

EL ACCESO A LA JUSTICIA, entre el derecho formal y el derecho alternativo



Esta publicación es posible gracias a la colaboración de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados-ACNUR y al apoyo financiero de la Unión Europea.

© ILSA- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos
Calle 38 N° 16-45, Bogotá, Colombia
Tels.: 2455955, 2884772, 2884437
Fax: 2884854
Correo electrónico: ilsa@etb.net.co
Página web: www.ilsa.org.co

ISSN colección: 0122225-2
ISSN este número: 9770122225001 00035

Edición: Diana Margarita Zea Amórtegui, Carmen Andrea Becerra Becerra
Ilustración de cubierta: Henry González
Corrección de textos: María José Díaz Granados
Coordinación Editorial: Publicaciones ILSA
Impresión: Gente Nueva Editorial
Bogotá, diciembre de 2006.

El contenido de esta publicación es responsabilidad de los autores y no compromete la opinión de ACNUR.

CONTENIDO

Presentación	7
El acceso de la víctima a la Jurisdicción Internacional sobre Derechos Humanos	13
SERGIO GARCÍA RAMÍREZ	
Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de Derechos Humanos	57
ANTÓNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE	
El Movimiento de los Sin Tierra (MST) y el Campo Jurídico en Brasil	135
PETER P. HOUTZAGER	
Tribunales de justicia en el Brasil, nuevas prácticas de justicia participativa y justicia comunitaria	167
ELSA INES RUMACK DE GONZÁLEZ Y MARINA SOARES VITAL BORGES,	
Las movilizaciones indígenas y la reconstrucción de territorios: nuevos desafíos para el derecho	187
ROSELY APARECIDA STEFANES PACHECO	
La Jurisdicción Especial Indígena y el derecho penal en Colombia: entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa	213
CARMEN ANDREA BECERRA BECERRA	

La justicia no tiene rostro de mujer. Obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres	237
PATRICIA BALBUENA	
El Tribunal de los DESC de las mujeres en Colombia. Una experiencia de exigibilidad de nuestros derechos	247
MARÍA EUGENIA RAMÍREZ	
Panorama de las organizaciones de servicios legales en Colombia	265
LUISA FERNANDA GARCÍA JORGE ENRIQUE CARVAJAL	
Servicios legales universitarios en Brasil: breve cotejo de dos paradigmas	281
VLADIMIR DE CARVALHO LUZ	
Acceso a la justicia y servicios jurídicos no estatales en Venezuela	299
SONIA BOUEIRI BASSIL	

PRESENTACIÓN

El derecho de acceso de los individuos y las comunidades a la justicia, en el plano nacional e internacional se ha consolidado a través de un proceso histórico, social, político y jurídico que revela la lucha por la exigibilidad de los derechos humanos a través de la formulación de algunos interrogantes y la aproximación a sus respuestas. ¿Cómo acceder a la justicia? ¿Cómo vencer los obstáculos sustanciales y procedimentales para acceder a este derecho, en el ámbito interno y externo? ¿Cuál es la vía más eficaz para garantizar el acceso a la justicia y la protección de los derechos? ¿Puede el derecho alternativo coexistir con el derecho de los Estados? ¿Puede surgir éste derecho en el ámbito interno, paralelamente al desarrollo de la jurisdicción de cada Estado? ¿Es posible que el llamando *derecho alternativo* sea la vía que aporte las condiciones y los elementos necesarios para saltar los obstáculos del derecho formal en cuanto al acceso a la justicia?

En el presente número de la revista *El Otro Derecho* se aborda el tema del acceso a la justicia desde estos interrogantes, desde las respuestas y los aportes de diferentes autores que sitúan sus análisis y reflexiones en escenarios internacionales de protección de los derechos humanos; en escenarios nacionales entre los que se destacan Brasil, Venezuela y Colombia, y en escenarios locales referidos a la justicia comunitaria, la justicia indígena, el acceso a la justicia y la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres, y el acceso a los servicios legales por parte de actores y movimientos sociales tradicionalmente excluidos.

El primer bloque de artículos trata sobre el acceso de los individuos a la justicia internacional y está integrado por los trabajos de dos miembros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sergio García Ramírez y Antônio Augusto Cançado Trindade.

En el artículo titulado *El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos*, Sergio García Ramírez, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, introduce el tema del acceso a la justicia como una necesidad cotidiana y común que debe

corresponder a las expectativas de ser eficaz, oportuna y suficiente. El autor caracteriza el derecho al acceso a la justicia como un proyecto de rango constitucional y como hecho que reviste al menos tres dimensiones: el acceso formal, el acceso material y el acceso a la justicia preventivo o de carácter cautelar. Concebido a partir de estas dimensiones, el acceso a la justicia trasciende la dimensión filosófica de los derechos y nos sitúa ante un problema político que articula la legalidad y la jurisdiccionalidad: la exigibilidad de los derechos reconocidos; tanto en el derecho interno como en el internacional deben salvar una serie de obstáculos e inconvenientes para hacer realidad la garantía de acceso del ser humano a la justicia.

En el artículo titulado *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos*, escrito por Antônio Augusto Cançado Trindade, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se destaca el derecho de petición individual a los tribunales internacionales de derechos humanos, y la intangibilidad de la jurisdicción internacional de derechos humanos como *cláusulas petreas de la protección internacional del ser humano*. Según el autor, en el umbral del siglo XXI la consolidación de la personalidad y capacidad jurídica internacional de los individuos es a la vez un legado y un registro del proceso de humanización del derecho internacional que posibilita la efectividad de los derechos humanos, confirmando la protección y la garantía de los mismos como realidad.

El segundo bloque está conformado por un artículo de Peter P. Houtzager, investigador del Institute of Development Studies (IDS), University of Sussex, y por el aporte conjunto de Elsa Ines Rumack de González y Marina Soares Vital Borges, estudiantes del curso de maestría en derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil.

Bajo el título *El Movimiento de los Sin Tierra (MST) y el campo jurídico en Brasil*, Peter P. Houtzager se interroga acerca de qué tipo de reforma legal podría ser abordado por los movimientos sociales buscando disminuir formas y prácticas de exclusión social sistemáticas; esta pregunta es abordada por el autor partiendo del análisis del contexto de la lucha por la tierra del Movimiento de los Sin Tierra en el Brasil, como una experiencia de la redefinición en el ámbito jurídico de los derechos de propiedad y de la desobediencia civil, que ilustra algunas formas alternativas de aproximación al derecho por parte de los movimientos sociales como contrapeso al régimen de propiedad privada, cumpliendo un papel determinante en la modificación de un sistema legal excluyente, a partir de la interpretación, institucionalización y exigibilidad de la fun-

ción social de la propiedad. El tema del acceso a la justicia por parte de actores sociales excluidos es retomado en el trabajo titulado *Tribunales de justicia en el Brasil, nuevas prácticas de justicia participativa y justicia comunitaria*; las autoras Elsa Ines Rumack de González y Marina Soares Vital Borges, estudiantes del curso de maestría en derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina, refieren la experiencia de los servicios legales alternativos y su articulación con la labor de los tribunales de justicia en el Brasil, como aportes fundamentales frente a la insuficiencia del modelo jurídico liberal-individualista y la ineficacia del poder judicial frente a las demandas de exigibilidad de los derechos.

Conformando un tercer grupo de artículos se encuentran los trabajos de Rosely Aparecida Stefanos Pacheco y de Carmen Andrea Becerra Becerra, investigadora del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativo (ILSA). Bajo el título *Movilizaciones indígenas y la reconstrucción de territorios: nuevos desafíos para el derecho*, Rosely Aparecida Stefanos Pacheco analiza en el contexto brasilero la importancia de las movilizaciones indígenas y el desarrollo de la serie de reformas constitucionales de las últimas décadas en América Latina como acumulados que han aportado al reconocimiento de la pluriculturalidad y multietnicidad cuestionando las políticas homogeneizadoras y asimilacionistas. La relación entre el derecho nacional y el derecho indígena es tema recurrente en el artículo titulado *La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa*; en este texto Carmen Andrea Becerra Becerra aborda el análisis de la jurisdicción especial indígena a partir del reconocimiento de una autonomía relativa y condicionada a su concordancia con la legislación nacional. El reconocimiento constitucional de una jurisdicción indígena relativa y condicionada es el resultado de la consagración de un multiculturalismo y un pluralismo jurídico asumidos con reservas, en virtud de los cuales, contradictoriamente, se condiciona la autonomía de dicha jurisdicción a la concordancia con la Constitución y las leyes, en vez de abordarse tales principios como presupuestos alternativos y necesarios para el reconocimiento de una jurisdicción indígena autónoma.

Un cuarto bloque de artículos examina el acceso a la justicia desde una perspectiva de género presentando los obstáculos de las mujeres para el acceso a la justicia en el Perú, y la experiencia en Colombia del Tribunal Mujeres y DESC. En el artículo titulado *La justicia no tiene rostro de mujer. Obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres*, Patricia Balbuena, consultora en género y derechos humanos, retoma el tema de los obstáculos para el acceso a la justicia, centrandolo en el análisis en las barreras del sistema de justicia peruano frente a las mujeres; ante esta situación, las organizaciones de mujeres han

incursionado en el desarrollo de acciones de incidencia política logrando con éxito erradicar varias disposiciones de legislación discriminatoria en materia de derechos de las mujeres. Siguiendo con el relato del proceso de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales de la mujeres, en el artículo *El Tribunal de los DESC de las mujeres en Colombia. Un experiencia de exigibilidad de nuestros derechos*, María Eugenia Ramírez, investigadora del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) – Programa de Derechos Humanos y Derechos de las Mujeres, y de la Coordinación Tribunal Nacional de Mujeres y DESC, expone la experiencia de la Tribuna Nacional de Mujeres y DESC (2005), que se realizó en Bogotá en el marco de un proceso regional de reflexión y articulación en el que participaron activamente organizaciones feministas y de derechos humanos. El trabajo narra el desarrollo de este proceso en Colombia, fruto de una iniciativa articulada al escenario regional, que en cuatro años ha logrado avanzar en acciones de formación para la exigibilidad en DESC de las mujeres colombianas.

En el último grupo de artículos que conforman el presente número se encuentran los trabajos que desarrollan el tema de los servicios legales en tres países: Colombia, bajo la coautoría de Jorge Enrique Carvajal Martínez, director ejecutivo del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, y Luisa Fernanda García, abogada y estudiante de la maestría en sociología jurídica de la Universidad de Oñate; el análisis de este tema es desarrollado por Vladimir de Carvalho Luz en Brasil, y Sonia Boueiri Bassil en Venezuela. Bajo el título: *Panorama de las organizaciones de servicios legales en Colombia*, Luisa Fernanda García y Jorge Enrique Carvajal toman como referentes el proceso regional de reformas judiciales y el conflicto armado interno en el análisis de los servicios legales en Colombia, promovidos por las organizaciones no gubernamentales y por los consultorios jurídicos en torno a la promoción, difusión y acceso a la justicia. En el artículo *Servicios legales universitarios en Brasil: breve cotejo de dos paradigmas*, de Vladimir de Carvalho Luz, se detalla el estudio de los servicios legales gratuitos en Brasil, identificando al menos dos modelos: uno vinculado a la estructura curricular de corte tradicional; el segundo, de iniciativa estudiantil, centrado en la labor de investigación y en la articulación de la labor jurídica con el escenario universitario y con el contexto social de los usuarios. El autor analiza la aplicación de estos dos modelos y sus implicaciones en las prácticas jurídicas adelantadas en las universidades públicas y privadas de Brasil. Concluyendo el examen de los servicios legales se encuentra el trabajo: *Acceso a la justicia y servicios jurídicos no estatales en Venezuela*, de Sonia Boueiri Bassil; a partir de un elaboración teórica

sobre la importancia de los servicios jurídicos no estatales en Venezuela se describe la configuración y el funcionamiento de estas organizaciones así como su aporte frente a las necesidades jurídicas de la población excluida y frente a la formación jurídica de los estudiantes de derecho.

El conjunto de trabajos referidos busca aportar elementos de análisis y de debate en cuanto a las posibilidades reales de acceso a la justicia de los sectores tradicionalmente excluidos, y la exigibilidad de sus derechos en clave local, nacional e internacional.

El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos*

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ**



El presente artículo introduce el tema del acceso a la justicia traducido en términos de una necesidad cotidiana y común, que se concreta en la inquietud y la angustia de saber que hay millones de personas en espera de una justicia que no llega o que resulta insuficiente, inoportuna o ineficaz. Partiendo de la delimitación analítica del derecho de acceso a la justicia como acceso a la jurisdicción y a la protección, devolución o creación de derechos subjetivos que ésta suministra, el autor aborda la caracterización de este derecho como un proyecto de rango constitucional y, además, como un hecho que reviste al menos tres dimensiones: 1) el acceso formal –que no se agota en su proclamación normativa, nominal o discursiva–; 2) el acceso material, cuyo contenido se resume en recibir una sentencia justa, y que proyecta hacia la identificación del acceso a la jurisdicción con el acceso a la justicia, y 3) el acceso a la justicia preventivo o de carácter cautelar, que corresponde a la ventaja de la prevención sobre la represión. Partiendo de este análisis, se destaca que actualmente el acceso a la justicia trasciende la dimensión filosófica de los derechos y nos sitúa ante un problema político que articula legalidad y jurisdiccionalidad: la exigibilidad de los derechos reconocidos, exigibilidad que tanto en el derecho interno como en el internacional, debe

* Ponencia para el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 12-14 de febrero (Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2002: 33). En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/32/pr/pr10.pdf>

** Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor titular en la Facultad de Derecho de la UNAM. Investigador Nacional, nivel III, en el Sistema Nacional de Investigadores. Desde 1993 forma parte de la Junta de Gobierno de la UNAM. Es Directivo de la "Revista de la Facultad de Derecho". Integrante de la Junta de Gobierno del Centro Universitario México. División de Estudios Superiores. Fue Presidente (fundador) de la Junta de Gobierno del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

salvar una serie de obstáculos e inconvenientes para hacer realidad la garantía de acceso del ser humano a la justicia.



Victim´s acces to the international human rights justice system

This article introduces the issue of access to justice regarded as a daily and common need, which concretes in one's anguish and worry of knowing that there are millions of people waiting for a delayed, inefficient and inappropriate justice system. Starting from the analytical outline of the right to access to justice as a claim to protection and jurisdiction, as well as a creative space of personal rights, the author assesses this issue upon constitutional grounds and following three dimensions: (1) formal access –which does not exhausts with its normative, nominal and discursive promulgation; material access– which includes a fair judicial opinion and that seeks to identify access to justice with access to the justice system; (3) preventive or cautionary access to justice, which seeks to accomplish prevention over repression. From this analysis, the article argues that nowadays access to justice rights has transcended its philosophical character to become a political issue that moves around legality and jurisdiction: the enforcement of granted rights, the same enforceability that, both at the internal as well as international justice systems, must overcome a wide range of barriers to make real the guarantee of the human right to access to justice.

ACCESO A LA JUSTICIA. DEFINICIONES Y CONDICIONES

La idea de que el ser humano tiene un derecho a la justicia, en pie de igualdad con sus semejantes –e incluso el concepto sobre quiénes son, para esa igualdad, sus semejantes–, fue problema en siglos pasados, y acaso lo haya sido en años recientes o lo sea ahora mismo, en espacios aislados. En su hora, la asunción de estos derechos representó una revolución copernicana.¹ Ganados los derechos, sea por reconocimiento, sea por declaración más o menos consensual de la sociedad política –un tema que no me corresponde examinar ahora, el problema del derecho ha pasado a un plano más distante o secundario. Hoy el punto que nos inquieta, y hasta nos angustia –díganlo, si no, millones de personas, dondequiera, en espera de una justicia que no basta o que no llega–, es el punto del acceso a la justicia. ¿Qué es justicia, para

¹ En este sentido, Bobbio (1997: 256), utiliza una expresión kantiana para referirse a la doble novedad en la forma de entender la relación política: por una parte, afirmar que el hombre posee derechos preexistentes a la institución del Estado; por la otra, sostener que en los planos moral y jurídico el derecho precede al deber.

estos efectos? (García, 1997: 20- 21) y ¿cómo se llega a ella, de veras, con suficiencia, oportunidad y eficacia?

Para abordar esta materia se requiere un concepto que la encauce. Hay que arribar, en consecuencia, a ciertas convenciones que basten para los propósitos perseguidos y merezcan la confianza de los justiciables. Acceder a la justicia –o más discretamente, a la jurisdicción y a la protección, devolución o creación de derechos subjetivos que ésta suministra– es un proyecto de rango constitucional,² y luego un hecho, que se analiza en dos dimensiones, o acaso en tres. Las dos primeras suponen un litigio actual; la tercera, uno potencial y probable. La primera, que reconoce el problema presente, se refleja en la forma; la segunda, en el fondo. Acceso formal es disponer de la posibilidad –real, por supuesto, no apenas nominal o discursiva– de plantear pretensiones ante una jurisdicción independiente, imparcial y competente para resolver sobre ellas; probarlas, alegar, contender con equilibrio. Hoy día, este acceso formal va más allá de su primera versión: no basta la proclamación normativa; incluye, como se ha dicho, “el reconocimiento de los derechos y las obligaciones sociales de los gobiernos, comunidades, asociaciones e individuos” (Cappelletti y Garth, 1996: 12). Mucho más, pues, que un retraído *laissez faire*, que pondera las ventajas del testimonio mejor que las virtudes de la acción.

El acceso material es lo que sigue, construido sobre aquellos cimientos: recibir una sentencia justa. Finalmente, en ese momento ocurre lo que profundamente nos importa: el acceso a la jurisdicción se convierte en acceso a la justicia (García Ramírez, 1997: 22-23). Valga la verdad de Perogrullo: no accede a la justicia quien no recibe justicia; puede, eso sí, tener acceso al tribunal, intervenir en diligencias, probar, alegar e impugnar, pero nada de eso, si vemos el asunto con rigor y realismo, es acceso a la justicia. Y pudiera agregarse, finalmente, una suerte de acceso preventivo, que corresponde a la obvia ventaja de la prevención sobre la represión: no hay necesidad de considerar siquiera las compensaciones, las restituciones, las reparaciones, cuando se ha desviado o impedido el golpe. Aquí, pues, el acceso es cautelar.

En la historia internacional de estos temas hubo que zanjar primero el problema filosófico de los derechos humanos. El consenso, se

² Así, en el párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución mexicana, a partir de la reforma de 1987: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”. Al respecto, véanse los comentarios de Fix Fierro (1997: 193 y ss.); así mismo, los estudios sobre esta parte del artículo 17 con motivo de la reforma de 1987, en Gerardo Gil Valdivia (1987: 1 y ss.), y Cambranis y Wilbert (1987: 33-42).

ha dicho, ha cerrado este larguísimo periodo (Bobbio, 1981: 10; 1982: 16). Después hay que enfrentar y resolver el problema político: hacer que los derechos reconocidos sean exigibles y puedan ser exigidos, de experiencia inmediata y personal de sus titulares.³ Nos hallamos en este periodo, también largo, que no debiera serlo tanto como su precedente, porque se arriesgaría el prestigio del derecho y decaería la fortuna de los derechos humanos, y con ellos la de sus destinatarios. Es la etapa de las garantías, que nos ha salido al paso desde el advenimiento de las grandes declaraciones,⁴ y que cuenta, como se ha escrito, con dos poderosas y necesarias proyecciones: legalidad y jurisdiccionalidad.⁵

Se vio en el régimen constitucional interno; se advierte en el internacional. En ambos tropezó con obstáculos y tuvo demoras. Hoy, en el orden internacional, quisiéramos remover aquéllos y aligerar éstas, una y otra cosas como condiciones, finalmente, para el acceso del ser humano a la justicia.

Ésta es una cuestión mayor en el derecho internacional de los derechos humanos y en sus jurisdicciones características.

Es mucho el camino recorrido, pero más, infinitamente más, el que resta. La complejidad, la lejanía, la onerosidad –entre otros asuntos– de la justicia en este ámbito, oscurece, diluye o relativiza la protección internacional, o al menos así se siente.

Y es importante lo que sienten los justiciables. También la justicia llega a ser, en alguna medida, un problema de percepción tanto como de realización.⁶ De la percepción proviene, en efecto, el sustento de la opinión pública; y de ésta procede, también en alguna proporción, el

³ En otro sentido, también se ha subrayado el tránsito de la concepción filosófica de los derechos (naturales) a la política (derechos del hombre y el ciudadano). “Nos hallamos en presencia de la inserción de la noción filosófica dentro del discurso político, esto es, en la traslación de un concepto del juego del lenguaje de la filosofía al juego del lenguaje de la política” (Álvarez, 1998: 71).

⁴ Así, en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”. Sobre el concepto de garantías en las declaraciones de derechos, y específicamente en la de 1789, véase a Carlos Sánchez Viamonte (1956: 67 y ss.).

⁵ Legalidad supone que los derechos no queden al arbitrio de las autoridades y por ello es indispensable “que las leyes provean únicamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos”; y jurisdiccionalidad implica que los derechos “sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión, sea por omisión” (Ferrajoli, 1998: 917).

⁶ Relatorio general y relatorios nacionales, XI Congreso Nacional de Derecho Procesal. XI World Congress on Procedural Law, Viena, Austria (1999). El juez y la magistratura (tendencias en los albores del siglo XXI), Buenos Aires, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Editores.

apoyo político –la voluntad, volcada en hechos– que luego aporten los Estados, piezas indispensables, primera línea, del sistema tutelar internacional (Buergethal y Cassell, 1998: 540, 542-544). Y de aquélla misma resulta el hecho poderoso, decisivo, de la confianza o la desconfianza de los particulares, que serán justiciables: sobra decir que la desconfianza sepulta buenas intenciones y, por supuesto, sistemas e instituciones.

Aquí ha avanzado un buen trecho la jurisdicción europea, al menos en el punto de las grandes definiciones y en el inicio de su recepción en una experiencia cincuentenaria que merece reconocimiento. La jurisdicción interamericana, hoy en proceso de una revisión que la ponga al día, emprende en esta materia nuevas etapas.

Para que haya acceso a la justicia internacional de los derechos humanos existe una serie de condiciones. Cada una de ellas representa un jalón en el progreso. A veces se reúnen todas; otras, sólo alguna o algunas. Pero todas se necesitan para que exista, en rigor, un acceso pleno, o lo más cercano a serlo, a los beneficios de una justicia sobre derechos humanos desenvuelta en sus dos estaciones necesarias: la nacional y la internacional; la primera más relevante que la segunda: es el espacio natural, inmediato, cotidiano de los derechos humanos, que carecerían de positividad si no la garantizara el orden nacional (Zaffaroni, 1996: 7).

Obviamente, las piedras en el camino de aquélla –carencia de verdaderos recursos, renuencia en observarlos, bloqueo, dilaciones exasperantes– empañan el conjunto y comprometen la imagen y la eficacia de la estación siguiente, subsidiaria o complementaria de la primera.⁷

En cuanto a la justicia internacional, se requiere: a) que existan los instrumentos en los que se funda su ejercicio;⁸ b) que éstos

⁷ La regla de agotamiento de los recursos nacionales tiene excepciones, indispensables para la buena marcha del sistema internacional y del régimen de protección en su conjunto: en efecto, no es obligatorio el agotamiento de recursos previsto en el artículo 46.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando: "a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y d) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos" (idem, art. 46.2). La Corte Interamericana ha considerado que tampoco es necesario agotar los recursos internos cuando el agraviado carece de los medios para ello, habida cuenta de la penuria en que se encuentra, o existe un temor generalizado de los abogados para aceptar un caso (CIDH, 1990).

⁸ En la hipótesis regional americana a la que ahora nos referimos, existen esos instrumentos: a la cabeza, la Convención Americana (en especial los arts. 33 a 73, constitutivos de la segunda parte del tratado), así como los estatutos y reglamentos de la Comisión y la Corte Interamericanas.

adquieran vigencia universal o regional,⁹ en sus respectivos casos; c) que se admitan lo más ampliamente posible, es decir, con las menos reservas, siempre discutibles en el campo de los derechos humanos, o sin ellas;¹⁰ d) que se construya en ese marco un sistema de jurisdicción contenciosa;¹¹ e) que se acepte el pleno despliegue de ésta, sea porque tenga aplicación inmediata, sea porque se ponga en juego una cláusula facultativa;¹² f) que se reconozca seriamente el imperio de sus resoluciones;¹³ g) que haya firmeza en la admisión de la competencia, por encima del debate –inevitable, por lo demás– que suscite algún caso concreto: en suma, *estar a las resultas del juicio* que emite la Corte, más allá del *pre-juicio* implícito en la pretensión de las partes;¹⁴ h) que los individuos puedan acudir ante los órganos jurisdiccionales,

⁹ La Convención pretende la vigencia en todos los Estados de América, integrantes del sistema de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Empero, hay diversos grupos a este respecto. Hasta septiembre de 2001, veintiún Estados habían ratificado la Convención y aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana: todos los latinoamericanos, así como Barbados y Suriname. Tres países del área habían ratificado la Convención, pero no aceptado la jurisdicción contenciosa de ese tribunal: Dominica, Granada y Jamaica. Diez Estados no han ratificado la Convención y se mantienen al margen de las prevenciones de ésta, aunque no de las disposiciones de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana –y por ello se encuentran comprendidos en el ámbito de supervisión de la Comisión Interamericana–, que son: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos de América, Guyana, Saint Kits y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, al igual que Trinidad y Tobago, que denunció la Convención.

¹⁰ En la incorporación a la Convención y, en su hora, en la admisión de la jurisdicción contenciosa de la Corte, varios Estados han formulado reservas o declaraciones interpretativas. Sobre este punto véase Organización de los Estados Americanos (2000: 49 y ss.).

¹¹ La jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana se halla expresamente prevista por el artículo 62.3 de la Convención, en lo que corresponde a interpretación y aplicación de ésta. Otros instrumentos convencionales del área americana reconocen igualmente la jurisdicción contenciosa del tribunal en sus propios ámbitos: Protocolo de San Salvador (de la Convención Americana) (art. 19.6, relativo al derecho a la educación y a los derechos sindicales), Convención Americana para la Prevención y la Sanción de la Tortura (art. 8) y Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. XIII).

¹² El citado artículo 62 de la Convención pone en manos de los Estados la posibilidad de reconocer en cualquier tiempo (“en el momento de su instrumento de ratificación o adhesión... o en cualquier momento posterior”) la competencia contenciosa de la Corte, de manera incondicional o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos, por declaración especial o por convención especial.

¹³ La Convención previene que “el fallo de la Corte será definitivo e inapelable” (art. 67), y que “los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (art. 68.1).

¹⁴ A propósito de un asunto cuestionado en este orden de cosas, insólito en la experiencia de la Corte, que se suscitó con motivo del retiro de Perú de la jurisdicción contenciosa de ese tribunal, véase “Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez (2000c: 389 y ss.).

con amplios derechos procesales para obtener satisfacción de las pretensiones correspondientes a todos sus derechos sustantivos;¹⁵ i) que haya vías internas de recepción y ejecución de los pronunciamientos internacionales,¹⁶ y j) que existan medios para supervisar y exigir el cumplimiento, hasta obtenerlo.¹⁷ Este es el libro completo, que en el momento actual del desarrollo interamericano ofrece, todavía, algunos capítulos pendientes. Con todo, se ha avanzado en el desarrollo de la obra.

