los datos sobre los nombramientos de los primeros once ministros del STF desde 1985 hasta hoy. Las informaciones disponibles en el STF y en el Senado sólo atañen a la aprobación del nombramiento en el ámbito de la Comisión de Constitución y Justicia del Senado y al acto de nombramiento en los diarios del Congreso Nacional, con referencia al currículum del ministro pero no al índice de votación.

Dos fenómenos parecen evidentes en la tabla anterior: en primer lugar, la tendencia del Senado a aprobar casi automáticamente los nombramientos de la presidencia de la República, donde el mayor rechazo hasta el día de hoy fueron los 15 votos negativos al ministro Gilmar Mendes. En segundo lugar, vale la pena hacer un análisis cualitativo y comparado de la deliberación a la cual es sometido el candidato al STF. Es raro que haya preguntas sobre concepciones del derecho o del acceso a la justicia que determinarán juicios importantes. En general, lo que más interesa es la vinculación política del candidato con el gobierno, que lo apoya en el Senado, tal como ocurrió en el nombramiento de Gilmar Mendes o de Eros Grau para el Supremo, los dos casos de mayor politización de nombramientos. En este caso parece evidente que falta, por parte de la sociedad civil, un proceso de organización que le permita influir sobre estas decisiones. Con respecto al segundo elemento ofrecido por la Constitución para el control del Supremo por el Senado, el inicio de un proceso por crimen de responsabilidad en contra de ministros del STF, hasta el momento no ha sido utilizado en el Brasil democrático.

La segunda de estas dimensiones en la relación entre el Poder Judicial y la sociedad abarca dos cuestiones: la ampliación del acceso a la justicia y el control público de las decisiones. La más señalada por la literatura es el posicionamiento del Supremo en temas de interés de la sociedad civil. Los nuevos instrumentos procesales estipulados en la Constitución de 1988 ampliaron la participación de la sociedad civil en la construcción del derecho brasileño, además de hacer que esta encontrara en el Judicial y en sus procedimientos un espacio de realización de la democracia. La concepción guía de la Constitución, que pasó a imperar en Brasil en consonancia con la influencia ejercida por la jurisprudencia portuguesa y española, resultó en un aumento de la incertidumbre y en la explosión del litigio simultánea a la crisis económica de la década de 1980 y la restricción del Estado a partir de las reformas neoliberales.

La crisis económica, aliada al proceso de construcción y estabilización política, produjo incertidumbre respecto al alcance de las reformas estructurales propuestas en la década de 1990. Esta incertidumbre acarrió una creciente demanda al Judicial, además de un proceso de activación de la sociedad civil a medida que la democracia en Brasil iba consolidándose. La crisis económica judicializó las relaciones económicas y sobrecargó al Supremo con demandas dirigidas a instituciones como el gobierno, los bancos (en especial la Caixa Econômica Federal – Caja Económica Federal) y el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS). Estas instituciones concentraban casi la mitad de las acciones en curso en el año 2004.

Esta activación de la sociedad civil, en respuesta a estructuras más participativas en diferentes dimensiones del Estado y aliada a la búsqueda de concretar un sistema de derechos, convirtió a las instancias superiores del Poder Judicial

brasileño en una caja de resonancia de los intereses de la *civitas*. La creciente participación de la sociedad civil mediante las acciones colectivas, sumada a la efectucción del sistema de derechos, desplazó la democracia del Estado brasileño hacia la justicia, en el mismo sentido descrito por Garapon cuando toma como referencia el caso francés. La democracia en Brasil no encontró en el Estado su elemento de efectucción, debido a su restricción como personaje principal del orden democrático ante la crisis de la década de 1980 y los diferentes proyectos de reforma de la década de 1990. En cambio, halló el centro de la vida republicana en el derecho y en sus procedimientos, en tanto este permite mayor participación de la sociedad civil mediante las acciones colectivas y un sistema de garantías procesales que hace posible estructurar el orden democrático. A partir de 1988 se produce una demanda reprimida de acceso a la justicia, una explosión del litigio, y surgen nuevas identidades y nuevos instrumentos jurídicos para el reconocimiento de esas identidades. Es el caso de los derechos de las mujeres, de los derechos del consumidor, de la reforma promovida en el Código Civil para asegurar su constitucionalización, de la afirmación de la función social de la propiedad, del derecho ambiental, y del derecho del niño y del adolescente, que tienen en la sociedad civil su espacio de realización.

Los instrumentos formales del derecho aseguran, desde 1988, esta intersección entre sociedad civil y Poder Judicial, judicializando los temas fundamentales de la lucha política en relación con los instrumentos de su construcción. La lucha política, de este modo, encuentra en la justicia su espacio de realización, promoviendo el desplazamiento de la democracia desde el Estado hacia el orden judicial (Vianna y otros, 1999). La judicialización de la política y de las relaciones sociales en Brasil promueve una creciente demanda de acceso a la justicia, que encuentra limitaciones estructurales en la capacidad del Poder Judicial brasileño para atenderla. Como destaca Sadek, la judicialización implicó a su vez una crisis extendida del Poder Judicial. La primera es una crisis de procedimientos, debida a la inadecuación del derecho procesal a la nueva realidad y las nuevas demandas que se le hacen a dicho poder. La segunda es una crisis estructural que responde a la inadecuación del sistema burocrático del Poder Judicial. La tercera es una crisis simbólica, dado el nuevo papel del juez en el orden democrático brasileño, no siempre bien entendido por los propios magistrados (Sadek, 2004). En este caso, tenemos una explosión de acciones en el área de la reivindicación de derechos con una creciente inadecuación de la estructura burocrática del Poder Judicial destinada a atenderlas.

El tercer elemento de la relación es el control público de las acciones de los miembros del Poder Judicial. Los preceptos constitucionales establecen la idea de control social sobre los tres poderes de la república como fundamento

del derecho administrativo y de la estructuración de la burocracia pública. En este sentido el Poder Judicial, como cualquier otro, debe someterse al control ejercido por la sociedad, que recientemente ha avanzado mucho con la creación del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) por la enmienda constitucional 45 de 2004. La enmienda 45, conocida como “la enmienda de reforma del Judicial”, reconoce que la magistratura debe someterse al control de la sociedad, y que sus actividades deben estar regidas por la idea de moralidad, publicidad y proximidad con las demandas del ciudadano. La enmienda 45 estipula la vigilancia de la acción de los magistrados, que deben responder a las demandas de acceso a la justicia mediante la idea de mayor proximidad con la sociedad. Las actividades de los jueces empezaron a ser controladas, y estos ahora deben responder ante el CNJ por su productividad, competencia técnica y celeridad.

Sin embargo, la enmienda 45 no logró quebrantar la estructura corporativa de la magistratura que controla los nombramientos para el CNJ a través de la OAB, además de definir la presidencia del Consejo por la presidencia del mismo STF. Es decir que la enmienda 45 tiene buenas intenciones, en el sentido de establecer control social sobre las acciones del Poder Judicial, pero esas intenciones están controladas dado que la estructura corporativa de la magistratura continúa vigente en los nombramientos de los miembros del Consejo. A pesar de representar un avance, esta idea de control social del Poder Judicial queda desvirtuada por el control corporativo que ejerce la propia magistratura. En este sentido, la responsabilidad de la magistratura ante la sociedad termina por desvanecerse frente a los intereses corporativos de la OAB.

De esta forma, tenemos hoy en Brasil un Poder Judicial movido por la idea de activismo, por la representación de los intereses de la sociedad civil y por la baja neutralidad ante las cuestiones latentes de la política, pero, por otro lado controlado por el Poder Ejecutivo (por medio de los nombramientos) y poco controlado por la sociedad civil. El activismo judicial imperante en Brasil avanza en el sentido de lograr que la magistratura intervenga en el mundo político, siendo el juez el estandarte de la moralidad social y política, y representando el papel de guardián de la democracia y de la idea de república. El activismo judicial brasileño, sin embargo, reacciona contra los mecanismos de control de las acciones de la magistratura. Cualquier propuesta de control social es entendida por los jueces como una intervención indebida en las actividades del Poder Judicial, donde ellos, paradójicamente, exigen una mayor independencia y neutralidad, en busca de una lectura procedimental y no sustantiva de la Constitución.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Es interesante notar que, intuitivamente, la OAB siempre se posiciona contra cualquier tipo de reforma del Poder Judicial. Es lo que ocurrió con la crea-



La visibilidad otorgada al Poder Judicial y la inclinación de la sociedad civil hacia la justicia transformaron a los magistrados en actores políticos relevantes. Esta relevancia se comprueba en dos áreas principales. En primer lugar, en el desplazamiento de la política parlamentaria hacia el STF. En los últimos tres años el STF tomó activamente las principales decisiones procedimentales en relación con el sistema político brasileño. Anuló la cláusula de impedimento e instituyó la disciplina partidaria. Cabe señalar que ambas decisiones se basaron en textos bastante frágiles o inexistentes en la Constitución.<sup>7</sup> Al mismo tiempo, el STF decidió varias veces sobre cuestiones del Poder Legislativo en el caso de las votaciones sobre la casación del senador Renan Calheiros.<sup>8</sup> Todos estos episodios incrementaron la relevancia de los ministros del STF como actores políticos y pusieron de relieve la necesidad de procedimientos de control y publicidad de sus acciones.

La mayor visibilidad del Poder Judicial ante la sociedad civil y el hecho de que este se haya convertido en una institución política de peso—dado el desplazamiento de la democracia desde el Estado hacia la justicia—aumentaron, en el caso brasileño, con los institutos de la repercusión general y del precedente vinculante. Ambos institutos nacieron con la enmienda 45, dando al Judicial el poder de legislar y ocupar el espacio de los partidos y de la representación. Cabe notar que se prohibió el nepotismo en toda la administración pública por medio del precedente vinculante número 13, que establece la prohibición de contratar parientes y allegados para cargos de confianza. El precedente número 13 es la repercusión de la resolución número 7 del CNJ, de 2005, que prohibió el nepotismo en el Poder Judicial, creando un alboroto con la propia magistratura de primera instancia y con el Poder Legislativo.

Existen varios riesgos en el hecho de que la judicialización haya transformado al Poder Judicial brasileño en un actor político relevante, entre ellos la confrontación entre los poderes Judicial y Legislativo a partir del diagnóstico, realizado por el Congreso, de que existe una acción legislada por el STF, tal como señaló recientemente el presidente del Senado, Garibaldi Alves (Zero Hora, 2008).

---

ción de los Juzgados Especiales Civiles y Criminales por la ley 9099 de 1995, cuando la OAB se puso perentoriamente en contra de la creación de una Justicia de pequeñas causas, que a su entender desviaría las funciones de la abogacía. Es la misma posición que la OAB mantuvo con relación a los temas de la enmienda 45.

7 El caso más representativo fue la anulación de la cláusula de barrera con el argumento de que interfería en el derecho de las minorías.

8 Cabe notar que según una encuesta realizada por el Centro de Referencia del Interés Público, un porcentaje importante de la población brasileña deposita en el Poder Judicial y en el endurecimiento de las penas la respuesta a la corrupción progresiva de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Este desplazamiento de la democracia hacia la justicia, como en muchas otras democracias occidentales, convierte al juez en una figura política, al contrario de lo que estipulan la tradición civilista romana y el propio Estado liberal. El Poder Judicial dejó de ser un poder reactivo para convertirse en un poder proactivo, sin siquiera cumplir con las típicas prestaciones jurisdiccionales.

Dado este papel político de los jueces, ¿será posible pensar la existencia de una *juristocracia* en Brasil? ¿Las consecuencias de la ampliación del acceso a la justicia en Brasil equivalen a promover un tipo de aristocracia judicial cuyos efectos se advertirían en la creciente legitimación de su actuación política? ¿Existe una posibilidad de confrontación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo? ¿Cómo entender la ampliación del acceso de la sociedad civil a la justicia? ¿Cómo diferenciar las decisiones económicas del Supremo? Estos son cuestionamientos abiertos con respecto al Poder Judicial y su nuevo papel en la democracia brasileña, que demandan investigaciones con respecto a la composición del Supremo Tribunal Federal, de la interpretación constitucional y del modo en que este interviene en la actuación de los demás poderes de la República.

Así, un proyecto académico de observación de la justicia tendrá tres preocupaciones principales. La primera será entender y evaluar el nuevo papel del Poder Judicial en lo que respecta a los actores que comenzaron a tener acceso a él, en particular las asociaciones civiles, y cómo este proceso ha logrado crear nuevos derechos. La segunda será evaluar la nueva relación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo. Este último ha sido el gran perdedor en lo que hace a la correlación de fuerzas entre las instituciones políticas en Brasil después de 1988. La nueva relación entre el Legislativo y el Judicial implica un debilitamiento del Legislativo. El ejercicio efectivo de las prerrogativas referentes al nombramiento de jueces debe ser parte de un programa de recuperación de estas prerrogativas. La tercera instancia atañe al nuevo equilibrio entre los tres poderes en Brasil. El Poder Judicial se ha revelado capaz de acaparar cuotas significativas de las prerrogativas de los otros dos poderes. Las atribuciones del proceso de observación de la justicia brasileña suponen acompañar ese proceso y sugerir formas posibles de equilibrio.

Los aspectos señalados arriba, esenciales para la observación de la justicia en Brasil, manifiestan fuertes afinidades con otros proyectos del mismo tenor en el resto de Latinoamérica. Otros países de la región también presentan una pauta de control del Poder Judicial que involucra la recuperación del equilibrio de poderes con el Poder Legislativo en lo referente a la interrelación con la sociedad civil. En el caso de la relación con la sociedad civil, la Argentina, Colombia y Chile parecen guardar fuertes afinidades con la agenda de ampliación de derechos que tiene en el Poder Judicial a uno de sus protagonistas. En lo atinente al debilitamiento del Legislativo, parece ser también un punto

común en toda Latinoamérica. En este sentido, puede pensarse en fuertes sinergias y aplicaciones de esta agenda en toda Latinoamérica.\*

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agresto, John (1984), *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Nueva York, Cornell University Press.
- Arantes, Rogério Bastos y Nunes, Fabio J. (1998), *Instituições Judiciais e democracia no Brasil*, San Pablo, Mimeo.
- Avritzer, Leonardo (2002), *Democracy and the public space in Latin America*, Princeton, Princeton University Press.
- (2004), *A participação em São Paulo*, San Pablo, Editora da UNESP.
- (2009), *Participatory institutions in Democratic Brazil*, Washigton, Wilson Press.
- Barbosa, Vivaldo (1980), *Law and the authoritarian state. The modern roots of the authoritarian corporative state in Brazil 1930-1945*, Cambridge, Harvard University Press.
- Bobbio, Norberto (2004 [1984]), *O futuro da democracia*, Rio de Janeiro, Campus. [Ed. cast.: *El futuro de la democracia*, FCE, 1992.]
- Cappelletti, Mauro (1993), *Juízes legisladores?*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris. [Ed. cast.: *¿Jueces legisladores?*, Lima, Communitas, 2010.]
- Cittadino, Gisele (2002), *Pluralismo, derecho y justicia distributiva, Elementos de filosofía constitucional contemporânea*, Río de Janeiro, Lumen Juris.
- Dominguez, José M. (2007), *Aproximações à América Latina: desafios contemporâneos*, Río de Janeiro, Civilização Brasileira.
- Diario *Zero Hora*' Brazil, 28/08/2008.

\* Traducción de Melissa Agudelo, a través del Centro de Traducción, Departamento de Lenguajes y Estudios Socioculturales de la Universidad de los Andes.

- Faoro, Raymundo (2006), *A República inacabada*, San Pablo, Globo.
- Garapon, Antoine (1996), *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, París, Odile Jacob.
- (2001), *O juiz e a democracia, O guardião de promessas*, Río de Janeiro, Revan. [Ed. cast.: *Juez y democracia*, Barcelona, Flor de Viento, 1997.]
- Graham, Richard (1990), *Patronage and politics in nineteenth-century Brazil*, Stanford, Stanford University Press.
- Hirschl, Ram (2004), *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press.
- Holston, James (2007), *Insurgent Citizenship*, Princeton, Princeton University Press.
- Kelsen, Hans (2000), *Teoria geral do direito e do Estado*, San Pablo, Martins Fontes. [Ed. cast.: *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995.]
- Martins, Carlos Estevam y Cruz, Sebastião Velasco (1983), “De Castello a Figueiredo: uma incursão na pré-história”, en B. Sorj y M.H. Tavares de Almeida (comps.), *Sociedad e política no Brasil pós-64*, San Pablo, Brasiliense.
- Nunes, Edson (1994), *A gramática política do Brasil*, Río de Janeiro, Jorge Zahar Editor.
- O'Donnell, Guillermo (1996), “Illusions about Consolidation”, en *Journal of Democracy* 7, 2 (abril).
- (1998), “Accountability horizontal e novas poliarquias”, en *Lua Nova*, 44.
- Peruzzotti, Enrique y Catalina Smulovitz (comps.) (2006), *Enforcing the rule of Law*, Pittsburg, Pittsburg University Press.
- Pessanha, Charles (2002), “O Poder Ejecutivo e o proceso legislativo nas Constituições brasileiras”, en Vianna, Luiz Werneck (comp.), *A democracia e os três poderes no Brasil*, Belo Horizonte, Editora da UFMG.
- Sadek, Maria Tereza (2004), *Reforma do Judicial e democracia*, Río de Janeiro, Fundação Konrad Adenauer.

- Santos, Boaventura de Sousa (2003), *Crítica da razão indolente*, San Pablo, Cortez Editora. [Ed. cast.: *Crítica de la razón indolente*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003.]
- y otros (1996), “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”, en *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n° 30, 11, ANPOCS.
- Taylor, Mathew (2005), “Citizens against the State: the riddle of high impact, low functionality courts in Brazil”, en *Revista de Economia Política*, vol. 25, n° 4.
- Uricoechea, Fernando (1978), *O minotauro imperial*, San Pablo, Difel.
- Veliz, C. (1980), *The Centralist Tradition of Latin America*, Nueva York, Oxford University Press.
- Vianna, Luiz Werneck y Burgos, Marcelo (2002), “Revolução processual do derecho e democracia progressiva”, en Vianna, Luiz Werneck (comp.), *A democracia e os três poderes no Brasil*, Belo Horizonte, Editora da UFMG.
- Vianna, Luiz Werneck y otros (1999), *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Río de Janeiro, Revan.
- Weber, Max (1999), “Sociologia do derecho”, en *Economia e sociedade*, Brasilia, Editora da UnB. [Ed. cast.: *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.]

## **16. Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal**

*Ramiro Ávila Santamaría*

El poder punitivo ha sido una de las características esenciales del Estado nacional moderno y el derecho penal ha brindado justificaciones, no siempre satisfactorias, para su uso y permanencia. De igual modo, el poder punitivo se ha legitimado por las demandas sociales ante la inseguridad ciudadana e incluso por los requerimientos de grupos emancipatorios como un mecanismo para reivindicar derechos. Sin embargo, la realidad nos demuestra que el poder punitivo siempre es violento, arbitrario, no resuelve conflictos sociales y sobre todo es profundamente discriminatorio. Al parecer, al derecho penal y a los discursos legitimantes del poder punitivo no les interesa observar la realidad. En este divorcio entre el derecho penal y su aplicación, existen seres humanos que sufren cotidianamente la crueldad del poder punitivo y que además son los peor situados en la sociedad. Urge, en este contexto, repensar el derecho penal y, para ello, conviene plantearse algunas preguntas: ¿Cuál es el discurso que sustenta un derecho penal que tiende a su expansión y cuál podría ser un discurso alternativo que pueda resistirla? ¿Puede el discurso de los derechos humanos brindar una posibilidad para transformar el poder punitivo o, al contrario, es un discurso que lo legitima? ¿Puede existir un derecho penal distinto, que se acerque hacia su reducción y camine hacia su abolición, y en ese caso qué características tendría?

