

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

Haydée Birgin
Natalia Gherardi
(coordinadoras)

Colec. "Género, Derecho y Justicia"

No. 6

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Reglas

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

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

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

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

Tabla 3. (Continuación)

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

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

5. Opciones al sistema oficial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Estrategias de reforma

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

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

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

Cambio de reglas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ Rothwax (1969), p. 143.

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

Mejora de la administración de justicia

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

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

¹¹ Randall (1968).

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

Mejora en los servicios jurídicos

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

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

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

¹² Rothwax (1969), pp. 140-141.

Reorganización de las partes

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

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

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

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

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

7. La reforma y el resto del Iceberg

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

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

LOS FUNDAMENTOS DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA*

Luigi Ferrajoli

1. Premisa: el modelo garantista en el proceso penal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ *Ibid.*, p. 217.

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

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

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

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

3. El rol garantista de la defensa pública

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Un modelo para los ordenamientos europeos

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

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

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

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

⁷ Véase Ley No. 277- 2004.

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

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

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

Rosemary Hunter

1. Introducción

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

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

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

² Dworkin (1986).

³ *Ibid.*, p. 239.

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

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

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

⁴ *Ibid.*, p. vii.

⁵ Thornton (1996).

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

2. Teoría marcada por el género

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

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

⁷ Naffine (1990), p. 7.

⁸ MacKinnon (1989), p. 182.

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

¹⁰ Véase, por ejemplo, Hansen (1992).

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