LA VÍCTIMA

Un asunto de gran importancia –importancia decisiva, sin duda– en este orden de consideraciones es el relativo a la víctima de la violación cometida, que puede ser, por supuesto, sólo una presunta o supuesta víctima. No discutiré en este momento el papel del individuo en el derecho internacional clásico. El hecho es que éste devino derecho entre los Estados y dejó en la penumbra a los individuos.¹⁸ Quien no es sujeto de un derecho, puede ser invitado silencioso al trámite de su destino. Tiempo después, que es tiempo presente, el individuo se colocaría como sujeto del derecho de gentes a través del derecho internacional de los derechos humanos, entre otras vertien-

¹⁵ En este punto, como luego se verá, la situación es diversa: por una parte, amplísima legitimación para acceder a la Comisión Interamericana (art. 44); por la otra, restringida legitimación –sólo la Comisión Interamericana y los Estados– para acceder a la jurisdicción a través de la acción procesal (art. 61.1).

¹⁶ Lo cual se deduce del ya mencionado compromiso que contraen los Estados Partes en la Convención a propósito del cumplimiento de las decisiones de la Corte (art. 68.1). También es relevante a este respecto la disposición contenida en el artículo 2, sobre “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno” para cumplir la “Obligación de respetar los derechos”, a la que se refiere el artículo 1. Dice aquél que si el ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos por la Convención “no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

¹⁷ Sobre este punto hay dos normas relevantes. El artículo 63 de la Convención se refiere al informe de labores que la Corte presentará a la Asamblea General de la OEA, en los periodos ordinarios de sesiones de ésta, y al respecto puntualiza: “De manera especial, y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento de sus fallos”. A su turno, el artículo 68.2 ordena: “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

¹⁸ Al respecto véase la ilustrativa referencia que formula Cançado Trindade (2001a: 320 y ss.) a propósito de la original consideración del individuo (en el pensamiento grociano y de los teólogos españoles) dentro del derecho de gentes, posición que varió posteriormente.

tes de aquél.¹⁹ En rigor, la víctima se plantea con fuerza como sujeto del derecho internacional, titular de derechos de esta naturaleza, cuando se le reconoce la facultad de enfrentar a un Estado en una instancia internacional, llamada a resolver en definitiva (Kelsen, 1965: 121, 123-124).

Es por ello –o para ello– que se han construido las jurisdicciones internacionales de la especialidad que ahora nos interesa, a la que recurren los individuos con creciente y característica frecuencia. De ser sujetos atípicos (Ortiz, 1989:44 y ss.) han devenido –de *jure* y de *facto*– típicos protagonistas de relaciones jurídicas gobernadas por el derecho internacional, titulares de derechos sustantivos y procesales. Primero hay que identificar a estos portadores de libertades, facultades, prerrogativas, indagando si atrás de la primera apariencia, es decir, en un segundo plano –que también forma parte de la escena– existen otras situaciones que igualmente demandan la atención del orden sustantivo y requerirán la del enjuiciamiento. Los desenvolvimientos en este campo urgen desarrollos consecuentes en las vertientes materiales y procesales del acceso a la justicia.

Se ha forjado un doble concepto; el primero, natural y necesario, tradicional y preferente: la víctima directa de la infracción cometida, o en otros términos, el titular del bien jurídico lesionado o menoscabado por la conducta, comisiva u omisiva, de un agente del Estado u otra persona por la que deba responder éste.²⁰ Pero no termina aquí el elenco. Sigue la víctima indirecta, un concepto más reciente –con todo, ya maduro–, y se habla así mismo de una víctima potencial.²¹

La indirecta es quien resiente un daño en sus propios bienes o derechos como efecto, reflejo o consecuencia del que se inflige a la vícti-

¹⁹ La bibliografía sobre esta materia crucial es muy abundante, no intentaré reseñarla. El tema ya forma parte de la llamada globalización. La internacionalización de los derechos humanos genera un derecho internacional que conforma cuatro sistemas supranacionales, cada uno con vida propia: el global, de las Naciones Unidas, y los regionales de Europa, América y África. Cfr. Sergio López Ayllón (1997: 74-76; 2001: 52 y ss.).

²⁰ En el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (Informe de 1996), se entiende que “para los fines de los presentes artículos se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad” (art. 5). En los siguientes preceptos (arts. 6 a 10), se formulan diversas precisiones en cuanto a dichos órganos y acerca de la atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de *jure* o de *facto* por cuenta del Estado. Véase este documento en Aguiar (1997: 299 y ss.). Así mismo, cfr. Ortiz Ahlf (1989: 115-117).

²¹ Véase Kersten Rogge (1988: 539 y ss.), y Cançado Trindade (1978: 243 y ss.).

ma directa.²² El golpe se dirige a una persona, pero trasciende hasta otra. Conviene seguir en esta ruta, que refleja la preocupación y el desigmo *pro homine* de la materia, aunque debamos hacerlo sin excesos que trivialicen y a la postre comprometan su futuro.²³ Estoy consciente de que la víctima indirecta pudiera ser contemplada así mismo como víctima directa: no a causa del derecho menoscabado en forma inmediata y deliberada por el agente estatal, sino de otro –que también es un derecho humano, exigible por sus propios méritos– mellado mediatamente y tal vez sin la deliberación del autor del hecho.²⁴

En suma, hay que tomar nota de los derechos humanos de los individuos y de los correspondientes deberes del Estado, con la consecuente responsabilidad por la inobservancia de éstos, cuyos efectos se proyectan hacia el individuo y hacia el sistema internacional. Y también es preciso tomarla por lo que respecta a los derechos procesales del sujeto, que le confieren determinada presencia en el procedimiento internacional.²⁵

Veamos ahora este extremo de la cuestión.

La Convención Americana acoge un amplísimo régimen de acceso a la Comisión Interamericana –el órgano internacional similar, aunque no idéntico, a un *ombudsman* o un Ministerio Público continental–, que permite pensar en una acción popular.²⁶ Pueden formular que-

²² En torno a estas figuras, véase mi punto de vista, expresado en votos personales ante la CIDH, en García Ramírez (2001: 27-29; 2000c: 305 y ss).

²³ La Corte Interamericana cuenta con una jurisprudencia evolutiva que se ha desarrollado en torno a las figuras de víctima directa e indirecta y beneficiarios de aquella. Cfr., en sus respectivas consideraciones, caso Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la Calle”), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63, párrs. 173-177; caso Blake, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C, núm. 36, párrs. 97 y 116; y caso Bámaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C, núm. 70, párrs. 160-166. Igualmente, cfr. Pasqualucci (1996: 16 y ss.).

²⁴ En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso del poder, se indica: “Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales... En la expresión víctima se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.

²⁵ Cfr. Cançado Trindade (1998: 595 y ss.). Este autor subraya que “la personalidad jurídica internacional del ser humano, en virtud de la cual él es titular de derechos (que le son inherentes como persona humana) emanados directamente del derecho internacional... es, en mi entender, indisociable de su capacidad procesal internacional” (2001, t. II: 40).

²⁶ Aun cuando en este momento del procedimiento no se plantea todavía una verdadera acción procesal, que sólo aparecerá, en su caso, cuando la Comisión o un Estado presenten demanda ante la Corte.

jas o denuncias los individuos, los grupos de individuos o las asociaciones reconocidas en cualquiera de los Estados parte de la Convención Americana,²⁷ norma que se proyecta especialmente hacia las organizaciones no gubernamentales promotoras y defensoras de derechos humanos. Todo ello se resume en una extensa legitimación, en esta etapa del procedimiento, a favor de cualquier individuo.

En el periodo de tutela jurisdiccional –que supone un litigio encauzado hacia la jurisdicción a través de una acción procesal– sucede otra cosa: aquí la legitimación corresponde solamente a un Estado parte del sistema o a la Comisión Interamericana.²⁸

En la práctica, sólo ésta ha actuado como demandante ante el tribunal. En Europa existe acceso directo del individuo a la Corte, a partir del Protocolo 11, vigente desde 1998, y que introdujo un giro notable en el régimen de protección de los derechos humanos.²⁹

En el sistema interamericano, que dista mucho de haber alcanzado su punto de llegada natural en este campo, la víctima posee, como se advierte, una legitimación restringida, que tiende, no obstante, a extenderse con razonable celeridad. En el marco de las limitaciones recogidas en la Convención, entendidas y aplicadas en su máxima expresión, durante mucho tiempo la víctima no jugó un papel importante ante el tribunal interamericano, como no fuera a través de su incorporación –o la de sus representantes– como asistente de la Comisión demandante, en la que se depositaba el único *jus standi juditio*.³⁰ Éste no

²⁷ Artículo 44 de la Convención Americana: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”.

²⁸ El artículo 61.1 de la Convención, que se refiere a asuntos contenciosos, dispone: “Solo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

²⁹ De esta suerte se han realizado los deseos de los autores del proyecto de Convención Europea. Cfr. Wildhaber (2000: 42). El artículo 34 del Convenio Europeo, tras la gran reforma aportada por el Protocolo 11, estatuye: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”. Cfr. sobre esta materia, Drzemczewski (2001: 359-360).

³⁰ Las expresiones *locus standi* o *jus standi* –que tienen diferente alcance–, son frecuentes en la terminología de la Corte Interamericana y en el Derecho internacional. Se trata, desde luego, de conceptos de derecho procesal, que pueden y deben analizarse bajo la noción procesal, ampliamente sabida y elaborada, de “capacidad” o, en su caso, “legitimación”. El *locus standi* anterior al reglamento de 2000, y el que actualmente prevalece, son otras tantas versiones –ésta, mucho más amplia– de la legitimación procesal. Ésta es “la idoneidad de una persona para actuar en el proceso, debido a su posición y, más exactamente, a su interés o a su oficio” (Carnelutti, 1944, t. II: 30).

se traducía en un efectivo *jus agendi*, esto es, en una legitimación procesal amplia que pudiera verse, por eso mismo, como adecuada al sentido y al espíritu de una jurisdicción sobre derechos humanos. Empero, la facultad reglamentaria de la Corte Interamericana abrió un nuevo camino en la mejor dirección: reconocer derechos al ofendido, que es parte material en el proceso de esta especialidad,³¹ porque es, como antes recordé, el titular del bien jurídico vulnerado.

Así, el Reglamento de 1996 ya permitió a la víctima hacer valer sus derechos, en comparecencia autónoma, durante la etapa de reparaciones y para los fines de ésta, reconociendo de tal suerte su carácter de parte en sentido material y de titular del derecho a la reparación, al menos en sus manifestaciones patrimoniales.³² Otras reparaciones se hallan fuera del ámbito de los derechos típicos del particular y de su esfera de disposición, como adelante veremos (lo cual no obsta, sin embargo, para que se procure la composición extrajudicial del litigio).³³ Sin embargo, el reglamento mencionado no hizo esta distinción expresamente, ni proyectó, por ende, sus consecuencias acerca de la legitimación procesal y la dispositividad, de haberla, sobre las reparaciones que pudieran actualizarse.

Un nuevo paso dio el Reglamento del año 2000, vigente en 2001 y consecuente con la tendencia de la propia Corte y con la recomendación formulada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos a favor de la participación de la víctima en el proceso.³⁴ Fue

³¹ Sobre el desarrollo y la situación de este asunto, hasta antes del Reglamento de la Corte que entró en vigor en 2001, véase el panorama que proporciona Salvioli (2001: 302 y ss.).

³² El artículo 23 de ese Reglamento, ya sustituido, expresaba lo siguiente bajo el epígrafe "Representación de las víctimas o sus familiares": "En la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma".

³³ La composición en la etapa que se sigue ante la Comisión Interamericana, e incluso el avenimiento cuando el caso se encuentra sub *judice*, no podría versar sobre puntos que no se hallan sujetos a la disposición de la víctima, pero el Estado puede favorecer el convenio en torno a puntos conciliables si anuncia su determinación –basada en normas internacionales y nacionales, no en negociaciones con la víctima– de cumplir los otros deberes que pudieran resultar de su responsabilidad internacional en el caso concreto, como pudiera ser la investigación, persecución y sanción (deber de justicia penal). En torno a la solución amistosa (Cardozo, 2001: 391 y ss.).

³⁴ Me refiero a la recomendación de la Asamblea General contenida en la Resolución AG/RES. 1716 (XXX-O/00), en la que aquella –habida cuenta del proceso de reforma reglamentaria en el que se hallaba comprometida la Corte recomienda a ésta "considere la posibilidad de: a. Permitir la participación directa de la víctima, en calidad de parte, en los procedimientos seguidos, a partir del momento (en) que el caso es sometido a su competencia, teniendo en cuenta la necesidad tanto de preservar el equilibrio procesal, como de redefinir el papel de la CIDH en dichos procedimientos (*locus standi*)" (CIDH, 2001: 49).

así que este ordenamiento reconoció a aquélla una legitimación procesal mucho más amplia que la preexistente, a partir de la formulación de la demanda por un Estado o por la Comisión Interamericana.³⁵ El propio reglamento, en su porción de Definiciones (art. 2), elaboró una caracterización acerca de las “partes en el caso”, lo que “significa la víctima o la presunta víctima, el Estado y, sólo procesalmente, la Comisión” (inc. 23).³⁶ Así ocurrió –como se ha escrito– un “gran salto cualitativo... de los más significativos en la evolución del sistema nacional de protección, en el sentido de su jurisdiccionalización”.³⁷ Ir más lejos hubiera sido contrario a la Convención, que no atribuye derecho de acción a la víctima, pero dejar las cosas en el estado en que se hallaban habría significado, en contraste, un freno al desarrollo posible y deseable de esta materia. Este avance de la jurisdicción interamericana fue recibido con opiniones favorables,³⁸ que no desconocen, sin embargo, la necesidad de examinar implicaciones y obstáculos que pudieran surgir en el futuro.

En todo caso, se había progresado en el camino del acceso a la justicia: ampliada la formal, se aproxima la material.

Al legitimarse a la víctima para actuar en todas las etapas del proceso –una vez promovido éste–, y no sólo en la etapa de reparaciones, aquélla puede realizar varios actos inherentes a la condición de parte procesal,³⁹ salvo el ejercicio de la acción: por esto último, el conjunto de

³⁵ El artículo 23.1 del Reglamento vigente señala que “después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso”.

³⁶ Este concepto recibe, con sus propios términos, la noción corneluttiana acerca de las partes, que pueden serlo tanto el sujeto del litigio (asunto de fondo: conflicto entre intereses) como el sujeto de la acción (asunto procesal). “En la contraposición entre sujeto del litigio y sujeto de la acción, parte en sentido material sirve para indicar el primero y parte en sentido formal el segundo” (Carnelutti, 1994: 58-60). Por lo que hace a la caracterización aportada por el artículo 2.23 del Reglamento, no se ha tomado en cuenta que cuando un Estado actúa como demandante contra otro (cuyos agentes han perpetrado la violación), se coloca en la posición de parte “sólo procesalmente”, es decir, parte formal, que es lo que ordinariamente sucede con la Comisión Interamericana. De ahí que se suele equiparar a ésta con el Ministerio Público del derecho interno.

³⁷ Al respecto véase Cançado (2001b, t. II: 45).

³⁸ Al comentar las reformas reglamentarias al sistema de la Corte y la Comisión Interamericanas, se ha dicho que los nuevos Reglamentos de 2001 “marcan un hito en el sistema interamericano. La nueva normativa cambia el sistema de litigio de los casos dando mayor importancia a la posición de la víctima en el proceso, otorgándole mejores posibilidades de reparación, y ordenando y simplificando en mayor medida el procedimiento. Más aún, los nuevos reglamentos presentan numerosos desafíos para las ONG, las víctimas, sus representantes, los Estados y los propios órganos del sistema” (CEJIL Gaceta, 2001: 1).

³⁹ La nueva concepción reglamentaria sobre “partes en el caso” constituye, en concepto de Nikken (2001: 27) “una definición trascendental”.

sus derechos procesales –con las implicaciones sustantivas que ellos tienen– está subordinado a la actuación de la Comisión –o de un Estado– que insta la apertura del proceso. A partir de ahí, la víctima está facultada para formular requerimientos (que son manifestaciones de la actividad requirente característica de las partes), ofrecer pruebas e intervenir en su desahogo (para sustentar las pretensiones conforme a los hechos o desvirtuar el trabajo probatorio del Estado) y presentar argumentos (alegaciones con las que se sostienen las pretensiones conforme al derecho aplicable). Esta facultad, por cierto, no se contrae a la víctima, estrictamente –que puede ser directa o indirecta–, sino se extiende a los familiares y a los representantes de aquélla.⁴⁰

Por lo que hace al porvenir inmediato en este campo, las opiniones se hallan divididas, aunque no lo estén, probablemente, en lo que toca al futuro mediato. La legitimación de la víctima para ser actor en el proceso tutelar de los derechos humanos marca el camino del porvenir, que conviene acelerar. Sin embargo, hay calificadas opiniones que por ahora ven con reservas esta posibilidad: no ha llegado el momento, se dice. Aún es indispensable –y acaso lo será por algún tiempo– la intervención de la Comisión Interamericana⁴¹ como interlocutora natural de la Corte, además de promotora de soluciones amistosas o autora de recomendaciones exitosas.

Obviamente, la Comisión posee una fortaleza que no tiene, regularmente, la víctima de la violación. Ésta suele carecer de recursos –información o patrimonio– para intentar la vía judicial internacional, o puede abstenerse o desistir de hacerlo bajo la presión o la amenaza. Ante semejante riesgo, es indispensable la actividad de la Comisión. No sobra recordar situaciones análogas en la dialéctica víctima u ofendido *vis a vis* Ministerio Público, en el plano nacional.⁴²

Se han depositado grandes esperanzas, que comparto, en la nueva legitimación procesal de la víctima. En efecto, es benéfica y lleva a la escena del proceso a quien ya se encuentra en la escena del litigio

⁴⁰ El “término familiares –señala el punto 15 del artículo 2 del Reglamento, acerca de Definiciones– significa los familiares inmediatos, es decir, ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso”. Esto último supone que el tribunal establecerá la condición de familiar, en supuestos específicos, tomando en cuenta la relación de este carácter y la intensidad –ya que no cercanía– del vínculo entre víctima y familiar.

⁴¹ Aún no ha llegado el tiempo de seguir el modelo europeo y suprimir la Comisión Interamericana, señalan Buergenthal y Cassell (1988: 559).

⁴² Este género de consideraciones cobra relevancia en el tradicional debate sobre la titularidad del ejercicio de la acción penal. Cfr. García Ramírez (1989: 208 y ss.; 1982: 109 y ss.).

que determina el proceso. Esto mejora la posición de los particulares desde la perspectiva del acceso a la justicia. Empero, ¿puede la víctima, en nuestro medio –y quizás en cualquier otro–, acceder realmente a la jurisdicción internacional? El camino para conseguirlo es largo, complejo y oneroso. Regularmente, la víctima llega ante la jurisdicción apoyada por la Comisión Interamericana y por organismos no gubernamentales a escala internacional (cuyos abogados comparecen sistemáticamente ante la Corte y desarrollan en ésta, como antes en la Comisión, una plausible labor.⁴³ El dramático incremento reciente en el universo, la dimensión y la complejidad de las organizaciones no gubernamentales que actúan en el ámbito de los derechos humanos, constituye un dato contemporáneo del cambio experimentado en la comprensión y la práctica sobre esta materia.⁴⁴

En la experiencia que se acuña a partir de las novedades que caracterizan la etapa actual del sistema interamericano, habrá que tomar en cuenta ciertas cuestiones que anteriormente no se planteaba la jurisdicción correspondiente, o no se suscitaban ante ella. Una de éstas es la forma de armonizar la presencia de otra parte en el proceso –una tercera parte, que no es, por cierto, la quinta rueda del carro–, que amplía la composición subjetiva de éste, con la pertinencia de aliviar la tramitación –un alivio, se entiende, compatible con y requerido por la protección eficaz de los derechos humanos–, es decir, cómo lograr que fluya el procedimiento con diligencia, una vez que se ha ampliado el número de participantes, con las naturales repercusiones que ello tiene en la claridad de las pretensiones y la precisión de los derechos, así como en el siempre inquietante régimen de los actos y los plazos procesales. Otra de esas cuestiones, ciertamente mayor, es la nueva figura, el papel y el desempeño práctico de los participantes que normalmente plantean pretensiones frente o contra el Estado, a saber: la Comisión y la víctima, toda vez que se ha revisado su presencia en la escena del proceso. Estos constituían un solo frente, si se permite la expresión, en la medida en que únicamente la Comisión, hasta el Reglamento de 1996, tenía legitimación para

⁴³ Según Viviana Krsticevic “Las ONG han tenido un papel muy vital en el sistema interamericano... Uno de los mayores logros de las organizaciones no gubernamentales es haber facilitado el acceso de miles de víctimas al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Las ONG son responsables del litigio de la mayoría de los casos ante la Comisión –actuando en calidad de peticionarias o asesoras–, y han sido vitales para el litigio de los casos ante la Corte –actuando en calidad de asistentes de la Comisión o representantes de las víctimas–” (2001a: 409; 200b: 245; Ayala, 2001: 120-121; Dulitzky y González, 2001a: 208 y ss.).

⁴⁴ Lo mismo se afirma en lo que respecta a organizaciones intergubernamentales. Cfr. Sikkink (1997: 105).

promover, probar y alegar sobre todo lo concerniente al proceso; o en la posterior medida en que sólo aquella, bajo el ordenamiento de ese año, podía hacerlo en excepciones preliminares y fondo, aunque ya no existiera el monopolio de la legitimación en el tema de las reparaciones.

En el escenario creado por el Reglamento de 2000, tenemos dos partes procesales (una de ellas, además, sustantiva) que intervienen a lo largo del procedimiento jurisdiccional, con una cláusula de distinción, digamos: la acción continúa en manos de la Comisión.

Así las cosas, habrá que reconocer, con sus consecuencias de derecho y hecho, que: a) existen partes independientes frente al Estado, y no sólo una parte con dos rostros, como la cabeza de Jano; b) las pretensiones específicas de esas partes pueden ser distintas, e incluso contradictorias, a condición de que ambas observen el tema procesal planteado en la acción; y c) ninguna de ellas representa a la otra, o dicho en términos diversos, cada una debe desempeñar a fondo su propio papel, que no es delegable.

MEDIDAS PRECAUTORIAS

A la tutela internacional de los derechos humanos –como a la nacional– interesa sobremanera prevenir las violaciones, no sólo reparar sus consecuencias. De ahí la existencia de medidas precautorias o cautelares, denominadas provisionales, indispensables para asegurar el derecho e impedir o reducir la violación,⁴⁵ a las que se asigna carácter cautelar y tutelar,⁴⁶ y que poseen, obviamente, eficacia obligatoria, como la tienen todas las resoluciones de un tribunal una vez que se ha re-

⁴⁵ El fundamental artículo 63.2 de la Convención determina: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sujetos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”. Las medidas constituyen, así, “un medio procesal, orientado a evitar la sucesión o agravación de daños irreparables a las personas”; sus modalidades “dependerán de la circunstancia fáctica o jurídica comprometida dentro del Estado requerido y en atención a las necesidades que imponga la efectiva protección de la víctima; corresponde a la Corte, no al Estado, definir las medidas provisionales correspondientes” (Aguar, 1994: 35).

⁴⁶ En “el Derecho internacional de los derechos humanos las medidas provisionales tienen fundamentalmente un carácter no sólo cautelar en el sentido de que preservan una relación jurídica, sino también tutelar por cuanto protegen derechos humanos”; cuando se satisfacen los requisitos para aplicarlas, “se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo”. Solicitud de medidas provisionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Costa Rica, Caso del Periódico “La Nación”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de mayo de 2001, punto 4 de Vistos.

suelto, en su caso, el tema de la competencia.⁴⁷ Estas medidas significan otra forma de acceso a la justicia, ahora con propósito preventivo, cuyo éxito pudiera desarmar la mano transgresora de derechos y hacer innecesario el proceso, en cuanto desaparece o no aparece, mejor dicho, el litigio.

Las medidas provisionales se erigen sobre ciertas condiciones: a) que haya extrema gravedad y urgencia, y b) que se dirijan a evitar daños irreparables a las personas.⁴⁸ Lo primero implica que exista un riesgo de daño sumamente grave y que resulte apremiante, en virtud de las circunstancias existentes –que deben ser apreciadas en forma casuística–, adoptar sin demora la medida que parezca necesaria, con la naturaleza y las características pertinentes, conforme a la hipótesis de riesgo que se contemple.

La gravedad del caso no se desprende solamente de la naturaleza más o menos relevante del bien que se halla en peligro, pues si así fuera sólo habría lugar a la adopción de medidas cuando aquél fuese la vida, la integridad o la libertad, sino de la intensidad del riesgo al que se sujeta el bien tutelado, cualquiera que sea la identidad de éste. Así las cosas, se abre la posibilidad de disponer medidas precautorias con respecto a cualesquiera derechos reconocidos por la Convención.

Lo segundo, es decir, la irreparabilidad del daño que se originaría, alude a la imposibilidad de rescatar, preservar o restituir el bien amenazado a través de alguna medida posterior a la lesión causada. Hay hipótesis en que es obvia la irreparabilidad del daño, como sucede cuando éste consiste en la pérdida de la vida o el menoscabo de la integridad física. En otros supuestos, generalmente relacionados con asuntos patrimoniales, suele existir la posibilidad de reparación.

Cuando se reúnan ambos supuestos estatuidos en el artículo 63.2 de la Convención Americana y resulte, por lo mismo, inconveniente aguardar hasta la conclusión del juicio, la Corte puede adoptar las medi-

⁴⁷ La obligatoriedad de estas providencias se ha establecido en la jurisprudencia internacional desde la época de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Empero, el tema se ha cuestionado por autoridades nacionales, como aconteció recientemente en el caso de Ángel Francisco Breard, paraguayo ejecutado en Virginia, Estados Unidos, a pesar de las medidas adoptadas por la Corte Internacional de Justicia. Cfr. Gómez (2000: 256 y ss.). En su sentencia sobre el caso La Grand –litigio entre Alemania y Estados Unidos, vinculado, como señalé, con el derecho de los extranjeros a información sobre asistencia consular–, aquel tribunal ratificó el carácter obligatorio de las medidas provisionales.

⁴⁸ El artículo 63.2 de la Convención establece: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no están sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

das que parezcan pertinentes en función del riesgo existente, tanto en el curso del proceso ya iniciado –y en este supuesto la Corte procederá a instancia de parte o *motu proprio*–, como a pedido de la Comisión cuando el caso todavía no haya sido turnado a la Corte. En estos casos la víctima no asume la condición de parte procesal, como en las hipótesis de proceso en marcha, porque todavía no se ha presentado la demanda, que es el requisito reglamentario para dar a la víctima ese tratamiento.⁴⁹

Hasta hace poco, la Corte Interamericana había considerado “indispensable individualizar las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables”, como requisito para disponer medidas provisionales en beneficio de aquéllas.⁵⁰ En fecha reciente ese tribunal se ha pronunciado en un sentido que amplía el ámbito de validez subjetiva de las medidas provisionales, que la tradición reservaba a personas perfectamente identificadas. Bajo el empuje de nuevas necesidades –como las que se hallan en la base de la acción de clase y de la protección de intereses difusos, aunque todavía no hemos desembocado en figuras de este carácter–, se ha entendido que es pertinente beneficiar con el escudo de las medidas provisionales a personas aún no identificadas, pero identificables, como son los miembros de una comunidad determinada, sujetos a peligros también comunes, precisamente en virtud de su pertenencia a aquélla.⁵¹ Esta es otra vena relevante para que corra el acceso a la justicia, notablemente incrementado en su utilísima versión

⁴⁹ Así lo precisó la Corte Interamericana en resolución del 28 de agosto de 2001, sobre “Medidas provisionales”, para cuya adopción se tuvo a la vista la solicitud de la Comisión Interamericana de interpretación del artículo 23 y normas concordantes del Reglamento del tribunal “en cuanto a la presentación de los peticionarios de sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante la tramitación de medidas provisionales de protección”.