Para contestar estas preguntas hemos dividido este ensayo en cuatro partes. En la primera, se abordará el tema real del incremento del fenómeno delictivo y los argumentos que sustentan la existencia y la expansión del poder punitivo. En la segunda, intentaremos mirar el fenómeno del poder punitivo a la luz de la doctrina de los derechos humanos. En la tercera, se pretenderá deconstruir los discursos legitimantes del poder punitivo. En la cuarta y última parte, delinearemos los ejes de un derecho penal propio de un estado constitucional que pone como centro y fin a los seres humanos y a sus derechos.

**LA INSEGURIDAD CIUDADANA Y LA LEGITIMACIÓN DEL PODER PUNITIVO**

Nadie puede negar que, en los últimos años, en Latinoamérica existe un aumento de los hechos delictivos (Durá, 2009: 141). Incluso se afirma que es la región más violenta del mundo (131). También es cierto que nosotros mismos o personas cercanas hemos sido víctimas de actos violentos.

El fenómeno delictivo ha sido uno de los temas importantes dentro de las agendas de los medios de comunicación. No existe periódico ni canal de noticias que no tenga una sección que informe sobre los incidentes delictivos. De alguna manera, todas las personas se sienten víctimas o potenciales víctimas de infracciones penales.

Ante esta creciente demanda de medidas para combatir la inseguridad, la clase política, particularmente la relacionada con sectores conservadores –aunque la izquierda no es la excepción a esta regla–, ha prometido “mano dura” para combatir la delincuencia. No hay país de Latinoamérica en el que el tema de la seguridad no haya competido, en las campañas presidenciales, con los problemas del desempleo y la pobreza. Las promesas de campaña se han concretado en el aumento del presupuesto para seguridad y en las iniciativas de carácter legislativo. El primero se ha manifestado en el aumento del número de policías y de equipamiento; las segundas se han encaminado a reformas y contrarreformas penales y procesales penales.

En la misma línea que la clase política –paradójicamente–, algunos movimientos emancipatorios –como las personas feministas (esencialistas), GLBT-TIQ, niñas y adolescentes, ecologistas y migrantes– promueven la utilización del derecho penal en sus luchas reivindicatorias. En unos casos proponiendo nuevos tipos penales (el acoso y el abuso sexual) y, en otros, aumentando considerablemente las penas (en la violación o trata de personas). Algunas personas activistas recurren a la imagen del poder simbólico del derecho penal. Se dice que al penalizar una conducta que se considera reprochable, se envía un mensaje claro a quienes utilizan su poder patriarcal, y se considera una conquista jurídica pensar que el Estado se movilizaría para combatir con severidad conductas violatorias de derechos.

La dimensión del problema delincencial aumenta si se consideran aspectos de la criminalidad contemporánea que han recibido difusión masiva para demandar de la comunidad internacional mayor seguridad global. La agenda global contra la delincuencia, promovida particularmente por los Estados Unidos, tiene entre sus puntos centrales: la lucha contra las drogas, la trata de personas, la criminalidad organizada, el lavado de dinero y el terrorismo. En cuanto a este último aspecto, hay quienes piensan que hay un antes y un después de los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York. El miedo al terrorismo tuvo dimensiones globales, que se manifestaron por medio de

las guerras preventivas en Irak y en Afganistán y de un sinnúmero de controles que han restringido tanto la libertad de movimiento como la privacidad, bajo la premisa de que es necesario restringir ciertos derechos para combatir estos graves delitos (Capella, 2007: 207-214).

Estos hechos explican la expansión de poder punitivo en nuestra región, que se sustenta en consensos internacionales que obligan a los Estados a adecuar sus sistemas jurídicos.<sup>1</sup> Los tipos penales se han multiplicado (medio ambiente, drogas, lavado de activos, trata de personas, pornografía infantil) y las penas han aumentado en toda la región. De la mano de estas reformas, la reincidencia ha vuelto a estar en el orden del día y se ha determinado que sea una causal para la agravación penal y hasta para la imposición de la prisión preventiva.

En el aspecto procesal, los trámites penales se han modernizado, adoptando sistemas orales y modelos de gestión más eficientes. Para lograr sus fines, además, se han introducido instituciones propias del derecho anglosajón (*plea bargaining*), denominadas juicio abreviado o simplificado, que promueven la declaración del procesado para conseguir penas más rápidas y menos severas. La prisión preventiva, dadas las estadísticas regionales, en las que aparece que en promedio se la dicta en más de la mitad de los casos, es la regla (Riego y Duce, 2008). Se han introducido excepciones para que sea obligatoria su imposición para algunos delitos. Paralelamente se han introducido formas de investigación excepcionales, del tipo agentes encubiertos y delaciones, que conducen a buscar verdades procesales a toda costa. Finalmente, se ha recurrido con frecuencia, por fenómenos delincuenciales, a estados de excepción, expandiendo de este modo el poder de la policía en la definición de las personas que entran al sistema penal.

La justificación para la expansión del poder punitivo no sólo es fáctica, mediática, política o normativa sino también teórica. La teoría penal que sustenta lo que se ha venido a conocer como funcionalismo penal o doctrina penal de la defensa social no es nueva. Podemos encontrar sus argumentos en el positivismo penal y cabe sintetizar sus principales postulados. El funcionalismo penal sostiene que hay dos tipos de personas en la sociedad: aquellos que ejercen sus derechos en el marco de la ley y los otros, “los enemigos”, que violan la ley

<sup>1</sup> Véanse, por ejemplo, Convenio sobre la ciberdelincuencia; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Convención Internacional contra el Terrorismo; Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena; Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.



o pretenden violarla. A estos últimos se los puede privar de sus derechos porque han renunciado a vivir de forma civilizada. Los Estados tienen el derecho de anular o eliminar a las personas que provocan daños graves.<sup>2</sup> La exclusión mediante la privación de libertad (y en algunos casos la muerte o ejecución extrajudicial) es una forma efectiva de evitar que la persona vuelva a delinquir. El funcionalismo ha resucitado la teoría del peligrosismo, propia del positivismo penal, que dice que el derecho penal debe usarse para prevenir infracciones tomando medidas de seguridad contra las personas que, natural o socialmente, podrían cometer infracciones. El análisis actuarial, propio del derecho de seguros que requiere información estadística sobre los riesgos, es una de las aplicaciones de esta teoría. En los Estados Unidos, se determinan las zonas de riesgos criminales mediante cálculos actuariales; de esta forma, ciertas zonas normalmente marginales se convierten en lugares de control penal preventivo.

En este contexto, no es difícil entender por qué la gente común y corriente apuesta a la violencia del Estado como forma única y más efectiva para combatir la delincuencia, ni tampoco es difícil apreciar una tendencia expansiva del poder punitivo del Estado. Sin embargo, ¿es razonable seguir alimentando este sentido común (Tedesco, 2009:576) y esta tendencia penal? ¿El discurso de los derechos humanos avala la expansión penal? Intentaremos observar estos fenómenos desde la doctrina de los derechos humanos.

#### LA MIRADA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La relación entre derecho penal y derechos humanos no es pacífica. Por un lado, (1) si se cumplen ciertas condiciones, el discurso de derechos humanos permite la aplicación del derecho penal. Por otro lado, (2) el ejercicio del poder punitivo siempre restringe, limita y muchas veces anula el ejercicio de los derechos humanos. Es decir, los derechos humanos gravemente lesionados pueden ser “protegidos” por el derecho penal y, al mismo tiempo, los derechos humanos pueden ser gravemente lesionados por el uso del derecho penal. En el ámbito penal se disputan el derecho a la tutela efectiva de las víctimas y el derecho al debido proceso de los supuestos victimarios. Desarrollemos cada una de estas posturas.

<sup>2</sup> Este discurso, por ejemplo, lo ha manejado el Fiscal General del Ecuador: “Estamos frente a un estado de emergencia delictiva. El sistema garantista de protección tiene que aplicarse a la ciudadanía y no a los que cometen delitos” (Washington Pesántez), *El Comercio*, “La seguridad es fracturada por los armados”, 1º de enero de 2010, p. 12.

(1) Sin duda, el discurso de los derechos humanos podría legitimar no sólo el sistema penal sino también su expansión. Por un lado, (a) el sistema de protección de derechos promueve la tipificación de ciertas violaciones de derechos humanos, y (b) establece condiciones para la imposición de penas. Por otro lado, (c) en la misma línea, las Constituciones contemporáneas dibujan las líneas que configuran el poder punitivo del Estado.

- a) Existen instrumentos jurídicos internacionales que directamente disponen la tipificación de los delitos. Por ejemplo, la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes determina que “Todo Estado parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”.<sup>3</sup> En la Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio se afirma que las partes se comprometen a “establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio”.<sup>4</sup> El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de igual modo, hace un llamado para que los Estados ejerzan su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.<sup>5</sup> Esto por mencionar algunos instrumentos, pero lo importante es destacar que la lucha por los derechos humanos también implica el uso del derecho penal.
- b) Los instrumentos generales de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen la capacidad punitiva del Estado y le ponen condiciones. Por ejemplo, el Pacto de San José determina que toda persona inculpada de un delito tiene derecho, en plena igualdad, a que se presuma su inocencia, a la defensa, a recurrir, a no inculparse, entre otras.<sup>6</sup> Garantías semejantes se establecen en el instrumento pertinente de Naciones Unidas.<sup>7</sup>
- c) Por su parte, las Constituciones contemporáneas tienen una parte que se denomina “dogmática”, en la que encontramos las garantías al debido proceso en lo penal, la proporcionalidad de las penas y hasta la finalidad del sistema penal. Incluso, como es el caso

<sup>3</sup> Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, art. 4.

<sup>4</sup> Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio, art. V.

<sup>5</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Preámbulo.

<sup>6</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8 (2).

<sup>7</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14 (3).

de la Constitución ecuatoriana, encontramos mandatos de tipificación con relación a graves violaciones a los derechos humanos.<sup>8</sup>

En la parte orgánica podemos encontrar también lineamientos en relación con la función judicial, la fiscalía, la defensa pública y la organicidad relacionada con la ejecución de penas.

El derecho penal está, en pocas palabras, legitimado por el derecho internacional de los derechos humanos y también por el derecho constitucional. Sin embargo, esa legitimación es condicionada. En primer lugar, existe reserva de ley para toda regulación de carácter penal. En segundo lugar, los derechos humanos son intrínsecamente normas limitadoras de todo poder. Desde esta perspectiva, el derecho penal no admite regulación a nivel reglamentario (además atentaría contra el principio de legalidad), que es una garantía formal, ni tampoco puede ser maximalista, que es una garantía sustantiva.

(2) El derecho, en general, restringe y limita derechos cuando regula las relaciones humanas. En el ámbito civil se restringe el derecho a la propiedad; por ejemplo, cuando se incumple un contrato, una jueza o juez puede ordenar una garantía que signifique la restricción del ejercicio de algún derecho de propiedad. En el ámbito penal, la situación suele ser más dramática porque puede restringirse la libertad personal y muchos otros derechos relacionados con la libertad, que son severamente amenazados en regímenes de encierro y que a veces ni siquiera constan como penas en las leyes de la materia.

No puede dejar de mencionarse, además, la comparación entre la cantidad de delitos cometidos por funcionarios de Estado y por delincuentes comunes. De lejos, el dolor humano provocado por agentes estatales es mayor. Todos los genocidios y las guerras entre países (y sus variaciones como guerra al comunismo, guerra al narcotráfico y guerra contra la delincuencia) han sido propiciados o tolerados por el Estado. Nadie ha ejecutado, desaparecido, torturado o detenido ilegalmente como lo ha hecho el Estado o quienes operan con su aquiescencia. La historia de la humanidad demuestra, en todos los períodos, que quien tiene el poder y las armas debe estar rigurosamente limitado por el derecho.

Frente a esta constatación, no podemos quedarnos con la idea de que el discurso de los derechos humanos permite la creación y la aplicación del de-

<sup>8</sup> Constitución de Ecuador, 2008, art. 80: "Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó".

recho penal. Siempre debemos recordar que el discurso de los derechos humanos podría ser utilizado tanto para legitimar el sistema penal como para deslegitimarlo. La tendencia actual es utilizarlo para lo primero. Conviene, como sugiere el profesor Boaventura de Souza Santos, estar siempre alertas y tener una posición crítica frente al potente discurso de los derechos humanos, que pueden controlar o pueden emancipar (Santos, 2002: 211). Desde el control, el discurso de los derechos humanos expande el poder punitivo. Desde la emancipación, el discurso de los derechos humanos debe encaminarse a diseñar técnicas de contención de un poder inmanentemente violador de derechos, hacerlas vinculantes y eficaces para lograr dos fases en la evolución del derecho penal: minimizar al máximo su utilización y abolirlo.

Esta es precisamente la perspectiva que debe prevalecer cuando miramos el derecho penal. Con esta mirada, intentaremos deconstruir el discurso penal securitista o maximalista.

#### **DECONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO SECURITISTA**

Los discursos crean realidades. Los postulados que sustentan el funcionalismo penal no son sólo palabras. Tampoco son sólo palabras los textos prescriptivos que constan en el derecho penal. La teoría que fundamenta las leyes penales, y las leyes que generan competencias a agencias punitivas del Estado, llenan las cárceles con personas de carne y hueso que sufren las consecuencias de una teoría, de una ley y de una autoridad que ordenó su privación de libertad. Por ello, hay que combatir ese discurso con discursos alternativos que, a su vez, sustenten leyes ponderadas y que restrinjan los poderes discrecionales de las autoridades que tienen la potestad de encerrar a alguien. Conviene, entonces, deconstruir todos y cada uno de los postulados que sustentan la expansión del poder punitivo.

#### **LA INSEGURIDAD CIUDADANA: UNA PERCEPCIÓN PERVERSA**

De la mano del aumento de la criminalidad, los medios de comunicación han magnificado la realidad al punto de que las personas creen que existen más delitos de los que realmente existen.<sup>9</sup> La distorsión es tan grande que quienes

<sup>9</sup> Sobre la percepción ciudadana en los medios de comunicación en la región, véase: <[www.es.wordpress.com/tag/percepcion-de-inseguridad/](http://www.es.wordpress.com/tag/percepcion-de-inseguridad/)>, consultado el 2 de febrero de 2010.

perciben ser las personas más vulnerables en realidad no lo son, y quienes creen estar en situaciones de mayor seguridad son más proclives a ser víctimas de infracciones (Pavarini, 2009b: 259). En este sentido, las mujeres creen estar más expuestas a la criminalidad y estadísticamente son las personas que menos sufren por la comisión de delitos; por el contrario, los hombres jóvenes son numéricamente más víctimas que otros grupos poblacionales y se perciben como menos expuestos a la criminalidad (Gomáriz, 2007; Durá, 2009: 135). De igual modo, por la cobertura de prensa que semanalmente reportan los éxitos policiales en la lucha contra las drogas, y por la población carcelaria existente, particularmente en los centros de privación de libertad femeninos, podría pensarse que uno de los problemas más graves que atraviesa nuestra región es el comercio y consumo de drogas. Sin embargo, cuando uno mira a su alrededor encuentra que quienes consumen drogas son personas aceptadas socialmente que, además, no generan inseguridad. El consumo de drogas en la región es relativamente bajo y no está dentro de las grandes preocupaciones de la ciudadanía.

Desde una perspectiva crítica, a través de los medios se distribuyen artificialmente las inmunidades y las responsabilidades penales del mismo modo como se distribuye la riqueza (Pavarini, 2009c: 220). Los medios difunden un estereotipo de criminal relacionado con la delincuencia menor o con la criminalidad organizada estigmatizada (drogas, guerrillas, trata de personas) que esconde la criminalidad de las personas con poder económico o político; de hecho, no existe estereotipo para este tipo de criminales.<sup>10</sup> La tutela de la seguridad de un grupo poblacional determinado se practica de manera inversamente proporcional a la falta de tutela de otros grupos marginados de la sociedad. La política criminal y los códigos penales se construyen a partir de las percepciones de un grupo de interés, que operan contra un grupo mayoritario de personas en situación de vulnerabilidad.

Oscar Vilhena Vieira sostiene que las personas más pobres, tanto en sentido material como político (por estar muy lejos de poder influir sobre las decisiones que toma un Estado), son invisibles o demonizadas. Invisibles en tanto su marginalidad no despierta el más mínimo sentimiento de compasión o solidaridad y, en consecuencia, no figuran como destinatarios de los servicios públicos. Estos invisibles, cuando ejercen violencia contra la gente, se convierten en demonizados: dejan de tener imagen humana, se les aplica el poder punitivo,

10 En su documental *Roger and Me*, Michael Moore le pregunta a un policía cómo son los delincuentes y este describe al típico delincuente que uno proyecta desde el sentido común; cuando le pregunta sobre el estereotipo del delincuente de guante blanco, el policía queda sin respuesta porque seguramente no tenía estereotipo.

se los puede torturar, encerrar y hasta matar. Si un miembro de la sociedad inflige daño a una persona demonizada queda legitimado y además inmune (Vieira, 2007: 44).

La percepción es perversa. Por un lado, demanda intervención policial y penal para proteger a aquellos que se consideran honrados y se benefician del *statu quo*; por otro lado, perdona a quien viola los derechos humanos de los que han sido clasificados como delincuentes por el sentido común. Los primeros son víctimas de la violencia social, y los segundos no son víctimas de la violencia estatal. Si a una persona le roban a mano armada en la calle un teléfono celular es considerada una víctima, y el hecho es una demostración de la inseguridad ciudadana. Detienen al ladrón, lo hacen subir a patadas al patrullero, lo juzgan sumariamente o lo ponen indefinidamente en prisión preventiva; pero esta persona no es considerada una víctima y este hecho es una forma de proporcionar seguridad. Sin bien es necesario abordar el primer fenómeno y darle soluciones concretas, eso no justifica que no se hable de violencia cuando el sistema penal viola derechos.

La esquizofrenia generada y promovida por los medios de comunicación debe ser enfrentada y evitada. No es propio de las sociedades democráticas reconocer los derechos de unos e ignorar los derechos de otros. En última instancia, esta visión sesgada reproduce la violencia y no resuelve conflicto alguno. Aquí se trata de conflictos sociales indeseables que deben encontrar solución fuera del derecho penal.

#### TODO CONFLICTO SOCIAL DEBE TENER SOLUCIÓN

Toda conducta que constituya una infracción penal es un conflicto social, pero no todo conflicto social debe ser penalizado. Para diferenciar estas dos situaciones se ha dicho que todo conflicto que no puede ser resuelto debe ser penalizado, y que si el conflicto puede ser resuelto debe serlo mediante el derecho civil, administrativo o constitucional. Por ello, el derecho penal es de *ultima ratio*. Este argumento fue esgrimido por muchos juristas progresistas para reducir al máximo el espectro de infracciones penales. Sin embargo, aun siendo loable, no ha tenido el efecto deseado.

Esta distinción doctrinaria, además, es artificial en la práctica. En el catálogo de infracciones penales encontramos conductas que son evidentemente solucionables, como aquellas relacionadas con los delitos contra la propiedad o aquellas que son consecuencias de faltas administrativas (tomar calles sin autorización, portar armas sin permiso, explotar recursos naturales ignorando los requisitos de ley, no pagar impuestos debidos). La propiedad –recordemos– es disponible por el dueño y puede ser usada por el poseedor; en consecuencia, nada impide que los delitos contra la propiedad sean solucionables por la

mera voluntad de la víctima. Las infracciones por incumplimiento de deberes administrativos pueden solucionarse a través de medios coercitivos distintos al penal, como pueden ser la multa o la suspensión de la actividad productiva en la que se produjo el fraude.

Por otro lado, puede llegarse a esta misma conclusión viendo cómo las comunidades indígenas resuelven los conflictos con relevancia penal (Padilla, 2008: 151).<sup>11</sup> Todo conflicto podría tener una solución no penal. Si aprendemos de la justicia indígena, veremos que los delitos contra la vida tienen sanciones más pragmáticas y menos dolorosas que la cárcel. A una viuda, por ejemplo, le interesará más una pensión vitalicia que la posibilidad de que el victimario pase veinte años en una cárcel. La pena excluye o elimina, como pretenden los funcionalistas, o genera cohesión e inclusión. Conviene, en ese camino tendiente a minimizar y abolir el derecho penal, ampliar nuestros horizontes de comprensión de los conflictos sociales para usar más cautelosamente el derecho penal o directamente no usarlo.

En la práctica, la intervención penal no resuelve el conflicto social con una sentencia, sino que se transforma en otro conflicto y más agravado (Binder, 2004: 17-32). Si con la comisión de un hecho considerado delictivo se violó un derecho, con la respuesta punitiva se menoscaban múltiples derechos de la persona victimaria y de sus seres cercanos, aunque formalmente se sostenga que la pena es individual y que deben restringirse solamente aquellos derechos taxativamente determinados en la ley. Enumeremos algunos derechos vulnerados: 1) la autonomía de la voluntad y la libertad para contratar; 2) la intimidad; 3) la convivencia familiar; 4) la seguridad personal; 5) el acceso a servicios básicos; 6) la libertad sexual; 7) el libre desarrollo de la personalidad; 8) los derechos sociales; 9) el derecho a vivir en un medio libre de violencia; 10) el derecho a la integridad física (tortura y lesiones graves) y sexual (se obliga a las personas a tener relaciones homosexuales), y la lista puede continuar. Por otro lado, nada más desacertado que afirmar que la pena es individual; la sufren la pareja, los hijos e hijas, la madre, el padre, los amigos (Mathiesen, 2003).

Así como el sentido común suele apostar por el uso y el abuso del derecho penal para solucionar el problema de la seguridad ciudadana, también suele afirmar, paradójicamente, que las cárceles son una escuela para el crimen. Baratta sostiene que en un régimen de encierro se cumplen dos objetivos: se aprende a ser un buen criminal frente a la sociedad y un buen detenido frente a las autoridades penitenciarias (Baratta, 2004a: 195). Si entendemos

11 La investigación de Guillermo Padilla es un estudio ejemplar sobre la inutilidad de la pena en el derecho ordinario y la influencia perniciosa de los medios de comunicación.

al crimen como un hecho violento que debe ser combatido, el sentido común acierta en este aspecto. La única forma de soportar el encierro es aprendiendo formas violentas de sobrevivencia o consumiendo sustancias estupefacientes para evadir la realidad. La consecuencia es que las personas encerradas se tornan más violentas y corren el riesgo de caer en una adicción. Mientras más tiempo pasen encerradas, más agudos serán sus problemas. Y esas personas, tarde o temprano, tienen que salir de la cárcel. Fuera de la cárcel encontraremos a una persona más violenta, que no hará otra cosa que reproducir la violencia aprendida en el encierro. Al final, como quedó dicho, el conflicto no sólo no se resolvió sino que se agravó.

#### LA SOLUCIÓN DE LA VIOLENCIA NO PUEDE SER REDUCIDA AL TIPO PENAL Y A UNA PERSONA

La apuesta por el funcionalismo o maximalismo penal tiene dos consecuencias fatales: una se relaciona con (1) la reducción del problema de la seguridad ciudadana al delito; la otra con (2) la inutilidad del derecho penal como herramienta para abordar un conflicto social.

(1) El problema de la seguridad ciudadana es plural, multiforme y polisémico (Carrión y otros, 2009: 10); en él intervienen múltiples actores públicos y privados, que tiene innumerables formas y se manifiesta mediante múltiples espacios (medios de comunicación, familia, Estado, trabajo, escuela, calle). Reducir el problema a la violencia definida por la ley penal, a una forma judicial y a una explicación jurídica (comisión de una infracción penal) no corresponde porque no permite comprender la complejidad del fenómeno. No está de más decir que hay violencias que ni siquiera son definidas por el Código Penal, como la violencia emocional entre parejas o entre padres e hijos.

La psicología sistémica suele afirmar, cuando hay un problema de violencia intrafamiliar, que el victimario y la víctima son los actores identificados. Esto quiere decir que hay otros actores que los miembros de la familia invisibilizan, encubren o absuelven y que no son considerados parte del problema. Desde una perspectiva de sistemas, todos los miembros de la familia tienen parte de la responsabilidad y también son parte de la solución; en otras palabras, todos son de alguna manera responsables y también víctimas. Abordar el problema desde los actores identificados no resuelve nada, y es muy probable que la conducta indeseada vuelva a repetirse.

Lo mismo puede predicarse de la violencia social. El problema no es sólo de la víctima y el victimario, sino que es mayor y más complejo. El derecho penal, por el concepto de culpabilidad y de personalidad de la pena, debe individualizar al responsable y suele invisibilizar a la víctima, que se convierte en un mero dato probatorio y, con suerte, en un sujeto procesal. El proceso penal es



una especie de abstracción de la realidad que mediante categorías difíciles de entender transforma el conflicto social en un delito, al actor identificado en un “procesado” y luego “condenado”, y a la víctima en un elemento de prueba. El contexto social, el pasado, las condiciones de vida, la interrelación con la víctima son secundarios y la mayoría de las veces irrelevantes.

Desde una perspectiva sistémica, que nunca puede conciliarse con el derecho penal, todos somos de alguna manera responsables. Cada uno de nosotros por tolerar una sociedad que mantiene y refuerza la exclusión social, el Estado por no promover una organización social inclusiva, la familia y un montón de seres que hicieron o dejaron de hacer lo adecuado. Esta perspectiva, por supuesto, nos lleva al campo de las políticas sociales y de la corresponsabilidad en los derechos de las personas.

Roberto Gargarella analiza esta situación en un maravilloso libro que es sugerente desde su título, *De la injusticia penal a la justicia social* (2008), donde afirma que el derecho penal adolece de legitimidad al operar contra seres humanos a quienes se ha privado de los servicios públicos más elementales y luego se les exige respeto a derechos, como el de propiedad, que nunca se les permitió ejercer.

(2) La supuesta y única solución al problema definido por el derecho penal es el encierro de una persona. Consideremos esta solución mágica y simbólica. El derecho penal es en esencia represivo y no reparador. De entrada, la víctima no tiene cabida. Al derecho represivo le interesa exclusivamente la persona responsable de una infracción definida como penal; contra esta el proceso penal y con esta las garantías del debido proceso; para esta, la pena que es personalísima. Pero uno de los actores del conflicto, la víctima, quien además sufrió la violación de sus derechos, es irrelevante y no puede intervenir. El daño ocasionado por el delito no se repara porque no es objeto del proceso ni de la condena. Si alguien cree que el problema se resuelve con el encierro del condenado, se engaña a sí mismo. El objeto robado puede no ser devuelto, la persona violada puede seguir con su trauma emocional, la torturada puede seguir con la lesión irreversible, el familiar sobreviviente sigue con su duelo independientemente del resultado del juicio penal... podríamos continuar enumerando víctimas que, con un poco de suerte y mucha dificultad, apenas lograrán una indemnización por daños y perjuicios. El protagonista pasivo del conflicto no obtiene beneficio alguno de la solución penal ofrecida por el sistema de justicia.

Ahora veamos el lado del procesado y condenado, protagonista activo de la infracción penal. ¿Qué pasa con la persona durante su encierro, mientras la sociedad calma su sed de seguridad ciudadana? Hay muchas fuentes para conocer la suerte de las personas presas. Una de ellas, a la que me gusta recurrir, es la literatura. No exagera el juez Cançado Trinidad cuando compara el

caso Tibi con novelas y escritos que tratan sobre la cárcel.<sup>12</sup> Otras fuentes son la investigación social (Carranza, 2007) y las historias de vida (Dufour, 2009). Pero hay otros informes, con mayor autoridad normativa, que dicen lo mismo con otro estilo, como los informes de los sistemas de protección de derechos o las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>13</sup> Lo cierto es que más de un estudio determina los efectos alienantes de la privación de la libertad, que se agravan cuanto más severas son las penas y prolongados los encierros. La cárcel genera daños físicos y trastornos emocionales, tales como soledad, depresión, ansiedad, baja autoestima y distorsiones en la identidad (Ferrajoli, 2005: 414).<sup>14</sup> El profesor Baratta afirma que se ha demostrado científicamente que la cárcel no tiene efectos positivos en el encerrado, sino que más bien estabiliza y profundiza lo que se considera como criminalidad (Baratta, 2004a: 194). En suma, nada aleja más de la figura de ciudadano que la personalidad que se adquiere en el encierro.

Hay otro indicador para medir la eficacia de la cárcel, y es la reincidencia. Para el funcionalismo la reincidencia es la demostración de la peligrosidad del individuo y, en consecuencia, la justificación para afilar los dientes del sistema penal. En cambio, para el garantismo la reincidencia es la demostración del fracaso del sistema penal. La persona definitivamente no se rehabilita y hace en libertad exactamente lo que aprendió durante el encierro. La persona devuelve la violencia que aprendió estando privada de su libertad. Desde la perspectiva jurídica garantista, la reincidencia es una regresión del positivismo jurídico. El cumplimiento de la pena debe cancelar el delito y la persona recupera su estado de inocencia. Resulta inconsistente, desde el derecho penal de acto, agravar una pena u obligar a una prisión preventiva, valorar un hecho ya sancionado y superado y castigar dos veces por un hecho pasado (Ferrajoli, 2005: 507).

12 Franz Kafka, *El proceso*; Antonio Gramsci, *Cartas de la cárcel*; Oscar Wilde, *De Profundis*; Albert Camus, *El extranjero*; Fëdor Dostoievski, *Recuerdos de la Casa de los Muertos (1862)*, en Cançado Trinidad (2004), "Voto Razonado", Caso Tibi vs Ecuador, párrs. 1-8.

13 Véase Corte IDH, caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú, sentencia del 2 de agosto de 2008; Corte IDH, caso Instituto de Reeduación del Menor vs Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004; Corte IDH, caso Caesar vs Trinidad y Tobago, sentencia del 11 de marzo de 2005; Corte IDH, caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs Venezuela, sentencia del 5 de julio de 2006; Corte IDH, caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs Guatemala, sentencia del 8 de marzo de 1998; Corte IDH, caso Tibi vs Ecuador, sentencia del 7 de septiembre de 2004.

14 Véase, sobre los argumentos que tiene Ferrajoli para sostener que la pena para los delitos más graves no puede ser mayor a diez años, el pie de página n° 179, que consta en la p. 455.

Al final, todos pierden: procesado, víctima y sociedad. La pena de privación de la libertad, desde cualquier punto de vista, es inútil (Nercellas, 2009: 462 y 467). Por ello conviene replantearse las soluciones jurídicas a las violaciones de los derechos. El profesor Owen Fiss sugiere cambiar el esquema de lucha litigiosa, que busca la represión, por otro que busque la reparación. En esta segunda forma de entender la justicia, la víctima es protagónica y la solución es útil (Fiss, 2003: 1-47). Esta propuesta no es una locura, en particular cuando cada vez más las acciones de protección de derechos de carácter constitucional abren sus puertas a los conflictos entre personas privadas cuando una de ellas ejerce algún tipo de poder que somete o discrimina, como es el caso de los delitos. Esta vía sin duda se abrirá cuando la sociedad y los jueces y las juezas dejen de pensar que cada vez que hay un delito, debe haber un ser humano encerrado.

#### **EL FALSO DILEMA ENTRE EFICIENCIA Y GARANTISMO**

Ninguno de los países de la región es ajeno a las reformas que han privilegiado la eficiencia sobre la garantía de derechos, como si este fuese un dilema real e inevitable. Los eficientistas sostienen que para combatir la inseguridad y la impunidad hay que obtener sentencias rápidas y ejemplificadoras. Es como una carrera que gana el que llega más rápido. Se dice, en cambio, que los garantistas protegen a los delincuentes y les reconocen tantos derechos que nunca se llega a una condena y todos acaban saliendo enseguida de las cárceles. Este es el dilema puesto en el tapete. Tal como está planteado, se reduce a una opción política: condenar a todo culpable aun a costa de condenar a un inocente, o evitar la condena de un inocente aun a costa de absolver a un culpable. La tendencia en Latinoamérica parece apostar por la primera opción, que se manifiesta en dos instituciones, el juicio abreviado y la prisión preventiva, que producen dos realidades que son manifiestamente violatorias de derechos humanos: (1) el juicio sin proceso, y (2) la pena sin condena.

(1) El juicio sin proceso, conocido como juicio abreviado o simplificado, se conoce en el sistema anglosajón como *plea bargain* (Langbein, 2005). El juicio abreviado rompe y viola todas las garantías del debido proceso conquistadas en más de doscientos años de derecho penal liberal. Ahora se puede condenar en un juicio sumario, se admite la famosa máxima que era propia del derecho civil: “a confesión de parte, relevo de prueba”, y se atenta contra el principio que fue la principal arma contra la tortura en el proceso, que es la prohibición de autoinculpación (Maier y Bobino, 2005).

(2) La pena sin condena, que es la prisión preventiva utilizada como regla, se sustenta en tres requisitos que gozan de consenso doctrinario entre los

procesalistas penales y que, desde un discurso crítico a partir de los derechos humanos, son fácilmente deslegitimados. El primer requisito es que debe haber supuestos materiales para dictarla; esto es, que tiene que haber suficientes elementos de prueba para sostener que existió la infracción y que la persona es responsable. El estándar es tan alto que realmente deben tenerse elementos para condenar a una persona, y esto sólo se consigue con una investigación seria y adversarial. ¿Por qué no juzgarla en lugar de mantenerla procesada? En la práctica, es una mera formalidad la fórmula para dictarla: basta la noticia del crimen o un parte policial.

El segundo requisito alude a la posible obstrucción de la investigación por parte del procesado. Dos comentarios. Nada pone en mayor desventaja de defensa que quitar las posibilidades de actuación. Es como si un partido de fútbol, para evitar que se cometan faltas, se jugara con los futbolistas en el banco. Además, ¿qué hace pensar que el fiscal no obstruye o altera los elementos de prueba para obtener una acusación sustentada en datos falsos? En estos casos, ¿por qué no encerrar al fiscal? Así, con ambas partes del proceso encerradas o en libertad se conseguiría una auténtica igualdad de armas.

Finalmente, el peligro de fuga. Estoy seguro –y esto sólo puede afirmarse a partir de lo que sucede en los juicios no penales– de que la fuga se produce no tanto por la posible gravedad de la pena como porque existe la certeza del encierro preventivo. El temor de la cárcel durante el proceso motiva la fuga (Zalamea, 2009: 311). Si la regla absoluta fuese la libertad, las personas comparecerían a juicio y se defenderían de forma intensa. Además, tanto en este requisito como en el anterior, a la persona se la priva de la libertad por un hecho que no ha sucedido (alteración de pruebas o fuga) y que es imposible demostrar. Siempre se presume, y esa presunción es contraria a la presunción de inocencia que pregonan la Constituciones y los tratados de derechos humanos.

Este fenómeno contemporáneo ha sido considerado por el maestro Zaffaroni como “el capítulo más triste de la actualidad latinoamericana y el más deplorable de toda la historia de la legislación penal en la región, en que políticos intimidados por la amenaza de una publicidad negativa provocan el mayor caos legal autoritario, incomprensible e irracional” (Zaffaroni, 2006: 103).

En suma, en la práctica el eficientismo no es otra cosa que una máscara que esconde violencia cruda y dura contra las personas procesadas. No puede tolerarse que un problema de violencia se resuelva con la restricción de derechos, que es otra forma de ejercer violencia. Desde el análisis constitucional y de los derechos, como afirma el profesor Maier, la respuesta es clara y la discusión debería estar cerrada; sin embargo, el funcionalismo gana la partida (Maier, 2009: 405).

EL GARANTISMO ES EL ÚNICO DERECHO QUE PERMITE EL ESTADO  
CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

El garantismo tiene sustento jurídico en las Constituciones conocidas como fuertemente materializadas por la incorporación de múltiples derechos de las personas y colectividades. Los derechos establecen vínculos y límites al Estado. Por los vínculos el Estado tiene obligaciones prestacionales, tales como establecer judicaturas con suficiente número de servidores judiciales adecuadamente capacitados; por los límites el Estado tiene prohibiciones específicas que no puede romper a menos que incurra en graves violaciones a los derechos humanos, tales como torturar, no sancionar sin un debido proceso, no discriminar. El maestro Ferrajoli sostiene de manera categórica que el único modelo de derecho penal que demanda el Estado constitucional se llama “garantismo penal”, entendido como “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para garantía de los derechos consagrados en las Constituciones” (Ferrajoli, 2008: 27). Según este modelo, se distinguen tres tipos de garantías: las sustanciales, las procesales y las orgánicas.<sup>15</sup> El garantismo penal permite justificar la existencia del derecho penal al regular y minimizar la violencia punitiva, al establecer el parámetro de legitimación del Estado en el uso de su poder sancionador, y al adecuarse a un modelo de democracia sustancial propia de un Estado constitucional de derechos y justicia. Nos detendremos un momento en este último punto.

La democracia que demanda una Constitución fuertemente materializada –como las latinoamericanas– no es la democracia formal o aquella en la que simplemente importa *quién* decide y *cómo*. La voluntad de la mayoría inevitablemente se orienta hacia formas de derecho penal autoritario o máximo en términos de represión. La mayoría tiende a concebir el derecho penal –como nos recuerda Ferrajoli y como se constata en el debate público de nuestros políticos latinoamericanos– esencialmente como un instrumento de defensa social (21), y piensa que existe una parte de la población que no es desviada a la que hay que proteger, y otra parte de la población que es una minoría de desviados. La defensa social no sólo nos lleva a desconocer la Constitución, sino a abrazar el terrorismo penal. La democracia, entonces, no puede ser sólo

15 Garantías sustanciales: principio de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad; garantías procesales: contradictoriedad, paridad entre acusación y defensa, estricta separación entre acusación y juez, presunción de inocencia, carga acusatoria de la prueba, oralidad, publicidad; garantías orgánicas: independencia interna y externa de los jueces y juezas, autoridades competentes, reducción de la discrecionalidad y principio del juez natural.

la voluntad del pueblo; esa voluntad debe estar restringida por los derechos. En la democracia sustancial importa *quién y cómo* se decide, pero también *qué* se decide (Morales, 2008). En el Estado constitucional de derechos existe una esfera que no es decidible por las mayorías y que, por lo tanto, se sustrae a la voluntad mayoritaria. En el ámbito penal en concreto, ¿qué es lo que no puede decidirse?: todas las personas, desviadas y no desviadas, debemos ser consideradas y tratadas de forma igualitaria y se nos debe respetar la vida y la libertad personal.

Los derechos humanos no pueden sacrificarse por el sentimiento de inseguridad pública, por el bien común, por el orden público o por cualquier otra consideración mayoritaria. De ahí surge el carácter democrático del derecho penal: no es un derecho de las mayorías para las minorías desviadas, sino que es un derecho de todas las personas destinado a todas las personas. En suma, como concluye el maestro Ferrajoli, “no se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable” (Ferrajoli, 2008: 24). De ahí se deriva también la legitimidad de los jueces y las juezas de poder resolver contra la presión de la opinión pública o de personas influyentes ajenas al poder judicial. Las juezas y los jueces tutelan los derechos aun contra las mayorías, al aplicar el derecho que emana de la Constitución y la ley.