⁵⁰ En consecuencia, sostuvo que “no es factible ordenar medidas provisionales de manera innominada, para proteger genéricamente a todos quienes se hallan en determinada situación o que sean afectados por determinadas medidas; sin embargo, es posible proteger a los miembros individualizados de una comunidad”. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana. Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana. Resolución del 18 de agosto de 2000, considerando 8. Así mismo, cfr. el voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade en este asunto.

⁵¹ En la Resolución del 24 de noviembre de 2000, sobre medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia, caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, la Corte resolvió favorablemente la solicitud, mencionó la relación de beneficiarios de las medidas –nominalmente–, y agregó, para fundar la adopción de medidas en el supuesto de otros miembros de la Comunidad, no individualizados, lo siguiente: “si bien esta Corte ha considerado en otras oportunidades indispensable individualizar las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables a efectos de otorgarles medidas de protección, el presente caso reúne características especiales que lo diferencian de los precedentes tenidos en cuenta por el Tribunal. En efecto, la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, integrada según la Comisión

preventiva.⁵² Desde otro ángulo, puede verse como una expresión del principio de defensa material, característico del proceso con orientación social o compensatoria.⁵³

Aspecto natural de este asunto es la identidad –diría: naturaleza, intensidad, persistencia– de las medidas provisionales. Compete a la Corte resolver, con decisiones que acreditan el régimen de defensa material, no apenas formal, que rige en el proceso de orientación social o tutelar, como lo es el relativo a los derechos humanos. La Corte debe ejercer en este punto una suerte de perspicacia inquisitiva, si se me permite llamarla de esta manera, que favorezca la tutela más allá del planteamiento formal, con sustento en su facultad de “tomar las medidas provisionales que considere pertinentes”.⁵⁴

PLAZO RAZONABLE

Me referiré en seguida solamente a unos cuantos –pero muy destacados– problemas que surgen al paso del justiciable en el difícil camino que desemboca en la justicia. Son apenas algunas de las piedras que se oponen a su marcha, ampliamente padecidas en la experiencia y exploradas por la doctrina, que es necesario remover o por lo menos reducir.

Obviamente, el tema se plantea tanto en el plano interno como en el internacional. Ahora bien, esos obstáculos suelen aparecer en aquél y crecer, hasta extremarse, cuando se avanza hacia la solución inter-

por aproximadamente 1200 personas, constituye una comunidad organizada, ubicada en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados y que, por el hecho de formar parte de dicha comunidad, todos sus integrantes se encuentran en una situación de igual riesgo de sufrir actos de agresión en su integridad personal y su vida”. Organización de Estados Americanos (2001: 443).

⁵² Véanse al respecto García (2000b: 298-300; 2001: 41-42).

⁵³ Del principio de defensa material me he ocupado en otros estudios procesales; véanse García (2000a: 610- 611; 2000c: 326 y ss.).

⁵⁴ Así lo dispone el artículo 63.2 de la Convención Americana. La primera parte de ese precepto se refiere a los casos de los que esté conociendo la Corte (una vez desplegada su jurisdicción, previa demanda); la segunda indica: “Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”. De manera consecuente con la naturaleza del tema y el objetivo de la tutela, esta última expresión se puede interpretar en el sentido de que cuando un asunto se halle todavía ante la Comisión, se necesita requerimiento de ésta para que la Corte pueda dar medidas provisionales; pero cuando ya hubo requerimiento, la Corte resolverá con plena autoridad acerca del contenido, la permanencia y la revisión de las medidas. Es obvio que para ello el tribunal debe contar con elementos de juicio que regularmente son provistos por las partes, así se trate de partes en sentido “provisional” o “anticipado” –más bien participantes en un procedimiento que partes en un proceso–, como ocurre en el régimen de medidas provisionales en asuntos que no han sido objeto de demanda ante el órgano jurisdiccional.

nacional de la controversia, una vez traspuesta la etapa nacional. Aludiré al tema del tiempo –plazo razonable– y del costo. Otros quedan en el tintero.⁵⁵

Un problema mayor en el acceso a la justicia reside en la generalizada tardanza en alcanzar la solución de la controversia por la vía procesal. Aquí se compromete la doble dimensión natural del acceso: la formal, porque se demoran la prueba y la alegación, y la material, porque se aleja la sentencia que resolvería la justa composición de la controversia. Esto gravita negativamente sobre la impresión que se tiene de la justicia y la confianza que en ella se deposita.⁵⁶ En el orden penal, la demora procesal, asociada a medidas de privación cautelar de la libertad, acarrea situaciones gravísimas (Carranza et al., 1983) y opera incluso como factor criminógeno (Navarro, 2001: 525 y ss.).

La demora excesiva obliga a la víctima a enfrentar una larga lucha por su derecho sin obtener siquiera cierta vindicación moral; reduce las posibilidades de éxito cuando finalmente se ordena investigar los hechos y sancionar a los responsables; mina la credibilidad del sistema y erosiona su eficacia disuasiva, ahuyenta a los potenciales denunciantes, y siembra dudas sobre la competencia de los encargados del sistema (Burgenthal y Cassell, 1998: 548).

La teoría y la práctica del acceso quedan oscurecidas cuando entra en la escena la máxima: “justicia retrasada es justicia denegada”.⁵⁷ Este es un tema inquietante en la jurisdicción interamericana, aunque, como es obvio, el problema no se reduce a ésta: igualmente aparece en otras jurisdicciones (Dulitzky, 1998: 364).

⁵⁵ Entre los obstáculos por vencer, véase Cappelletti y Garth (1996: 14 y ss.). En la bibliografía mexicana, cfr., entre otros, Valadés (1984: 817 y ss.) y Ovalle (1981: 67 y ss.).

⁵⁶ La sobrecarga de trabajo contribuye a agravar el problema de lentitud en la administración de justicia, y suscita la búsqueda de soluciones que permitan aliviar esta carga tan gravosa. Cfr. al respecto las experiencias y reflexiones contenidas en los trabajos aportados al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal (Viena, 1999). Berizonce (1999: 44-47).

⁵⁷ “La garantía constitucional del plazo razonable significa que los justiciables tienen derecho a que los tribunales resuelvan las controversias que plantean ante ellos, dentro de los plazos señalados por el legislador –escribe Fix-Zamudio–, puesto que con toda razón se ha insistido en que una justicia lenta y retrasada no puede considerarse como tal (justicia), e inclusive puede traducirse en una denegación, cuando ese retraso llega a ser considerable”. A este respecto es desalentador el panorama del proceso contemporáneo: “imperea el fenómeno del rezago... respecto del cual todavía no puede encontrarse una solución satisfactoria, y además, en ocasiones la acumulación de asuntos en los tribunales llega a adquirir caracteres dramáticos”. “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, en Fix-Zamudio (1988: 514).

Para el principio de celeridad procesal⁵⁸ reviste importancia capital el concepto de plazo razonable, que se aplica a la solución jurisdiccional de una controversia, lo que a su vez significa que haya razonabilidad en el trámite y la conclusión de las diversas etapas del procedimiento que llevarán a la sentencia definitiva, y tiene relevancia particular, insistamos en ello, cuando se analiza el caso de la prisión preventiva y, en general, de las privaciones de la libertad personal (Albanese, 1997: 268).

La cuestión del plazo razonable para resolver un juicio ha llegado, por supuesto, al dominio del derecho internacional de los derechos humanos. Al sostener que el tribunal de derechos humanos puede considerar de oficio la observancia del plazo razonable, se ha subrayado el alto rango de esta garantía.⁵⁹ El plazo debe ser razonable en función de las circunstancias, es decir, en forma relativa, pero también debe serlo en términos absolutos. En efecto, hay tardanzas absolutamente injustificables.

Para establecer la duración admisible, la Corte Interamericana, siguiendo la tendencia que se registra en el derecho internacional, toma en cuenta diversos elementos: las características del caso, la actividad del tribunal y la actividad de la víctima.⁶⁰ Todo esto puede militar a favor de la diligencia, pero también en contra. Si ocurre lo último nos hallare-

⁵⁸ Un principio que colinda con la economía procesal, que implica “realizar los fines del juicio con el mínimo de actos” (Couture, 1966: 224). Me he ocupado del principio de celeridad procesal en diversas ramas del proceso (García, 2000c: 615-616; 2000a: 335-336).

⁵⁹ En este sentido, a propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos –en el caso *Moreira de Azevedo c. Portugal*, con fallo del 23 de octubre de 1990– (Albanese, 1997: 270-271). Conviene observar que la regla *jura novit curia*, ampliamente aplicable en el ámbito de los derechos humanos, llevaría al tribunal a considerar de oficio cualesquiera violaciones de los derechos cuya comisión se desprenda de las constancias procesales.

⁶⁰ La Corte Interamericana ha invocado la jurisprudencia de la Corte Europea al establecer los elementos que se deben considerar para entender que hubo inobservancia de un plazo razonable. En el caso *Genie Lacayo*, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, núm. 30, aquel tribunal expuso a propósito del plazo razonable: “Se pueden invocar para precisarlos los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del caso; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales”. El tema se aborda igualmente en CIDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9, párr. 24 (en lo que respecta a los recursos de amparo); y caso del Tribunal Constitucional (*Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano c. Perú*), sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 93.

mos ante una demora injustificada que implica, a su vez, la violación de un derecho fundamental.⁶¹

Las etapas del procedimiento internacional sobre violaciones de derechos humanos son diversas y a menudo prolongadas. Existe primero, como es sabido, una etapa que se cumple ante las instancias administrativas y judiciales nacionales,⁶² que puede durar años y hallarse plagada de tropiezos y demoras. Llega después la etapa del procedimiento internacional que se cumple ante la Comisión Interamericana, que también puede prolongarse durante largo tiempo y que no necesariamente tiene éxito a través de la emisión de recomendaciones atendidas por el Estado, la solución del conflicto por medio de un arreglo amistoso o el ejercicio de la acción ante la Corte Interamericana.

Una vez concluida esa segunda etapa del procedimiento en general –que es la primera en el ámbito internacional–, sobreviene el periodo de conocimiento por parte de la Corte, que se desenvuelve en varios periodos, requiere actuaciones dilatadas –tomando en cuenta la necesidad de diligencias de carácter internacional, o el desplazamiento de personas de sus lugares de residencia a la sede de la Corte– y puede durar mucho tiempo. No ha sido insólito, pues, que entre el momento de la violación y el último acto jurisdiccional –por ejemplo, la interpretación de una sentencia de reparación– medien varios años. Salta con absoluta naturalidad una pregunta dirigida a la justicia internacional: ¿cómo se podría dictar condena por carencia o inoperancia nacional del recurso sencillo y rápido que ampare contra actos internos que violen derechos fundamentales,⁶³ si el procedimiento ante aquella no es el modelo de sencillez y rapidez ante el que se miren, como frente a un espejo, las nacionales?

Para enfrentar este problema y mejorar la marcha del proceso, el Reglamento de la Corte del año 2000 ha procurado concentrar el proce-

⁶¹ En la medida en que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente...” (art. 8.1 de la Convención).

⁶² Conforme a una regla de derecho internacional consuetudinario, incorporada al orden convencional, que se observa a partir de los conflictos que surgen entre Estados a propósito de la protección diplomática de los nacionales de uno de éstos frente a los actos de otro. Cfr. Gómez (2000: 141 y ss.) y Faúndez (1996: 194 y ss.).

⁶³ Aludo al derecho a la protección judicial que consagra el primer párrafo del artículo 25 de la Convención Americana: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. De manera muy apreciable, el procedimiento ante la Corte Interamericana es la contrapartida internacional del recurso nacional que estatuye ese artículo 25.1.

dimiento judicial y abreviar –o suprimir, cuando en el caso concreto sea posible y aconsejable hacerlo– las etapas. Lo ha hecho: a) reconociendo el valor de las pruebas desahogadas ante la Comisión, si en las correspondientes diligencias se observó el principio de contradicción, esencial para el respeto de los derechos de todas las partes;⁶⁴ b) destacando que la solución de las cuestiones preliminares, es decir, las excepciones formales o procesales, que no van al fondo de las pretensiones aducidas por las partes no traen consigo, necesariamente, la celebración de una audiencia con asistencia de partes, testigos y peritos,⁶⁵ y c) aceptando que es posible y deseable desahogar y resolver conjuntamente, no ya en tiempos y actos separados y distanciados entre sí, tanto el fondo de la cuestión, el litigio planteado, como las reparaciones debidas por la violación cometida.⁶⁶

Desde luego, la reforma del proceso puede contribuir a aliviar la excesiva duración de aquél. Nuevos tipos procesales, o al menos nuevas figuras, concurren a este fin. Sin embargo, también es indispensable reflexionar sobre los apoyos presupuestales que permitirían dotar al tribunal con los recursos –materiales y humanos– que con urgencia requiere,⁶⁷ si ha de afrontar mejor las tareas que hoy tiene a su cargo, no se diga si éstas aumentan, como parece razonable esperar que ocurra, para bien del sistema interamericano. Sea de esto lo que fuere, es evidente tanto la conveniencia de que la Corte Interamericana despache en forma ininterrumpida, no en breves periodos de sesiones, como la pertinencia de revisar –tan sólo para ganar en diligencia y evitar la crónica dilación procesal– la actual integración convencional de la Corte, con sólo siete jueces, que sesionan y resuelven en pleno. El rumbo seguido por la Corte Europea, a partir del Protocolo 11, presenta sugerencias aleccionadoras.⁶⁸

⁶⁴ Así, el artículo 43.2 del Reglamento de la Corte previene: “Las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetir las”.

⁶⁵ Señala el artículo 36.5 del Reglamento: “La Corte podrá resolver en una sola sentencia las excepciones preliminares y el fondo del caso, en función del principio de economía procesal”.

⁶⁶ Esta posibilidad se desprende claramente de dos preceptos del Reglamento. El artículo 55.1, acerca del contenido de la sentencia (de fondo) se refiere, entre otros puntos abarcados por ésta, a “El pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede” (inciso h). El artículo 56.1 determina: “Cuando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento”.

⁶⁷ Cfr. un punto de vista externo a la Corte, tanto en lo que concierne a ésta como en lo que respecta a la Comisión Interamericana, en Dulitzky (2001b: 365 y ss.).

⁶⁸ En efecto, la Corte Europea, que sesiona en forma permanente, cuenta con comités, salas y gran sala (artículo 27 de la Convención Europea, revisada conforme al Protocolo 11). Cada órgano

ONEROSIDAD

La onerosidad es otro de los valladares para el verdadero acceso a la justicia. Por supuesto, este asunto va más allá de las declaraciones formales –en constituciones políticas y en otros ordenamientos– acerca de la gratuidad de la justicia. Si el proceso nacional suele ser oneroso y requerir el correctivo del beneficio de pobreza o el apoyo de la defensoría pública a favor del litigante, con mayor razón lo es el internacional. Las razones son obvias. Por ello el sistema tutelar interamericano ha debido reconocer ciertas necesidades, suprimir obstáculos y alentar reparaciones.⁶⁹

Conviene recordar que en la mayoría de las sociedades modernas resulta muy costosa la solución procesal de los litigios; un renglón especialmente destacado es el costo de los servicios profesionales. Todo intento realista por enfrentarse a los problemas del acceso (a la justicia) debe comenzar por reconocer esta situación: los abogados y sus servicios son muy costosos; de ahí que se haya puesto énfasis –entre otros y diversos factores– en la ayuda legal para quienes carecen de recursos económicos (Cappelletti y Garth, 1996: 14-15 y 24 y ss.).

Este punto adquiere particular importancia en la medida en que se ha abierto la puerta, procesalmente, a una actividad más amplia e intensa de la víctima. Sin embargo, la limitación económica en la que ésta se halla, en la gran mayoría de los casos, podría cerrar la puerta que se abrió con excelentes intenciones.

Aquí se abre a la consideración el punto de las costas⁷⁰ y gastos, previstos en la regulación de la Corte como consecuencia económica del procedimiento,⁷¹ y acotados por criterios de racionalidad y

cuenta con una competencia propia y definida, que permite a ese tribunal conocer y resolver desde diversos frentes, autosuficientes, y no por fuerza en el pleno de todos sus integrantes, caso por caso, incluso cuando se trata de temas de admisibilidad.

⁶⁹ He abordado este asunto en "Algunos criterios recientes de la jurisdicción interamericana..." (García, 2000c: 339 y ss.).

⁷⁰ Un concepto sobre el que hay diversas acepciones. "En sentido económico muy amplio –metaprocesal– son la totalidad de los gastos económicos que se produzcan en la sustanciación de un proceso, sea quien sea el que los sufrague". Esta vasta noción abarca numerosos componentes. De manera más rigurosa, las costas son "la parte de gastos ocasionados por un proceso determinado y cuyo abono corresponde, según ley o jurisprudencia fija de los tribunales, a las partes en aquél. 'Gastos inmediatamente procesales', podría decirse". Fairén (1992: 547-548). La CIDH, que ha explorado este punto en sentencias de años recientes, sostiene un criterio más restrictivo en materia de costas, consecuente con la naturaleza y los fines de esta jurisdicción internacional. Cfr. García (2000c: 339 y ss.).

⁷¹ Es así que el inciso h) del artículo 55 del Reglamento estatuye que la sentencia contendrá "el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede".

especialidad atentos a las características propias del enjuiciamiento tutelar de los derechos humanos, que guarda distancia de las que pudieran corresponder a juicios nacionales e internacionales sobre asuntos de contenido puramente económico: en la especie, los gastos y costas, que comprenden tanto los relativos a la instancia nacional como los concernientes a la internacional en sus dos etapas: ante la Comisión y ante la Corte, deben estar debidamente comprobados, ser pertinentes y resultar consecuentes con la naturaleza del proceso tutelar de derechos humanos.⁷²

Por supuesto, no se desconocen las implicaciones patrimoniales de la violación de un derecho. Puede tratarse, incluso, de un derecho cuyo contenido sea esencialmente patrimonial, como el derecho de propiedad, y por ello traiga consigo consecuencias evidentes de esta misma naturaleza. Sin embargo, parece necesario subrayar que en estos casos la jurisdicción de derechos humanos puede servir cumplidamente la función que se le atribuye –y que le es inherente, consustancial– si declara la violación y orienta la jurisdicción doméstica al pronunciamiento puntual acerca de las implicaciones de dicha violación en puntos económicos.⁷³

Conviene que el tribunal de derechos humanos preserve el signo de su función, que correría riesgos innecesarios si aquél se constituyera en una instancia de cobranzas. Reconozco, desde luego, que el punto es opinable y se halla sujeto a criterios encontrados.⁷⁴ Una parte de los

⁷² En tal sentido, por primera vez en la jurisprudencia de la Corte, el caso Garrido y Baigorria: por una parte, se ha establecido que el concepto de costas abarca tanto las erogaciones de este carácter realizadas en la atención nacional del asunto, como las hechas en la internacional, que a su vez comprende los procedimientos ante la Comisión y ante la Corte; por otra parte, la Corte tomará en cuenta, para fijar el alcance de las costas, “tanto la comprobación de las mismas que se haga oportunamente, como las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción de protección de los derechos humanos y las características del respectivo procedimiento, que poseen rasgos propios y diferentes de los que pudieran revestir otros procesos, tanto de carácter nacional como internacional”. Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27 de agosto de 1998, Serie C, núm. 39, párr. 82.

⁷³ Así lo ha hecho la Corte Interamericana en algunos casos; por ejemplo, en el caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores c. Panamá), sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C, núm. 72, párrs. 203 y ss. Y puntos resolutive 6 y 7; y en el caso Ivcher Bronstein c. Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74, párrs. 181-182 y punto resolutive 8, así como en la sentencia de interpretación de la sentencia de fondo, del 4 de septiembre de 2001, párr. 21.

⁷⁴ No sobra recordar la solución europea en esta materia, que ciertamente refleja –con las variantes del caso– la opción por un deslinde entre la instancia internacional protectora de los derechos humanos y la instancia nacional cuantificadora de obligaciones económicas. El artículo 50 de la Convención de Roma de 1950, confiere a la Corte Europea una competencia complementaria de

costos que regularmente recaerían sobre la víctima, si ésta no contase con ningún apoyo externo, es absorbida por la Comisión Interamericana,⁷⁵ y otra, por las organizaciones no gubernamentales que patrocinan la presentación del caso ante la jurisdicción internacional. La Opinión Consultiva 11 eximió a los peticionarios del agotamiento de los recursos internos para acceder al procedimiento internacional, cuando aquéllos se hallen en estado de indigencia.⁷⁶ Pero nada de esto basta, aunque ayude mucho: el interesado debe hacer, casi inevitablemente, determinadas erogaciones que no siempre podrá recuperar en instancias nacionales o internacionales, y cuyo elevado monto podría desalentar sus intenciones o frustrar sus gestiones.

REPARACIÓN

El sistema de responsabilidades internacionales del Estado, una vez que se ha establecido judicialmente la existencia de una violación de derechos humanos, culmina en el régimen de reparacio-

la que pudiera corresponder a las jurisdicciones nacionales en materia de reparación; para ésta se atenderá al Derecho interno, y subsidiariamente a la equidad aplicada por la instancia internacional: "Si la decisión del tribunal (Europeo de Derechos Humanos) declara que una decisión tomada o una medida ordenada por una autoridad de una alta parte contratante se encuentra entera o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan de la presente Convención, y si el derecho interno de dicha parte sólo permite de manera imperfecta borrar las consecuencias de esta decisión o medida, la decisión del tribunal (europeo) concederá, si procede, a la parte lesionada, una satisfacción equitativa".

⁷⁵ Efectivamente, la Corte ha destacado este hecho, así como sus implicaciones en determinados aspectos de las modalidades de trabajo de los órganos del sistema: "La Convención Americana ha instituido un sistema para la protección de los derechos humanos en el continente y ha atribuido funciones principalmente a dos órganos, la Comisión y la Corte, cuyos costos se financian dentro del presupuesto de la Organización de los Estados Americanos". La "Comisión ha preferido (en un punto de este proceso) cumplir las funciones que la Convención Americana le impone recurriendo a la contratación de profesionales en lugar de hacerlo con su personal propio. Esta modalidad de trabajo de la Comisión es una cuestión de organización interna en la cual la Corte no debe intervenir. Pero la Comisión no puede exigir el reintegro de los gastos que le exige su modalidad de trabajo a través de la imposición de cuotas". Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C, núm. 15, párrs. 113-114.

⁷⁶ En esta oportunidad, la Corte entendió que "si un individuo requiere efectivamente asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos". La Corte interpretó de esta manera el artículo 46.2 de la Convención (sobre hipótesis en que se exime al quejoso de agotar los recursos internos antes de acudir a la vía internacional), a la luz de las disposiciones de los artículos 1.1, 8 y 24. CIDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11 del 10 de agosto de 1990, Serie A, núm. 11, párr. 31 y punto 1 de la Opinión.

nes.⁷⁷ La obligación de reparar como consecuencia de las violaciones cometidas constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional de la responsabilidad de los Estados, constantemente afirmado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana,⁷⁸ que se mueve en la línea trazada por algunas decisiones clásicas de la jurisprudencia internacional, expresamente invocadas por aquella.⁷⁹

Sin este principio sería muy corto el alcance práctico de esa jurisdicción, refugiada en declaraciones que apenas proporcionarían satisfacción moral en un número limitado de casos. El proceso internacional debe concluir con sentencia que resuelva el litigio, y que sobreviene casi automáticamente en los supuestos de allanamiento y desistimiento;⁸⁰ ahora bien, esta sentencia puede ser única o sólo la primera –sentencia de fondo–, a la que seguirá una resolución acerca de las reparaciones cuando se necesite analizar éstas en una etapa autónoma y terminal del proceso.⁸¹

⁷⁷ Cfr. Gómez (1986: 9 y ss.). Véase también, García (2000c: 407 y ss). Igualmente en Jornadas (2000: 601-648).

⁷⁸ Así, desde las primeras resoluciones reparatorias hasta los más recientes pronunciamientos. Cfr., por todos, Caso de los “niños de la calle”, caso Villagrán Morales y otros c. Guatemala, Reparaciones (art. 63 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 26 de mayo de 2001: “Este Tribunal ha reiterado en su jurisprudencia constante que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente” (párr. 59); “La obligación de reparar que se regula, en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de su derecho interno” (párr. 61).

⁷⁹ Como en el caso de la Usine de Chorzów, compétence, arret no. 8, 1927, C.P.J.I., série A, no. 9, p. 21; Usine de Chorzów, fond, arret no. 13, 1928, C.P.J.I., série A, no. 17, p. 29, y Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 184.

⁸⁰ Las figuras procesales están consignadas en el Reglamento de la Corte. En ningún caso tiene eficacia automática el acto de parte. Requiere la valoración y decisión del tribunal. Así, cuando el demandante notifica a la Corte su desistimiento, “ésta resolverá, oída la opinión de las otras partes en el caso, si hay lugar al desistimiento y, en consecuencia, si procede sobreseer y declarar terminado el asunto” (art. 52.1). En caso de allanamiento a las pretensiones del demandante, “la Corte, oído el parecer de las partes en el caso, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos” (art. 52,2).

⁸¹ El artículo 36.6 del Reglamento del 2000 indica que “la Corte podrá resolver en una sola audiencia las excepciones preliminares y el fondo del caso, en función del principio de economía procesal”. Las sentencias contendrán, entre otros puntos, “el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede” (art. 55.1, h). A su vez, el artículo 56.1 resuelve: “Cuando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento”.

En el supuesto de que haya dos sentencias sucesivas, la primera podrá limitarse a declarar (sentencia declarativa, expresión que empleo aquí en un sentido más amplio que el acostumbrado, tomando en cuenta la naturaleza de la declaración que en estos casos se pretende)⁸² que hubo violación de derechos humanos, y quizás disponer alguna medida reparatoria, o que no hubo la violación señalada en la demanda (lo cual no impide, desde luego, que en atención al principio *jura novit curia* el tribunal considere que los hechos propuestos en la demanda implican una violación diferente de la mencionada por el actor),⁸³ y la segunda (sentencia de condena)⁸⁴ versará sobre las reparaciones pertinentes.⁸⁵

Evidentemente, un pronunciamiento definitivo único, que es lo que viene al caso cuando se concentran las etapas procesales en una sola, puede abarcar ambos contenidos: declarativo y condenatorio.⁸⁶

⁸² Es decir, la declaración (accertamenti) de la voluntad de la ley, cuya única función es “hacer cierto el derecho”, constituye una forma autónoma de la actuación de la ley (Chiovenda, s. f.: 212-214). Alfredo Rocco, por su parte, considera que la sentencia declaratoria “es una sentencia pura simple, o sea un juicio lógico sobre la existencia o no existencia de una relación o estado jurídico”; en otros términos, “mientras la sentencia declarativa no produce otro efecto que la determinación incontestable de la relación jurídica concreta (cosa juzgada), la sentencia condenatoria, además de este efecto tiene también el de constituir un título para la realización forzosa de la relación declarada (efecto ejecutivo)” (s. f.: 233 y 239). En sentido distinto, Adolf Wach: “La diferencia entre pronuntiatio y condenatio carece hoy día de objeto... El fundamento de la protección por sentencia en el que diferencia la acción de condena de la declarativa. En aquélla, el interés en la protección jurídica está en la necesidad de satisfacción del derecho, en ésta... en la más pronta y posible declaración” (1962: 72 y 77).