#### EL FUNCIONALISMO PROMUEVE NORMAS Y PRÁCTICAS INCONSTITUCIONALES

El debate sobre la necesidad de combatir a las teorías y prácticas funcionalistas no es pacífico. El profesor Zaffaroni sostiene que en Latinoamérica simplemente no hay teoría que justifique lo que él llama un Estado policial (por oposición a un Estado democrático); las reformas penales que han expandido el *ius puniendi* son manifestaciones de poder que no tienen sustento en el derecho penal en el contexto de los Estados constitucionales y democráticos (Zaffaroni, 2006: 100)<sup>16</sup>. De hecho, para Zaffaroni toda teorización del derecho penal es por esencia garantista (de ahí que no corresponda la reiteración de “derecho penal garantista”) y, por ende, no cabe reflexión contraria. Por su parte, el profesor Ferrajoli sostiene que no tiene sentido el debate sobre lo que se conoce como funcionalismo, que es la teoría más sólida para justificar la expansión del poder punitivo, porque su sustento ha sido ampliamente recha-

16 Zaffaroni sostiene que existe una “huelga de pensamiento” o pensamiento nulo, “porque al menor sople de pensamiento se implosionaría”.

zado por la academia (Zaffaroni, 2006: 205)<sup>17</sup> y lo único que logra el debate es publicitar una teoría inaceptable. Sin embargo, con buen sentido político, el profesor Pavarini sostiene que hay que aprovechar todos los espacios para argumentar sobre el funcionalismo y que el tema nunca será suficientemente agotado mientras sus postulados sigan influyendo en el diseño de las políticas criminales, particularmente en América Latina (Pavarini, 2009a: 173).

El funcionalismo, alimentado por el sentimiento de inseguridad ciudadana y el maximalismo penal que la provoca, atenta contra tres pilares del Estado constitucional: (1) la dignidad, (2) la igualdad y (3) la libertad. Al establecer normas penales constitutivas en las cuales no media el comportamiento sino la personalidad desviada, se castiga el ser (derecho penal de autor) y no el hacer (derecho penal de acto), lo cual marca la diferencia entre un Estado autoritario y uno democrático.

(1) La dignidad, entendida como la prohibición de utilizar a otros como simples medios para satisfacer los propios fines (Kant, 2001: 261-263), se pierde cuando se utiliza la figura del “chivo expiatorio”, propia del derecho penal. Lo que quiere la sociedad es tener presos para poder convencerse de que los delincuentes están encerrados, sin importar si son culpables o no. La alarma social, la inseguridad y el orden público justifican que la policía encierre a los sospechosos y que los jueces no los dejen salir.

(2) Uno de los derechos que más llama la atención y es cotidianamente vulnerado por el sistema penal es el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Cuando uno mira la sobrerrepresentación de ciertos grupos humanos en las cárceles, como la población afrodescendiente o las clases sociales menos beneficiadas por los servicios públicos, y la compara con la subrepresentación de esos mismos grupos en espacios de poder político o económico, lo menos que puede hacer es sospechar la existencia de una práctica discriminatoria y excluyente.

La criminología crítica denominó a este fenómeno *labelling approach* o teoría del etiquetamiento (Baratta, 2004b: 83 y siguientes), e implica una denuncia de la selectividad marginadora del sistema penal. Nadie pone en duda que el sistema penal, por eficiente y grande que sea, debe ser selectivo. No toda conducta tipificada en la ley podrá ser perseguida y no todos los delitos serán denunciados. El problema es que la selección del derecho penal suele ser irracional y discriminatoria: sólo la criminalidad más torpe, relacionada con las personas más pobres o peor situadas en la sociedad, ingresa cotidianamente al sistema. No es casual que los grupos humanos excluidos de la sociedad sean

17 Sobre la extensa bibliografía que ha tratado el tema véase un listado en página n° 386.

los que habitan mayoritariamente las cárceles (población afrodescendiente, indígenas, desempleados, inmigrantes). Este fenómeno, denominado criminalización, es profundamente discriminatorio (Ramm, 2005) y además garantiza la impunidad de los delitos más atroces cometidos en la sociedad (De Castro, 243). Asimismo, no se garantiza el debido proceso.<sup>18</sup>

En términos colectivos, cuando se aplica el cálculo actuarial para determinar los lugares o barrios peligrosos mediante el mayor número de noticias criminales formalmente reportadas –como se hace en los Estados Unidos– se cae en estereotipos y generalizaciones. El sospechoso, el grupo humano naturalmente proclive a cometer delitos y que está en la mira de los agentes del sistema penal –como los musulmanes, el vago, el pobre, el desempleado, el inmigrante– es criminalizado, no por lo que hace, sino por lo que es.

(3) Finalmente se afecta a la libertad, tanto negativa como positiva. Las personas no podrán ejercer su libertad de movimiento porque serán detenidas, procesadas y condenadas. Las personas no podrán desarrollar al máximo sus potencialidades porque, tanto dentro de una cárcel como fuera de ella, no tendrán los medios para desenvolverse como personas.

#### LA TRAMPA DEL PODER PUNITIVO

Los movimientos sociales emancipatorios han tenido una estrecha relación con el derecho. Sus luchas comienzan o terminan con el reconocimiento de derechos en las normas jurídicas; en algunos casos consiguen reformas constitucionales, en otros nuevas instituciones y, lamentablemente, también el establecimiento de tipos penales. Este último reconocimiento reivindicatorio es contraproducente, sobre todo si se lo analiza desde la lucha de los movimientos por mejores condiciones de vida, por la inclusión y por sociedades más igualitarias.

La trampa del poder punitivo consiste en luchar contra la discriminación utilizando el derecho penal, que es el instrumento más discriminatorio de todos. El profesor Zaffaroni sostiene que la confianza en el poder punitivo tiene dos efectos indeseables. Por un lado, neutraliza el discurso antidiscriminatorio de quien lo propugna, que pueden ser mujeres, niños, indígenas o cualquier otro grupo marginado del poder, y por otro legitima un poder discriminatorio que se sostiene en tres vigas: el patriarcado, la confiscación del conflicto a la

<sup>18</sup> La detención suele ser arbitraria, sin formalidades o sin flagrancia, no hay lectura de derechos ni abogados desde el primer interrogatorio. En un gran porcentaje de casos existe tortura, declaraciones autoinculpatórias, abusos de privaciones preventivas de libertad, juicios dilatados, ausencia de defensa técnica, sentencias no motivadas adecuadamente, entre otras.



víctima y la búsqueda de la verdad por medios violentos (Zaffaroni, 2000:19).

La primera tarea del poder dominante es subordinar y la segunda es disciplinar. El poder patriarcal, adultocéntrico, especifista, racista y demás, usa medios persuasivos y sutiles, cotidianos y eficaces, que se transmiten por intermedio de la familia, los medios de comunicación, la religión, la escuela... En todos los espacios sociales se “educa” fortaleciendo el modelo paradigmático dominante, evitando el cambio estructural, reproduciendo y aceptando la realidad, legitimando el *statu quo*, negando y desvalorizando las diferencias; en suma: fomentando la discriminación (Magendzo, 1994: 505). Si los métodos de persuasión no funcionan y las personas excluidas persisten en sus discursos y prácticas emancipatorias, opera el sistema penal. Si no es por las buenas, será por las malas. No es casual que uno de los primeros instrumentos jurídicos para controlar a las mujeres sea un libro fundamental para la ciencia penal, el *Malleus Maleficarum*, del siglo XV, también conocido como *El martillo de las brujas*. El poder punitivo alimenta toda discriminación y es una herramienta indispensable para mantener el *statu quo*.

Utilizar el derecho penal como parte de una lucha emancipatoria tiene otros efectos contraproducentes. En primer lugar, reduce la lucha de un movimiento a una lucha procesal cuyos protagonistas normalmente son agentes de la cultura patriarcal (policía, fiscales, jueces, guías penitenciarios). En segundo lugar, neutraliza el discurso antidiscriminatorio al encasillarlo en tecnicismos y ritualismos procesales. En tercer lugar, fragmenta la lucha al usurpar el dolor y el conflicto a la víctima. En cuarto lugar, el poder punitivo se burla de los discursos antidiscriminatorios al repartir vulnerabilidades y definir estereotipos. Al ser un poder discriminatorio por excelencia y esencia, siempre estará al servicio del más fuerte (poder económico o político) y por lo tanto no provocará ningún cambio en la sociedad.

Por esas razones y por muchas más, Zaffaroni sugiere que no hay que apropiarse del discurso penal sino que, al contrario, hay que neutralizarlo y luchar por la transformación del poder punitivo, lucha que, en última instancia, también apunta a la transformación de la sociedad (Zaffaroni, 2000: 36).

A resultas de todo esto, el Estado fortalece el uso del poder más violento, que es el poder penal. Cada vez que se crea un tipo penal, se abre otra puerta para que la policía y la fiscalía puedan intervenir en la vida social de un país. Cada vez que se aumenta una pena, detrás puede haber un ser humano que padezca un dolor no previsto por el Código Penal. Detrás de cada demanda de encierro, alrededor de quien sacia la sed de justicia, giran mujeres, niños y personas que también son afectadas.

Ahora bien, el discurso sobre el efecto simbólico de la penalización es tramposo además de utilitario. El mismo recurso retórico puede ser usado por sectores conservadores para legitimar tipos penales como el aborto, o mantener

latente la amenaza del encierro. Lo mismo sucede con la penalización de las drogas y el temor que se quiere infundir a los consumidores y comerciantes de drogas ilegales. La verdad es que, después de tanta historia del derecho penal, puede demostrarse que el uso de la violencia jamás ha controlado y eliminado la libertad de los seres humanos como tampoco sus luchas por mundos distintos (Anitua, 2006). Ya es hora de que pensemos en algo mejor que el derecho penal para buscar sociedades más justas.

#### EL PODER PUNITIVO NUNCA TUTELA DERECHOS HUMANOS VIOLADOS

¿Realmente existe una tutela jurídica de bienes jurídicos mediante el derecho penal? En las clases tradicionales de Derecho Penal se enseña que este derecho tutela bienes jurídicos que han sido reconocidos y violentados por la comisión de un delito. El derecho penal, en la práctica, no tutela derechos por dos razones. En primer lugar, reprime y no repara. En segundo lugar, se preocupa por el victimario y no por la víctima. Esta afirmación se confirma si analizamos el papel de las víctimas en los diseños procesales penales de la región. Las víctimas no tienen titularidad para ejercer la acción, que corresponde a un órgano estatal de acusación (fiscales o ministerio público), aparecen como objeto de prueba y tienen que intervenir por intermedio de un abogado privado para tener pretensión procesal. Por ello, no sin ironía se ha dicho que el Estado usurpa el conflicto a las víctimas.

El maestro Zaffaroni sostiene que la teoría del bien jurídico tutelado distorsiona el uso que puede darse al derecho penal, porque “si la ley penal tutela bienes jurídicos, donde haya un bien jurídico importante o en peligro, debe haber una ley para tutelarlos y –como vivimos– en una sociedad de riesgo en la que todos los bienes jurídicos están en peligro, debe haber leyes penales infinitas” (Zaffaroni, 2005: 111). Por eso hay que hablar de bien jurídico lesionado o, mejor aún y de acuerdo con los estándares constitucionales, de bien jurídico ponderado (Prieto Sanchís, 2003: 261-298).

Lo cierto es que el derecho penal no puede tutelar derecho alguno por ser un mecanismo represivo y sancionador, salvo que se crea en la ilusión de que una persona encerrada satisface la necesidad de una víctima, pero en ese caso estaríamos hablando del sistema penal como un instrumento de venganza privada. En términos de eficacia, el derecho penal ha demostrado no tutelar, y aun considerando su potencial simbólico, comienza a ser percibido como incapaz de tutelar (Pavarini, 2009c: 215). En última instancia: “delincuentes y víctimas, todos víctimas” (De Castro, 2005:19).

¿Un mecanismo que genera otros conflictos resuelve el conflicto social? ¿Resuelve una violación de derechos un sistema que no repara esa violación y, en cambio, aborda el problema violando otros derechos? El derecho penal y

todos los actores que lo construyen, lo legitiman o lo critican deben mirar la realidad, dejar de ser ingenuos y construir un derecho crítico a la altura de los derechos reconocidos en nuestros Estados.

**¿UN NUEVO DERECHO PENAL? LINEAMIENTOS  
PARA LA INVESTIGACIÓN PENAL CRÍTICA**

La resistencia y la lucha por un derecho penal basado en un discurso de derechos humanos emancipador son arduas y van a contracorriente de los medios de comunicación, la cultura violenta y el sentido común. Este derecho penal debe tener algunas características: (1) debe verse como un sistema holístico y debe regular tanto el derecho sustantivo, adjetivo como ejecutivo penal; (2) el modelo debe ser integrado a las ciencias, no debe separarse de la dogmática, de la criminología (ciencias sociales y políticas) y del análisis multicultural; por lo tanto, debe ser interdisciplinario; (3) el derecho penal debe ser coherente con el programa constitucional y con el derecho internacional de los derechos humanos, en este sentido debe ser un derecho penal mínimo y restaurador, que no debe perder de vista la abolición de la privación de libertad como forma de abordar un conflicto social y para ello no debe descansar en denunciar su inutilidad social y su potencial destructor de vidas humanas. (4) El derecho penal debe nutrirse e inspirarse en la interculturalidad.

**DERECHO PENAL INTEGRAL**

Una de las razones de la permanencia del sistema penal es, precisamente, que no se lo ve como un sistema. Las facultades de derecho lo analizan desde sus tres componentes como si fueran entidades autónomas y, de hecho, así funcionan. El sustantivo penal tiene su dogmática penal, el adjetivo es meramente instrumental y el ejecutivo, el más marginal, ni siquiera merece análisis. Lo curioso es que un jurista que se considera penalista no es procesalista, y ni uno ni otro son ejecutivistas. La ciencia del derecho y las agencias de gobierno no llegan a establecer los vínculos entre estas tres ramas del derecho penal. Un primer esfuerzo debe llevar a pensar en todos los componentes del derecho penal como un sistema global, buscar sus interrelaciones y analizar sus inconsistencias. El fracaso de uno de los componentes compromete a los otros dos subsistemas. Si se considera, por ejemplo, que la ejecución penal ha fracasado en toda la región –y esto puede medirse con la simple constatación de los índices de reincidencia–, no deberían fortalecerse la eficiencia procesal o el perfeccionamiento de la dogmática penal. Como afirma el profesor Zaffaroni:

“Si bien con frecuencia se declara la necesidad de legislar las materias procesal y ejecutiva cuando se sanciona un nuevo código penal, con pareja frecuencia esta declaración asume el carácter de un elemento histórico y queda reducida a una buena expresión de deseos, con el consiguiente fracaso del código sancionado” (Zaffaroni, 2010: 18). Si se analizara integralmente el sistema, el camino hacia su minimización sería más viable porque respondería a un esfuerzo mancomunado de estructuración.

#### DERECHO PENAL INTERDISCIPLINARIO

El derecho penal no sólo está compartimentado, sino también aislado. El derecho penal está dividido y solo. La herencia de un derecho “puro” se manifiesta en la separación entre la ciencia jurídica y otras ciencias sociales. El positivismo jurídico produjo una teoría que separaba conceptual y metodológicamente al derecho de otras ciencias e incluso de la moral. Si bien consiguió elevar el derecho a la categoría de ciencia y aumentar la autoestima de quienes lo cultivamos, también logró una ciencia autorreferencial, que se basta a sí misma, y que no requiere otras ciencias para su comprensión y reproducción. No es casual, entonces, que su objeto de estudio sea la ley penal y que su método de aproximación sea el exegético. El problema de este enfoque es que la realidad, que supuestamente es el lugar donde la ley despliega sus (d) efectos, no es motivo de análisis en la enseñanza del derecho, en la preparación de propuestas normativas ni en su aplicación por los abogados y abogadas. La brecha entre la ley y la realidad es enorme. Por una parte, la ley y los profundos tratados de dogmática penal presentan niveles incomprensibles de abstracción, en los que se ejemplifican los detalles más minuciosos y exquisitos de la interpretación de la ley. Por otra parte, la realidad no se compadece con ningún postulado: la ley se aplica selectivamente contra los más pobres, los plazos procesales no se cumplen, la dogmática no cuenta para la determinación de una pena, la ejecución penal es un espacio de violencia y corrupción. Si el derecho penal comprendiera a la realidad de su (in)aplicación, las leyes tendrían otro contenido y la realidad posiblemente podría ser modificada.

El profesor Alessandro Baratta abogaba, ya a fines del siglo pasado, por la creación de un modelo integrado para el análisis del derecho penal (Baratta, 2006: 168-198). De acuerdo con ese modelo, el análisis de la ley no podía separarse de las ciencias penales, sociales y políticas. Baratta sostenía que el estudio del derecho penal debía estar estrechamente ligado a la criminología crítica y, por su intermedio, a las ciencias sociales. Para afirmar que el derecho penal es un instrumento de poder que favorece la perpetuación de sociedades intrínsecamente excluyentes y fomenta la violencia, requeriremos otros objetos de estudio y otros métodos de investigación. En primer lugar, la

sociología nos diría que debemos analizar la realidad carcelaria y el fenómeno de la estigmatización que es producto de la criminalización secundaria. En las cárceles encontramos a las personas más débiles y vulnerables de la sociedad, que representan a grupos humanos que son lo opuesto del *optimo iure*: pobre, afrodescendiente, analfabeto, desempleado. En segundo lugar, la ciencia política nos diría que el derecho penal es un instrumento de poder, quizás el más eficaz en términos simbólicos, para mantener una sociedad sustentada en la desigualdad. Finalmente, la filosofía afrontaría el desafío de intentar fundamentar la legitimidad del derecho penal, abstracta y poco satisfactoria, en las sociedades excluyentes (Gargarella, 2010). Sólo mirando la realidad objetivamente podremos nutrir al sentido común de nuevos elementos que contribuyan a modificar y transformar el sistema penal.

#### DERECHO PENAL REPARADOR

El derecho penal ha sido represivo por esencia. Los distintos modelos de derecho penal han propugnado el aumento de la capacidad represiva del Estado, o bien su limitación o su abolición. La abolición propugna la eliminación del poder punitivo y afirma la posibilidad de afrontar los conflictos sociales derivados de los hechos delictivos mediante formas no violentas. Esta posibilidad parece no tener viabilidad política y requerir una sociedad distinta, al menos en cuanto a sus valores y apreciaciones sobre los hechos violentos. La promoción y aumento del poder punitivo responde a un modelo autoritario de Estado, que no compartimos. Por último, proponemos la limitación del poder punitivo por medio de los derechos y del derecho penal mínimo, mediante la distinción de las formas de abordar los conflictos sociales. Los conflictos seleccionados para ser canalizados por el derecho penal, teniendo en cuenta los efectos que este produce, deberían ser muy pocos, y con el único objeto de evitar la venganza y la desproporción de la justicia por mano propia. Los conflictos hoy catalogados como solucionables se abordarían por medio del derecho civil o administrativo. De esta forma, el poder punitivo tendría una esfera de aplicación mínima necesaria. Entre los conflictos solucionables sin represión estarían todos aquellos derivados de la propiedad privada, bajo la premisa de que son derechos disponibles y condicionantes que no compiten con la libertad de movimiento que, en las sociedades democráticas, debería tener un valor superior. Sin embargo, en las sociedades liberales-capitalistas, la remisión de los delitos contra la propiedad al derecho civil, al igual que la de otros delitos como los económicos o los relacionados con las drogas, sería inviable.

Un camino intermedio entre el abolicionismo y el derecho penal mínimo sería la introducción de la justicia restauradora o civilizadora en el derecho penal (Tedesco, 2009: 589-590). La justicia restauradora consiste en buscar

soluciones a los conflictos sociales seleccionados por el derecho penal sin recurrir a la privación de la libertad y prestando atención al daño ocasionado a la víctima del delito. El objetivo del derecho penal ya no sería exclusivamente la imposición de una pena privativa de libertad sino también, y a veces exclusivamente, la reparación del daño. Nada impediría que un acuerdo reparatorio entre víctima y victimario constituya una forma de pena. En términos prácticos, si políticamente no es posible derivar un conflicto penal al derecho civil, habría que traer el derecho civil al derecho penal. El objetivo es claro: disminuir el potencial de dolor que genera el puro derecho penal represivo.

El abolicionismo penal, como ninguna otra perspectiva jurídica que haya abordado el funcionamiento del sistema penal, ha aportado información sobre la realidad penitenciaria y sus consecuencias, a la que Mathiesen (2003) denominaba “padeamiento”. El fundamento fáctico aportado por el abolicionismo para demostrar la inutilidad y perversidad del sistema represivo penal sirve también para sustentar la inclusión de la justicia restauradora y de penas no privativas de la libertad. Esto en lo que atañe a la persona que ha ingresado, como responsable o presunto responsable, al sistema penal.

Si pensamos en la víctima de un delito, la perspectiva de un derecho penal restaurador también tiene sentido. La víctima tendría una respuesta estatal adecuada al daño producido por el hecho delictivo. El derecho a la reparación integral podría ser reclamado en juicio penal, sin mayores formalidades y en cualquier momento. Desde esta perspectiva, la pena sería útil para las partes en conflicto. El Estado devolvería poco a poco el protagonismo del conflicto social a las personas que lo vivieron.

¿Contaminación del derecho penal con el derecho civil? Para algunas personas dogmáticas, el derecho penal estaría desnaturalizándose y además se estarían mezclando dos esferas que no pueden relacionarse entre sí, dado que la esfera penal responde a la lógica del derecho público y la civil a la del privado. Sin embargo, la integración del derecho, gracias a la influencia del derecho constitucional y de los derechos humanos, es cada vez más evidente. Por un lado, las relaciones que antes se consideraban exclusivamente privadas han pasado a la esfera pública (violencia doméstica, honra de funcionarios públicos, restricción de la libertad de empresa por cuestiones de derechos de consumidor o ambiental), y la esfera pública se ha privatizado con la expansión del régimen neoliberal. No hay nada extraño en la interrelación de las áreas del derecho, siempre que conlleven un fin instrumental: un abordaje más adecuado y menos violento de los conflictos sociales.

Los Estados constitucionales sostienen proyectos utópicos en las partes dogmáticas de sus cartas políticas. La realización de los derechos humanos es prácticamente imposible de cumplir y el germen de ilegitimación de los propios Estados se encuentra en sus Constituciones. El derecho a la libertad,

a la tutela efectiva y a la seguridad figura en la Constitución, y su garantía no está exenta de tensiones. En términos también utópicos, la mejor manera de respetar los tres derechos es la supresión progresiva de la respuesta penal al conflicto social.

#### DERECHO PENAL INTERCULTURAL

El derecho penal es una de las “joyas” del estado liberal y de la modernidad. Cuando hablamos de las nuevas tendencias a la expansión penal, nuestros doctrinarios progresistas suelen recomendarnos mirar las conquistas logradas por el derecho penal liberal del siglo XVIII. Sin embargo, el derecho penal entendido como parte del Estado nacional del que ha surgido, si bien impuso límites y vínculos al poder punitivo, es parte integrante de un Estado que ignoró otros saberes, otras culturas y otras formas de afrontar los conflictos sociales. Las promesas del Estado moderno no se cumplieron para muchos grupos humanos o simplemente los perjudicaron.

Cuando Estados como el ecuatoriano y el boliviano se declaran plurinacionales, ello no sólo equivale a reconocer a otros grupos humanos y sus derechos específicos, sino que tiene una profunda relación con el derecho: existen varios derechos, varias jurisdicciones y varios procedimientos. Para quienes cultivamos la cultura jurídica dominante emergen nuevos actores, nuevos imaginarios para la solución de conflictos, nuevas prácticas transformadoras, nuevas formas de organización y hasta nuevas formas de territorialidad.

Frente a otros derechos sancionadores, el derecho penal tiene tres posibilidades: (1) negar su existencia, algo imposible de hacer en un régimen constitucional que promueve la diversidad; (2) respetar la diferencia, permitir y promover la existencia de otros sistemas, marcar límites y solucionar los problemas de conflicto de competencias; y (3) aprender de los otros sistemas.

Esta relación entre el derecho dominante y otros derechos no es distendida ni tampoco ha sido adecuadamente resuelta por la academia ni por nuestros Estados. Los derechos ancestrales han venido resolviendo conflictos que podríamos denominar penales de formas distintas a la privación de libertad y con otros métodos. La interrelación entre sistemas jurídicos, particularmente para los que han tenido una relación dominante, es saludable aunque no está exenta de problemas teóricos y prácticos. Señalaremos ahora algunos de los aspectos de posible aprendizaje, en los que se aprecian las enormes distancias existentes entre los distintos sistemas jurídicos: las condiciones de la autoridad, el procedimiento, la relación entre víctima y victimario, la consideración del tiempo, la valoración de la sanción con la comunidad.

En el sistema occidental, la autoridad es seleccionada mediante un procedimiento basado en concursos de merecimientos y debe garantizarse la impar-

cialidad del juez o jueza de las partes en conflicto; el procedimiento es burocrático y de fuerte tradición inquisitiva; la víctima es diametralmente opuesta al victimario y sus pretensiones son contrarias, la pena interrumpe la vida productiva de una persona; la sanción es pura privación de derechos y se enfoca en la represión, y la persona condenada es excluida de la vida social e incluso estigmatizada. Sin ánimo de idealizar la justicia indígena y reconociendo que no es totalmente ajena a los excesos, arbitrariedades y violaciones de los derechos humanos (como cualquier administración de justicia), encontramos en ella, no obstante, una autoridad basada en el respeto, la sabiduría y la experiencia: el procedimiento es oral y conciliatorio y se basa en la escucha activa; las partes en conflicto, incluido el juzgador, pertenecen a la comunidad; el tiempo es circular y la sanción pretende purificar, respetar los ciclos de la vida y de la paz (Panikkar, 2006: 112-116). “Lo que está en juego no es la justicia que debe aplicarse a un individuo, sino la armonía que debe ser instaurada en el seno de una comunidad” (Bidima, 2008: 113).

No menos importante es el hecho de que la sanción de privación de libertad sea desconocida en el derecho “penal” indígena; es este el camino que el derecho penal quizás habrá de recorrer, el mismo que ya han recorrido nuestras comunidades indígenas. El derecho occidental tiene mucho que aprender de la resolución de conflictos vigente en estas comunidades, así como ellas han aprendido del sistema occidental y lo han adaptado a su cultura y su historia (Cruz Rueda, 2008: 47). Cuando nos proponemos introducir la oralidad en los procedimientos penales, miramos la experiencia norteamericana o la chilena, pero no la huarani o la quichua. Y en cuanto a la pena, ¿qué es más humano: una que reafirma los valores de una comunidad y recupera los vínculos rotos, aun si esta ruptura se manifiesta mediante vulneraciones a la integridad física, o una pena que excluye, denigra y olvida mediante la privación de la libertad? Hasta hoy no nos hemos planteado seriamente este interrogante y, en cambio, nos hemos apresurado a descalificar a la justicia indígena por considerarla salvaje o primitiva.

Señalemos, de igual modo, el punto problemático por excelencia: el reconocimiento de la norma, la estricta legalidad, la estricta jurisdiccionalidad y, en general, la apreciación de los derechos humanos. Desde la cultura jurídica occidental resulta importante la separación entre el derecho positivo y la moral y, para ello, la forma de verificar la existencia de la norma. El principio de estricta legalidad es difícil de cumplir en la justicia indígena, dado que las normas no están escritas ni han sido creadas como suelen serlo en nuestra democracia deliberativa. En sede judicial, se exige debido proceso (pruebas, contradicción, acusación, argumentación fáctica y jurídica, sentencia motivada). En el catálogo de penas, la frontera entre trato inhumano y degradante no es fácil de trazar, y además las penas dependen de las infracciones y no de la determinación de una



norma. Son muchas preguntas difíciles de contestar, pero debemos afrontarlas si queremos encontrar soluciones más humanas, más útiles y menos violentas.

¿El derecho penal, con estas características, es realmente nuevo? En términos teóricos, salvando el elemento cultural, todo se ha dicho, e incluso se ha dicho de forma más radical. En términos prácticos, en cambio, el derecho penal sigue siendo (y parece que continuará así por mucho tiempo) atomizado, autorreferencial, violento, inútil, hegemónico y legitimado por el sentido común, por los políticos conservadores, por los medios de comunicación y hasta por los movimientos sociales, y responde de manera simbólica y torpe a las demandas provenientes de los sentimientos de inseguridad ciudadana.

Por ello debemos multiplicar las voces y repetir y reactualizar los discursos para no olvidar los efectos perniciosos de la expansión del poder punitivo. El Estado constitucional y democrático contemporáneo requiere teorizar, legislar y aplicar un derecho penal plural, diferente, integrado, más humano, interdisciplinario, legitimado por su respeto a los derechos humanos, conciliador, útil y plural.

#### **CONCLUSIONES**

1. El abordaje de la seguridad pública no debe reducirse al derecho penal, que no contiene ni resuelve el problema. Sin embargo, el derecho penal tiene relación con parte de la percepción ciudadana. Urge producir información, discusión y formación ciudadana al respecto. La seguridad que corresponde a un sistema constitucional de derechos es aquella que garantiza el mayor ejercicio de derechos de las personas y no el mayor uso del derecho penal. En consecuencia, el poder punitivo debe ser limitado mediante el derecho penal y los derechos humanos.

2. El derecho penal no puede ser compartimentado y su abordaje teórico debe ser integral. No conviene perpetuar la división entre derecho sustantivo, adjetivo y penal, porque contribuye a la dispersión y la perpetuación de un sistema inconsistente. La reforma del sistema penal, que incluye definiciones precisas para la criminalidad primaria (tipificación), la justicia penal y el régimen penitenciario debe ir aparejada a la universalización de los derechos sociales y los servicios públicos.

3. Conciliar el estudio del derecho con las ciencias sociales. La mejor forma de desenmascarar el discurso legitimador del sistema es demostrar su funcionamiento real. La enseñanza del derecho penal no debe estar divorciada de los métodos de investigación social (cuantitativos, cualitativos y comparativos). No tiene sentido analizar una norma sin conocer su aplicación efectiva. Debemos producir doctrina penal interdisciplinaria.

4. Contextualizar el derecho penal dentro de la ciencia política. Un sistema penal excluyente demuestra una sociedad política también excluyente. Detrás de nuestros sistemas penales existen grandes decisiones u omisiones, que son funcionales a la reproducción de las diferencias sociales y a la preservación de una realidad social desigual.

5. El derecho penal debe mirar los derechos ancestrales, no para inmiscuirse en las formas de solución de conflictos sino para aprender de ellas. Parece que nuestro derecho no es digno de ser emulado y mucho menos de ser impuesto; en cambio, parece que tenemos mucho que aprender de otros sistemas que han resistido la hegemonía del derecho penal dominante. Para ello tendremos que flexibilizar nuestras categorías jurídicas. El equilibrio radica en preservar la dignidad de las personas y en encontrar un derecho que emancipe y no que controle o discipline.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anitua, Gabriel Ignacio (2006), *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores Del Puerto.

Baratta, Alessandro (2004a), “Cárcel y marginalidad social”, en *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, Buenos Aires, Siglo del Hombre.

— (2004b), “El nuevo paradigma criminológico: el *labelling approach* o enfoque de la reacción social. Negación del principio del fin o la prevención”, en *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, Buenos Aires, Siglo del Hombre.

— (2006), “Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social”, en *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, Bdf editores.

Bidima, Jean-Godefroy (2008), *La palabra. Une jurisdiction de la parole*, París, Michalon, en Akuavi Adonon, “La conciliación: ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?”, en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Colombia, Antropos.

Binder, Alberto (2004), “Poder, violencia y conflicto”, en *Introducción al derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc.

- Capella, Juan Ramón (2007), *Entrada en la barbarie*, Madrid, Trotta.
- Carranza, Elías (comp.) (2007), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, México, Siglo XXI-ILANUD (2ª ed.).
- Carrión, Fernando; Ponton, Jenny y Armijos, Blanca (2009), *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*, Quito, FLACSO.
- Constitución de la República de Ecuador, 2008.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio.
- Cruz Rueda, Elisa (2008), “Principios generales del derecho indígena”, en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Colombia, Antropos.
- De Castro, Lolita Aniyar (1985), “Derechos Humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo”, en Eugenio Raúl Zaffaroni, *Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina (primer informe)*, IIDH, Buenos Aires, Depalma.
- (2005), “Derechos humanos: delincuentes y víctimas, todos víctimas”, en Lolita Aniyar de Castro y Elsie Rosales, *Cuestión criminal y derechos humanos: la perspectiva crítica*, Venezuela, Instituto de Ciencias Penales.
- Dufour, Gilbert (2009), *Sospechas en Ecuador. Infernal injusticia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Trama.
- Durá, Mauricio Benito (2009), *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica, Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preámbulo.
- Ferrajoli, Luigi (2005), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta (7ª ed.).
- (2008), *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes.

- Fiss, Owen (2003), "The forms of Justice", en *The Law, as it could be*, Nueva York, New York University Press.
- Gargarella, Roberto (2008), *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes.
- (2010), "La coerción penal en contextos de injusta desigualdad", ensayo compartido por el autor.
- Gomáriz, Enrique (2007), "Violencia y castigo desde una perspectiva integral", *Nueva Sociedad*, n° 208, marzo-abril de 2007, en Mauricio Benito Durá.
- Huber, Rudolf y otros (2008), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Colombia, Konrad Adenauer Stiftung.
- Kant, Immanuel (2000), "The doctrine of virtue", en *Metaphysics of morals*, citado por Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, Oxford, Oxford University Press.
- Langbein, John H. (2005), "Tortura y *plea bargaining*", en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores Del Puerto.
- Magendzo, Abraham (1996), "Dilemas y tensiones en torno a la educación en Derechos Humanos en democracia", en *Estudios básicos de Derechos Humanos VI*, Costa Rica, IIDH.
- Maier, Julio B. (2009), "La privación de libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy", en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores Del Puerto.
- y Alberto Bovino (comps.) (2005), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto.
- Mathiesen, Thomas (2003), *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar.
- Morales, Juan Pablo (2008), "Democracia sustancia, sus elementos y conflictos en la práctica", en Ávila Santamaría, Ramiro (comp.), *Neoconstitucionalismo y sociedad, Serie Justicia y Derechos Humanos*, tomo I, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-V&M Gráficas.
- Nercellas, Marta (2009), "Desigualdades en la balanza socioeconómica y sistema penal", en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco,

- La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores Del Puerto.
- Organización Panamericana de la Salud (2009), “Informes anuales sobre el estado de la salud en las Américas”, en Mauricio Benito Durá, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica, Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Padilla, Guillermo (2008), *La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena*, México, Konrad Adenauer Stiftung.
- Panikkar, Raimon (2006), *Paz e interculturalidad, una reflexión filosófica*, Barcelona, Herder.
- Pavarini, Massimo (2009a), “La guerra a las ‘no personas’”, en *Castigar al enemigo, criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, FLACSO-Crearimagen.
- (2009b), “Por una política democrática de ‘nueva prevención’”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, FLACSO-Crearimagen.
- (2009c), “Seguridad frente al delito y gobierno de la ciudad”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, FLACSO-Crearimagen.
- Prieto Sanchís, Luis (2003), “La limitación constitucional del legislador penal”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- Ramm, Alejandra (2005), *Imputados*, Santiago de Chile, Diego Portales.
- Riego, Cristian y Duce, Mauricio (comps.) (2008), *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago de Chile, CEJA-JSCA.
- Santos, Boaventura de Sousa (2002), *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA.
- Tedesco, Ignacio (2009), “Hacia la civilización del derecho penal”, en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores Del Puerto.

- Vieira, Oscar Vilhena (2007), “Desigualdad y Estado de derecho”, en *Sur. Revista Internacional de derechos humanos*, n° 6, año 4.
- 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. Colección Identidad, Mujer y Derecho.
- (2010), “Presentación del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales del Ecuador”, en Ramiro Ávila Santamaría (comp.), *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, la Constitucionalidad del Derecho Penal*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, n° 17, V&M Gráficas.
- (2010), *El enemigo en el derecho penal*, Colombia, Ibañez.
- Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2005), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar.
- Zalamea, Diego (2009), “Reporte del Estado de la Prisión Preventiva en Ecuador”, en Cristian Riego y Mauricio Duce (comps.) (2008), *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago de Chile, CEJA-JSCA.



## **17. Medir la justicia: el caso del índice de confianza en la justicia (ICJ) en Brasil**

*Luciana Gross Cunha*

A partir de la década de 1980 los países de América Latina pasaron, de alguna manera, por distintos programas de reforma de sus sistemas de justicia. Con la redemocratización y la promulgación de nuevos textos constitucionales, las instituciones judiciales de los países de la región se vieron en la necesidad de hacer efectivos los derechos enunciados en los textos constitucionales y garantizar el funcionamiento del régimen democrático (Santos, 1996). Ese desafío sacó a la luz no solamente la falla de los gobiernos en momentos históricos anteriores en lo atinente a las demandas sociales de mayor garantía de derechos, sino también el impacto que un ambiente socioeconómico altamente desigual produce en el funcionamiento del Estado de derecho y en la democracia (Vieira, 2008).

Además, en la década de 1990 empezó a cuestionarse la eficiencia y la capacidad del sistema jurídico de prestar un servicio público de calidad (Pinheiro, 1998 y 2000). Así, con mayor o menor empeño –en algunos casos incluso con la participación de organismos extranjeros que financiaron las reformas, como el Banco Mundial, la USAID y el Banco Interamericano de Desarrollo– se pautó el movimiento de reforma de la justicia en América Latina con el objetivo de ampliar el acceso a ella, reducir la morosidad, y garantizar la independencia e imparcialidad política del Poder Judicial, la seguridad y la eficiencia del sistema. Estos temas pueden organizarse en dos grandes grupos: un primer grupo de reformas cuyo objetivo es la democratización de la justicia, y un segundo grupo orientado a garantizar la eficiencia del sistema de justicia (Sadek, 2004; Sadek y Arantes, 1992; Koerner, 1999).

El conjunto de reformas ligado a la democratización de la justicia incluye la ampliación del acceso de la población al sistema, enfrentando cuestiones como su gratuidad y la de los servicios jurídicos y judiciales, el pluralismo jurídico y equidad e imparcialidad de las decisiones judiciales, entre otros. La creación de tribunales de pequeñas causas y el fortalecimiento y la ampliación de servicios gratuitos de calidad son algunos de los programas de este conjunto de reformas.

Ahora bien, las reformas relacionadas con la eficiencia del sistema de justicia se enfocan en las características del Poder Judicial como prestador de un



servicio público. En este sentido, este debe ser responsable y transparente en la prestación de un servicio de calidad en términos de costos, tiempo y capacidad técnica, y debe tomar decisiones racionales y coherentes. La creación de instrumentos judiciales que centralicen la toma de decisiones por parte de las distintas instancias del Poder Judicial –como el precedente vinculante en Brasil– y la creación de organismos como los Consejos de Justicia –con funciones administrativas de control de sus actividades y de las mejoras en la prestación de servicios jurisdiccionales– son parte integral de esas reformas.