⁸³ También se ha dicho que la declaración de no haberse violado un derecho podría reformularse, de ser el caso, como declaración de no haberse probado la violación de un derecho; empero, esto sólo concentraría la atención sobre la eficacia de la prueba y dejaría pendiente –así fuera desde una perspectiva lógica– la precisión judicial en torno al fondo de la pretensión y de la defensa.

⁸⁴ La condena –escribe Chiovenda– no es un mandato del juez: “es la formulación de un mandato contenido en la ley y es un acto de voluntad del juez sólo en cuanto el juez quiere formular el mandato de la ley”. La sentencia condenatoria presupone: “a) La existencia de una voluntad de ley que garantice un bien a alguien imponiendo al demandado la obligación de una prestación”; y “b) la convicción del juez de que basándose en la sentencia puédase, sin más, inmediatamente o después de un cierto tiempo, proceder por los órganos del Estado a los actos posteriores necesarios para la convicción efectiva del bien garantizado por la ley (ejecución)” (Chiovenda, s. f.: 203-204). A su vez, Alfredo Rocco puntualiza que la condenatoria “es una sentencia a la cual se añade una específica conminatoria de ejecución forzosa dirigida al obligado... un juicio lógico más un acto de voluntad” (s. f.: 239).

⁸⁵ Tómese en cuenta, así mismo, el parecer de Victor Fairén Guillén a propósito de las pretensiones y los tipos de proceso. En cuanto a las que denomina pretensiones declarativas de condena, “se trata de obtener mediante ellas, una ‘declaración’ judicial que precisa ser puesta en práctica, mediante una ejecución, también judicial, de diferente tipo... Dan lugar, pues, a un proceso integrado por dos estadios; el primero, ‘declarativo’, y el segundo –siempre es la misma fuerza la que lo mueve, la misma pretensión– ‘ejecutivo’” (1992: 90).

⁸⁶ Así, en García Ramírez, “Las reparaciones en el sistema interamericano...” (2000c: 409 y ss.) (reproducido en las publicaciones citadas supra).

Las reparaciones constituyen el horizonte natural de las expectativas individuales y sociales en los casos contenciosos.

Sin reparación, quedan firmes las consecuencias de la violación cometida, salvo en lo relativo a la satisfacción honoraria que deriva de la mera declaración de que el Estado ha violado un derecho del individuo, aun cuando esa declaración no siempre basta, como es obvio, para reparar el daño moral causado.⁸⁷ Por ello es preciso poner cuidado especial en el sistema de reparaciones como culminación natural y necesaria del proceso internacional.⁸⁸ A este respecto se ha presentado una de las más interesantes evoluciones jurisprudenciales de la CIDH, con base en la Convención Americana, que hasta hoy desemboca en varias categorías de reparación.

Se suele decir que la mejor reparación posible es la *restitutio in integrum*.⁸⁹ Esto sería cierto, si tal restitución íntegra o integral fuera

⁸⁷ En este sentido existen varios pronunciamientos de la Corte Interamericana, a partir de los primeros casos examinados. Así, en los llamados “casos contra Honduras”: caso Velásquez Rodríguez, Indemnización compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 21 de julio de 1989, Serie C, núm. 7, esp. párrs. 25, 28, 30 y 31, y caso Godínez Cruz, Indemnización compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 21 de julio de 1989, Serie C, núm. 8, esp. párrs. 23, 25, 26, 28 y 29. Entre las resoluciones recientes, considérese la relativa al caso Cesti Hurtado, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 31 de mayo de 2001: “La Corte, de conformidad con una amplia jurisprudencia internacional, considera que la obtención de una sentencia que ampare las pretensiones de las víctimas es por sí misma una forma de satisfacción. Sin embargo, también estima que es pertinente concederle una indemnización adicional por concepto de daño moral, tomando en cuenta las circunstancias del presente caso. Ésta debe ser fijada conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente, dado que no es susceptible de tasación precisa” (párr. 51).

⁸⁸ Artículo 63.1 de la Convención: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

⁸⁹ La tesis recogida en numerosas resoluciones que marcan el rumbo de la jurisprudencia de la Corte sostiene: “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible..., cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”. Caso Paniagua Morales y otros, Reparaciones (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 25 de mayo de 2001, Serie C, núm. 76, párr. 76 (y sentencias anteriores ahí citadas). En el caso Godínez Cruz, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria, sentencia del 17 de agosto de 1990, Serie C, núm. 10, párr. 27, la Corte Interamericana había dicho: “La indemnización que se debe a las víctimas o a sus familiares en los términos del artículo 63.1 de la Convención debe estar

posible.⁹⁰ A mi juicio es materialmente imposible que ello ocurra: sería tanto como hacer retroceder las manecillas del reloj hasta un momento inmediatamente anterior a la violación. Si ésta se realiza, no habrá medio humano para que ocurra una restitución integral: en el mejor de los casos, la víctima que recibe de vuelta los derechos que le fueron vulnerados y las indemnizaciones, y otras medidas acarreadas por la violación, habrá invertido tiempo y trabajo en la promoción y atención de su caso, tendrá huellas interiores del dolor sufrido, padecerá alteraciones y menoscabos que no hubiera tenido de no ser por la infracción perpetrada. ¿Cómo desaparece todo esto y reaparece en su lugar, a través de una milagrosa *restitutio*, el estado de cosas que existía antes de la violación cometida?⁹¹ Bien sabe la Corte Interamericana, y lo ha manifestado desde hace tiempo, que es imposible borrar todas las consecuencias de un hecho ilícito.⁹²

En el catálogo de las reparaciones posibles⁹³ –que se actualizan según la naturaleza y características del caso–, figuran dos categorías: a) preventivas, que se concentran en evitar, como dice la Convención, la reiteración o continuidad del agravio,⁹⁴ y b) restitutivas,

orientada a procurar la *restitutio in integrum* de los daños causados por el hecho violatorio de los derechos humanos. El desideratum es la restitución total de la situación lesionada, lo cual, lamentablemente, es a menudo imposible, dada la naturaleza irreversible de los perjuicios ocasionados...”.

⁹⁰ “Si se piensa que el principio general de reparación tiende a hacer aparecer las consecuencias producidas por el hecho ilícito... es entonces evidente que la reparación de especie (es decir, el restablecimiento del status quo ante) se aprecie, al menos teóricamente, como la forma por excelencia que debe adoptar la reparación” (Gómez, 2000: 169).

⁹¹ En otra ocasión he manifestado que “restituir las cosas al estado que guardaban, estrictamente, no sólo es improbable, sino también imposible, porque la violación, con resultados materiales o formales –alteración de la realidad o afectación del derecho–, constituye un imborrable dato de la experiencia: ocurrió y dejó cierta huella, material o jurídica, que no es posible desconocer. Así, la absoluta *restitutio* sería, más que una reparación, un milagro” (García, 2000c: 422-423).

⁹² La Corte señaló: “Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa causae est causa causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos. Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable”. Caso *Aloeboetoe* y otros, Reparaciones..., párr. 48.

⁹³ Cfr. mis artículos “Las reparaciones en el sistema interamericano...” y “Algunos criterios recientes...” (García, 2000c: 422 y ss. y 333 y ss, respectivamente).

⁹⁴ No paso por alto la paradoja que implica la calificación de preventivas a propósito de las reparaciones. Prevenir apunta al futuro; reparar, al pasado. La reparación surge cuando ha ocurrido una violación que causó lesión jurídica; la prevención procura evitar que la violación ocurra. La Corte Interamericana ha observado, correctamente, que “las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometi-

que enfrentan las consecuencias de éste. Desde luego, aquí aparece la tradicional figura de las indemnizaciones por el daño material y moral sufrido por la víctima; al respecto, la Corte Interamericana ha caminado un largo trecho en la elaboración de los criterios adecuados para estimar esos daños en términos necesariamente pecuniarios. Otra forma de reparación puede consistir en la reposición del individuo en el trabajo o función que desarrollaba antes del agravio. A la misma especie de reparaciones económicas corresponde el pago de gastos y costas, que anteriormente examiné. A esta serie de medidas se puede añadir la condena a reparaciones por la cancelación del proyecto de vida de la víctima, un concepto al que me referí supra, que aún no se ha cuantificado en términos monetarios, si ello fuera factible, en la jurisprudencia de la Corte.⁹⁵

Tienen otra naturaleza las satisfacciones honoríficas –es decir, las que proporcionan un alivio moral, una atención al honor herido– con las que se pretende reconocer la dignidad de la persona y recuperar para ella el prestigio mellado por la violación, o traer al conocimiento de la población hechos que jamás debieron suceder, y suscitar en consecuencia el rechazo hacia violaciones similares, y el desarrollo de una cultura de la solidaridad y la legalidad.⁹⁶ La sentencia misma, se indica, puede ser suficiente satisfacción por el daño moral sufrido, aunque no siempre lo es.

La investigación y sanción de los presuntos responsables –invariablemente dispuesta en las sentencias de la Corte– figura también

das”. Caso de los “niños de la calle” (caso Villagrán Morales y otros c. Guatemala), Reparaciones... párr. 65. Ahora bien, esa expresión –reparaciones preventivas– adquiere sentido, aunque no quede completamente a cubierto de crítica, si se piensa en que ha ocurrido la violación, que por ello surge la necesidad de reparar y que es preciso, en este momento, prever y evitar igualmente nuevas violaciones.

⁹⁵ Sobre el particular, cfr. mi artículo “Dos temas de la jurisprudencia interamericana: ‘proyecto de vida’ y amnistía”, (2000c: 351 y ss.). En su voto particular a la sentencia reparatoria en el caso Loayza Tamayo, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, núm. 42, el juez Carlos Vicente de Roux sostuvo que debía establecerse una compensación económica en esta hipótesis. Cfr. Voto parcialmente disidente a la sentencia de reparaciones de dicho caso, en el que sugirió que la reparación se fijase en veinticinco mil dólares americanos.

⁹⁶ Este objetivo es explícito en el caso de los “Niños de la Calle” (caso Villagrán Morales y otros c. Guatemala), Reparaciones...: “la Corte ordena al Estado designar un centro educativo con un nombre alusivo (a) los jóvenes víctimas de este caso, y colocar en dicho centro una placa con el nombre de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstrum Arnán Villagrán Morales. Ello (llevaría) a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de las víctimas”, párr. 50 y punto resolutivo 7.

en el conjunto de las reparaciones. En este caso no se trata de una reparación disponible para la víctima: corresponde al Estado, en virtud de su poder-deber general de persecución penal llevar adelante esta actividad independientemente del parecer de la víctima. Para ello, la sentencia de la Corte es suficiente. Tampoco podría el Estado refugiarse, para no investigar y procesar, en limitaciones que fije su propio sistema jurídico.⁹⁷ Los Estados no pueden desembarazarse de sus obligaciones internacionales alegando consideraciones de derecho interno.⁹⁸

Una forma de reparación con particular importancia –que también mencioné líneas arriba– es la supresión de los efectos que pudieran tener ciertos actos jurisdiccionales: desde la anulación del proceso –que no necesariamente implica la sustracción del sujeto a la acción de la justicia– podría emprenderse un nuevo procedimiento, esta vez ante tribunal competente, independiente e imparcial,⁹⁹ hasta la liberación de la víctima detenida.¹⁰⁰ Otra vertiente reparadora se halla en la revisión legislativa, tanto de naturaleza positiva –expedición de normas– como negativa –supresión de disposiciones– que contravienen la Convención Americana. Finalmente, en algún caso, la Corte acordó medidas de ca-

⁹⁷ Cfr. García Ramírez, “Dos temas de la jurisprudencia interamericana...” (2000c: 363 y ss.), y “Cuestiones ante la jurisdicción internacional”, en Cuadernos procesales... (2001: 21 y ss.). Aquí recojo mis votos concurrentes en los casos Castillo Páez, Loayza Tamayo y Barrios Altos.

⁹⁸ El artículo 27 del Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados, frecuentemente invocado en las resoluciones de la CIDH, señala que “una parte (en un tratado) no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, salvo en el caso de que el consentimiento del Estado en obligarse se haya “manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados”, en el supuesto de que “esa violación sea manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno” (art. 27 en conexión con el 46.1).

⁹⁹ En la resolución de fondo correspondiente al caso Castillo Petruzzi, sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52, anteriormente citada, la Corte declaró la invalidez del proceso seguido contra los quejosos y “orden(ó) que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal” (punto resolutivo 13); y en la Interpretación de la sentencia de fondo (art. 67, Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 29 de enero de 2000, Serie C, núm. 65, correspondiente al caso Cesti Hurtado, aclaró que debía procederse al cumplimiento de la resolución de hábeas corpus y la anulación del proceso seguido en forma irregular, “sin que ello impida que las autoridades competentes adopten decisiones acerca de la responsabilidad penal del señor Cesti Hurtado con respecto a los hechos ilícitos que se le atribuyen” (punto resolutivo 2).

¹⁰⁰ Como se indicó, la Corte dispuso en su sentencia sobre el caso Cesti Hurtado del 29 de septiembre de 1999, antes citada, el cumplimiento de una resolución de hábeas corpus a favor de la víctima, punto resolutivo 1. En el caso Loayza Tamayo se apreció una violación del principio *ne bis in idem* y se ordenó la libertad de la víctima, caso Loayza Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C, núm. 33, párr. 77 y punto resolutivo 5.

rácter social a favor de las víctimas y con resonancia necesaria y favorable sobre la comunidad a la que aquellos pertenecen.¹⁰¹

CUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES

Las resoluciones de los tribunales deben ser puntualmente cumplidas: he aquí una regla del Estado de derecho y de la división de poderes, que tiene proyección inmediata en los derechos de los individuos: el incumplimiento de una sentencia perjudica a quien fue favorecido por el fallo. Si esto ocurre, el acceso a la justicia deviene ilusorio: un triunfo moral que no se traduce en efectos jurídicos. Campana sin badajo, en fin de cuentas, que al cabo de poco tiempo desacredita la solución jurídica y alimenta el convencimiento de que la satisfacción de los intereses depende de la fuerza, no del derecho. Nos hallaríamos en la frontera de la autojusticia: ley de la selva.

El principio de puntual cumplimiento, necesario para el derecho interno, lo es también para el internacional. De no ser así, el orden jurídico de gentes decaería en un espacio de buenas voluntades, simples anhelos depositados en declaraciones, opiniones y recomendaciones. Si los textos que encierran catálogos de derechos humanos pretenden el imperio, éste sólo se asegurará a través de resoluciones jurisdiccionales que sean imperativas. De ahí que el cumplimiento de éstas resulte crucial para el derecho convencional en su conjunto: su prueba de fuego, tema común a las jurisdicciones existentes en el ámbito de los derechos humanos.¹⁰²

Ahora bien, el tema del cumplimiento es una región incierta todavía, cuya definición proviene del avance que experimente la organización internacional y de la fuerza con que la idea del derecho arraigue en ésta y en los Estados que la integran. Éstos son, en definitiva, los primeros obligados, y la mejor garantía de cumplimiento de este deber jurídico radica en la convicción moral convertida en fuerza política y en eficacia jurídica. Las sanciones –siempre indeseables, y en ocasiones contraproducentes– no bastan para establecer, de veras, el imperio in-

¹⁰¹ Así, en el caso *Aloeboetoe*, la sentencia sobre reparaciones “ordena al Estado de Suriname igualmente, con carácter de reparación, reabrir la escuela sita en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994, y poner en operación en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar” (punto resolutivo 5). También es interesante, en sentido similar, pero no idéntico, la resolución de fondo y reparaciones del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni c. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001, que decidió encauzar la cantidad correspondiente a daño moral a la realización de obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Mayagna, párr. 167 y punto resolutivo 6.

¹⁰² Véase al respecto, Sánchez (1994: 501).

discutido del derecho. Los Estados son protagonistas, agentes y custodios de éste. “La antigua pregunta: *¿quis custodiet custodes?* sólo puede recibir respuesta si se advierte que el respeto del derecho no puede ser garantizado en último término por la amenaza de sanciones, sino por su reconocimiento ético”. Si esto vale para el orden interno, vale más todavía para el sistema internacional.¹⁰³

Por supuesto, si las resoluciones no se cumplen, todo el sistema tutelar internacional entra en crisis. El desprestigio le aguarda: un desprestigio que pudiera contaminar, en cascada, los sistemas nacionales y mellar la cultura de los derechos humanos, penosamente construida. De ahí que en este punto, más que en otro cualquiera, se manifieste con evidencia la verdadera convicción de los Estados –es decir, de los gobernantes– y su proyecto político. Los Estados que suscriben un tratado quedan vinculados desde ese momento: no asumen el deber de cumplir las estipulaciones del instrumento, pero sí el de abstenerse de frustrar su objeto y fin.¹⁰⁴ El carácter esencial de ese cumplimiento ha sido constantemente destacado.¹⁰⁵

La Convención Americana es enfática con respecto al cumplimiento de las resoluciones dictadas por la Corte,¹⁰⁶ que en este sentido tienen un imperio que no comparten, como es natural, las recomendaciones de la Comisión Interamericana.

Empero, éstas deben ser atendidas por los Estados –ha sostenido la propia Corte, como se informa en otra parte de este trabajo– como consecuencia de la regla de buena fe,¹⁰⁷ que es el eje de todo el derecho internacional convencional. En este sentido, dichas recomen-

¹⁰³ Los conceptos transcritos son de Alfred Verdross, que puntualiza: “Ello se aplica especialmente al derecho internacional, por estar la comunidad de los estados débilmente organizada y descansar predominantemente, por esta razón, en la buena fe de sus miembros”, *Derecho Internacional...*, cit, p 485. Es verdad que han transcurrido muchos años desde que fuera escrita esta frase, pero también lo es que, pese al desarrollo y fortalecimiento de los organismos internacionales, la convicción ética sigue siendo –en ambos órdenes, interno y externo– la piedra fundamental del cumplimiento jurídico.

¹⁰⁴ “Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado”, cuando ha firmado éste, señala el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969. Se trata de una obligación bona fide, que algunos anticipan al tiempo inmediatamente anterior a la firma: desde que el Estado acepta entrar en negociaciones conducentes a la celebración del tratado. Cfr. De la Guardia y Delpech (1970: 238).

¹⁰⁵ Así, por lo que corresponde a Europa, en el mensaje inaugural de la Conferencia Ministerial Europea sobre Derechos Humanos (Roma, 3-4 de noviembre de 2000) (Wildhaber, 2000: 30).

¹⁰⁶ En este sentido los citados artículos 67 y 68.1 de la Convención.

¹⁰⁷ Bajo este epígrafe, el Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados advierte que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (art. 26).

daciones se asemejan a las que emite el *ombudsman*, que poseen notable autoridad, aunque no se asimilen a las sentencias de los tribunales. En fin de cuentas, los Estados que han suscrito y ratificado la Convención Americana están obligados a “realizar los mejores esfuerzos para aplicar dichas recomendaciones en particular por emanar de un órgano principal de la OEA, cuya función es la de ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ en el hemisferio”.¹⁰⁸

Cuando el artículo 68.2 de la Convención Americana previene específicamente que las obligaciones indemnizatorias a cargo de los Estados podrán ejecutarse por medio del procedimiento interno correspondiente a la ejecución de sentencias contra el Estado, ello significa que se ha instituido una forma de ejecución rápida y directa en esta hipótesis, pero no que se niegue ejecutoriedad a los restantes contenidos de la sentencia del tribunal internacional.¹⁰⁹

En el sistema europeo incumbe al Comité de Ministros del Consejo de Europa la función supervisora del cumplimiento de las resoluciones de la Corte correspondiente. Este mecanismo no existe en la Convención Americana, que contiene, en cambio, la previsión de otra instancia política para impulsar ese cumplimiento.¹¹⁰ Anteriormente me refería al caso en que un Estado declinó el cumplimiento de resoluciones de la Corte, no obstante ser éstas definitivas e inapelables y hallarse sujetas solamente, para fines de interpretación, al propio tribunal internacional.¹¹¹ En este asunto, la Corte, haciendo uso de su facultad natural para ejercer la *compétence de la compétence*, estableció que el Estado no podía retirarse de la jurisdicción contenciosa del tribunal a través de un acto unilateral,¹¹² para hacerlo debía denun-

¹⁰⁸ Al respecto véase Buergenthal y Cassell (1988: 12).

¹⁰⁹ Cfr. Fappiano (1997: 150-151), quien cita la opinión de Gros Espiell. Sobre este asunto, cfr. Buergenthal y Cassell (1988: 189).

¹¹⁰ “La Corte –dispone el artículo 65 de la Convención Americana– someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada periodo ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

¹¹¹ El fallo de la Corte será definitivo e inapelable –señala el artículo 67 de la misma Convención–. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes...”. En este punto ocurre con el fallo de la Corte Interamericana lo mismo que acontece, en hipótesis similar, con las sentencias definitivas de los tribunales domésticos: interpretación no es impugnación; quien interpreta aclara, disipa dudas, detalla el sentido de lo que ha resuelto, pero no modifica o revoca.

¹¹² En el Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1999 se dio cuenta de este asunto en los siguientes términos, que lo resumen: el 15 de junio de 1999, Perú devolvió a la Corte la sentencia de fondo correspondiente al caso Castillo Petruzzi y otros, del 30 de mayo del mismo

ciar la Convención como un todo. Varios Estados han legislado para allanar la admisión y el cumplimiento de las resoluciones de la Corte en el orden nacional.¹¹³ A ellos pudiera sumarse México; en efecto, se

año, con base en una Resolución de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del 11 de junio, que declaraba inejecutable la resolución de la CIDH. El 9 de julio, el Estado presentó ante la Secretaría General de la OEA un instrumento por medio del cual retira, “con efectos inmediatos... la Declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. El 23 de julio, los representantes de las víctimas en aquel caso presentaron observaciones, y lo mismo hizo, el día 26, la Comisión Interamericana. Previamente, el 16 del mismo julio, el Estado devolvió a la Corte la demanda relativa al caso del Tribunal Constitucional, del 31 de marzo de 1999, y el 4 de agosto devolvió la relativa al caso Ivcher Bronstein, del 2 de julio. El 24 de septiembre, la Corte dictó sentencias de competencia en los casos del Tribunal e Ivcher, declarando inadmisibles el retiro del Estado y decidió continuar el procedimiento en aquéllos. El 17 de noviembre siguiente, la Corte Interamericana emitió una resolución sobre el cumplimiento de la sentencia correspondiente al litigio Castillo Petruzzi y otros, y declaró –con base en el principio *pacta sunt servanda* y en el artículo 68.1 de la Convención Americana–, que el Estado tenía el deber de dar cumplimiento a la mencionada sentencia del 30 de mayo de 1999. Cfr. mi comentario en García Ramírez, “Una controversia sobre la competencia...” (2000c: 389 y ss.); así mismo, Cançado (1999: 55 y ss.).

¹¹³ La Constitución de Perú alude a diversas resoluciones internacionales. En primer término se refiere a los supuestos de inversión, producción, contratos con extranjeros, etcétera, y señala: “Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero” (art. 63, segundo párrafo). Así mismo: “El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley” (art. 63, tercer párrafo). Por lo que toca al asunto que ahora nos interesa, se dispone: “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que Perú es parte” (art. 205). Es necesario tomar en cuenta, igualmente, la Ley No. 23506, de Hábeas Corpus y Amparo, del 8 de diciembre de 1982. El artículo 39 de ésta, que concordaba con la anterior Constitución, se refería a los organismos internacionales, e indicaba: “el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú y que tengan la categoría a que se refiere el artículo 105 de la Constitución”. El artículo 40 del mismo ordenamiento, en vigor, dispone: “La resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencias”. Conforme a la Constitución de Venezuela, de 1999, los derechos consagrados por los tratados suscritos y ratificados son obligatorios para los órganos del poder público (art. 19); los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno” en la medida en que sus normas sean más favorables para el individuo que las constitucionales y legales, “y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público” (art. 23); el amparo procede en lo que respecta a derechos que figuren en los instrumentos internacionales (art. 27). En la misma línea, se faculta a todas las personas para dirigir peticiones o quejas a los órganos internacionales creados para ello por tratados, pactos y

ha remitido al Congreso una iniciativa de reforma constitucional sobre esta materia.¹¹⁴

La Corte, hay que reiterarlo, tiene una potestad ejecutiva limitada: sólo en la extensión en la que ésta es admisible, hoy día, en el plano internacional.¹¹⁵ Puede, por ello, mantenerse al tanto del cumplimiento de sus resoluciones e instar el acatamiento de los Estados. Ahora bien, no cuenta con una facultad semejante a la que poseen los tribunales nacionales para requerir el uso de la fuerza pública a fin de hacer cumplir sus determinaciones. En este caso, la CIDH sólo puede recurrir a la instancia política representada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, conforme al artículo 65 de la Convención Interamericana.¹¹⁶

Sin perjuicio de lo anterior, también se ha señalado la posibilidad de que la inobservancia de una resolución jurisdiccional interna-

convenciones, y el Estado “adoptará, conforme a procedimientos establecidos en la Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo” (art. 31). En el Convenio de sede entre el gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 10 de septiembre de 1981, bajo el epígrafe “Eficacia de las resoluciones”, se previene: “Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses”.

¹¹⁴ La iniciativa plantea la reforma del artículo 21 constitucional, al que se agregarían tres párrafos en los siguientes términos: “La jurisdicción de los tribunales internacionales establecidos en tratados de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte, será reconocida en los términos y conforme a los procedimientos establecidos en dichos tratados. En los casos del orden penal, los procedimientos que lleven a cabo dichos tribunales, así como el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias, serán reconocidos y ejecutados por el Estado mexicano de conformidad con lo dispuesto en el tratado internacional respectivo. Las resoluciones, así como las sentencias irrevocables emitidas por tales tribunales, gozarán de fuerza obligatoria; las autoridades administrativas y judiciales del fuero federal, común y militar deberán garantizar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en las leyes”.

¹¹⁵ Así, en mi trabajo “Las reparaciones en el sistema interamericano...”: “la Corte posee la executio inherente a la función jurisdiccional, que tiene el alcance y los límites característicos del Derecho Internacional” (García, 2000c: 443).

¹¹⁶ En el proceso de formulación de la Convención Americana, los delegados a la Conferencia Especializada Interamericana consideraron –pero no acogieron– alternativas más enérgicas que la contenida en el texto actual del artículo 65. Víctor M. Rodríguez Rescia recuerda que el artículo 57 del proyecto prevenía que el fallo de la Corte fuese transmitido al Consejo Permanente de la OEA, “lo que constituía una mejor opción tratándose de eficacia jurídica de los fallos de la Corte, porque dicho Consejo podría pronunciarse al respecto y tomar medidas para que las recomendaciones hechas por el Tribunal pudieran ejecutarse”. El gobierno de Guatemala sugirió que la Corte pudiera hacer del conocimiento del Consejo “los casos en que su fallo no se haya ejecutado y este Consejo cuidar(i) de su ejecución o tomar(i) a las medidas correspondientes” (Rodríguez Rescia, 2001: 480).

cional desencadene una nueva petición ante la Comisión Interamericana o, en su caso, una nueva demanda de ésta ante la Corte, al haberse consumado una violación adicional a la Convención por parte del Estado que incumplió el fallo de la Corte.¹¹⁷

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, A. (1994), "Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Rafael Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, 1 edición, San José, Costa Rica.
- (1997), "Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (Informe de 1996)", en *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Caracas, Manuel Ávila Editores Latinoamericana/Universidad Católica Andrés Bello.
- ALBANESE (1997), "El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales", en Martín Abregú, y Christian Curtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Ediciones del Puerto.
- ÁLVAREZ Ledesma, Mario I. (1998), *Acerca del concepto derechos humanos*, México, McGraw-Hill.
- AYALA, Corao (2001), "Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos", *Revista IIDH*, núms. 30-31, edición especial, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- BERIZONCE, Roberto Omar (1999), "Recientes tendencias en la posición del Juez. Relación General", en *El juez y la magistratura (Tendencias en los albores del siglo XXI). Relatorio general y relatorios nacionales XI Congreso Nacional de Derecho Procesal. XI World Congress on Procedural Law, Viena, Austria*, Buenos Aires, Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, Rubinzal-Culzoni Editores.
- BOBBIO, Norberto (1981), "Presente y futuro de los derechos humanos", en *Anuario de derechos humanos*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos.
- (1982), *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. de Jorge Binaghi, España, Gedisa.
- (1997), *L'età dei diritti*, trad. Einaudi Tascabili, Torino.
- BUERGENTHAL, Thomas y Douglas Cassell (1988), "The future of the Inter-American Rights System", en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

¹¹⁷ Cfr. "Informe: bases para un proyecto..." (Méndez y Cox, 1988: 12).