Sin embargo, si esos fueron o son los objetivos de las reformas del sistema de justicia, ¿cómo funcionan esas instituciones? ¿Qué sabemos sobre el funcionamiento del Poder Judicial en América Latina? ¿Será posible evaluar la acción de nuestros Poderes Judiciales? ¿Cuáles son los criterios utilizados para evaluar su funcionamiento en países que atraviesan períodos de gobiernos militares o que deben enfrentar desigualdades sociales y económicas? ¿Cómo se produce información sobre el Poder Judicial y sobre otras instituciones del sistema en los países de América Latina? ¿Qué nos dice esa información? ¿Para qué sirve?

En este artículo busco responder algunas de estas preguntas a través de la presentación y el análisis de la producción de información sobre las instituciones de justicia en Brasil, ocupándome tanto de los datos disponibles como de lo que estos pueden informar sobre el funcionamiento de dichas instituciones. Si bien el análisis crítico de los datos sobre el funcionamiento del Poder Judicial en la mayoría de los países de América Latina aún es escaso (Uprimny y otros, 2006: 320), mi objetivo es enfatizar la importancia de la producción de datos e información sobre el Poder Judicial en los países latinoamericanos para verificar el funcionamiento de ese poder, indicar qué hay en común o específico en el funcionamiento de nuestras instituciones, y estimular el análisis genuino y original de esos datos a partir de las experiencias regionales. Además, incluyo los primeros resultados del índice de confianza en la justicia brasileña –ICJ Brasil–, publicado a partir de septiembre del 2009.

Si bien contamos con cierta información sobre el sistema de justicia en varios países de América Latina, los análisis y diálogos acerca de esos datos son raros, lo que dificulta la comprensión del funcionamiento del Poder Judicial y la producción de políticas públicas que tengan efectos deseables en el área de la justicia latinoamericana. Si desconocemos qué tipo de conflictos llegan al sistema y cómo son encaminados e intermediados, qué ciudadanos utilizan el Poder Judicial y de qué forma, cuáles son sus expectativas respecto de este y cuáles los resultados producidos, será difícil pensar en políticas de reforma en el área o en políticas públicas que mejoren la calidad de los servicios prestados.

La literatura jurídica apunta a la existencia de diferentes instrumentos y criterios de evaluación de las instituciones del sistema de justicia y, más específicamente, del Poder Judicial (Dakolias, 1999: 7; Puyboeck, 2000; Hammergreen,

2004; CEPEJ, 2008; CEJA, 2008). Esos criterios pueden organizarse en cuatro grandes conjuntos. El primero, de instrumentos de evaluación, comprende criterios cuantitativos que indican cómo está organizado el Poder Judicial y cuál es el volumen de sus actividades. Asimismo, estos instrumentos comprenden cuestiones tales como la cantidad de tribunales, de jueces, de procesos en marcha y de audiencias realizadas y de sentencias dictadas. El segundo conjunto de criterios de evaluación busca responder qué actividades desarrolla el Poder Judicial: entre otras, la manera en que se procesan los casos y los resultados producidos en términos procesales y de legitimidad. El tercer conjunto pretende responder cuál es la utilidad de los servicios prestados por ese poder: a quién busca, qué tipo de casos recibe, cómo son procesados, cuáles son los resultados y cuáles sus consecuencias, entre otros criterios. Finalmente, el cuarto conjunto se ocupa de los así llamados indicadores subjetivos: cómo percibe la población el funcionamiento del Poder Judicial, cómo evalúa sus actividades y cuál es su expectativa en torno a ese servicio público. En este artículo me concentraré en el análisis de dos de esos conjuntos: el de los indicadores que comprenden criterios cuantitativos y el de los indicadores subjetivos.

**PRODUCCIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE EL PODER JUDICIAL:  
EL CASO BRASILEÑO**

Para poder calificar la democracia y el Estado de derecho es necesario contar con instrumentos y criterios de evaluación del sistema de justicia y del Poder Judicial construidos a partir de información confiable. En este sentido, O'Donnell (1998: 52) muestra en algunos de sus artículos en qué medida la calidad de la democracia está sujeta a la función que desempeña el sistema de justicia. Así, los regímenes democráticos que cuentan con un sistema eficaz y transparente en sus actividades, capaz de imponer el principio de la ley y el Estado de derecho en forma universal, además de señalar casos de corrupción o conductas desviantes por parte de la administración, serían más exitosos en la consecución de sus objetivos. Los casos de violación de los derechos de la ciudadanía, de fallas en la aplicación de la ley, de dificultades de acceso al Poder Judicial y a los procesos justos y de ineficiencia de las instituciones judiciales en cuanto a decisiones, por otro lado, reflejan aspectos vulnerables en la democracia y en el Estado de derecho.

En términos de elaboración de políticas públicas, es necesario contar con información confiable sobre las actividades del sistema de justicia y sobre el Poder Judicial para que el público pueda conocer esas actividades, los órganos de cúpula puedan monitorear su desempeño y planear futuros proyectos, los

gobiernos puedan elaborar y promover políticas públicas de reforma y mejoría en esa área, y los *expertos* puedan evaluar el funcionamiento del sistema de justicia como un todo. Partiendo de estas premisas, ¿cuáles son las informaciones producidas por el Poder Judicial brasileño? ¿Esas informaciones permiten evaluar el desempeño de las instituciones del sistema de justicia como prestadoras de servicios públicos? ¿De qué forma se producen? ¿Cuál es su finalidad?

La década del 2000 estuvo marcada por la implementación de diversos programas de modernización y principalmente de informatización de la justicia brasileña. Ese movimiento corrió de manera paralela al esfuerzo del Poder Judicial para afrontar los efectos de su crisis, cuyo diagnóstico tiene más de veinte años (Lopes, 1992; Sadek y Arantes, 1992; Faria, 1992; Campilongo, 1992). La aprobación de la enmienda constitucional n° 45 en 2004, también conocida como “Reforma del Poder Judicial”, dio un nuevo impulso a este movimiento, sobre todo después de la creación e instalación del Consejo Nacional de Justicia –CNJ–, cuyas atribuciones incluyen controlar los actos administrativos y financieros de los tribunales, garantizando que el Poder Judicial sea transparente y *accountable*.<sup>1</sup>

1 La creación del Consejo de Justicia en los países que pasaron por recientes procesos de reforma del Poder Judicial, ya sea en Europa ibérica u oriental, ya sea en América, se debió, en la mayoría de los casos, a la necesidad de proteger al Poder Judicial de la interferencia política de los demás poderes del Estado. En Brasil, por el contrario, la motivación para la creación del Consejo Nacional de Justicia fue absolutamente opuesta a este movimiento. En ese país, durante la transición hacia la democracia y principalmente con la Constitución Federal de 1988, el Poder Judicial conquistó la independencia presupuestal y la autonomía administrativa. Dichas garantías, reforzadas por el discurso sobre la necesidad de un Poder Judicial imparcial y neutro, alcanzaron dimensiones exageradas. Ante este escenario de independencia y autonomía de los tribunales la discusión sobre el control externo del Poder Judicial se convirtió en una de las cuestiones más controvertidas durante el proceso de reforma. Finalmente, se llegó a un modelo de control que, si bien no puede caracterizarse completamente como un control externo, ya que la mayoría de los miembros del CNJ son integrantes del Poder Judicial, al menos está dotado de importantes funciones de control sobre la administración de las actividades del Poder Judicial. Desde su implementación, el CNJ viene involucrándose en discusiones importantes sobre el funcionamiento del Poder Judicial brasileño. Así, fue el responsable de la prohibición de la práctica del nepotismo en los tribunales y en las demás instituciones del sistema de justicia brasileño, lo que resultó en un importante movimiento de reforma administrativa en estas instituciones y provocó la dimisión de varios funcionarios nombrados sin aprobación en concurso público. Lo mismo ocurrió con la definición de los topes salariales de los integrantes de la magistratura, con la recomendación de que las promociones por mérito de los jueces para ingresar en los tribunales deben ocurrir en sesiones públicas, con votos nominales, abiertos y fundamentados, y con la cancelación de aquellos

En lo que respecta al análisis y publicación de las estadísticas relativas a las actividades de los tribunales de justicia del país, el CNJ asumió un papel relevante y fue responsable de compilar y publicar información sobre sus actividades. En este sentido, inmediatamente después de su creación, en 2005 se implementó el Sistema de Estadística del Poder Judicial ([www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)), que obliga a todos los tribunales de los estados y de la justicia federal a enviar datos sobre sus actividades, que son publicados anualmente a través de los informes “Justicia en Números”.

La información publicada por el CNJ está organizada en dos grupos: uno que presenta las cifras sobre el costo y la estructura de los tribunales, y otro que se ocupa de aquellas sobre movimiento procesal. Además de estos datos, los informes del CNJ presentan cifras sobre asistencia judicial y sobre la participación del gobierno en los procesos judiciales que se realizan en los tribunales de justicia.<sup>2</sup>

En los datos sobre costos y estructura de los tribunales pueden verificarse las áreas físicas ocupadas, los recursos de informática utilizados, los gastos de los tribunales, los recursos humanos utilizados, y las recaudaciones y los ingresos de los tribunales.

La información sobre movimientos procesales abarca: el número de casos nuevos por magistrado y por cada 100 000 habitantes; la carga de trabajo, resultado de la suma del número de casos que no se resolvieron en períodos anteriores (casos pendientes) y el número de casos nuevos recibidos, y la tasa por congestión, resultado de la relación entre la cantidad de casos decididos y la de casos nuevos y pendientes.

De acuerdo a estos informes, en 2008 había 5,9 jueces por cada 100 000 habitantes en la justicia estatal.<sup>3</sup>

Entre 2004 y 2008, el costo de la justicia estatal pasó del 0,60% del PBI total de los estados al 0,66%, en tanto el PBI de los estados creció un 0,60% en el mismo período y sus gastos en la justicia pasaron de 64,23 reales por habitante en 2004 a 100,56 reales por habitante en 2008.

---

concursos públicos para jueces bajo sospecha de fraude. En las recientes denuncias contra miembros de la magistratura involucrados con mafias de juegos de azar, el CNJ también se ha ocupado de garantizar la preservación de los derechos y la transparencia de las investigaciones.

<sup>2</sup> A partir de 1990 varias instituciones se involucraron en la creación de variables que permiten evaluar el Poder Judicial. Entre estas instituciones podemos mencionar el CEJA –Centro de Estudios de Justicia de las Américas ([www.cejaamericas.org](http://www.cejaamericas.org))–, el CES –Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra, Portugal–, la CEPEJ –Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia–, el Banco Mundial y la USAID.

<sup>3</sup> La justicia estatal posee competencia para los casos en las áreas civil y penal de jurisdicción estatal.

Ahora bien, en lo que respecta al movimiento procesal, en 2008 la justicia estatal recibió 12 250 758 casos nuevos en primer grado, lo que representó una carga de trabajo de 5277 procesos por juez.<sup>4</sup> Si comparamos esas cifras con la cantidad de procesos resueltos, los informes del Consejo Nacional de Justicia muestran que la tasa por congestión representaba un 79,6% de casos en primer grado en la justicia estatal en 2008.

Estas cifras pueden indicar cuál es el volumen de trabajo que el Poder Judicial brasileño enfrenta anualmente y cuáles son sus limitaciones de presupuestos. Sin embargo, cabe señalar que no todas las exploraciones –las que buscan un diagnóstico sobre el sistema de justicia– pueden referirse simplemente a esos datos. Uprimny y otros (2006) muestran que los datos sobre el número de jueces en relación con la población pueden no decir mucho sobre el acceso a la justicia en aquellos casos en los que desconocemos la densidad poblacional de las regiones sobre las cuales estamos hablando. Así, es esencial que los datos sobre el Poder Judicial sean analizados a partir de criterios geográficos y económicos, sin los cuales sólo se tienen números pero no información pasible de ser criticada por la academia o instrumentalizada en políticas públicas.

Aun así, si bien la producción de información sobre el Poder Judicial brasileño nos permite conocer la cantidad de actividades que este desempeña, no obstante es deficiente en cuanto a la forma en que se recogen los datos, en su organización, consistencia y confiabilidad, como asimismo en su instrumentalidad en la administración de los tribunales.

En general, todos los tribunales brasileños poseen sistemas informatizados que garantizan el acceso a la información sobre los procesos en curso en cada una de esas instituciones. Sin embargo, estos sistemas fueron construidos con el fin de permitir que los jueces, abogados y partes involucradas acompañaran el desarrollo procesal, o el último acto dentro del proceso, vía internet. En este sentido, el sistema de informática fue concebido para generar datos individuales sobre cada proceso y no variables colectivas sobre el conjunto de los procesos en curso. Así, desde el punto de vista estadístico, el sistema tiene poca utilidad. No genera espontáneamente datos globales, como por ejemplo el volumen del contencioso en lo que respecta a la materia, las partes, la duración promedio de cada hecho y el número de recursos generados por cada pedido. Aún más difícil es el cruce a datos, por ejemplo para saber si el Estado, como parte, apela más o menos que los particulares, o si los procesos en los que participa el Estado duran más tiempo que los procesos particulares.

<sup>4</sup> La carga de trabajo se calcula por el resultado de la suma del número de casos que no se resolvieron en el período anterior (casos pendientes) y el número de casos nuevos recibidos por un juez activo.

La información existente sobre el Poder Judicial brasileño, publicada tanto por los tribunales como por el Consejo Nacional de Justicia, surge a partir de informes mensuales que los jueces envían a las corregidurías de los tribunales. El objetivo de esos informes es comunicar a estas el tipo y la cantidad de actividades que desarrollan los jueces cada mes, de forma individual. Así, pueden informar el recorrido que sigue el proceso dentro del Poder Judicial, el tiempo que ese proceso demora en concluir y la solución que da el tribunal a cada tipo de caso.

La recolección de datos a partir de informes individuales también impide que se organice la información por asunto, así como saber cuáles son las áreas más conflictivas o incluso aquellas que los tribunales no pueden solucionar.

Esta forma de recolección de datos también perjudica su organización e instrumentalidad en la administración de los tribunales: los informes individuales dificultan la reconstrucción del camino que siguen los procesos dentro de la institución y complican la integración de las estadísticas judiciales de todo el tribunal.

Así, a pesar de que cuentan con un servicio que manipula la información sobre las actividades y que en cierto modo produce estadísticas, los tribunales no disponen de un sistema integrado entre las dos instancias: de primero y segundo grados. La falta de integración hace que la información se pierda e impide reconstruir el recorrido de los procesos dentro del sistema. Y la imposibilidad de reconstruir el camino de los procesos impide que se evalúe el desempeño de la institución: los aspectos críticos dentro del sistema que deben ser objeto de transformación y los aspectos eficientes.

Cada tribunal posee, además, sistemas de informática particulares para manipular la información sobre sus actividades. Estos sistemas de informática cuentan con tecnologías específicas que imposibilitan la comunicación o integración con otros softwares de otras instituciones que integran el sistema de justicia.

Algunos tribunales poseen bases de datos con la clasificación de los procesos. El sistema de clasificación utiliza criterios diversos como el tipo de acción (juicio declarativo, acción civil), el tipo de procedimiento (ordinario o resumen) o el asunto del proceso. Estos criterios se utilizan indiscriminadamente para la clasificación de los procesos. Como ejemplo podemos citar el sistema de clasificación de procesos del Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, donde se utilizan 1084 categorías de clasificación de procesos, lo cual representa un instrumento limitado para analizar las actividades de los tribunales y elaborar políticas públicas en el área.

Además, si pensamos el sistema de justicia como un todo, no existe comunicación de datos entre los tribunales de justicia con los ministerios públicos o con las procuradurías del Estado.

Finalmente, en cuanto a la consistencia y confiabilidad de la información, basta cruzar algunas de las informaciones disponibles para verificar que la estadística judicial brasileña es deficiente.

Comparando los datos presentados por los informes anuales del CNJ y la información disponible en las páginas de los tribunales, verificamos, por ejemplo, que existe discrepancia en los datos sobre la relación entre cantidad de jueces y población disponibles en la página de la justicia federal (CJF, 2005 y 2006). De acuerdo a estos datos, la población de la tercera región de la Justicia Federal, que corresponde a los estados de Mato Grosso do Sul y San Pablo, disminuyó en 700 000 habitantes entre los años 2005 y 2006.

Otro ejemplo es la cantidad de casos nuevos en la justicia estatal en 2008: el número disponible en la página web del Tribunal de Justicia de San Pablo sobre los casos nuevos en primer grado en 2008 (justicia estatal más juzgados especiales) corresponde a 6 153 640 (Corregiduría General de Justicia, 2009). De acuerdo al informe “Justicia en Números” del Consejo Nacional de Justicia, en 2008 ingresaron al Tribunal de Justicia de San Pablo 6 268 657 casos nuevos en primer grado.

#### **EL ÍNDICE DE CONFIANZA EN LA JUSTICIA BRASILEÑA**

Más allá de las inconsistencias ya señaladas, cuya producción de series históricas de datos y análisis sistemático a lo largo del tiempo tiende a reducirse, ¿qué sabemos sobre el funcionamiento del sistema de justicia brasileño por parte de aquellos que utilizan esa institución? ¿Cuáles son los motivos que llevan a las personas a recurrir al Poder Judicial? ¿Cómo evalúa la población el funcionamiento del Poder Judicial en términos de eficiencia, imparcialidad y honestidad?

Para intentar responder esas preguntas, participo desde 2007 en el proyecto de producción del índice de confianza en la justicia, cuyos primeros resultados fueron publicados en septiembre de 2009. Con publicaciones trimestrales, el ICJ Brasil pretende retratar sistemáticamente la confianza de la población en el poder judicial,<sup>5</sup> identificando si el ciudadano cree que esta institución cumple su función como corresponde, si lo hace de manera que

<sup>5</sup> En la Argentina, la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, junto con el Foro de Estudios sobre la Administración de la Justicia –FORES– y la Fundación Libertad, desarrolla desde julio de 2004 el proyecto en menor escala que sirvió de modelo inicial para desarrollar esa investigación en Brasil.

los beneficios de sus actos sean mayores que los costos y si recurre a ella en su vida cotidiana.

El ICJ Brasil está compuesto por dos subíndices: uno de percepción, que permite medir la opinión de la población sobre la justicia y sobre la forma en que esta presta el servicio público; y otro de comportamiento, por medio del cual buscamos comprobar si la población recurre al Poder Judicial para solucionar determinados conflictos.

El subíndice de percepción se produce a partir de las respuestas de los entrevistados a ocho preguntas sobre distintos aspectos del Poder Judicial: confianza, rapidez en la solución de conflictos, costos, facilidad de acceso, panorama de los últimos cinco años, honestidad e imparcialidad, capacidad para solucionar los conflictos y perspectiva para los próximos cinco años.

Para la producción del subíndice de comportamiento se construyeron seis situaciones diferentes y los entrevistados deben evaluar, frente a cada situación, si conviene recurrir al Poder Judicial para solucionar el conflicto, y en qué medida. Las posibles respuestas a esas preguntas son: no; difícilmente; posiblemente; y sí, con toda seguridad.

Las situaciones hipotéticas se construyeron para relacionar conflictos en los que pudiera involucrarse la población de los centros urbanos y que pudieran suscitar procesos judiciales, dejando a un lado las cuestiones relativas al área penal –en la que las personas involucradas no tienen libertad de decidir si recurren o no al Poder Judicial–. Así, se elaboraron casos relacionados con el derecho del consumidor, el de familia, el de vecindad, el de trabajo, más un caso relacionado con el poder público y otro con la prestación de servicios. También se crearon situaciones en las cuales pudieran involucrarse personas con distintos niveles de ingresos y otras en las que los entrevistados ocuparan distintas posiciones en los conflictos. Por ejemplo, en una de ellas el entrevistado era el consumidor –la parte más débil del conflicto– y en otra era el contratante en la relación de prestación de servicios –la parte más fuerte–.

#### **ASPECTOS CONCEPTUALES Y METODOLÓGICOS DEL ICJ BRASIL**

Los sondeos de tendencia son análisis estadísticos que generan información para ser utilizada en el monitoreo de la situación actual y en el anticipo de futuros eventos. Uno de los principales atributos de este tipo de investigación es la rapidez con la que se investigan los datos procesados y divulgados. La combinación de cualidades como la intempestividad y la anticipación hicieron que a partir de la década de 1990 los sondeos de tendencia sectorial pasaran a formar parte del sistema de estadísticas básicas exigidas por la Comunidad



Europea a sus países miembros.

En la línea de sondeos de tendencia, el ICJ Brasil es un análisis estadístico trimestral de naturaleza cualitativa, que se realiza en las regiones metropolitanas de siete capitales principales del país con base en la muestra representativa de la población.

La investigación abarca dos tipos de cuestiones: la naturaleza cualitativa –la valoración del Poder Judicial como institución– y los datos básicos –la información personal del entrevistado (edad, ingreso familiar, género, nivel de educación, profesión/ocupación, cantidad de personas residentes en el domicilio), reunida para el análisis desagregado de los resultados–.

La población objeto de la investigación está compuesta por habitantes de grandes capitales brasileñas y sus regiones metropolitanas. La muestra está distribuida entre las regiones metropolitanas de Belo Horizonte, Brasilia, Porto Alegre, Recife, Salvador, Río de Janeiro y San Pablo, ciudades cuyas regiones metropolitanas representan aproximadamente un cuarto de la población brasileña, según datos del censo 2000 del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE).

El tamaño de la muestra en cada rango de ingresos o capital se determinó por el número de domicilios en la respectiva región/rango de ingresos. El informante es un individuo que representa el domicilio elegido por sorteo, de cualquier género (masculino o femenino), que tenga dieciocho años o más.

El diseño de la muestra se calculó de manera que haya un intervalo de confianza del 95% y un error muestral absoluto del 2,5%, llegando a la cantidad de 1550 informantes en representación de Brasil.<sup>6</sup>

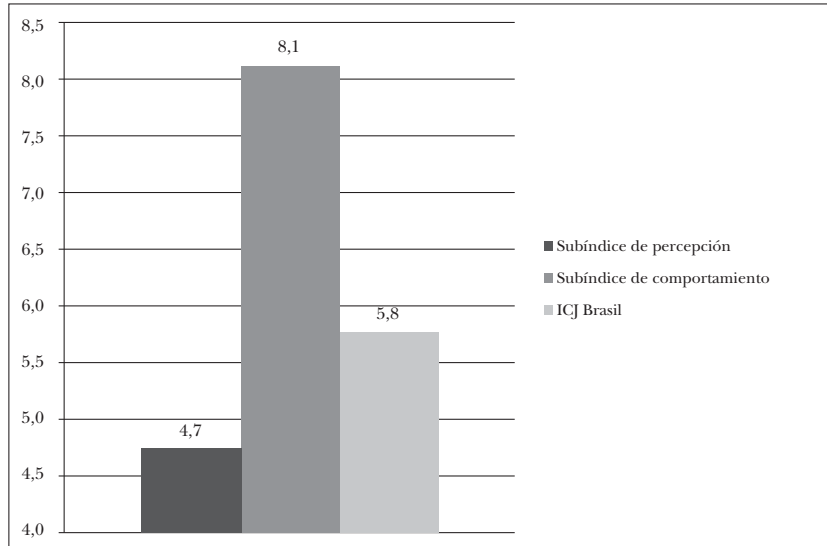
#### **ICJ BRASIL, CUARTO TRIMESTRE/2009**

En los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2009 fueron entrevistadas 1588 personas distribuidas en siete ciudades brasileñas: Río de Janeiro (370), San Pablo (633), Belo Horizonte (155), Brasilia (105), Porto Alegre (145), Recife (86) y Salvador (94).

El ICJ Brasil para el cuarto trimestre de 2009 es de 5,8 puntos, siendo el subíndice de comportamiento de 8,1 y el subíndice de percepción de 4,7 puntos.

<sup>6</sup> Para información adicional sobre el diseño y selección de muestras véase: <[www.virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/6618](http://www.virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/6618)>.

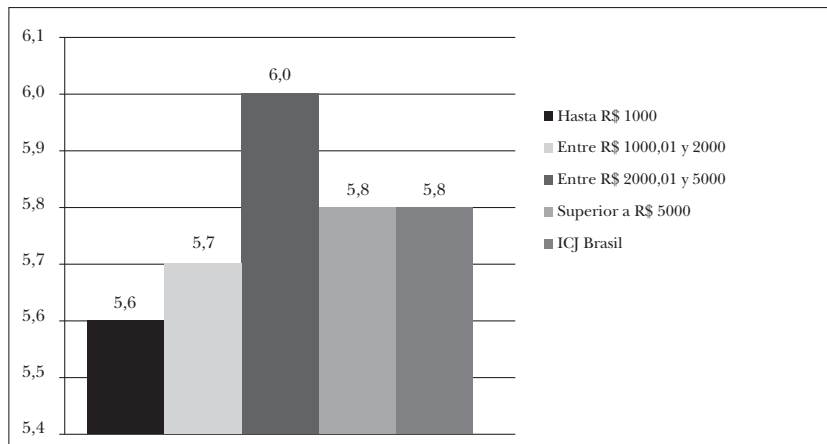
**Gráfico 1.** ICJ Brasil, 4º trimestre de 2009



Según la información reunida en el cuarto trimestre de 2009, la población entrevistada evalúa de manera negativa al Poder Judicial como prestador de servicios públicos, a pesar de recurrir a él para solucionar conflictos.

Los entrevistados con menos ingresos (inferiores a 1000 reales) presentan el índice de confianza más bajo: 5,6 puntos en una escala de cero a 10.

**Gráfico 2.** ICJ Brasil e ingresos



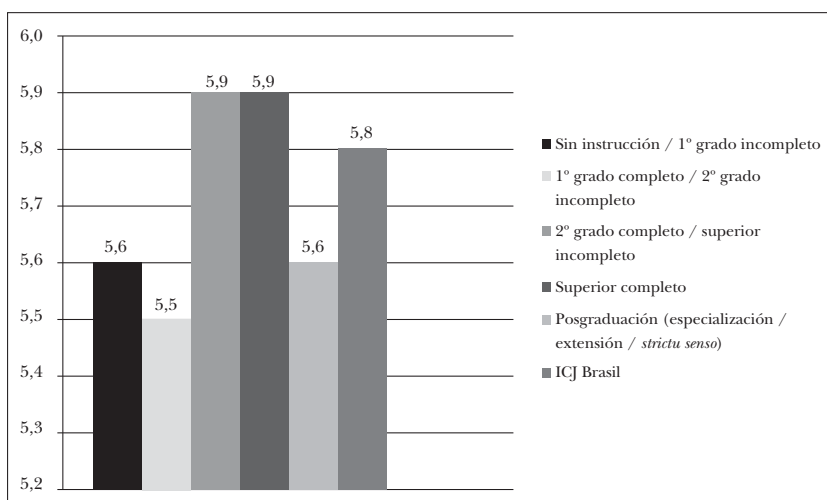
El diagnóstico se repite en el subíndice de percepción, cuando los entrevistados en ese rango de ingresos presentan el subíndice más bajo: 4,5 puntos. Para este rango de ingresos los principales indicadores son: los costos del Poder Judicial; la dificultad de acceso; la deshonestidad y parcialidad del Poder Judicial, y la lentitud y la capacidad para solucionar conflictos. Esta información indicaría que, así como otras instituciones del Estado, el Poder Judicial presenta dificultades en la intermediación de conflictos de la población con menos ingresos y en la prestación de servicios generales.

En lo que respecta al subíndice de comportamiento, los entrevistados con ingresos de hasta 1000 reales son los que más recurren al Poder Judicial, presentando un subíndice de 8,2 puntos contra 7,8 puntos del promedio nacional. Los casos en que esos entrevistados más recurrirían al Poder Judicial son aquellos que involucran el derecho del consumidor (93,7%), el derecho de familia (89,5%) y el derecho del trabajo (78,7%).

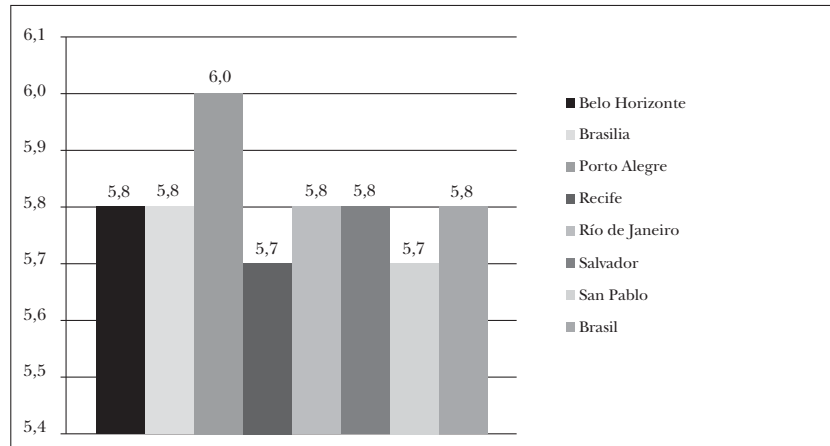
Los entrevistados que completaron el nivel de estudios básicos y/o que no terminaron el nivel de estudios superiores presentan el menor índice de confianza (5,5 puntos) y el menor subíndice de percepción (4,3 puntos).

Para esa población, los principales problemas del Poder Judicial son la honestidad e imparcialidad en sus decisiones (83,2%), los costos (79,9%) y el acceso de la población a la justicia (70,9%). Una vez más vemos en qué medida el Poder Judicial se presenta como una institución poco confiable para los entrevistados más necesitados.

**Gráfico 3.** ICJ Brasil y nivel de educación



**Gráfico 4.** ICJ Brasil y capitales



En lo que respecta a las regiones metropolitanas, Porto Alegre, localizada en el estado más al sur del país, presentó el índice de confianza más alto, seguida por Salvador, Río de Janeiro y Brasilia. Recife, región metropolitana situada en la región nordeste del país, es la capital que presentó el menor índice de confianza (5,7 puntos) y el menor subíndice de percepción (4,6 puntos). En los reportes previos del ICJ Brasil, Recife mantiene un bajo índice de confianza, lo que confirma la anterior evaluación en lo atinente a los ingresos y al nivel de educación. Cuanto más bajos son los ingresos y el nivel de educación –como ocurre en Recife, una de las regiones más pobres del país–, mayor es la insatisfacción con el Poder Judicial. En este sentido, el 84,5% de los entrevistados de esa región consideran que el costo de acceso al Poder Judicial es “alto” o “muy alto”.

Los principales problemas del Poder Judicial, según la evaluación de los ciudadanos entrevistados, se relacionan con el tiempo de solución de conflictos, los costos de acceso al Poder Judicial, la deshonestidad y parcialidad de la institución, y su capacidad de solucionar conflictos (en ese orden).

En San Pablo, la región metropolitana con mayor concentración poblacional y mayores niveles de ingresos, el 94,6% de los entrevistados respondió que el Poder Judicial resuelve los conflictos de una manera muy lenta y el 71,4% dijo que no es confiable en términos de honestidad e imparcialidad.

En las preguntas de comportamiento, los casos relacionados con el derecho de vecindad y prestación de servicios presentaron el menor número de entrevistados dispuestos a recurrir al Poder Judicial. En el caso relacionado con el derecho de vecindad, esa fue la respuesta del 24,5% de los entrevistados. En

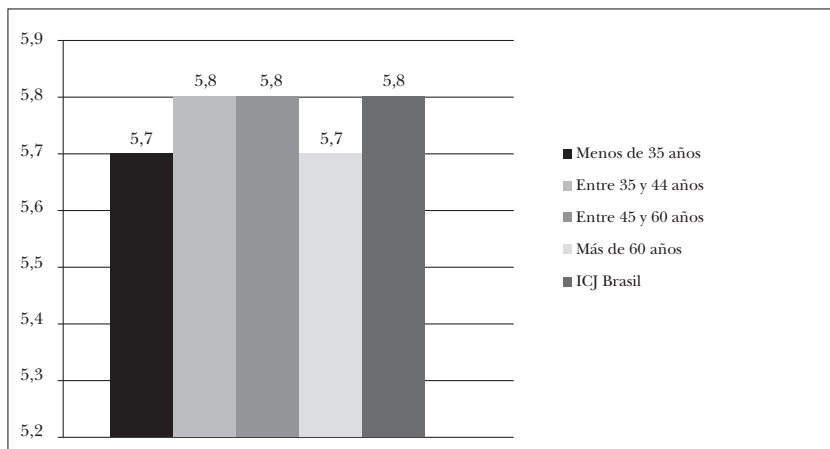
el caso de la prestación de servicios, el 47,5% de los entrevistados dijo que recurriría al Poder Judicial para resolver su conflicto. El caso relacionado con el derecho de los consumidores (compra de automóviles defectuosos) proporcionó el mayor número de entrevistados dispuestos a recurrir al Poder Judicial con toda seguridad (91,4%), seguido por el caso de derecho de familia, donde el 87,5% de los entrevistados respondió que con seguridad recurriría al Poder Judicial, y por el caso relacionado con el poder público, donde el 84,53% de los entrevistados afirmó otro tanto.

En el caso relacionado con el derecho del consumidor, Brasilia presenta el mayor número de respuestas afirmativas: el 94,6% de los entrevistados dijo que recurriría al Poder Judicial para encontrar una solución. En San Pablo, el 91,1% afirmó lo mismo. Porto Alegre es la región metropolitana con el mayor número de entrevistados que respondieron que no recurrirían al Poder Judicial o que difícilmente lo harían para resolver ese caso: el 3,1%.

Entre aquellos que afirmaron que no buscarían al Poder Judicial para solucionar los conflictos, algunas cifras llaman la atención. En el caso relacionado con la prestación de servicios, los cariocas tuvieron el mayor porcentaje de respuesta negativa (30,6%). En Brasilia, el 36,8% de los entrevistados dijo que no recurriría al Poder Judicial para resolver el caso relacionado con el derecho de vecindad.

En el caso del derecho de trabajo, llama la atención que el 34,7% de los entrevistados en Porto Alegre haya respondido que no buscaría al Poder Judicial para resolver ese tipo de conflictos o que difícilmente lo haría.

**Gráfico 5. ICJ Brasil y rango de edad**



En lo que respecta al rango de edad, los entrevistados más jóvenes, de hasta treinta y cinco años, presentaron el mayor subíndice de conflicto (8,3 puntos) y el menor subíndice de percepción (4,6 puntos), lo cual indica que son los más críticos del Poder Judicial y también los que más recurren a la institución para encontrar solución a sus conflictos.

En el sondeo realizado durante el cuarto trimestre de 2009 se incluyó en el cuestionario una pregunta destinada a evaluar la neutralidad política del Supremo Tribunal Federal en sus decisiones.

Se les preguntó a los entrevistados sobre la actuación de ese Tribunal en el juicio de un ex ministro de Estado involucrado en escándalos de corrupción. En el promedio nacional, el 39,8% de los entrevistados dijo que el Tribunal no actuó de manera neutral o que actuó con poca neutralidad en ese caso. Este porcentaje aumenta al 43,8% en San Pablo. Belo Horizonte fue la región metropolitana con mayor número de respuestas que afirmaron la neutralidad de la decisión del STF en ese caso, el 32,2%.

Finalmente, al preguntárseles si habían participado en algún proceso judicial en los últimos cinco años, el 25,9% de los entrevistados respondió que sí. Cabe destacar a Brasilia, que alcanza el índice más alto con el 41,5% de los entrevistados. El índice de Recife, por el contrario, es de apenas el 7,0%. En el corte por nivel de ingresos y escolaridad, los entrevistados con mayores ingresos y escolaridad tienden a participar más en algún proceso judicial, como asimismo las personas de sexo masculino y las personas de más edad.

#### **CONSIDERACIONES FINALES**

La discusión sobre la necesidad de transparencia y *accountability* de las instituciones del sistema de justicia en Brasil es razonablemente nueva. A pesar de que han pasado más de veinte años desde la elección de un gobierno civil después del régimen militar, la producción de información sobre las instituciones del sistema de justicia aún es una preocupación reciente, con pocos trabajos en el área, muchas veces puesta en duda por los burócratas y, principalmente, por los magistrados y los abogados. Esa reacción frente a la producción y publicación de información sobre las actividades desarrolladas por los tribunales se fundamenta, por ejemplo, en la necesidad de garantizar la independencia de estas instituciones. Si existe un relativo consenso sobre la necesidad de actualizar y modernizar el sistema procesal, no sucede lo mismo con el control de las actividades del Poder Judicial. Aun durante el proceso de elaboración de la enmienda constitucional n°45 de 2004, que modificó el funcionamiento de los tribunales, la necesidad de controlar las actividades

del sistema de justicia fue uno de los puntos más controversiales. En este sentido puede afirmarse que la creación y puesta en marcha del Consejo Nacional de Justicia representó un enorme avance para el país en lo atinente a exigir mayor transparencia a los tribunales.

Volviendo a las preguntas que orientaron este artículo, puede afirmarse que los datos sobre el Poder Judicial brasileño que el Consejo Nacional de Justicia viene produciendo, compilando y publicando desde 2004 nos permiten conocer mejor cómo funciona esa institución. La existencia de una serie histórica más larga y la práctica de la producción y publicación de esa información son presupuestos necesarios para la corrección de posibles inconsistencias en las cifras. La participación habitual y crítica de la academia en el uso de esa información también interfiere en la corrección de esas inconsistencias.

Sin embargo, cabe resaltar que esos datos, aunque representan un avance en relación con lo que sabemos sobre los tribunales, refieren básicamente al volumen de casos procesados pero no permiten evaluar la calidad del trabajo de la institución. Esto quiere decir que, en términos de análisis de las actividades de los tribunales, la utilidad de esos datos responde principalmente a criterios de eficiencia y productividad; esto requiere prestar atención y tener cuidado para que su uso no conlleve una simplificación del papel que representan los tribunales y el sistema de justicia en relación con los derechos humanos (Uprimny y otros, 2006: 320).

Así, si bien los datos producidos en los últimos años sobre los tribunales satisfacen el discurso neoinstitucionalista (North, 2006) sobre el papel de los tribunales en el crecimiento económico, no obstante no contribuyen a elaborar políticas públicas de administración de la justicia en el sentido de su democratización, ya que no dicen nada sobre el perfil del ciudadano que lleva sus conflictos ante un tribunal para que este los solucione, ni sobre la naturaleza de los casos encaminados, ni tampoco sobre el tiempo que lleva resolver esos casos o el resultado obtenido.

Las iniciativas para producir investigaciones y análisis capaces de construir una visión más completa del papel que representan los tribunales en Brasil y en los demás países de América Latina en términos de garantía de los derechos son absolutamente urgentes. La circulación de esas investigaciones y la posibilidad de realizar estudios comparados también deben ser contemplados con urgencia.

El ICJ Brasil, tal como se ha venido desarrollando –por medio de recolecciones periódicas de datos y publicación y crítica de los resultados–, contribuye a que ese diagnóstico jamás sea completo. Aunque de forma parcial, el ICJ Brasil incluye datos sobre la expectativa de los ciudadanos en relación con el funcionamiento del Poder Judicial y su evaluación por la opinión pública. A partir de estos primeros resultados es posible, por ejemplo, conocer la existencia

de una importante demanda encaminada al Poder Judicial, aun cuando esa institución reciba una evaluación negativa. Sobre la base de estos datos, vale la pena reflexionar acerca del tipo de Poder Judicial y de sistema de justicia que queremos en Brasil y en otros países de la región.