- (2001), “Implementation of the judgements of the Court”, en Varios, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, noviembre de 1999, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomo II.
- Cançado Trindade (2001), “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano”, en Varios, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, noviembre de 1999, tomo II.
- (1978-II), *Coexistence and coordination of mechanisms of international protection of human rights (At global and regional levels)*. Academy of International Law. Offprint from the Collected Courses, vol. 202.
- (1998), “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Méndez y Cox (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- (2001a), *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, prólogo de Máximo Pacheco Gómez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile.
- (2001b), “Informe: bases para un proyecto de protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección”, en Varios, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, noviembre de 1999, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomo II.
- CAMBRANIS, C., M. Wilbert et al. (1987), “La garantía de libre acceso a la jurisdicción” en *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial 1986-1987*.
- CAPPELLETTI, Mauro y Bryant Garth (1996), *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica.
- CARDOZO, Jorge Nelson (2001), “La solución amistosa ante la Corte”, Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- CARNELUTTI, Francisco (1994), *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, UTEHA.
- CARRANZA, Elías, Luis Paulino Mora, Mario Houed y Raúl Eugenio Zaffaroni (1983), *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, Costa Rica, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.
- CAPPELLETTI y GARTH (1996), *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica.

- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (2001), "Los nuevos reglamentos de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *CEJIL Gaceta*, núm. 13.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1990), *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2.a, 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión consultiva OC- 11/90 del 10 de agosto de 1999, Serie A, núm. 11.
- Resolución del 18 de agosto de 2000, sobre medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana. Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana.
- Resolución del 24 de noviembre de 2000, sobre medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Colombia. Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó.
- CORCUERA Cabezut, Santiago (2001), *Derecho constitucional y Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Oxford University Press.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2000*(OEA/Ser. L/V/III.50. Doc. 4, 29 de enero de 2001), San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), *Solicitud de medidas provisionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Costa Rica, caso del Periódico "La Nación"*, Resolución del 23 de mayo.
- COUTURE, Eduardo J. (1966), *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma.
- CHIOVENDA, José (s. f.), *Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Madrid, Reus.
- DE LA GUARDIA, Ernesto y Marcelo Delpéch (1970), *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires, La Ley.
- Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2002), Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y *Revista IIDH*, núm. 32.
- DRZEMCZEWSKI, Andrew (2001), *The European Human Rights Convention: Protocol 11 entry into force and first year of application*, en Varios, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, San José, Costa Rica, noviembre de 1999.
- DULITZKY, Ariel, y Felipe González (2001a), "Derechos humanos y la Organización de los Estados Americanos, 1999-20002", en *Revista IIDH*, núms. 30-31, edición especial, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- (2001b), "La duración del procedimiento: responsabilidades compartidas", en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

- FAIRÉN Guillén, Víctor (1992), *Teoría general del derecho procesal*, prólogo de Sergio García Ramírez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas
- FAPPIANO, Óscar L. (1997), *La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales*, en Martín Abregú y Christian Curtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Ediciones del Puerto.
- FAÚNDEZ Ledesma, Héctor (1996), *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- FERRAJOLI, Luigi (1998), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3 edición, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta.
- FIX Fierro, Héctor (1997), *Constitución Política de los Estados Unidos de Mexicanos comentada*, 10 edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor (1988), “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, en *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, México, Unión de Universidades de América Latina, Porrúa.
- GARCÍA, Ramírez, Sergio (1982), “La acción en el proceso penal. Los principios rectores del proceso penal”, en *Estudios penales*, 2 edición, Saltillo, Coahuila, México.
- (1989), *Curso de derecho procesal penal*, 5 edición, México, Porrúa.
- (1997), “El Estado de derecho y la reforma del poder judicial”, en *Poder judicial y ministerio público*, 2 edición, México, Porrúa.
- (2000a), *Elementos de derecho procesal agrario*, 3 edición, México, Porrúa.
- (2000b), “La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. Actualidad y perspectivas”, en *Estudios jurídicos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- (2000c), “Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. Actualidad y perspectivas” en *Estudios jurídicos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2001), “Cuestiones ante la jurisdicción internacional”, en *Cuadernos procesales*, año V, núm. 13, septiembre, México.
- (s. f.), “Cuestiones ante la jurisdicción internacional”, en *Cuadernos procesales* (México), año V, núm. 13, septiembre, México.
- GIL Valdivia, Gerardo (1987), *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial 1986-1987*, México, Porrúa.
- GÓMEZ Robledo-Verduzco, Alonso (1986), “Aspectos de la reparación en derecho internacional”, en *Temas selectos de derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- (2000), *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa.
- Jornadas J. M. Domínguez Escovar en homenaje a la memoria del R. P. Dr. Fernando Pérez-Llantada (S. J.): Los derechos humanos y la agenda del tercer milenio*, Caracas, 2000, 601-648.
- KELSEN, Hans (1965), *Principios de derecho internacional público*, traducción Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, Buenos Aires, Ateneo.
- KRSTICEVIC, Viviana (2001a), “El papel de las ONG en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Trámite de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario*, noviembre de 1999, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomo I.
- (2001b), “Desafíos de la comunidad de derechos humanos de cara a la Asamblea General de la OEA”, en *Revista IIDH*, edición especial, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núms. 30-31.
- “Los nuevos reglamentos de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (2001), *CEGILgaceta*, núm. 13. Publicación del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.
- LÓPEZ, Ayllón Sergio (1997), *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- (1999), “Globalización y transición del Estado nacional”, en María Regugio González y Sergio López Ayllón (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- MÉNDEZ, Juan E., y Francisco Cox (eds.), (1988), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- NAVARRO, Guillermo Rafael (2001), “La duración del proceso penal como factor criminógeno”, en Varios, *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI. Volumen de homenaje al Prof. Dr. Pedro R. David*, Buenos Aires, Depalma.
- NIKKEN (2001), *Una definición trascendental*. Observaciones sobre el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos en vísperas de la Asamblea General de la OEA, San José, junio de 2001, *Revista IIDH*, edición especial, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núms. 30-31.
- Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000), *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (actualizado a diciembre de 1999)*, San José de Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- ORTIZ Ahlf, Loretta (1989), *Derecho internacional público*, México, Harla.
- OVALLE Favela, José (1981), "Acceso a la justicia en México", en *Estudios de derecho procesal*, México, Universidad Autónoma de México.
- PASQUALUCCI, Jo M. (1999), "Victim reparations in the Inter-American Human Rights System: a critical assessment of current practice and procedure", *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, num. 1.
- ROCCO, Alfredo (s. f.), *La sentencia civil*, traducción de Mariano Ovejero, México, Stylo.
- RODRÍGUEZ, Rescia (2001), "La ejecución de sentencias de la Corte", en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- ROGGE, Kersten (1998), "The 'victim' requirements in article 25 of the European Convention on Human Rights", en Varios, *Protecting human rights: the European Dimension/Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Berlin, Bonn, Munich, Köln, Franz Matscher-Herbert Petzhold, Carl Heymanns Verlag K G.
- SALVIOLI, Fabián Omar (2001), "Derechos, acceso y rol de las víctimas", en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- SÁNCHEZ Viamonte, Carlos (1956), *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, México, Ed. de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.
- SÁNCHEZ Rodríguez, Luis Ignacio (1994), "Los sistemas de protección americano y europeo de los derechos humanos: el problema de la ejecución interna de las sentencias de las respectivas Cortes de Justicia", en Rafael Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Organización de los Estados Americanos, Unión Europea.
- SIKKINK, Kathryn (1997), "Reconceptualizing sovereignty in the Americas: historical precursors and current practices", en Varios, *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- VALADÉS, Diego (1984), "Reformas legales para garantizar el acceso a la justicia", en Varios, *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, Procuraduría General de la República.
- WACH, Adolf (1962), *La pretensión de declaración. Un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*, traducción de Juan M. Semon, Buenos Aires, EJEA.
- WILDHABER, Luzius (2000), "Speech delivered by..., at the commemoration of the 50th anniversary of the Convention", en *The European Convention on Human Rights at 50. Human Rights Information Bulletin*, Special Issue no. 50, november 2000.

ZAFFARONI E., Raúl (1996), “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del Juez”, en *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España)*, San José, Costa Rica, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Unión Europea.

Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional, y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos*

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE**



En el presente artículo el autor caracteriza el acceso directo de los individuos a la justicia internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales como cláusulas pétreas de la protección internacional de los derechos humanos, que hacen viable el acceso de los individuos a la justicia internacional. Este conjunto de cláusulas remiten, en pleno siglo XXI, al reconocimiento del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos, y a la existencia de un conjunto de derechos inherentes a él, anteriores, superiores al Estado, cuya protección ha ganado terreno en los tribunales internacionales.

* Memorias Seminario "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI", San José de Costa Rica, 23 y 24 de 1999. Volumen I, 2 edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

** Ph. D. (Cambridge); Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; profesor titular de la Universidad de Brasilia; miembro asociado del Institut de Droit International; miembro de los consejos directivos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo).

Pese a la importancia y evolución de estos temas no se encuentra un desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia internacionales que dé cuenta de la experiencia acumulada y del debate actual, siendo fundamental el aporte del presente trabajo en el análisis y examen de estas cláusulas pétreas a partir de la consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales de los individuos.



**International hard standards for the protection of human beings:
Direct individual access to international justice and the intangibility of the mandatory jurisdiction of international tribunals for the enforcement of human rights**

In this paper, the author defines individual access to international justice and the intangibility of mandatory jurisdiction of human rights international tribunals as international hard standards for the protection of human beings, which pave the way for individual's access to international justice system. This set of clauses, in the twenty-one century, ensures the recognition of human beings as international law subjects of protection, as well as reaffirms the existence of universal, intangible and state-previous human rights that are increasingly becoming issues of protection under international jurisdiction. Notwithstanding the importance and significance of this topic, the literature and the tribunals' decisions have not addressed yet the cumulative experience and the current debate on hard standards. This article seeks to overcome these shortcomings analysing hard standards based on individuals' international capacities and recognition.

INTRODUCCIÓN

En el umbral del siglo XXI, ya no puede haber duda de que el derecho de petición individual a los tribunales internacionales de derechos humanos, y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de éstos, necesariamente conjugados, constituyen –como siempre hemos sostenido– verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos.¹ Son ellas las que hacen viable el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, lo cual representa una verdadera “revolución jurídica”, quizás el más importante legado que

¹ Cfr. recientemente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú (Excepciones Preliminares), sentencia de 04.09.1998, Serie C, núm. 41, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 36; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva núm. 16, sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, de 01.10.1999, Serie A, núm. 16, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 30.

nos deja la ciencia jurídica del siglo XX. A ellas se suman el deber de fiel cumplimiento, por los Estados Partes en los tratados de derechos humanos, de las decisiones de aquellos tribunales, así como el ejercicio de la *garantía colectiva* por los mencionados Estados.

Éstos son, en última instancia, los pilares básicos sobre los cuales se erige el mecanismo de emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado, como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), dotado de plena capacidad jurídica internacional. Dicho mecanismo, a su vez, corresponde, en el plano procesal, al reconocimiento, en el plano conceptual, de la existencia de derechos inherentes al ser humano, por definición anteriores y superiores al Estado, cuya protección no se agota –no puede agotarse– en la acción del Estado.

Cabe, pues, dedicar la debida atención a cuestiones de capital importancia no suficientemente desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia internacionales hasta la fecha, a saber: la personalidad jurídica internacional del individuo; el derecho de petición individual a instancias internacionales; la capacidad jurídica internacional del individuo; la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales –Cortes Europea e Interamericana– de derechos humanos.

A nuestro modo de ver, hasta el presente la atención dedicada a estos tópicos ha sido insatisfactoria, dejando de guardar proporción con la gran relevancia de que se revisten para la evolución continua de la protección internacional de los derechos humanos. Además, se revisitan estos tópicos –siempre recurrentes en el contencioso internacional de los derechos humanos– de perenne actualidad. En este umbral del siglo XXI, en que se busca evaluar la experiencia acumulada al respecto a lo largo de las últimas décadas, y lograr el perfeccionamiento de los procedimientos previstos en los tratados de derechos humanos, es oportuno y necesario profundizar en el examen de lo que nos permitimos denominar *cláusulas pétreas* de la protección internacional del ser humano, a saber, el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional, y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. Pasemos al estudio de la consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales de los individuos en general, y al examen de la intangibilidad de aquellas cláusulas pétreas en particular.

EL RESCATE HISTÓRICO DEL INDIVIDUO COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Al considerar la posición de los individuos en el derecho internacional, no hay que perder de vista el pensamiento de los llamados

fundadores del derecho de gentes. Hay que recordar la considerable importancia, para el desarrollo del tema, sobre todo de los escritos de los teólogos españoles así como de la obra grociana. En el periodo inicial de formación del derecho internacional era considerable la influencia ejercida por las enseñanzas de los grandes maestros –lo que es comprensible, dada la necesidad de sistematización de la materia–.² Aún en nuestros días, es imprescindible tener presentes tales enseñanzas.

Es ampliamente reconocida la contribución de los teólogos españoles Francisco de Vitoria y Francisco Suárez a la formación del derecho internacional. En la visión de Suárez (autor del tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), el derecho de gentes revela la unidad y universalidad del género humano; los Estados tienen necesidad de un sistema jurídico que regule sus relaciones, como miembros de la sociedad universal.³ Fue, sin embargo, el gran maestro de Salamanca, Francisco de Vitoria, quien dio una contribución pionera y decisiva para la noción de prevalencia del Estado de derecho: fue él quien sostuvo, con rara lucidez, en sus aclamadas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), que el ordenamiento jurídico obliga a todos –tanto gobernados como gobernantes– y, en esta misma línea de pensamiento, la comunidad internacional (*totus orbis*) prima sobre el arbitrio de cada Estado individual.⁴

En la concepción de De Vitoria, el derecho de gentes regula una comunidad internacional constituida por seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad;⁵ la reparación de las violaciones de derechos (humanos) refleja una necesidad internacional atendida por el derecho de gentes, con los mismos principios de justicia aplicándose tanto a los Estados como a los individuos o pueblos que los forman (Cançado 1987: 411; Brown, 1934: 282-283, 140, 150, 163-165 y 172). Transcurridos más de cuatro siglos y medio, su mensaje retiene una notable actualidad.

La concepción del *jus gentium* de Hugo Grotius –cuya obra, sobre todo el *De Jure Belli ac Pacis* (1625) es situada en los orígenes del derecho internacional, como vino a ser conocida la disciplina–, estuvo siempre atenta al rol de la sociedad civil. Para Grotius, el Estado no es un fin en sí mismo, sino más bien un medio para asegurar el ordena-

² Véase al respecto Cançado Trindade (1981: 20-21). Para un relato de la formación de la doctrina clásica, cfr., inter alia, P. Guggenheim (1967: 13-32), A. Verdross (1969: 47-62), Ch. de Visscher (1970: 18-32), Louis Le Fur (1927: 297-399).

³ Cfr. Association Internationale Vitoria-Suárez (1939: 169-170).

⁴ Cfr. Francisco de Vitoria (1985: 1-101), A. Gómez Robledo (1989: 30-39).

⁵ Cfr., en particular, Francisco de Vitoria (1960: 675).

miento social en conformidad con la inteligencia humana, a fin de perfeccionar la “sociedad común que abarca toda la humanidad” (Remec, 1960: 216 y 203).⁶ En el pensamiento grociano, toda norma jurídica –sea de derecho interno o de derecho de gentes– crea derechos y obligaciones para las personas a quienes se dirige; la obra precursora de Grotius, ya en la primera mitad del siglo XVII, admite, pues, la posibilidad de la protección internacional de los derechos humanos contra el propio Estado (Remec, 1960: 221 y 243).⁷

Aún antes de Grotius, Alberico Gentili (autor de *De Jure Belli*, 1598) sostenía, a finales del siglo XVI, que es el derecho el que regula la convivencia entre los miembros de la *societas gentium* universal (Gómez, 1989: 48-55). Samuel Pufendorf (autor de *De Jure Naturae et Gentium*, 1672), a su vez, sostuvo “el sometimiento del legislador a la más alta ley de la naturaleza humana y de la razón” (p. 26). De su parte, Christian Wolff (autor de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), ponderaba que así como los individuos deben, en su asociación con el Estado, promover el bien común, a su vez el Estado tiene el deber correlativo de buscar su perfección (Sepúlveda, 1983: 28-29).⁸

Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional (notoriamente los escritos de los teólogos españoles y la obra grociana), que lo concebían como un sistema verdaderamente *universal* (Jenks, 1958: 66-69; Dupuy, 1986: 164-165), vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que personificó el Estado dotándolo de “voluntad propia”, redu-

⁶ Los sujetos tienen derechos vis-à-vis el Estado soberano, que no puede exigir obediencia de sus ciudadanos de forma absoluta (imperativo del bien común); así, en la visión de Grotius, la razón de Estado tiene límites, y la concepción absoluta de esta última se torna aplicable en las relaciones tanto internacionales como internas del Estado (Remec, 1960: 219-220 y 217).

⁷ Hay que tener siempre presente el verdadero legado de la tradición grociana del derecho internacional. La comunidad internacional no puede pretender basarse en la voluntad de cada Estado individualmente. Ante la necesidad histórica de regular las relaciones de los Estados emergentes, sustentaba Grotius que las relaciones internacionales están sujetas a las normas jurídicas, y no a la “razón de Estado”, la cual es incompatible con la propia existencia de la comunidad internacional; esta última no puede prescindir del derecho. Cfr. al respecto el estudio clásico de Hersch Lauterpacht (1946: 1-53). El ser humano y su bienestar ocupan una posición central en el sistema de las relaciones internacionales. Por consiguiente, en casos de tiranía, Grotius admitía la intervención humanitaria; los patrones de justicia aplican vis-à-vis tanto a los Estados como a los individuos. Hersch Lauterpacht (1943: 7 y 21-31).

⁸ Wolff vislumbró los Estados-nación como miembros de una *civitas maxima*, concepto que Emmerich de Batel (autor de *Le Droit des Gens*, 1758), posteriormente, invocando la necesidad de “realismo”, pretendió sustituir por una “sociedad de naciones” (concepto menos avanzado); cfr. F. S. Urdí (1975: 95); para una crítica a ese retroceso (incapaz de fundamentar el principio de obligación en el derecho internacional), cfr. J. L. Brierly (1963: 38-40).

ciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a éstos “concedía”. El consentimiento o la voluntad de los Estados (el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el derecho internacional, negando *jus standi* a los individuos, a los seres humanos (Remec, 1960: 36-37). Esto dificultó la comprensión de la sociedad internacional, y debilitó el propio derecho internacional, reduciéndolo a derecho interestatal, no más *por encima* sino *entre* Estados soberanos (p. 37). Las consecuencias desastrosas de esta distorsión son ampliamente conocidas.

La personificación del Estado todopoderoso, inspirada en la filosofía del derecho de Hegel, tuvo una influencia nefasta en la evolución del derecho internacional a finales del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX. Esta corriente doctrinaria resistió con todas las fuerzas al ideal de emancipación del ser humano de la tutela absoluta del Estado, y al reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional.⁹ En el pasado, los positivistas se vanagloriaban de la importancia por ellos atribuida al método de la *observación* (descuidado por otras corrientes de pensamiento), lo que contrasta, sin embargo, con su total incapacidad de presentar directrices, líneas maestras de análisis, y sobre todo *principios* generales orientadores (Le Fur, 1927: 263). En el plano normativo, el positivismo se mostró sirviendo al orden legal establecido, y convalidó los abusos practicados en nombre de éste.

Pero ya a mediados del siglo XX, la doctrina jusinternacionalista más esclarecida se distanciaba definitivamente de la formulación hegeliana y neohegeliana del Estado como depositario final de la libertad y responsabilidad de los individuos que lo componían, y que en él se integraban enteramente (Friedmann, 1964: 247). La vieja polémica, estéril y ociosa, entre monistas y dualistas, erigida en falsas premisas, no sorprendentemente dejó de contribuir a los esfuerzos doctrinarios en pro de la emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado. En efecto, lo que hicieron tanto los dualistas como los monistas, en este particular, fue “personificar” el Estado como sujeto del derecho internacional. Los monistas descartaron todo antropomorfismo, afirmando la subjetividad internacional del Estado por un análisis de la persona jurídica (Eustathiades, 1953: 405-406); y los dualistas –a ejemplo de H.

⁹ Contra esta posición reaccionaria se posicionó, entre otros, Jean Spiropoulos; en luminosa monografía publicada en París en 1928, ponderó que, contrario de lo que se desprendía de la doctrina hegeliana, el Estado no es un ideal supremo sometido tan sólo a su propia voluntad, no es un fin en sí mismo, sino más bien “un medio de realización de las aspiraciones y necesidades vitales de los individuos”, siendo, pues, necesario proteger al ser humano contra la lesión de sus derechos por su propio Estado (Spiropoulos, 1928: 19, 33 y 66). Una evolución en ese sentido, agregó, tendría que aproximarnos al ideal de la *civitas maxima* (p. 55).

Triepel y D. Anzilotti- no se contuvieron en sus excesos de caracterización de los Estados como sujetos únicos del derecho internacional.¹⁰

Toda una corriente doctrinal -del positivismo tradicional- formada, además de Triepel y Anzilotti, también por K. Strupp, E. Kaufmann, R. Redslob, entre otros, pasó a sostener que solamente los Estados eran sujetos del derecho internacional público. La misma postura fue adoptada por la antigua doctrina soviética del derecho internacional, con énfasis en la llamada “coexistencia pacífica” interestatal (Korovin, s.f.: 15-18, 93-98; Tunkin, 1965: 19-34). Contra esta visión surgió una corriente opuesta, a partir de la publicación, en 1901, del libro de Léon Duguit *L'État, le droit objectif et la loi positive*, formada por G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis y G. Scelle, entre otros, sosteniendo, *a contrario sensu*, que en última instancia solamente los individuos, destinatarios de las normas jurídicas, eran sujetos del derecho internacional (cfr. infra).

La idea de la soberanía estatal absoluta, que llevó a la irresponsabilidad y a la pretendida omnipotencia del Estado, que no impidió las sucesivas atrocidades por éste cometidas contra los seres humanos, se mostró con el pasar del tiempo enteramente infundada. El Estado - hoy se reconoce- es responsable por todos sus actos, tanto *jure gestionis* como *jure imperio*, así como por todas sus omisiones. Creado por los seres humanos, y por ellos compuesto, para ellos existe, para la realización de su bien común. En caso de violación de los derechos humanos, se justifica así plenamente el *acceso directo* del individuo a la jurisdicción internacional, para hacer valer tales derechos, incluso en contra del propio Estado.¹¹

El individuo es, pues, sujeto del derecho tanto interno como internacional.¹² Para esto ha contribuido, en el plano internacional, la considerable evolución en las últimas décadas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. También este último considera a las personas protegidas no como simples objetos de la reglamentación que establecen, sino más bien como verdaderos sujetos del derecho internacional. Es lo que se desprende, v. g., de la posición de las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho

¹⁰ Para una crítica a la incapacidad de la tesis dualista de explicar el acceso de los individuos a la jurisdicción internacional, cfr. Paul Reuter (1950: 542-543 y 551).

¹¹ Véase Stefan Glaser (1964: 117, 105-106 y 114-116). De ahí la importancia de la competencia obligatoria de los órganos de protección internacional de los derechos humanos (p. 118).

¹² Sobre la evolución histórica de la personalidad jurídica en el derecho de gentes, cfr. Hermann Mosler (1964: 228-251), G. Arangio-Ruiz (1972: 9-268), Julio A. Barberis (1984: 17-35), Erica I. A. Daes (1988: 1-111, esp. 81-92).

Internacional Humanitario de 1949, erigidas a partir de los derechos de las personas protegidas.¹³

Carecen de sentido las tentativas del pasado de negar a los individuos la condición de sujetos del derecho internacional, por no ser a ellos reconocidas algunas de las capacidades de que son detentadores los Estados (como la de celebrar tratados). En el plano del derecho interno no todos los individuos participan, directa o indirectamente, en el proceso legiferante, y por eso no dejan de ser sujetos de derecho. El movimiento internacional en pro de los derechos humanos, desencadenado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, vino a desautorizar estas falsas analogías, y a superar distinciones tradicionales (v. g., con base en la nacionalidad): son sujetos de derecho “todas las criaturas humanas”, como miembros de la “sociedad universal”, siendo “inconcebible” que el Estado venga a negarles esta condición (Cassin, 1950: 81-82).

Al reconocimiento de derechos individuales debe corresponder la capacidad procesal de vindicarlos, en los planos tanto nacional como internacional. Es mediante la consolidación de la plena capacidad procesal de los individuos que la protección de los derechos humanos se torna una realidad.¹⁴ Pero aunque, por las circunstancias de la vida, ciertos individuos (niños, enfermos mentales, ancianos, entre otros) no puedan disfrutar de plena capacidad (v. g., en el derecho civil), no por eso dejan de ser titulares de derechos, oponibles incluso al Estado (Drost, 1965: 226-227). Independientemente de las circunstancias, el individuo es sujeto *jure suo* del derecho internacional, tal como sostiene la doctrina más lúcida, desde la de los llamados fundadores de la disciplina (pp. 215-223). Los derechos humanos fueron concebidos como *inherentes* a todo ser humano, independientemente de cualesquiera circunstancias.

Se podría argumentar que el mundo contemporáneo es enteramente distinto del de la época de los llamados fundadores del derecho internacional (supra), que propugnaron por una *civitas maxima* regida por el derecho de gentes. Aunque se trate de dos escenarios mundiales

¹³ Por ejemplo, III Convención, artículos 14 y 78; IV Convención, artículo 27; tanto es así que las cuatro Convenciones de Ginebra prohíben claramente a los Estados Partes derogar –por acuerdos especiales– las reglas en ellas enunciadas y, en particular, restringir los derechos de las personas protegidas en ellas consagrados (I, II y III Convenciones, artículo 6; y IV Convención, artículo 7). En realidad, las primeras Convenciones de Derecho Internacional Humanitario (ya en el transcurso del siglo XIX al XX) fueron pioneras al expresar la preocupación internacional por la suerte de los seres humanos en los conflictos armados, reconociendo al individuo como beneficiario directo de las obligaciones convencionales estatales (Partsch, 1995: 959; Aldrich, 1996: 851-858).

¹⁴ Cfr., en lo referente a la protección internacional, A. A. Cançado Trindade (1998: 1-27; 1999: 521-544).

diferentes (nadie lo negaría), la aspiración humana es la misma, a saber: la de la construcción de un ordenamiento internacional aplicable tanto a los Estados (y organizaciones internacionales) como a los individuos, de conformidad con ciertos patrones universales de justicia.