Observando la evolución de las instituciones y de las investigaciones en el área, tengo la impresión de que aún no hemos sido capaces de responder a esa pregunta esencial. Ojalá podamos formular y responder esa pregunta con nuevas investigaciones en el área, en términos de calidad en la prestación de servicios jurisdiccionales, para luego compartir sus resultados y someterlos a análisis genuinos y comprometidos con la democracia y el Estado de derecho.\*

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Campilongo, Celso Fernandes (1994), "O judiciário e a democracia no Brasil", en *Revista USP – Dossiê Judiciário*, 21: 116-225.
- Carvalho, Ernani (2006), "O controle externo do poder judiciário: o Brasil e as experiências dos conselhos de justiça da Europa do sul", en *Revista de Informação Legislativa*, 170: 99-109.
- CEJA – Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2008), <[www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org), 2010>.
- CEPEJ – The European Commission for the Efficiency of Justice (2008), <[www.coe.int/cepej](http://www.coe.int/cepej) 2007, abril>.
- CES – Centro de Estudos Sociais, 2006, <[www.ces.uc.pt](http://www.ces.uc.pt) 2008>, consultado el 9 de agosto.
- CJF – Conselho da Justiça Federal (2005 y 2006) <[www.daleth.cjf.jus.br/atlas/atlas.htm](http://www.daleth.cjf.jus.br/atlas/atlas.htm)>.
- Conselho Nacional de Justiça (2008), <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>, consultado el 30 de abril de 2010.

\* Traducción de Melissa Agudelo, a través del Centro de Traducción, Departamento de Lenguajes y Estudios Socioculturales de la Universidad de los Andes.



- Corregedoria Geral da Justiça, 2009. <[www.tj.sp.gov.br/Handlers/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=126992010](http://www.tj.sp.gov.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=126992010)>, consultado el 5 de abril.
- Dakolias, Maria (1999), “Court Performance around the world: a Comparative Perspective”, World Bank Technical Paper, 43.
- Faria, José Eduardo (1992), “O desafio do Judiciário”, en *Revista USP – Dossiê Judiciário*, 21: 46-57.
- Hammergren, Linn y Gregorio, Carlos (2004), “Brazil making Justice Count: Measuring and Improving Judicial Performance in Brazil”, The World Bank, Poverty Reduction and Economic Management Unit: Latin América and the Caribbean Region, Report 32789-BR.
- Hammergren, Linn (2002), “Diagnosing Judicial Performance: toward a Tool to help Guide Judicial Reform Programs”, Washington DC, mimeo, <[www.gsdr.org/go/display/document/legacyid/440](http://www.gsdr.org/go/display/document/legacyid/440)>.
- Índice de Confiança na Justiça (2010), Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella <[www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=521&id\\_item\\_menu=1601ICJBrasil](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=521&id_item_menu=1601ICJBrasil)> – índice de Confiança na Justiça Brasileira>, Informe de investigación, 2009 <[www.virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/6618](http://www.virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/6618)>, consultado el 31 de mayo de 2010.
- Koerner, Andrei (1999), “O debate sobre a reforma judiciária” en *Revista Novos Estudos*, n° 54, julio.
- Lopes, José Reinaldo de Lima (1992), “Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição”, en *Revista USP – Dossiê Judiciário*, n° 21, marzo-mayo.
- North, Douglas C. (2006), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Ministério da Justiça, 2006 <[www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)>, consultado febrero de 2010.
- O'Donnell, Guillermo (1998), “Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina”, en *Revista Novos Estudos*, n° 50, julio.
- (1998), “Accountability horizontal e novas poliarquias”, en *Revista Lua Nova*, 44: 27-52.

- Pinheiro, Armando Castelar y Cabral, Célia (1998), “Mercado de crédito no Brasil: o papel do judiciário e de outras instituições, Ensaios BNDES 9”, en Banco Nacional do Desenvolvimento, <[www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ensaio/ensaio9.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ensaio/ensaio9.pdf) 2010>, consultado el 31 de mayo.
- Pinheiro, Armando Castelar (comp.) (2000), *Judiciário e Economia no Brasil*, San Pablo, Editora Sumaré.
- (2003), “Direito e Economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? IPEA, Texto para Discussão 963”, en Social Science Research Network, <[www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=482822](http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=482822) 2010>, consultado el 31 de mayo.
- Przeworski, Adam (1998), “The State and the citizen”, mimeo.
- Puyboeck, Rudolf V. Van (comp.) (2000), *Comprehensive Legal and Judicial Development: towards an Agenda for a Just and Equitable Society in the 21<sup>st</sup> Century*, Washington D.C, The World Bank.
- Sadek, Maria Tereza (comp.) (2001), *Reforma do judiciário*, San Pablo, Fundação Konrad Adenauer.
- (2004), Judiciário: mudanças e reformas, *Estudos Avançados*, vol. 18, n° 51, mayo-agosto.
- y Bastos Arantes, Rogério (1992), “A crise do Judiciário e a visão dos juízes”, en *Revista USP – Dossiê Judiciário*, n° 21.
- Santos, Boaventura de Sousa (1996), “Os tribunais na sociedade contemporânea”, en *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 30: 29-65.
- (2006), *Como gerir os tribunais? Análise comparada de modelos de organização e gestão da justiça*, Coimbra? Universidade de Coimbra, Faculdade de Economia, Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, <[www.opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio\\_Como\\_gerir\\_os\\_tribunais.html](http://www.opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_Como_gerir_os_tribunais.html) 2009>, consultado el 20 de agosto.
- Supremo Tribunal Federal, <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>, consultado el 30 de mayo de 2010.
- The World Bank, <[www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)>, cosnultado el 1° de septiembre de 2009.

Uprimny, Rodrigo, Yepes, Rodríguez Garavito, César, y García Villegas, Mauricio (2006), *¿Justitia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma.

Vieira, Oscar Vilhena (2004), “Que reforma?”, en *Revista Estudos Avançados*, n° 51.

— (2008), “A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito”, en *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, vol. 2: 185-202.

Yeung, Luciana Luk-Tai y Furquim Azevedo, Paulo (2009), Beyond conventional wisdom and anecdotal evidence: measuring efficiency of Brazilian courts”, Berkeley, XII Annual Meetings os ISNIE – International Society for New Institutional Economics.

## Los autores

**César Rodríguez Garavito** es abogado por la Universidad de los Andes y PhD en Sociología por la Universidad de Wisconsin-Madison. Ha realizado maestrías en Derecho y Sociedad (Universidad de Nueva York), Sociología (Universidad de Wisconsin-Madison) y Filosofía (Universidad Nacional de Colombia). Es director del Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes, miembro fundador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y columnista del diario *El Espectador*. Es Global Fellow en la Facultad de Derecho de la NYU y profesor visitante en las universidades de Pretoria (Sudáfrica), Turku (Finlandia) y Getúlio Vargas (Brasil). Entre sus publicaciones recientes se encuentran “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America” (*Texas Law Review*); “Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples and the Right to Prior Consultation in Social Minefields” (*Indiana Journal of Global Legal Studies*); *Cortes y cambio social* (coaut.); *La globalización del Estado de derecho*; *Raza y derechos humanos en Colombia* (coaut.) y *El derecho y la globalización desde abajo* (comp.).

**Víctor Abramovich** es abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA) y máster de la Escuela de Derecho de la American University. Es profesor regular en la UBA y en la Universidad Nacional de Lanús (UNLA), de Argentina, y profesor adjunto regular de la American University. Ha sido vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), relator de la CIDH para Colombia, Cuba y Guatemala, y relator especial sobre derechos de las mujeres y de los pueblos indígenas. Fue director ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Actualmente, es Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH). Ha escrito diferentes artículos sobre derechos humanos, y en particular sobre estrategia de litigio en derechos económicos, sociales y culturales.

**Ramiro Ávila Santamaría** es doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y máster en Derecho de la Columbia University (Nueva York). Actualmente se desempeña como docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. Profesor de Constitucionalismo Contemporáneo, Teoría General de Derechos Hu-

manos y Garantismo Penal. Es autor y editor de varias publicaciones, entre ellas: *Neoconstitucionalismo transformador* (Quito, 2011), *Derechos y garantías. Ensayos críticos* (Quito, 2011), *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal* (Quito, 2009), *La protección judicial de los derechos sociales* (junto con Christian Courtis, 2009), *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de doctrina y derecho comparado* (Quito, 2008), *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (junto con Agustín Grijalva y Rubén Martínez, 2008), *Neoconstitucionalismo y sociedad* (Quito, 2008).

**Leonardo Avritzer** es graduado en Ciencias Sociales, máster en Ciencia Política y PhD en Sociología de la Universidad de Minas Gerais (Brasil). Es profesor asociado de esta misma universidad, donde ha coordinado el Proyecto Democracia Participativa y el Centro de Referência do Interesse Público. Ha realizado estudios posdoctorales en el Massachusetts Institute of Technology (MIT). Ha sido profesor invitado en el Woodrow Wilson International Center for Scholars (Washington) y en la Universidad de Tulane (Nueva Orleans). Algunos de sus libros recientes son: *Democracy and the public space in Latin America*, *A inovação democrática no Brasil* y *Reforma política no Brasil*.

**Martín Böhmer** es abogado por la Universidad de Buenos Aires, candidato a doctorado y máster en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor de la Universidad de San Andrés y de la Universidad de Buenos Aires y socio fundador de la Asociación por los Derechos Civiles en la Argentina. Ha sido decano y profesor de la Universidad de Palermo, profesor invitado de la Universidad de Fordham, del Centro de Investigación y Docencia Económicas en México, e investigador visitante de la Universidad de Yale. Ganador de las becas Ashoka, Fulbright de investigación y del título “Global Leader for Tomorrow”, del World Economic Forum. Ha escrito múltiples artículos y capítulos, entre otros: “Una Corte para la Constitución argentina”, en *La Constitución en 2020*; “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, en *Teoría y crítica del Derecho Constitucional* y “On the Other Hand, comentario a Balkin y Levinson”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.

**Catalina Botero Marino** es abogada por la Universidad de los Andes y candidata al doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad Carlos Tercero de Madrid, España. Actualmente, se desempeña como relatora especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos. Ha realizado posgrados en Derecho Constitucional, Ciencias Políticas, Derechos Humanos, Gestión Pública y Derecho Administrativo. Ha ocupado cargos públicos en la Corte Constitucio-

nal y la Defensoría del Pueblo en Colombia. También ha sido profesora de cátedra en la Universidad de los Andes y en la Universidad Nacional de Bogotá, e invitada en distintas universidades nacionales y extranjeras. Autora de diferentes artículos y ensayos sobre libertad de expresión, teoría constitucional y el derecho constitucional colombiano, así como sobre derecho internacional humanitario, derecho penal internacional y justicia de transición.

**Jorge Contesse Singh** es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Diego Portales de Chile y director del Centro de Derechos Humanos de esta universidad. Es candidato a doctor y tiene grado de maestría en Derecho por la Universidad de Yale. Ha sido investigador visitante del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Fordham (Nueva York), consultor de organismos internacionales como Human Rights Watch, el International Council on Human Rights Policy, la Fundación Ford y el Centro de Estudios de Justicia para las Américas. Sus temas de investigación son derechos humanos, derecho constitucional y teoría política.

**Fernando Filgueiras** es doctor en ciencia política y sociología por el Instituto Universitario de Investigaciones de Río de Janeiro (2007). Actualmente, es profesor adjunto de la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG), director del Departamento de Ciencia Política e investigador del Centro de Referência do Interesse Público (CRIP). Sus temas de interés son teoría política, políticas públicas y comportamiento político. Es autor de *Corrupção, democracia e legitimidade* (2008).

**Mauricio García Villegas** es abogado por la Universidad Pontificia Bolivariana y doctor en Ciencia Política por la Universidad Católica de Lovaina, con posdoctorado en la Universidad de Wisconsin-Madison. Es profesor asociado de esa universidad y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Grenoble. Actualmente, es profesor en el Instituto de Estudios IEPRI de la Universidad Nacional de Colombia, investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y columnista del periódico *El Espectador*. Entre las obras de su autoría, cabe destacar *La eficacia simbólica del derecho* (1994), *Sociología jurídica* (2001), *Jueces sin Estado* (2008), *Normas de papel* (2009) y *Sociología y crítica del derecho* (2010).

**Roberto Gargarella** es abogado y sociólogo por la Universidad de Buenos Aires (UBA) y doctor en Derecho por la misma universidad y por la Universidad de Chicago (Estados Unidos), con estudios posdoctorales en el Balliol College de la Universidad de Oxford (Reino Unido). Profesor de Teoría Constitucional y Filosofía política en la Universidad Torcuato Di Tella y de Dere-

cho Constitucional en la UBA. Ha sido profesor e investigador visitante en las Universidades de Bergen y Oslo (Noruega), Pompeu Fabra (España), Nueva York, Columbia, New School y Harvard (Estados Unidos). Ha recibido las becas John Simon Guggenheim (1999) y Harry Frank Guggenheim (2002). Ha publicado varios libros sobre teoría constitucional y filosofía política, entre los cuales se encuentran *The Legal Foundations of Inequality* (2010), *La justicia frente al gobierno*, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, *Los fundamentos legales de la desigualdad* y *El Derecho a protestar: El primer derecho*.

**Luciana Gross** es abogada por la Universidad Católica de San Pablo, con maestría y doctorado en Ciencia Política por la Universidad de San Pablo. Profesora y coordinadora del programa de maestría de la Escuela de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas (DIREITO GV) en Brasil, donde enseña sobre ciencia política y metodología de la investigación. También coordina el estudio sobre el Índice de Confianza en la Justicia, que realiza trimestralmente la FGV. Ha desarrollado proyectos de investigación sobre los sistemas judicial y político brasileños. Sus temas de interés, entre otros, son la administración de justicia, las reformas al sistema judicial y las instituciones políticas brasileñas.

**Julieta Lemaitre Ripoll** es profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes en Bogotá, Colombia. Tiene grados de abogada por la Universidad de los Andes (1995), maestría en artes (MA) con concentración en género, estudios de la religión en la Universidad de Nueva York (NYU) (1998) y doctorado en Derecho (SJD) por la Universidad de Harvard (2007), con concentración en sociología del derecho. Sus líneas de investigación son derecho y movimientos sociales, derecho y violencia, y violencia y discriminación contra las mujeres y las minorías sexuales.

**Ronaldo Porto Macedo** es graduado en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de San Pablo (USP). Profesor de la Fundación Getúlio Vargas y en la USP en Brasil. Ha realizado una maestría en Filosofía. Doctorado en Derecho por esta misma universidad. También realizó estudios de posdoctorado en Derecho por la Universidad de Yale y King's College (Londres). Es Visiting Scholar en la Universidad de Harvard. Entre otras, sus áreas de interés son filosofía del derecho, teoría del derecho, teoría contractual y sociología jurídica. Ha desarrollado proyectos de investigación sobre interpretación del derecho, instituciones jurídicas y enseñanza de la filosofía política.

**Francisca Pou Giménez** es licenciada en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, donde realizó también estudios de posgrado en Derecho Público, y doctora y maestra en Derecho por la Universidad de Yale. Fue letrada

da del ministro J. Cossío Díaz en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México de 2004 a 2011. Actualmente es profesora de Derecho Constitucional en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Es autora de artículos y capítulos de libros sobre temas relacionados con la justicia constitucional, la protección de los derechos, el pluralismo cultural y los derechos lingüísticos.

**Rachel Sieder** es maestra en estudios latinoamericanos y doctora en ciencias políticas por la Universidad de Londres. Actualmente es profesora investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México, donde trabaja en las áreas de antropología jurídica y antropología política. Sus temas de investigación son los derechos humanos, los derechos indígenas, la antropología jurídica y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas. Sus últimas publicaciones incluyen *La judicialización de la política en América Latina* (2011, con Line Schjolden y Alan Angell) y *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America* (2010, con Javier Couso y Alex Huneeus).

**Rodrigo Uprimny** es abogado colombiano con maestría en Sociología del Desarrollo (Universidad de París I), doctorado en Economía (Universidad Amiens, Francia) y diploma de posgrado en resolución de conflictos (Universidad de Uppsala, Suecia). Actualmente es director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). Es también congresista de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia. Ha publicado numerosos artículos y libros en temas constitucionales, de administración de justicia y de derechos humanos.

**Oscar Vilhena Vieira** es abogado por la Universidad Católica de San Pablo, con doctorado en Ciencia Política por la Universidad de San Pablo. Ha realizado la maestría en Derecho de la Universidad de Columbia, Nueva York, y el posdoctorado en el Centre for Brazilian Studies del St. Antonies College, Oxford University. Es decano de la Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas y miembro fundador de la organización Conectas en Brasil. Nombrado Global Fellow de Ashoka y Avina Leader. Ha sido procurador del Estado en San Pablo y director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y Tratamiento de la Delincuencia. También ha implementado diversas iniciativas, como el Instituto Pro Bono, la revista *Sur* y la Iniciativa Latinoamericana para el Derecho y la Democracia (ILADD). Interviene con frecuencia ante la Suprema Corte de Brasil en la defensa de casos de derechos fundamentales. Algunas de sus publicaciones son *Estado de Direito e os Desafios do Desenvolvimento*, *Public Interest Law: A Brazilian Perspective*, *A Constituição e sua Reserva de Justiça y Supremocracia*.



**Raquel Yrigoyen Fajardo** es abogada por la Universidad Católica de Perú y doctora en Derecho por la misma universidad, con especializaciones en Derecho Consuetudinario Indígena de la Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad San Carlos de Guatemala, y maestría en Sistema Penal y Problemas Sociales por la Universidad de Barcelona. Integrante del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS), en Perú. Ha trabajado en distintos programas de Naciones Unidas y desarrollado consultorías sobre derechos humanos, acceso a la justicia y derechos de los pueblos indígenas, género, justicia indígena y justicia campesina y pluralismo jurídico.

# El derecho en América Latina

**César Rodríguez Garavito**

Las leyes, como los mapas, son representaciones simplificadas que ordenan las relaciones humanas para luego leerlas bajo un prisma legal. Para ser eficaces, tanto el cartógrafo como el jurista deben recortar algunos detalles del terreno distorsionando la realidad desde una perspectiva altamente selectiva. Cualquier mapeo de la producción y las disciplinas jurídicas en América Latina muestra que han enclavado su centro de visión en Europa y Estados Unidos. Los efectos de esta mirada subordinada son tan profundos como palpables en la práctica diaria y nos obligan a cuestionarnos: ¿cómo construir una perspectiva arraigada en nuestro entorno que, a la vez, ingrese en un diálogo cosmopolita? Y, más radicalmente, ¿qué significa pensar el derecho desde América Latina?

Desde la mirada subalterna, los autores de este libro reflexionan sobre las condiciones que atraviesa la práctica jurídica, en un esfuerzo que combina el análisis sociojurídico con experiencias de seguimiento a las reformas judiciales, el funcionamiento de la justicia y los procesos de constitucionalismo social de las dos últimas décadas. En todos los casos, se trata de académicos y académicas que han acompañado la producción de ideas con el activismo por la igualdad, la democracia y los derechos humanos. En sus países, cada uno de ellos ha contribuido, además, a la creación de nuevas instituciones para la enseñanza, la investigación y la lucha por el derecho, y ahora proyecta nuevos espacios de construcción transnacional.

Producto de un esfuerzo concertado por desarrollar un diagnóstico crítico e impulsar a la vez la representación del territorio jurídico desde perspectivas distintas a las dominantes, aunque sin darle la espalda al pensamiento internacional, la contracartografía que este libro propone traza un diálogo horizontal entre distintas tradiciones intelectuales y legales. *El derecho en América Latina* constituye, así, una fuente especialmente propicia para repensar el paradigma de análisis, enseñanza y acción legales latinoamericanos e influir, desde esa perspectiva, en el debate jurídico global.