Siendo que el derecho internacional contemporáneo reconoce a los individuos derechos y deberes (como lo comprueban los instrumentos internacionales), no hay cómo negarles personalidad internacional, sin la cual no podría darse aquel reconocimiento. El propio derecho internacional, al reconocer derechos inherentes a todo ser humano, desautoriza el arcaico dogma positivista que pretendía autoritariamente reducir tales derechos a los “concedidos” por el Estado. El reconocimiento del individuo como sujeto, tanto del derecho interno como del derecho internacional, dotado en ambos de plena capacidad procesal (cf. *infra*) representa, como se ha señalado, una verdadera *revolución jurídica*, a la cual tenemos el deber de contribuir. Esta revolución viene a dar un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional.

En efecto, ya en las primeras décadas del siglo XX se reconocían los manifiestos inconvenientes de la protección de los individuos por intermedio de sus respectivos Estados de nacionalidad, o sea, por el ejercicio de la protección diplomática discrecional, que tornaba los Estados “demandantes” a un mismo tiempo “jueces y partes”. Comenzaba, en consecuencia, para superar tales inconvenientes, a germinar la idea del *acceso directo* de los individuos a la jurisdicción internacional, bajo determinadas condiciones, para hacer valer sus derechos contra los Estados, tema éste que llegó a ser efectivamente considerado por el Institut de Droit International en sus sesiones de 1927 y 1929 (Séfériadès, 1935: 23-25 y 54-60).

La mejor doctrina jurídica pasó a alertar sobre la necesidad del reconocimiento de un mínimo jurídico –con la primacía del derecho internacional y de los derechos humanos sobre el ordenamiento jurídico estatal–, por debajo del cual la comunidad internacional no debía permitir que recayese el Estado (Mandelstam, 1931: 95-96 y 103, 138).¹⁵ Siendo el individuo el “sujeto final de todo derecho”, nada había de inherente al derecho internacional que lo impedía de tornarse sujeto del

¹⁵ En obra célebre, Georges Scelle se insurgió contra la ficción de la contraposición de una “sociedad interestatal” a una sociedad de individuos (nacional): una y otra están formadas por individuos, sujetos del derecho interno y del derecho internacional, sean ellos simples particulares (movidos por intereses privados), o investidos de funciones públicas (gobernantes y funcionarios públicos), encargados de velar por los intereses de las colectividades nacionales e internacionales (Scelle, 1984: 42-44).

derecho de gentes (*droit des gens/law of nations*) y de tornarse parte en procedimientos ante tribunales internacionales (Lauterpacht, 1950: 69, 61 y 51, y 70).¹⁶ No sólo en el continente europeo, sino también en el americano, aún antes de la adopción de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos de 1948, florecieron manifestaciones doctrinarias en pro de la personalidad jurídica internacional de los individuos (Álvarez, 1944: 46-47 y 457-463, 81, 91 y 499-500; Accioly, 1933: 71-75; Carneiro, 1945: 121 y 108, y 113, 35, 43, 126, 181 y 195; Jessup, 1948: 41).

Se pasó incluso a vincular la subjetividad internacional de los individuos a la temática de la responsabilidad internacional (de los mismos, a la par de la de los Estados).¹⁷ Dada, pues, la capacidad del individuo, tanto para mover una acción contra un Estado en la protección de sus derechos, como para cometer un delito en el plano internacional, no más había que negar su condición de sujeto del derecho internacional.¹⁸ Siendo el individuo “sujeto de deberes” en el plano del derecho internacional, no había cómo negar su personalidad jurídica internacional, reconocida incluso por el propio derecho internacional consuetudinario (Guggenheim, 1952: 116 y 117-118).

¹⁶ Tal reconocimiento del individuo como sujeto de derechos también en el plano del derecho internacional acarrea un claro rechazo de los viejos dogmas positivistas, desacreditados e insustentables, del dualismo de sujetos en los ordenamientos interno e internacional, y de la voluntad de los Estados como fuente exclusiva del derecho internacional (Lauterpacht, 1950: 8-9). En otro estudio perspicaz, publicado también en 1950, Maurice Bourquin ponderó que la creciente preocupación del derecho internacional de la época con los problemas que afectaban directamente el ser humano revelaba la superación de la vieja visión exclusivamente interestatal del orden jurídico internacional (Bourquin, 1950: 21-54). Para una crítica a la concepción voluntarista del derecho internacional, cfr. A. A. Cançado Trindade (1981: 201-240).

¹⁷ Como reacción de la conciencia jurídica universal, el desarrollo de los derechos y deberes del individuo en el plano internacional, y su capacidad de actuar para defender sus derechos, encuéntrase vinculadas a su capacidad para el delito internacional; la responsabilidad internacional abarca, así, en su visión, tanto la protección de los derechos humanos como la punición de los criminales de guerra (formando un todo) (Eustathiades, 1953: 402, 412- 413, 424, 586-589, 601 y 612). Tratábase, pues, de proteger al ser humano no sólo contra la arbitrariedad estatal, sino también contra los abusos de los propios individuos (p. 614). Cfr. en el mismo sentido, W. Friedmann (1964: 234 y 248).

¹⁸ Véase Eustathiades (1953: 426-427, 547 y 610-611). Aunque no se endosa la teoría de Duguit y Scelle (de los individuos como únicos sujetos del derecho internacional), Eustathiades reconoció en ella el gran mérito de reaccionar a la doctrina tradicional que visualizaba en los Estados los únicos sujetos del derecho internacional; el reconocimiento de la subjetividad internacional de los individuos, a la par de la de los Estados, vino a transformar la estructura del derecho internacional y fomentar el espíritu de solidaridad internacional (pp. 604-610). Los individuos emergieron como sujetos del derecho internacional, aun sin participar del proceso de creación de sus normas (p. 409).

De ese modo, la doctrina jurídica de mediados del siglo XX ya reflejaba y endosaba el proceso histórico en curso de la emancipación de los individuos de la tutela exclusiva del Estado. La propia experiencia jurídica de la época contradecía categóricamente la teoría infundada de que los individuos eran simples *objetos* del ordenamiento jurídico internacional, y destruía otros preconceptos del positivismo estatal (Sperduti, 1956: 824, 821-822 y 764; 1950: 104-107).¹⁹ Como bien señaló Paul Reuter, a partir del momento en que el individuo se tornaba titular de derechos y obligaciones establecidos y sancionados directamente por el derecho internacional, disponiendo de acceso a la jurisdicción internacional para la protección de sus derechos, ya no se podría negar su condición de sujeto del derecho internacional (Reuter, 1993: 235 y 238, 106).

EL ACCESO DE LOS INDIVIDUOS A LA JUSTICIA A NIVEL INTERNACIONAL

La cuestión de la *legitimatío ad causam* de los peticionarios ante instancias internacionales tiene una larga historia, la cual ha dejado claro que el derecho de petición individual constituye la piedra angular del acceso de los individuos a la justicia internacional. Dicho acceso resultó de la permanente lucha del ser humano contra las manifestaciones del poder arbitrario. El derecho de petición individual es efectivamente una conquista definitiva del derecho internacional de los derechos humanos. Es de la propia esencia de la protección internacional de los derechos humanos la contraposición entre los individuos demandantes y los Estados demandados en casos de supuestas violaciones de los derechos protegidos. Fue precisamente en este contexto de protección que se operó el *rescate histórico* de la posición del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos, dotado de plena capacidad procesal internacional (cfr. supra).

Tres siglos de un ordenamiento internacional cristalizado, a partir de los tratados de paz de Westphalia (1648), con base en la coordinación de Estados-naciones independientes, yuxtapuestos a soberanías absolutas, llevaron a la exclusión de aquel ordenamiento de los individuos como sujetos de derechos. En el plano internacional, los Estados asumieron el monopolio de la titularidad de derechos; los individuos, para su protección, fueron dejados enteramente a merced de la intermediación discrecional de sus Estados nacionales. El ordenamien-

¹⁹ En la doctrina jurídica de entonces se tornaba patente el reconocimiento de la expansión de la protección de los individuos en el ordenamiento jurídico internacional (Parry, 1956: 722).

to internacional así erigido –que los excesos del positivismo jurídico intentaron en vano justificar– excluyó precisamente al destinatario último de las normas jurídicas: el ser humano.

Tres siglos de un ordenamiento internacional marcado por el predominio de las soberanías estatales y por la exclusión de los individuos fueron incapaces de evitar las violaciones masivas de los derechos humanos, perpetradas en todas las regiones del mundo, y las sucesivas atrocidades de nuestro siglo, incluso las contemporáneas.²⁰ Tales atrocidades despertaron la conciencia jurídica universal para la necesidad de reconceptualizar las bases del ordenamiento internacional, restituyendo al ser humano la posición central de donde había sido desplazado. Esta reconstrucción, sobre bases humanas, tomó por fundamento conceptual cánones enteramente distintos, como los de la realización de valores comunes superiores, de la titularidad de derechos del propio ser humano, de la garantía colectiva de su realización, y del carácter objetivo de las obligaciones de protección.²¹ El orden internacional de las soberanías cedía terreno al de la solidaridad.

Esta profunda transformación del ordenamiento internacional, desencadenada a partir de las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948, no se ha dado sin dificultades, precisamente por requerir una nueva mentalidad. Pasó, además, por etapas, algunas de las cuales suficientemente estudiadas en nuestros días (incluso en lo referente a la consagración del derecho de petición individual). El acceso de los individuos a los tribunales internacionales (contemporáneos) para la protección de sus derechos revela, en realidad, una renovación del derecho internacional –en el sentido de su humanización (Cañado, 2000: 99-112, esp. 103 y 100)–, abriendo una gran brecha en la doctrina tradicional del dominio reservado de los Estados (Von der Heydte, 1962: 332-333 y 329-330; Cañado, 1976: 715-765; Carrillo, 1996: 64-67 y 217) (o competencia nacional exclusiva), definitivamente ultrapasada: el individuo es alzado a sujeto del derecho internacional (Von der Heydte, 1962: 345), dotado de capacidad procesal.²²

La cuestión de la capacidad procesal de los individuos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), y su predecesora la Corte Perma-

²⁰ Como el holocausto, el gulag, seguidos de nuevos actos de genocidio, por ejemplo, en el sudeste asiático, en Europa central (ex Yugoslavia), en África (Ruanda).

²¹ Con incidencia directa de dichos cánones en los métodos de interpretación de la normativa internacional de protección, sin necesariamente apartarse de las reglas generales de interpretación de los tratados enunciadas en los artículos 31-33 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986).

²² Al respecto, cfr. E. M. Borchard (1930: 359-365).

nente de Justicia Internacional (CPJI), fue efectivamente considerada con ocasión de la redacción original, por un Comité de Juristas designado por la antigua Sociedad de las Naciones, del Estatuto de la Corte de La Haya, en 1920. De los diez miembros del referido Comité de Juristas, solamente dos –Loder y De Lapradelle– se pronunciaron en favor de que los individuos pudieran comparecer como partes ante la Corte (*jus standi*) en casos contenciosos contra Estados (extranjeros). La mayoría del Comité, sin embargo, se opuso firmemente a esta proposición: cuatro miembros (Ricci-Busatti, Baron Descamps, Raul Fernandes y Lord Phillimore) objetaron que los individuos no eran sujetos del derecho internacional (no pudiendo, pues, en su juicio, ser partes ante la Corte), y que solamente los Estados eran personas jurídicas en el ordenamiento internacional, en lo que fueron acompañados por los demás miembros.²³

La posición que prevaleció en 1920 –la cual sorprendente y lamentablemente ha sido mantenida en el artículo 34(1) del Estatuto de la Corte de La Haya hasta la fecha– fue pronta y duramente criticada en la doctrina más lúcida de la época (ya en la misma década de los veinte). Así, en memorable monografía publicada en 1927, N. Politis ponderó que los Estados eran compuestos de individuos, y que el verdadero fin de todo el derecho es el ser humano (Politis, 1927: 76-77, 69): se trata de algo “tan evidente”, que “sería inútil insistir en esto si las brumas de la soberanía no hubieran oscurecido las verdades más elementales” (pp. 77-78). El recurso directo de los individuos a las instancias internacionales para hacer valer sus “intereses legítimos” –prosiguió Politis–, presentaría la ventaja, por ejemplo, de despolitizar el procedimiento clásico, el del contencioso interestatal (la protección diplomática discrecional) (pp. 82-83, 89). Y adelantó un pronóstico en el sentido de que la acción directa de los individuos en el plano internacional lograría realizarse, más temprano o más tarde, porque “responde a una verdadera necesidad de la vida internacional” (pp. 90, 92 y 61).

Otra crítica a la solución adoptada al respecto por el Estatuto de la Corte de La Haya (artículo 34(1), cf. supra) fue formulada por J. Spiropoulos, también en los años veinte; para él no había impedimento alguno a que el derecho internacional convencional otorgase a los individuos una acción directa en el plano internacional;²⁴ si esto no ocurriese, y si se limitase a las acciones judiciales en el plano del derecho interno, frecuentemente el Estado se tornaría “juez y parte” al mismo tiempo, lo que sería una incongruencia (Spiropoulos, 1928: 50-51). Para el autor,

²³ Cfr. relato en Jean Spiropoulos (1928: 50-51), Nicolas Politis (1927: 84-87), Marek St. Korowicz (1956: 543).

²⁴ Habiendo incluso precedentes en este sentido en el periodo entre guerras.

el ordenamiento jurídico internacional puede formular normas dirigidas directamente a los individuos (como fue ejemplificado por los tratados de paz del periodo de entreguerras), elevándolo de ese modo a la condición de sujeto del derecho internacional, dotado de personalidad jurídica, en la medida en que se establece una relación directa entre el individuo y el ordenamiento jurídico internacional, tornándolo “directamente titular de derechos o de obligaciones” (25, 31-33, 40-41).

La gradual emancipación del individuo de la tutela del Estado todopoderoso, anticipó Spiropoulos en 1928, no es más que una “cuestión de tiempo”, por “imponerse como consecuencia necesaria de la evolución de la organización internacional” de los nuevos tiempos (pp. 42-43, 65). El individuo debe, así, ser capaz de defender *él mismo* sus derechos en el plano internacional, “independientemente de toda tutela de su Estado”, y “aún contra su propio Estado” (pp. 44, 49, 64-65). Solamente con la acción directa de los individuos ante una instancia internacional se logrará una protección *eficaz* de los derechos humanos, de conformidad con “el espíritu del nuevo orden internacional” (pp. 51-53, 61). Hay que establecer “ciertos límites” a la autoridad del Estado –concluyó–, el cual no es un fin en sí mismo, sino más bien un medio para la “satisfacción de las necesidades humanas” (pp. 62 y 66).

El carácter exclusivamente interestatal del contencioso ante la CIJ no se ha mostrado satisfactorio. Al menos en algunos casos, relativos a la condición de individuos, la presencia de estos últimos (o de sus representantes legales), para presentar, ellos mismos, sus posiciones, hubiera enriquecido el procedimiento y facilitado la labor de la Corte. Recuérdense como ejemplos a ese respecto el caso clásico Nottebohm sobre doble nacionalidad (Liechtenstein c. Guatemala, 1955), y el caso relativo a la Aplicación de la Convención de 1902 sobre la Guarda de Menores (Holanda c. Suecia, 1958), y, más recientemente, los casos del Juicio de los Prisioneros de Guerra Paquistaníes (Paquistán c. India, 1973), de los Rehenes (personal diplomático y consular de Estados Unidos) en Teherán (Estados Unidos c. Irán, 1980), de Timor-Oriental (Portugal c. Australia, 1995), de la Aplicación de la Convención contra el Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia, 1996), o aun los casos Breard (Paraguay c. Estados Unidos, 1998) y LaGrand (Alemania c. Estados Unidos, 1999). En todos estos casos, no hay cómo dejar de reconocer que el elemento predominante es precisamente la situación concreta de seres humanos, y no meras cuestiones abstractas de interés exclusivo de los Estados litigantes en sus relaciones *inter se*. La artificialidad del carácter exclusivamente interestatal del contencioso ante la CIJ es, pues, claramente revelada por la propia naturaleza de determinados casos sometidos a su consideración.

Tal artificialidad ha sido criticada en la bibliografía especializada, incluso recientemente por un ex presidente de la Corte de La Haya (Jennings, 1995: 504-505). Ya a finales de la década de los sesenta, uno de los mayores especialistas en la materia, S. Rosenne, advertía que “no hay nada inherente en el carácter de la propia Corte Internacional que justifique la exclusión completa de un individuo de comparecer ante la Corte en procedimientos judiciales de su interés directo” (Rosenne, 1967: 249, 242). La práctica actual de exclusión del *locus standi in judicio* de los individuos interesados ante la CIJ –agregó Rosenne–, además de artificial, en ciertos casos contenciosos “puede incluso producir resultados incongruentes”; se torna, pues, “altamente deseable” que tal esquema sea reconsiderado, a fin de permitir que los individuos interesados puedan comparecer ante la CIJ (*locus standi*) para presentar directamente a esta última sus argumentos en casos contenciosos (pp. 249, 243).

La solución adoptada por el Estatuto de la antigua CPJI, y fosilizada con el pasar del tiempo en el Estatuto de la CIJ hasta la fecha, es aún más criticable, si consideramos que ya en la primera mitad del siglo XX hubo experimentos de derecho internacional que efectivamente otorgaron capacidad procesal internacional a los individuos. Lo ejemplifican el sistema de navegación del río Reno, el Proyecto de una Corte Internacional de Presas (1907), la Corte Centroamericana de Justicia (1907-1917), así como, en la era de la Sociedad de las Naciones, los sistemas de las minorías (inclusive la Alta-Silesia) y de los territorios bajo mandato, los sistemas de peticiones de las Islas Aaland y del Sarre y de Danzig, además de la práctica de los tribunales arbitrales mixtos y de las comisiones mixtas de reclamaciones, de la misma época.²⁵

Esta evolución se desencadenó en la era de las Naciones Unidas, con la adopción del sistema de peticiones individuales bajo algunos de los tratados de derechos humanos contemporáneos de carácter universal, y sobre todo en el plano regional, bajo las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos, que establecieron tribunales internacionales (las Cortes Europea e Interamericana, respectivamente) de derechos humanos. La importante cuestión de la capacidad procesal de los individuos bajo estas dos Convenciones regionales tiene incidencia directa, en última instancia, en el acceso del individuo a la justicia en el plano internacional. Es, pues, de todo necesario, aún en nuestros días, tener una clara comprensión de la naturaleza jurídica y el alcance del derecho de petición individual bajo los referidos tratados

²⁵ Para un estudio, cfr., por ejemplo, A. A. Cançado Trindade (1977: 373-392), Carl A. Norgaard (1962: 109-128), Marc St. Korowicz (1946: 81-174), entre otros.

de derechos humanos. Al examen detallado de este punto, en perspectiva histórica, pasamos en seguida.

Consagración, naturaleza jurídica y alcance del derecho de petición individual

Ya en los primordios del ejercicio del derecho de petición individual se enfatizó que, aunque motivado por la búsqueda de la reparación individual, dicho derecho de petición contribuye también a asegurar el respeto por las obligaciones de carácter objetivo que vinculan los Estados Partes.²⁶ En varios casos el ejercicio del derecho de petición ha ido más allá, ocasionando cambios en el ordenamiento jurídico interno y en la práctica de los órganos públicos del Estado.²⁷ La significación del derecho de petición individual sólo puede ser apropiadamente evaluada en perspectiva histórica.

En efecto, revela la *historia juris* de algunos países que el antiguo derecho de petición (*right to petition*), en el plano interno, a las autoridades centrales, como manifestación de la libertad de expresión, se desarrolló gradualmente en un recurso legal accionable ante los tribunales para la reparación de daños (Humphrey, 1971: 463). Sólo en una

²⁶ Por ejemplo, bajo el artículo 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos, cfr. H. Rolin (1956: 3-14, esp. 9), C. Th. Eustathiades (1957: 121), F. Durante (1958: 125-152, esp. 129-130), K. Vasak (1964: 96-98), M. Virally (1964: 67-89), H. Mosler (1964: 818-819), F. Matscher (1984: 601-620).

²⁷ Hay que tener siempre presente que, distintamente de las cuestiones regidas por el derecho internacional público, en su mayor parte planteadas horizontalmente sobre todo en el plano interestatal, las cuestiones relativas a los derechos humanos se sitúan verticalmente en el plano intraestatal, en la contraposición entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por consiguiente, pretender que los órganos de protección internacional no puedan verificar la compatibilidad de las normas y prácticas del derecho interno, y sus omisiones, con la normativa internacional de protección, sería un contrasentido. También aquí se evidencia la especificidad del derecho internacional de los derechos humanos. El hecho de que este último vaya más allá que el derecho internacional público en materia de protección, al abarcar el tratamiento dispensado por los Estados a los seres humanos bajo sus jurisdicciones, no significa que una interpretación conservadora deba por eso imponerse; todo lo contrario, se impone una interpretación en conformidad con el carácter innovador –en relación con dogmas del pasado, como el de la “competencia nacional exclusiva” o dominio reservado de los Estados, como emanación de la soberanía estatal –, de la normativa internacional de protección de los derechos humanos. Con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, es el propio derecho internacional público que se enriquece, en la afirmación de cánones y principios propios al presente dominio de protección, asentados en premisas fundamentalmente distintas de las que han nortado sus postulados en el plano de las relaciones puramente interestatales. El derecho internacional de los derechos humanos viene, así, a afirmar la aptitud del derecho internacional público para asegurar, en el presente contexto, el cumplimiento de las obligaciones internacionales de protección de los Estados vis-à-vis todos los seres humanos bajo sus jurisdicciones.

época más reciente el derecho de petición (*right of petition*, no más *right to petition*) vino a formarse en el seno de organizaciones internacionales. Surgieron las primeras distinciones clásicas, como la elaborada por Feinberg (1932: 576-639) y endosada por Drost (1965: 67-65, 91-96, 101), entre *pétition plainte*, basada en una violación de un derecho privado individual (v. g., un derecho civil) y en búsqueda de reparación por parte de las autoridades, y *pétition voeu*, atinente a los intereses generales de un grupo (v. g., un derecho político) y en búsqueda de medidas públicas por parte de las autoridades.

La *pétition voeu* evolucionó a lo que se pasó a denominar de “comunicación”; ejemplos, a su vez, de *pétitions plaintes*—o “peticiones” *stricto sensu*—se encuentran, por ejemplo, en los sistemas de minorías y mandatos bajo la Sociedad de las Naciones, y en el sistema de tutela bajo las Naciones Unidas.²⁸ Fueron éstos algunos de los primeros sistemas internacionales en otorgar capacidad procesal directamente a los individuos y grupos privados.²⁹ Tales antecedentes, a lo largo de la primera mitad del siglo XX, abrieron camino para el desarrollo, en el seno de las Naciones Unidas y bajo los tratados de derechos humanos en los planos global y regional, de los mecanismos contemporáneos de peticiones o comunicaciones relativas a violaciones de derechos humanos.³⁰

Con la consolidación de estos mecanismos, concediendo acceso directo a los individuos a las instancias internacionales, se tornaba patente el reconocimiento, también en el plano procesal, de que los derechos humanos, inherentes a la persona humana, son anteriores y superiores al Estado y a toda otra forma de organización política, y se emancipaba el ser humano del yugo estatal, siempre y cuando se mostrase éste arbitrario. Recuperaba el individuo su presencia en el plano internacional para la vindicación de sus derechos, presencia ésta que le fuera negada en el proceso histórico de formación del Estado moderno pero que se manifestara en la preocupación inmediata por el ser huma-

²⁸ Cfr., por ejemplo, J. Stone (1931: 76-94), M. Sibert (1933: 257-272), Jean Beauté (1962: 1-256), A.A. Cançado Trindade (1977: 373-392).

²⁹ A ellos cabe agregar los otros sistemas, anteriormente mencionados, de peticiones (como los de Alta-Silesia, de las Islas Aaland, del Sarre y de Danzig), el sistema de navegación del río Reno, la experiencia de la Corte Centroamericana de Justicia (1907-1917), la jurisprudencia de los tribunales arbitrales mixtos y de las comisiones mixtas de reclamaciones, además del Tribunal Internacional de Presas propuesto en la II Conferencia de Paz de la Haya de 1907 (cfr. supra). Para un estudio, cfr. C. A. Norgaard (1946: 99-172) y, anteriormente, J.-C. Witenberg (1932: 5-135), C. Th. Eustathiades (1953: 401-614).

³⁰ Véanse al respecto M. E. Tardu (1979-1985), Tom Zwart (1994: 1-237). Sobre la importancia del derecho de petición en general, cfr. N. Valticos (1994: 277-297).

no en los manuscritos originales de los llamados fundadores del derecho internacional (el derecho *de gentes*).

Esta transformación, propia de nuestro tiempo, corresponde al reconocimiento de la necesidad de que todos los Estados, para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, respondan por la manera como tratan a todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción. Esta prestación de cuentas simplemente no hubiera sido posible sin la consagración del derecho de petición individual, en medio del reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones de protección y de la aceptación de la garantía colectiva de cumplimiento de las mismas. Es éste el real sentido del *rescate histórico* del individuo como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos.

Aún así, en el plano global, fue necesario esperar hasta la primera mitad de los años setenta para que se concretizase el derecho de petición, en los mecanismos tanto convencionales (tratados y convenciones de derechos humanos) como extraconvencionales (establecidos por resoluciones) en el ámbito de las Naciones Unidas. Paralelamente, en el plano regional europeo, el derecho de petición individual, juntamente con la noción de garantía colectiva, pasaron a constituir dos de los trazos más sobresalientes del nuevo sistema de protección inaugurado por la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, y, *a fortiori*, de todo el derecho internacional de los derechos humanos.

Hace poco más de tres décadas, con ocasión del vigésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, René Cassin, quien participara del proceso preparatorio de su elaboración,³¹ ponderaba que:

(...) si todavía subsisten en la tierra grandes zonas donde millones de hombres o mujeres, resignados a su destino, no osan proferir la menor reclamación o ni siquiera concebir que un recurso cualquier sea posible, estos territorios disminuyen cada día. La toma de conciencia de que una emancipación es posible, se torna cada vez más general. (...) Las Convenciones y Pactos [de derechos humanos] en su mayoría, (...) incitan los Estados Partes a crear en ellos las instancias de recursos y prevén ciertas medidas de protección o de control internacional. (...) El hecho de que la resignación sin esperanza, de que el muro del silencio y de que la ausencia de todo recurso estén en vías de reducción o de desaparición, abre a la humanidad en marcha perspectivas alentadoras (...) (Cassin, 1967: 9-10).

La apreciación del derecho de petición individual como método de implementación internacional de los derechos humanos tiene nece-

³¹ Como rapporteur del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, encargado de preparar el proyecto de la Declaración (mayo de 1947 a junio de 1948).

sariamente que tomar en cuenta el punto básico de la *legitimatío ad causam* de los peticionarios, y de las condiciones del uso y de la admisibilidad de las peticiones (consignadas en los distintos instrumentos de derechos humanos que las prevén). A ese respecto, los tratados de derechos humanos que prevén el derecho de petición individual³² en su mayoría condicionan el ejercicio de este derecho a que el autor de la denuncia o comunicación sea –o se pretenda– *víctima* de violación de los derechos humanos (v. g., Convención Europea de Derechos Humanos, art. 25; [primer] Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 2; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. XIV (1) y (2); Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, art. 22).

La noción de víctima ha experimentado una considerable expansión a través de la construcción jurisprudencial de los órganos de supervisión internacionales, al pasar a abarcar víctimas directas e indirectas, así como víctimas “potenciales”, es decir, las que sostienen un interés personal potencial reconocidamente válido en la vindicación de sus derechos.³³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 44) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (arts. 55-56) adoptan, sin embargo, sobre este particular, una solución más liberal, por cuanto no imponen a los peticionarios el requisito de la condición de víctima.

De todos modos, las soluciones dadas por los tratados e instrumentos de derechos humanos al *jus standi* del demandante (con matices, a saber, supuesta víctima y “autor de la comunicación”, víctima “razonablemente presumida”, calificaciones especiales de los reclamantes, derecho de petición ampliamente atribuido), parecen vincularse a la naturaleza de los procedimientos en cuestión (derecho de petición o comunicación o representación [individual]) (Cançado, 1996b: 248-261). Diferencias en la naturaleza jurídica de estos procedimientos, sin embargo, significativamente no han impedido el desarrollo de una jurisprudencia, de los distintos órganos de supervisión internacionales, convergente en cuanto a una protección más eficaz a las supuestas víc-

³² En el plano global, el derecho de petición individual se encuentra previsto, por ejemplo, en el [primero] Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos (arts. 1-3 y 5), en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. XIV), en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (art. 22). En el plano regional, el derecho de petición individual se encuentra consagrado tanto en la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 25) como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 44), y en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (arts. 55-58).

³³ Para la evolución de la noción de “víctima” (incluso la potencial) en el derecho internacional de los derechos humanos véase A. A. Cançado Trindade (1996b: 243-299, esp. 262-283).

timas. Pasemos al examen de la materia bajo las dos Convenciones regionales que han establecido hasta la fecha tribunales internacionales de derechos humanos, en continua operación, a saber: las Convenciones Europea (1950) y Americana (1969) de Derechos Humanos.

El derecho de petición individual bajo las convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos

a) *Convención Europea sobre Derechos Humanos*

Bajo la Convención Europea se ha desarrollado una vasta jurisprudencia sobre el derecho de petición individual. Si bien es cierto que el artículo 25 de la Convención Europea fue originalmente concebido como una cláusula facultativa, hoy día, sin embargo, ésta es aceptada por todos los Estados Partes en la Convención, enmendada por el Protocolo 11 a la Convención, vigente a partir del 1 de noviembre de 1998: el derecho de petición ante la nueva Corte Europea (como órgano jurisdiccional único bajo la Convención modificada) es mandatorio (como lo ha sido bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde su adopción en 1969). Dos breves observaciones nos parecen aquí necesarias.

En primer lugar, hace casi medio siglo, aun al concebir el artículo 25 originalmente como una cláusula facultativa, los redactores de la Convención Europea se cuidaron de determinar, en el primer párrafo *in fine* de la cláusula, la obligación de los Estados Partes que la aceptaron de no interponer cualquier impedimento u obstáculo al ejercicio del derecho de petición individual. En el caso Cruz Varas y Otros c. Suecia (1990-1991), la Corte Europea y, en escala más amplia, la Comisión Europea, reconocieron el derecho de naturaleza procesal que el artículo 25(1) confiere a los individuos demandantes, en virtud del cual estos últimos podían recurrir libremente a la antigua Comisión, sin que el Estado Parte en cuestión impidiera o dificultara su iniciativa.³⁴

³⁴ Cfr. sentencia del 20 de marzo de 1991, de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Cruz Varas y Otros c. Suecia, Fondo, Serie A, vol. 201, pp. 33-34 y 36, párrs. 92-93 y 99, con la Opinión, del 7 de junio de 1990, de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el mismo caso, pp. 50-52, párrs. 118, 122 y 125-126. La Comisión fue más allá que la Corte al argumentar, además, que al dejar de cumplir con una solicitud de no deportar al individuo demandante (H. Cruz Varas, chileno), Suecia violó la obligación consagrada en el artículo 25 *in fine* de la Convención Europea de no impedir la eficacia del derecho de petición individual; la Corte Europea, en decisión adoptada por 10 votos a 9, no estuvo de acuerdo con la Comisión –de forma menos persuasiva que esta última– sobre este punto en particular. Sobre el deber de los Estados Partes de no dificultar el ejercicio del derecho de petición individual (art. 25 *in fine* de la Convención), cfr. A. Debricon (1998: 237-242).

El derecho de petición individual disfruta, pues, de *autonomía*, a diferencia de los derechos sustantivos enumerados en el título I de la Convención Europea. Cualquier obstáculo interpuesto por el Estado Parte en cuestión a su libre ejercicio acarrearía, así, una violación *adicional* de la Convención, paralelamente a otras violaciones que se comprueben de los derechos sustantivos en ésta consagrados. Su autonomía en nada se vio afectada por el hecho de haber sido originalmente previsto en una cláusula facultativa de la Convención (art. 25).

En segundo lugar, y reforzando este punto, tanto la antigua Comisión como la Corte Europeas de Derechos Humanos entendieron que el propio concepto de *víctima* (a la luz del art. 25 de la Convención) debe ser interpretado *autónomamente* bajo la Convención. Este entendimiento se encuentra hoy sólidamente respaldado por la *jurisprudence constante* bajo la Convención. Así, en varias decisiones en los últimos años, la Comisión Europea consistente e invariablemente advirtió que el concepto de “víctima” utilizado en el artículo 25 de la Convención debe ser interpretado *de forma autónoma e independientemente de conceptos de derecho interno* tales como los de interés o calidad para interponer una acción judicial o participar en un proceso legal.³⁵

La Corte Europea, a su vez, en el caso Norris c. Irlanda (1988), ponderó que las condiciones que rigen las peticiones individuales bajo el artículo 25 de la Convención “no coinciden necesariamente con los criterios nacionales relativos al *locus standi*”, que pueden incluso servir a propósitos distintos de los contemplados en el mencionado artículo 25.³⁶ Resulta, pues, clarísima la autonomía del derecho de petición individual en el plano internacional *vis-à-vis* disposiciones del derecho in-

³⁵ Cfr. en ese sentido: Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH), caso Scientology Kirche Deutschland e.V. c. Alemania (appl. n. 34614/96), decisión del 07.04.1997, 89 Decisions and Reports (1997) p. 170; ComEDH, caso Zentralrat Deutscher Sinti und Roma y R. Rose c. Alemania (appl. n. 35208/97), decisión del 27.05.1997, p. 4 (no publicada); ComEDH, caso Federación Griega de Funcionarios de Aduana, N. Gialouris, G. Christopoulos y 3333 Otros Funcionarios de Aduana c. Grecia (appl. n. 24581/94), decisión del 06.04.1995, 81-B Decisions and Reports (1995) p. 127; ComEDH, caso N.N. Taura y 18 Otros c. Francia (appl. n. 28204/95), decisión del 04.12.1995, 83. A Decisions and Reports (1995) p. 130 (peticiones contra los ensayos nucleares franceses en el atolón de Mururoa y en el de Fangataufa, en la Polinesia francesa); ComEDH, caso K. Sygounis, I. Kotsis y Sindicato de Policiales c. Grecia (appl. n. 18598/91), decisión del 18.05.1994, 78 Decisions and Reports (1994) p. 77; ComEDH, caso Asociación de Aviadores de la República, J. Mata el Al. C. España (appl. n.10733/84), decisión del 11.03.1985, 41 Decisions and Reports (1985) p. 222. Según esta misma jurisprudencia, para atender a la condición de “víctima” (bajo el art. 25 de la Convención) debe haber un “vínculo suficientemente directo” entre el individuo demandante y el daño alegado, resultante de la supuesta violación de la Convención.

³⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, caso Norris c. Irlanda, sentencia del 26 de octubre de 1988, Serie A, vol. 142, p. 15, párr. 31.

terno. Los elementos singularizados en esta jurisprudencia protectora se aplican igualmente bajo procedimientos de otros tratados de derechos humanos que requieren la condición de “víctima” para el ejercicio del derecho de petición individual (cf. *supra*).

Cada uno de estos procedimientos, a pesar de diferencias en su naturaleza jurídica, ha contribuido, a su modo, al gradual fortalecimiento de la capacidad procesal del demandante en el plano internacional. En reconocimiento expreso de la relevancia del derecho de petición individual, la Declaración y Programa de Acción de Viena, principal documento adoptado por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), instó a su adopción, como método adicional de protección, mediante Protocolos Facultativos a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁷ El referido documento recomendó, además, a los Estados Partes en los tratados de derechos humanos, la aceptación de todos los procedimientos facultativos disponibles de peticiones o comunicaciones individuales.³⁸

En lo que concierne a la Convención Europea, recuérdese que, en el caso *Loizidou c. Turquía* (sentencia sobre excepciones preliminares del 23 de marzo de 1995), la Corte Europea de Derechos Humanos descartó la posibilidad de restricciones –por las declaraciones turcas– en relación con las disposiciones-clave del artículo 25 (derecho de petición individual), y del artículo 46 (aceptación de su jurisdicción en materia contenciosa) de la Convención Europea. Sostener otra posición, agregó, “no sólo debilitaría seriamente la función de la Comisión y de la Corte en el desempeño de sus atribuciones sino también disminuiría la eficacia de la Convención como un instrumento constitucional del orden público (*ordre public*) europeo” (párr. 75).

Cabe también tener presente que la Corte Europea, en su sentencia del 9 de diciembre de 1994, en el caso de los Santos Monasterios c. Grecia, decidió rechazar un intento de imponer restricciones (otras que la de la condición de “víctima”) a la organización no gubernamental en cuestión. En el *cas d’espèce*, el Estado demandado argumentó que, dados los vínculos que el propio mantenía con la Iglesia Ortodoxa Griega, y la “influencia considerable” de esta última en las actividades estatales y en la administración pública, los Monasterios demandantes no eran organizaciones no gubernamentales en el sentido del artículo 25

³⁷ Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, parte II, párrs. 40 y 75, respectivamente. La elaboración de ambos Proyectos se encuentra virtualmente concluida, en lo esencial, aguardando ahora la aprobación por parte de los Estados.

³⁸ Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, parte II, párr. 90.

de la Convención Europea (párr. 48). La Corte rechazó este argumento, al encontrar que los referidos Monasterios no ejercían poderes gubernamentales. Su clasificación como entidades de derecho público tenía por objeto solamente extenderles protección jurídica *vis-à-vis* terceros. Al situarse los Santos Monasterios bajo la “supervisión espiritual” del arzobispo local, y no bajo la supervisión del Estado, se distinguían de este último, del cual eran “completamente independientes”. Por consiguiente –concluyó la Corte Europea–, los Monasterios demandantes eran organizaciones no gubernamentales en el sentido del artículo 25 de la Convención Europea (párr. 49). Pasemos ahora a la otra Convención regional, en el continente americano.

b) Convención Americana sobre Derechos Humanos

En nuestro entendimiento, no se puede analizar el artículo 44 de la Convención Americana, que consagra el derecho de petición individual, como si fuera una disposición como cualquier otra de la Convención, como si no estuviera relacionada con la obligación de los Estados Partes de no crear obstáculos o dificultades para el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual, o como si fuera de igual jerarquía que otras disposiciones procedimentales. En efecto, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el derecho de petición individual se ha constituido en un medio eficaz de enfrentar casos no sólo individuales sino también de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos,³⁹ aún antes de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (v. g., en la práctica inicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Su importancia ha sido fundamental, y no podría jamás ser minimizada. La consagración del derecho de petición individual bajo el artículo 44 de la Convención Americana se revistió de significación especial. No sólo fue su importancia para el mecanismo de la Convención como un todo, debidamente enfatizada en los *travaux préparatoires* de aquella disposición de la Convención,⁴⁰ sino que también representó un

³⁹ Lamentamos, pues, no poder compartir la insinuación presente en parte de la bibliografía especializada europea contemporánea sobre la materia en el sentido de que el derecho de petición individual tal vez no sea eficaz en lo referente a violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos. La experiencia acumulada de este lado del Atlántico, en el sistema interamericano de protección, apunta exactamente en el sentido contrario, y gracias al derecho de petición individual muchas vidas fueron salvadas y se logró realizar la justicia en casos concretos en medio de situaciones generalizadas de violaciones de derechos humanos. Cfr. R. Müllerson (1993, 25-43, esp. 32).

⁴⁰ Cfr. OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos - Actas y Documentos, San José de Costa Rica, 07-22 de noviembre de 1969, doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1978, pp. 43, 47 y 373.

avance en relación con lo que, hasta la adopción del Pacto de San José en 1969, se había logrado al respecto, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

La otra Convención regional de derechos humanos entonces en vigor, la Convención Europea, sólo aceptará el derecho de petición individual originalmente consagrado en una cláusula facultativa (el art. 25 de la Convención), condicionando la *legitimatío ad causam* a la demostración de la condición de *víctima* por el demandante individual, lo que a su vez propició un notable desarrollo jurisprudencial de la noción de “víctima” bajo la Convención Europea (supra). La Convención Americana, de forma distinta, tornó el derecho de petición individual (art. 44 de la Convención) mandatorio, de aceptación automática por los Estados ratificantes, abriéndolo a “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no-gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización” de los Estados Americanos (OEA), lo que revela la importancia capital atribuida al mismo.⁴¹

Fue éste, reconocidamente, uno de los grandes avances logrados por la Convención Americana, en los planos tanto conceptual y normativo, como operativo. No se justificaría, pues, que transcurridos veinte años de operación de nuestra Convención regional,⁴² se admitiera circundar de restricciones el amplio alcance de la *legitimatío ad causam*, por parte cualquier persona, bajo el artículo 44 de la Convención Americana. Cabe extraer las consecuencias del amplio alcance del artículo 44 de la Convención en lo que se refiere a la condición de los individuos peticionarios.⁴³

Además, en la misma línea de pensamiento, el artículo 1(1) de la Convención Americana consagra la obligación general de los Estados Partes de respetar los derechos en ella consagrados, y asegurar su libre

⁴¹ La otra modalidad de petición, la interestatal, sólo fue consagrada en base facultativa (art. 45 de la Convención Americana, al contrario del esquema de la Convención Europea, art. 24, en ese particular), lo que realza la relevancia atribuida al derecho de petición individual. Este punto no pasó desapercibido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su segunda Opinión Consultiva, sobre el “Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (del 24 de septiembre de 1982), invocó esta particularidad como ilustrativa de la “gran importancia” atribuida por la Convención Americana a las obligaciones de los Estados Partes vis-à-vis los individuos, por éstos exigibles sin la intermediación de otro Estado (párr. 32).

⁴² A partir de su entrada en vigor, el 18 de julio de 1978.

⁴³ Cfr., en ese sentido, el voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade, en el caso El Amparo (Resolución sobre interpretación de sentencia, del 16 de abril de 1997), párr. 29, núm. 12, reproducido en OEA, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997, p. 142.

y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción (sea ella nacional, extranjera, refugiada o apátrida, indistintamente, de manera independiente de su estatuto jurídico en el derecho interno).

Hay que tener siempre presente la autonomía del derecho de petición individual *vis-à-vis* el derecho interno de los Estados. Su relevancia no puede ser minimizada, por cuanto puede ocurrir que, en un determinado ordenamiento jurídico interno, un individuo se vea imposibilitado, por las circunstancias de una situación jurídica, para tomar providencias judiciales por sí mismo. Lo cual no significa que estaría privado de hacerlo en el ejercicio del derecho de petición individual bajo la Convención Americana, u otro tratado de derechos humanos.

Pero la Convención Americana va más allá: la *legitimatío ad causam*, que se extiende a todo y cualquier peticionario, puede prescindir, incluso, de alguna manifestación por parte de la propia víctima. El derecho de petición individual, así ampliamente concebido, tiene como efecto inmediato ampliar el alcance de la protección, sobre todo en casos en que las víctimas (v.g., detenidos incomunicados, desaparecidos, entre otras situaciones) se vean imposibilitadas de actuar por cuenta propia, y necesitan de la iniciativa de un tercero como peticionario en su defensa.

Uno de los trazos sobresalientes de la emancipación del ser humano, *vis-à-vis* su propio Estado, como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos, reside precisamente en la *desnacionalización* de la protección en el presente contexto. La nacionalidad desaparece como *vinculum juris* para el ejercicio de la protección (a diferencia de la protección diplomática discrecional en el contencioso interestatal, basada en premisas fundamentalmente distintas), bastando que el individuo demandante –independientemente de nacionalidad o domicilio– se encuentre (aunque temporalmente) bajo la jurisdicción de uno de los Estados Partes en el tratado de derechos humanos en cuestión.

Sería inconsistente con esta nueva concepción de protección que se buscase, por ejemplo, condicionar la *legitimatío ad causam* de una entidad no gubernamental peticionaria bajo la Convención Americana a los requisitos legales de un determinado ordenamiento jurídico interno; en nada sorprende, pues, que sea suficiente (bajo la referida Convención) que esté tal entidad legalmente reconocida en *cualquier* de los Estados miembros de la Organización regional (OEA). La Convención Americana no exige un determinado estatuto jurídico de tal entidad, ni impone cualesquiera requisitos formales; lo único que requiere es que la entidad en cuestión esté “legalmente reconocida en uno o más Estados miembros” de la OEA.

Circunscribir tal requisito al derecho interno de un determinado Estado –como, v. g., el del demandado– iría en contra de la letra y del espíritu de la Convención Americana. No hay, pues, que intentar dar a ese requisito una dimensión que él no tiene, pues, en última instancia, el derecho de petición individual bajo la Convención Americana –como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia sobre excepciones preliminares en el caso Castillo Petruzzi c. Perú, del 4 de septiembre de 1998–, se encuentra abierto ampliamente a *cualquier persona o grupo de personas*. No se cuestiona la facultad del Estado demandado de buscar determinar el reconocimiento legal de una entidad no gubernamental peticionaria, bajo el artículo 44 de la Convención, desde que con eso no se pretenda subordinarla a disposiciones pertinentes de su propio ordenamiento jurídico interno.

A ejemplo del propio derecho de petición individual *per se* bajo la Convención Americana (y demás tratados de derechos humanos) en general, también ese requisito de legalidad de una entidad no gubernamental en particular se encuentra *desnacionalizado*.⁴⁴ La protección de los derechos humanos accionada por el ejercicio del derecho de petición individual se efectúa a la luz de la noción de *garantía colectiva*, subyacente a la Convención Americana (así como a los demás tratados de derechos humanos). Es en ese contexto que se ha de apreciar el amplio alcance de la *legitimatio ad causam* bajo el artículo 44 de la Convención Americana.

La desnacionalización de la protección y de los requisitos de la acción internacional de salvaguardia de los derechos humanos, además de ampliar sensiblemente el círculo de personas protegidas, permitió a los individuos ejercer derechos emanados directamente del derecho internacional (derecho de *gentes*), implementados a la luz de la referida noción de garantía colectiva, y no más simplemente “concedidos” por el Estado. Con el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, mediante el ejercicio del derecho de petición individual, se dio finalmente expresión concreta al reconocimiento de que los derechos

⁴⁴ Bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, el requisito de reconocimiento legal de una entidad no gubernamental peticionaria (bajo el art. 25) ni siquiera existe. La práctica de la Comisión Europea de Derechos Humanos endosa la interpretación de que la referencia del artículo 25 de la Convención a “organización no gubernamental” tout court, sin condicionantes o calificativos, tuvo como propósito impedir la exclusión de cualesquiera personas, otras que las personas físicas, habilitadas para recurrir a la Comisión Europea; cfr. Les droits de l’homme et les personnes morales (Colloque de Louvain de 1969), Bruselas, Bruylant, 1970, p. 20 (intervención de H. Golsong); y cfr. Actes du Cinquième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l’Homme (Colloque de Francfort de 1980), Paris, Pédone, 1982, pp. 35-78 (informe de H. Delvaux).

humanos susceptibles de ser protegidos son inherentes a la persona humana y no derivan del Estado. Por consiguiente, la acción de su protección no se agota –no puede agotarse– en la acción del Estado.

De todos los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos, el derecho de petición individual es el más dinámico, al incluso atribuir la iniciativa de acción al propio individuo (la parte ostensiblemente más débil *vis-à-vis* el poder público), distintamente del ejercicio *ex officio* de otros métodos (como los de investigaciones e informes) por parte de los órganos de supervisión internacional. Es el que mejor refleja la especificidad del derecho internacional de los derechos humanos, en comparación con otras soluciones propias del derecho internacional público (como se puede desprender de la sentencia de 1995 de la Corte Europea de Derechos Humanos en el importante caso *Loizidou c. Turquía* (supra), que ciertamente se tornará *locus classicus* sobre la materia).

El derecho de petición individual *de lege ferenda*: del *locus standi* al *jus standi* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Una cuestión central en el debate corriente sobre los rumbos del sistema interamericano de derechos humanos es la de la condición de las partes en casos de derechos humanos bajo la Convención Americana, y en particular, de la representación legal o *locus standi in judicio* de las víctimas (o sus representantes legales) directamente ante la Corte Interamericana, en casos que ya le hayan sido enviados por la Comisión.⁴⁵ Es cierto que la Convención Americana determina que sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a “someter un caso” a la decisión de la Corte (art. 61(1)); pero la Convención, por ejemplo, al disponer sobre reparaciones, también se refiere a “la parte lesionada” (art. 63(1)), v. g., las víctimas y no la Comisión. En efecto, reconocer el *locus standi in judicio* de las víctimas (o sus representantes) ante la Corte (en casos ya sometidos a ésta por la Comisión) contribuye a la “jurisdiccionalización” del mecanismo de protección (en la cual debe recaer todo énfasis), poniendo fin a la ambigüedad del rol de la Comisión, la cual no es rigurosamente “parte” en el proceso, sino más bien guardián de la aplicación correcta de la Convención.

En este umbral del siglo XXI, se encuentran superadas las razones históricas que llevaron a la denegación de dicho *locus standi* de las víctimas; en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos, la propia práctica cuidó de revelar las insuficiencias, deficiencia y distorsiones del mecanismo paternalista de la intermediación de la

⁴⁵ Para un estudio general, véanse C. Grossman (1996: 335-373); J. E. Méndez (1994: 321-332); A. A. Cançado Trindade (1996a: 47-95, esp. 81-89; 1998: 131-151).

Comisión entre el individuo y la Corte. Tal mecanismo se debió a las resistencias –propias de otra época y bajo el espectro de la soberanía estatal–, al establecimiento de una nueva jurisdicción internacional para la salvaguardia de los derechos humanos; por la intermediación de las Comisiones (Europea e Interamericana) se buscó evitar el acceso directo del individuo a los dos tribunales regionales de derechos humanos (las Cortes Europea e Interamericana).

Ya en el examen de sus primeros casos contenciosos, tanto la Corte Europea como la Corte Interamericana se manifestaron contra la artificialidad de este esquema. Recuérdese que, muy temprano, ya desde el caso *Lawless c. Irlanda* (1960), la Corte Europea pasó a recibir, por medio de los delegados de la Comisión, alegaciones escritas de los propios demandantes, que frecuentemente se mostraban bastante críticas en cuanto a la Comisión. Esto se encaró con cierta naturalidad, pues los argumentos de las supuestas víctimas no tenían que coincidir enteramente con los de los delegados de la Comisión. Una década después, durante el procedimiento en los casos *Vagrancy*, relativos a Bélgica (1970), la Corte Europea aceptó la solicitud de la Comisión de dar la palabra a un abogado de los tres demandantes; al tomar la palabra, dicho abogado criticó, en un punto, la opinión expresada por la Comisión en su informe (Eissen, 1985: 32-33).

Los desarrollos subsiguientes son conocidos: la concesión de *locus standi* a los representantes legales de los individuos demandantes ante la Corte (vía la reforma del reglamento de 1982, en vigor a partir del 1 de enero de 1983) en casos instados ante ésta por la Comisión o los Estados Partes,⁴⁶ seguida de la adopción y entrada en vigor del célebre Protocolo 9 de 1990 a la Convención Europea. Como bien señala el *Informe Explicativo* del Consejo de Europa sobre la materia, el Protocolo 9 concedió “un tipo de *locus standi*” a los individuos ante la Corte, sin duda un avance, pero que todavía no les aseguraba la “*equality of arms/égalité des armes*” con los Estados demandados y el beneficio pleno de la utilización del mecanismo de la Convención Europea para la vindicación de sus derechos⁴⁷ (cf. infra).

De todos modos, las relaciones de la Corte Europea con los individuos demandantes pasaron a ser, pues, directas, sin contar necesariamente con la intermediación de los delegados de la Comisión. Esto

⁴⁶ Para un estudio detallado, cfr. P. Mahoney (1983: 127-167).

⁴⁷ Council of Europe, Protocol num. 9 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - Explanatory Report, Strasbourg, CE, 1992, pp. 8-9, and cfr. pp. 3-18; para otros comentarios, cfr. J.-F. Flauss (1990: 507-519); G. Janssen-Pevtschin (1991: 199-202); M. de Salvia (1990: 474-482).

obedece a una cierta lógica, por cuanto los roles de los demandantes y de la Comisión son distintos; como la Corte Europea señaló ya en su primer caso (Lawless), la Comisión se configura antes como un órgano auxiliar de la Corte. Han sido frecuentes los casos de opiniones divergentes entre los delegados de la Comisión y los representantes de las víctimas en las audiencias ante la Corte, y se ha considerado esto como normal y hasta inevitable. Un relato del *ex-greffier* de la Corte Europea, ya fallecido, señala que los gobiernos se han “acomodado” a la práctica de los delegados de la Comisión de recurrir “casi siempre” a la asistencia de un representante de las víctimas; los gobiernos han dejado de plantear objeciones a esto, manifestando a veces su acuerdo, “encontrándolo o simulando encontrarlo normal” (Eissen, 1985: 34).

No puede pasar desapercibido que toda esta evolución se ha desencadenado, en el sistema europeo, gradualmente, mediante la reforma del Reglamento de la Corte y la adopción y entrada en vigor del Protocolo 9. La Corte Europea ha determinado el alcance de sus propios poderes mediante la reforma de su *interna corporis*, afectando incluso la propia condición de las partes en el procedimiento ante ella.⁴⁸ Algunos casos ya han sido resueltos bajo el Protocolo 9, en relación con los Estados Partes en la Convención Europea que han ratificado también este último. De ahí la coexistencia, que hubo por algún tiempo, de los Reglamentos A y B de la Corte Europea.⁴⁹

Con la entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1998, del Protocolo 11 (de 1994, sobre la reforma del mecanismo de la Convención Europea y el establecimiento de una nueva Corte Europea como único órgano jurisdiccional de supervisión de la Convención Europea) a la Convención Europea, el Protocolo 9 se tornó anacrónico, de interés solamente histórico en el marco del sistema europeo de protección. El inicio de la vigencia de este Protocolo,⁵⁰ el 1 de noviembre de 1998, representó un

⁴⁸ Esto contrasta con la técnica legislativa seguida hasta la fecha por los Estados Partes en relación, v. g., con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. De ahí las críticas crecientes al inmovilismo de ésta (en cuanto al locus standi de las Partes, limitado a los Estados en el ejercicio de la competencia contenciosa), prisionera de un Estatuto anacrónico que remonta a 1922, y por eso marginalizada de las principales tendencias del derecho internacional contemporáneo. Esto contrasta con la capacidad de revitalización de la Corte Europea de Derechos Humanos (en lo que concierne al locus standi de las Partes), la cual, a nuestro juicio, debe, en este particular, servir de inspiración a la operación futura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁹ El Reglamento A aplicable a casos relativos a Estados Partes en la Convención Europea que no han ratificado el Protocolo 9, y el Reglamento B aplicable a casos referentes a Estados Partes en la Convención que han ratificado dicho Protocolo.

⁵⁰ Para el más completo estudio de este último hasta la fecha, cfr. A. Drzemczewski (1997: 121-244). Véanse también: S. Marcus Helmons (1994: 545-547); R. Bernhardt (1995: 145-154); J.-F.

hito altamente gratificante para todos los que actuamos en pro del fortalecimiento de la protección internacional de los derechos humanos. El individuo pasó así a tener, finalmente, *acceso directo* a un tribunal internacional (*jus standi*), como verdadero sujeto –y con plena capacidad jurídica– del derecho internacional de los derechos humanos. Superado así el Protocolo 9 para el sistema europeo de protección, sin embargo retiene su gran utilidad para la actual consideración de eventuales perfeccionamientos del mecanismo de protección del sistema interamericano de derechos humanos. Los sistemas regionales –todos enmarcados en la universalidad de los derechos humanos– viven momentos históricos distintos. En el sistema africano de protección, por ejemplo, sólo recientemente (septiembre de 1995) se concluyó la elaboración del Proyecto de Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.⁵¹ Y sólo un año antes, en septiembre de 1994, el Consejo de la Liga de los Estados Árabes, a su vez, adoptó la Carta Árabe de Derechos Humanos.⁵²

En lo que concierne a nuestro sistema interamericano de protección, en su seno tienen lugar hoy en día desarrollos similares a los del sistema europeo en la década de los ochenta, en la materia bajo examen. En el procedimiento ante la Corte Interamericana, por ejemplo, los representantes legales de las víctimas son integrados a la delegación de la Comisión con la designación eufemística de “asistentes” de la misma. Esta solución “pragmática” contó con el aval, con la mejor de las intenciones, de una reunión conjunta de la Comisión y la Corte interamericanas, realizada en Miami en enero de 1994. En lugar de resolver el problema, creó, sin embargo, ambigüedades que han persistido hasta hoy. Lo mismo ocurría en el sistema europeo de protección hasta 1982, cuando la ficción de los “asistentes” de la Comisión Europea fue finalmente superada por la reforma de aquel año del Reglamento de la Corte Europea (Mahoney y Prebenden, 1993: 630). Ha llegado el tiempo de superar tales ambigüedades también en nuestro sistema interamericano, dado que los roles de la Comisión (como guardián de la Conven-

Flauss (1994: 3-23); O. Jacot-Guillarmod (1995: 3-15); R. Ryssdal (1991: 5-20); J. A. Carrillo Salcedo (1992: 1319-1325); H. Golsong (1992: 265-269); K. de V. Mestdagh (1994: 337-360). Para una evaluación reciente de los primeros meses de aplicación del Protocolo 11, cfr. J.-F. Flauss (2000: 101-135); A. Drzemczewski (1999: 377-393).

⁵¹ Cfr. texto en: “Government Legal Experts Meeting on the Question of the Establishment of an African Court on Human and Peoples’ Rights”, *African Journal of International and Comparative Law*, núm. 8, Cape Town, South Africa (September 1995), 1996, pp. 493-500.

⁵² Cf. texto en: *Revue universelle des droits de l’homme*, núm. 7, 1995, pp. 212-214; y cfr. M. A. Al Midani (1997: 77-81).

ción asistiendo a la Corte) y de los individuos (como verdadera parte demandante) son claramente distintos.

La evolución en el sentido de la consagración final de estos roles distintos debe darse *pari passu* con la gradual jurisdiccionalización del mecanismo de protección. No hay cómo negar que la protección jurisdiccional es la forma más evolucionada de salvaguardia de los derechos humanos, y la que mejor atiende a los imperativos del derecho y de la justicia. El Reglamento anterior de la Corte Interamericana (de 1991) preveía, en términos oblicuos, una tímida participación de las víctimas o sus representantes en el procedimiento ante la Corte, sobre todo en la etapa de reparaciones y cuando eran invitados por ésta.⁵³

En los casos Godínez Cruz y Velásquez Rodríguez (reparaciones, 1989), relativos a Honduras, la Corte recibió escritos de los familiares y abogados de las víctimas, y tomó nota de los mismos.⁵⁴ Pero el paso realmente significativo fue dado más recientemente, en el caso El Amparo (reparaciones, 1996), relativo a Venezuela, verdadero “divisor de aguas” en esta materia: en la audiencia pública celebrada por la Corte Interamericana el 27 de enero de 1996, uno de sus magistrados, al manifestar expresamente su entendimiento de que al menos en aquella etapa del proceso no podía haber duda de que los representantes de las víctimas eran “la verdadera parte demandante ante la Corte”, en un determinado momento del interrogatorio pasó a dirigir preguntas a los representantes de las víctimas (y no a los delegados de la Comisión o a los agentes del gobierno), quienes presentaron sus respuestas.⁵⁵

Poco después de esta memorable audiencia en el caso *El Amparo*, los representantes de las víctimas presentaron dos escritos a la Corte (de fechas 13 y 29 de mayo de 1996). Paralelamente, en relación con el cumplimiento de interpretación de sentencia previa de indemnización compensatoria en los casos anteriores –Godínez Cruz y Velásquez Rodríguez–, los representantes de las víctimas presentaron igualmente dos escritos a la Corte (de fechas 29 de marzo y 2 de mayo de 1996). La Corte sólo determinó poner término al proceso de estos dos casos después de constatado el cumplimiento, por parte de Honduras, de las sen-

⁵³ Cfr. Reglamento anterior de la Corte Interamericana, 1991, artículos 44(2) y 22(2), y artículos 34(1) y 43(1) y (2).

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Godínez Cruz y Velásquez Rodríguez (indemnización compensatoria), sentencias del 21 de julio de 1989.

⁵⁵ Cfr. la intervención del juez A. A. Cançado Trindade, y las respuestas del Sr. Walter Márquez y de la Sra. Ligia Bolívar, como representantes de las víctimas, en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Transcripción de la audiencia pública celebrada en la sede de la Corte el día 27 de enero de 1996 sobre reparaciones - Caso El Amparo, pp. 72-76 (mecanografiado, circulación interna).

tencias de indemnización compensatoria y de interpretación de ésta, y después de haber tomado nota de los puntos de vista no sólo de la Comisión y del gobierno demandado, sino también de los peticionarios y los representantes legales de las familias de las víctimas.⁵⁶

El campo estaba abierto al cambio, en este particular, de las disposiciones pertinentes del Reglamento de la Corte, sobre todo a partir de los desarrollos en el procedimiento en el caso *El Amparo*. El próximo paso, decisivo, fue dado en el nuevo Reglamento de la Corte, adoptado el 16 de septiembre de 1996, y vigente a partir del 1 de enero de 1997, cuyo artículo 23 dispone que “en la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma”. Este paso significativo abre el camino para desarrollos subsiguientes en la misma dirección, o sea, a fin de asegurar que en el futuro previsible los individuos tengan *locus standi* en el procedimiento ante la Corte no sólo en la etapa de reparaciones sino también en la del fondo de los casos a ella enviados por la Comisión.

Son sólidos los argumentos que, a nuestro juicio, militan en favor del reconocimiento del *locus standi* de las presuntas víctimas en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión. En primer lugar, al reconocimiento de derechos en los planos tanto nacional como internacional, corresponde la capacidad procesal de vindicarlos o ejercerlos. La protección de derechos debe ser dotada del *locus standi in iudicio* de las presuntas víctimas (o sus representantes legales), lo que contribuye a la mejor instrucción en el proceso, y sin el cual estará este último desprovisto en parte del elemento del contradictorio (esencial en búsqueda de la verdad y la justicia), además de irremediablemente mitigado y en flagrante desequilibrio procesal.

Es de la propia esencia del contencioso internacional de derechos humanos el contradictorio entre las víctimas de violaciones y los Estados demandados. Dicho *locus standi* es la consecuencia lógica, en el plano procesal, de un sistema de protección que consagra derechos individuales en el plano internacional, por cuanto no es razonable concebir derechos sin la capacidad procesal de vindicarlos. Además, el derecho de libre expresión de las presuntas víctimas es elemento integrante del propio debido proceso legal, en los planos tanto nacional como internacional.

⁵⁶ Cfr. las dos resoluciones de la Corte, del 10 de septiembre de 1996, sobre los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, respectivamente, en: Corte IDH, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1996, pp. 207-213.

En segundo lugar, el derecho de acceso a la justicia internacional debe hacerse acompañar de la garantía de la igualdad procesal de las partes (*equality of arms/égalité des armes*), en el procedimiento ante el órgano judicial, elemento esencial a cualquier mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos, sin el cual estará el mecanismo en cuestión irremediablemente mitigado. En tercer lugar, en casos de comprobadas violaciones de derechos humanos, son las propias víctimas –la verdadera parte demandante ante la Corte– quienes reciben las reparaciones e indemnizaciones. Bajo la Convención Americana, los individuos marcan presencia tanto en el *inicio* del proceso, al ejercer el derecho de petición en razón de los daños alegados, como al *final* del mismo, como beneficiarios de las reparaciones, en casos de violaciones comprobadas de sus derechos; no tiene sentido negarles presencia *durante* el proceso.

A estas consideraciones de principio se agregan otras, de orden práctico, igualmente en favor de la representación directa de las víctimas ante la Corte, en casos ya a ella sometidos por la Comisión. El avance en este sentido conviene no sólo a las supuestas víctimas, sino a todos: a los Estados demandados, en la medida en que contribuye a la jurisdiccionalización del mecanismo de protección; a la Corte, para tener mejor instruido el proceso; y a la Comisión, para poner fin a la ambigüedad de su rol,⁵⁷ ateniéndose a su función propia de guardián de la aplicación correcta y justa de la Convención (y no más con la función adicional de “intermediario” entre los individuos y la Corte). Los avances en esta dirección, en la actual etapa de evolución del sistema interamericano de protección, son responsabilidad *conjunta* de la Corte y la Comisión. La jurisdiccionalización del mecanismo de protección se impone a partir del reconocimiento de los roles esencialmente distintos de los individuos peticionarios –la verdadera parte demandante– y de la Comisión (órgano de supervisión de la Convención que presta asistencia a la Corte).

Para alcanzar este grado de perfeccionamiento procesal, debemos contar con el necesario e imprescindible convencimiento pleno por parte de los Estados que integran el sistema interamericano de protección de que el *locus standi in iudicio* de los individuos ante la Corte es una medida benéfica no sólo para los peticionarios sino también para ellos mismos (los Estados demandados), así como para el mecanismo de

⁵⁷ En los casos contenciosos, mientras que en la etapa anterior ante la Comisión las partes son los individuos reclamantes y los gobiernos demandados, ante la Corte comparecen la Comisión y los gobiernos demandados. La Comisión se ve así en el rol ambiguo de, a un tiempo defender los intereses de las supuestas víctimas, y defender igualmente los “intereses públicos” como un *ministère public* del sistema interamericano de protección. Cabe evitar esta ambigüedad.

protección como un todo. Esto en razón de la jurisdiccionalización, garantía adicional de la prevalencia del *rule of law* en todo el contencioso de los derechos humanos bajo la Convención Americana.

Los avances en este sentido, ya consolidados en el sistema europeo de protección, se han de lograr en nuestra región mediante criterios y reglas previa y claramente definidos, con las necesarias adaptaciones a las realidades de la operación de nuestro sistema interamericano de protección.⁵⁸ Esto requeriría, v. g., la previsión de asistencia jurídica *ex officio* por parte de la Comisión, siempre y cuando los individuos demandantes no estén en condiciones de contar con los servicios profesionales de un representante legal.

Solamente mediante el *locus standi in judicio* de las supuestas víctimas ante los tribunales internacionales de derechos humanos se logrará la consolidación de la personalidad y plena capacidad jurídicas internacionales de la persona humana (en los sistemas regionales de protección), para hacer valer sus derechos, cuando las instancias nacionales se mostraren incapaces de asegurar la realización de la justicia. El perfeccionamiento del mecanismo de nuestro sistema regional de protección debe ser objeto de consideraciones de orden esencialmente jurídico-humanitario, incluso como garantía adicional para las partes en casos contenciosos de derechos humanos. Como señalamos ya hace más de una década, todo jusinternacionalista, fiel a los orígenes históricos de su disciplina, sabrá contribuir a rescatar la posición del ser huma-

⁵⁸ En los círculos jurídicos especializados de la región se plantean todavía inquietudes de orden práctico, como, v. g., la posibilidad de divergencias entre los argumentos de los representantes de las víctimas y de los delegados de la Comisión en el procedimiento ante la Corte, y la falta de conocimiento especializado de los abogados en nuestro continente para asumir el rol y la responsabilidad de representantes legales de las víctimas directamente ante la Corte. Lo que sí nos parece importante para la operación futura del mecanismo de la Convención Americana es que tanto la Comisión como los representantes de las víctimas manifiesten sus opiniones, sean ellas coincidentes o divergentes. La Comisión debe estar preparada para expresar siempre su opinión ante la Corte, aunque sea discordante de la de los representantes de las víctimas. La Corte debe estar preparada para recibir y evaluar los argumentos de los delegados de la Comisión y de los representantes de las víctimas, aunque sean divergentes. Todo esto ayudaría a la Corte a formular mejor su propio juicio y formar su convicción. Para superar gradualmente la otra inquietud, relativa a la falta de expertise de los abogados de los países de nuestro continente en el contencioso internacional de los derechos humanos, se pueden preparar guías para orientación a los que participan en las audiencias públicas, divulgadas con la debida anticipación. Ignorantia juris non curat; como el derecho internacional de los derechos humanos es dotado de especificidad propia, y de creciente complejidad, este problema sólo será superado gradualmente en la medida en que se dé una más amplia difusión a los procedimientos, y en que los abogados tengan más oportunidades de familiarizarse con los mecanismos de protección. Lo que no nos parece razonable es obstaculizar toda la evolución corriente hacia la representación directa de las víctimas en todo el procedimiento ante la Corte Interamericana, con base en una dificultad que nos parece perfectamente remediable.

no en el derecho de gentes (*droit des gens*), y a sostener el reconocimiento y la cristalización de su personalidad y capacidad jurídicas internacionales (Cançado, 1996a: 410-412).

El necesario reconocimiento del *locus standi in iudicio* de las presuntas víctimas (o sus representantes legales) ante la Corte Interamericana constituye un avance de los más importantes, pero no necesariamente la etapa final del perfeccionamiento del sistema interamericano, por lo menos tal como concebimos dicho perfeccionamiento. A partir de dicho *locus standi*, la evolución apunta hacia el reconocimiento futuro del derecho de *acceso directo* de los individuos a la Corte (*jus standi*), para traer un caso concreto directamente ante ella. Será éste el punto culminante, también en nuestro sistema interamericano, de un gran movimiento de dimensión universal a fin de lograr el rescate del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos dotado de plena capacidad jurídica internacional.

En el sistema interamericano de protección, el derecho de petición individual alcanzará su plenitud el día en que pueda ser ejercido por los peticionarios ya no más ante la Comisión Interamericana, pero sí directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La vía jurisdiccional constituye la más perfeccionada y evolucionada modalidad de protección internacional de los derechos humanos. El sistema europeo de protección esperó casi medio siglo⁵⁹ para dar expresión concreta a esta realidad. Su perfeccionamiento institucional, con la entrada en vigor del Protocolo 11 a la Convención Europea, refleja, en última instancia, el reconocimiento inequívoco de que los derechos humanos deben ser protegidos en el plano internacional por un órgano judicial permanente, con jurisdicción compulsoria en materia contenciosa, al cual los individuos tengan el derecho de acceso directo independientemente de la aceptación de una cláusula facultativa por sus respectivos Estados.⁶⁰ Al proceder en esta línea de razonamiento, los responsables por la operación del sistema europeo de protección lograron en fin superar las hesitaciones proyectadas en el mecanismo original de la Convención Europea,⁶¹

⁵⁹ Desde la adopción en 1950 y entrada en vigor en 1953 de la Convención Europea de Derechos Humanos, hasta la inminente entrada en vigor de su mencionado Protocolo 11, el 1 de noviembre de 1998.

⁶⁰ A estos elementos se suman la agilización y el perfeccionamiento del procedimiento, y el estímulo al desarrollo de una jurisprudencia homogénea y claramente consistente. Cfr. Council of Europe, Protocol 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Explanatory Report ob. cit., pp. 3-52, esp. pp. 25-28, 30, 35 y 43; para un estudio particularmente detallado del Protocolo 11, cfr. A. Drzemczewski (1997: 121-244).

⁶¹ Que sirvió de modelo al de la Convención Americana.

emanadas de dogmas y temores propios de una etapa histórica ya superada.⁶²

Se trata, pues, de buscar asegurar, ya no sólo la representación directa de las víctimas o de sus familiares (*locus standi*) en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión (en todas las etapas del proceso y no apenas en la de reparaciones),⁶³ sino más bien el derecho de *acceso directo* de los individuos ante la propia Corte (*jus standi*), para traer un caso directamente ante ella, como futuro órgano jurisdiccional único para la solución de casos concretos bajo la Convención Americana. Para esto los individuos prescindirían de la Comisión Interamericana, la cual, sin embargo, retendría otras funciones que la contenciosa,⁶⁴ prerrogativa de la futura Corte Interamericana permanente.⁶⁵

Sería, pues, una estructura institucional distinta de la del sistema europeo de protección, atenta a la realidad de las necesidades de protección de nuestro continente. Pero tendría en común con aquél, el propósito de superar duplicaciones, retardos y desequilibrios procesales, inherentes al actual mecanismo de protección bajo la Convención Americana,⁶⁶ los cuales reclaman su perfeccionamiento. Más que todo, este salto cualitativo atendería, a nuestro modo de ver, a un imperativo de justicia. El *jus standi* –no más apenas *locus standi in judicio*–, irrestricto, de los individuos, ante la propia Corte Interamericana, representa, como hemos señalado en casos ante la Corte,⁶⁷ la consecuencia lógica de la concepción y formulación de derechos susceptibles de ser protegidos bajo la Convención Americana en el plano internacional, a las cuales debe necesariamente corresponder la capacidad jurídica plena de los individuos peticionarios de vindicarlos.

⁶² Cfr., en ese sentido, Rolv Ryssdall (1996: 18-29).

⁶³ Como ocurre bajo el actual Reglamento de la Corte, artículo 23. Cfr. relato en: H. Faúndez Ledesma (1999: 359-360).

⁶⁴ Siguiendo el ejemplo de la realización de misiones de observación in loco y la elaboración de informes.

⁶⁵ Ampliada, funcionando en cámaras, y con recursos humanos y materiales considerablemente mayores.

⁶⁶ Así como al mecanismo original de la Convención Europea que le sirvió de modelo.

⁶⁷ Cfr., en ese sentido, los votos razonados del juez A. A. Cançado Trindade en los casos Castillo Páez, Excepciones Preliminares, sentencia del 30 de enero de 1996, párrs. 14-17, y Loayza Tamayo, Excepciones Preliminares, sentencia del 31 de enero de 1996, párrs. 14-17, reproducidos en: OEA, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 1996, pp. 56-57 y 72-73, respectivamente; y cfr. también el voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva 16, sobre El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, 1 de octubre de 1999, párr. 30, reproducido en: OEA, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 1999, pp. 607-608.

Si deseamos realmente actuar a la altura de los desafíos de nuestro tiempo, es a la consagración de dicho *jus standi*—en un Protocolo a la Convención Americana— que debemos prontamente dedicarnos, con la misma clarividencia y osadía lúcida con que los redactores de la Convención divisaron originalmente el derecho de petición individual. Con la base convencional que nos fue legada por el artículo 44 de la Convención, no necesitamos esperar medio siglo para dar expresión concreta al referido *jus standi*. Con la consolidación de este último, es la protección internacional la que, en última instancia, en el ámbito de nuestro sistema regional de protección, alcanzará su madurez.

LA INTANGIBILIDAD DE LA JURISDICCIÓN OBLIGATORIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Una vez examinada la cláusula pétrea de la protección internacional de los derechos humanos atinente a acceso de los individuos (derecho de petición) a la justicia a nivel internacional, pasemos a la consideración de la otra cláusula pétrea, a saber: la de la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales —cortes Europea e Interamericana— de derechos humanos, la cual no admite limitaciones otras que las expresamente contenidas en las disposiciones pertinentes de los respectivos tratados de protección (art. 46 de la Convención Europea [texto original] y art. 62 de la Convención Americana). En efecto, la materia ha sido objeto de examen, recientemente, por parte de las Cortes tanto Europea como Interamericana de Derechos Humanos.

En lo que concierne a esta última, en sus sentencias sobre competencia del 24 de septiembre de 1999, en los casos *Ivcher Bronstein* y del Tribunal Constitucional, relativos al Estado peruano, la Corte Interamericana declaró inadmisibile el pretendido “retiro” unilateral por el Estado demandado de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, con “efecto inmediato”.⁶⁸ La decisión de la Corte, que encuentra sólido respaldo en la jurisprudencia y la doctrina internacionales, salvaguardó la integridad del propio mecanismo de protección de la Convención Americana como un todo. Dada la importancia del asunto, pa-

⁶⁸ El Estado demandado alegó, en pretensión sin precedentes —presentando graves implicaciones para el presente y futuro de la operación del mecanismo de protección de la Convención Americana— que, como el instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte era un acto unilateral, podría “retirarlo”, por otro acto unilateral (no equiparable a una denuncia parcial de la Convención) en cualquier momento, en el ejercicio de su soberanía, y con “efectos inmediatos”.

semos a un estudio más profundo de sus distintos aspectos, ateniéndonos específicamente a lo ya resuelto de modo definitivo por la Corte.

Cuestión previa: la *compétence de la compétence* de los tribunales internacionales de derechos humanos

El primer aspecto reside en una cuestión previa, que no puede pasar desapercibida, a saber: la competencia inherente de todo tribunal internacional de resolver todo y cualquier punto relativo a su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz Kompetenz*). En efecto, los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria presuponen la admisión, por los Estados que los presentan, del derecho del tribunal internacional en cuestión de resolver cualquier controversia relativa a su propia jurisdicción. Es éste un principio básico de derecho procesal internacional.⁶⁹

Esta competencia inherente a todo tribunal internacional atiene a un imperativo de seguridad jurídica: la determinación del alcance de su propia jurisdicción simplemente no puede estar en las manos de los Estados Partes. La Corte Internacional de Justicia ha afirmado su competencia para decidir sobre el sentido y alcance de las declaraciones unilaterales de los Estados, en sus sentencias en los casos de los Ensayos Nucleares (Australia y Nueva Zelandia c. Francia, 1974)⁷⁰ y, posteriormente, en el caso de la Controversia Fronteriza entre Burkina Faso y la República de Mali (1986).⁷¹

Como señalamos en otra ocasión,

(...) la Corte es, en cualesquiera circunstancias, *maestra de su jurisdicción*; la Corte, como todo órgano poseedor de competencias jurisdiccionales, tiene el *poder inherente* de determinar el alcance de su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz / compétence de la compétence*) (...), sea en materia consultiva, sea en materia contenciosa, sea en relación con medidas provisionales de protección. No puede la Corte abdicar de esta prerrogativa, que además es un deber que le impone la Convención Americana, para ejercer sus funciones bajo los artículos 62(3) y 64 de la Convención. Su jurisdicción no puede estar a merced de otros hechos

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 15, de 14 de noviembre de 1997, sobre los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1997, Serie A, núm. 15, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que otros tribunales internacionales, tiene siempre la *compétence de la compétence/Kompetenz Kompetenz* (párrs. 7 y 37).

⁷⁰ International Court of Justice (ICJ), Nuclear Tests case Australia c. France, judgment of 20.12.1974, ICJ Reports, 1974, p. 269 y 474, párrs. 48 y 50 respectivamente.

⁷¹ ICJ, Frontier Dispute case Burkina Faso c. Republic of Mali, judgment of 22.12.1986, ICJ Reports, 1986, pp. 573-574, párr. 39. Para un estudio general de la materia, cfr. I. F. I. Shihata (1965: 1-304).

que sus propias actuaciones. Es inicialmente como guardián y maestra de su propia jurisdicción (*jurisdictio, jus dicere*, la potestad de declarar el derecho) que a la Corte, como órgano supremo de supervisión de la Convención Americana, está reservado el rol de establecer las bases jurídicas para la construcción de un *ordre public* interamericano de observancia y salvaguardia de los derechos humanos.⁷²

También en caso de interposición del así llamado “retiro” unilateral del instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, la última palabra al respecto cabe a la Corte misma, y no al Estado demandado, pues pretender lo contrario llevaría a la subversión del orden jurídico internacional y a la destrucción de toda seguridad jurídica en el contencioso internacional. Esto acarrearía consecuencias aún más desastrosas en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos, privando a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado en cuestión de la instancia internacional de salvaguardia de sus derechos.

Una reserva u objeción, o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de resguardarse la última palabra en relación con cualquier aspecto de la competencia de la Corte es, además de inocho, inválido, pues en cualesquiera circunstancias la Corte, como se ha señalado, detiene la *compétence de la compétence*. La Corte, como siempre hemos sostenido, es *maestra de su jurisdicción*. Es lo que se desprende tanto de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Loizidou c. Turquía* (1995, cfr. infra), así como de las ya mencionadas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Ivcher Bronstein* y del Tribunal Constitucional (1999):⁷³ la posición convergente de ambos tribunales internacionales de derechos humanos ha sido en el sentido de descartar una analogía con la práctica permisiva de los Estados bajo la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia (art. 36(2) del Estatuto de esta última). Pasemos al examen de este punto específico.

Base de la jurisdicción internacional: inadecuación de la analogía entre el contencioso interestatal clásico y el contencioso internacional de los derechos humanos

Cabe inicialmente recordar que los orígenes de la disposición del artículo 36(2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)

⁷² Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución sobre Medidas Provisionales de Protección, 25 de mayo de 1999, caso *James et al. c. Trinidad y Tobago*, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párrs. 7-8.

⁷³ En estos últimos, el Estado demandado intentó justificar el “retiro” unilateral de su instrumento de aceptación de fecha 20 de octubre de 1980, depositado en la Secretaría General de la Organización

–que es esencialmente la misma que la disposición correspondiente del Estatuto de su predecesora, la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI)–, se encuentran en los *travaux préparatoires* del Estatuto original de la CPJI. Éste fue redactado en 1920 por un Comité Consultivo de Jurisconsultos (de diez miembros),⁷⁴ designado para este fin por el Consejo de la Liga o Sociedad de las Naciones. El Comité se reunió en La Haya, en los meses de junio y julio de 1920.

En aquel entonces, algunos estados favorecían el reconocimiento puro y simple de la jurisdicción obligatoria de la futura CPJI, pero los Estados más poderosos se oponían a esto, alegando que tenían que ganar confianza gradualmente en el tribunal internacional que iba a ser creado, antes de atribuirle jurisdicción obligatoria *tout court*. Para superar el impasse en el seno del referido Comité de Jurisconsultos, uno de sus miembros, el jurista brasileño Raul Fernandes, propuso la fórmula ingeniosa que se transformó en el artículo 36(2) del Estatuto –la misma del actual Estatuto de la CIJ–, que vino a ser conocida como la “cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria” (Anand, 1961: 19, 34-36). El Estatuto, aprobado el 13 de diciembre de 1920, entró en vigor el 1 de septiembre de 1921.⁷⁵

En aquella época, la decisión tomada constituyó el paso inicial que, durante el periodo de 1921-1940, contribuyó a atraer la aceptación de la jurisdicción obligatoria –bajo la cláusula facultativa– de la CPJI de un total de 45 Estados.⁷⁶

En su libro de memorias publicado en 1967, Raul Fernandes reveló que el Comité de Jurisconsultos de 1920 se vio ante el desafío de establecer la base de la jurisdicción de la CPJI (a partir del consentimiento mutuo entre los Estados) y, al mismo tiempo, resguardar y reafirmar el principio de la igualdad jurídica de los Estados (Fernández,

de los Estados Americanos el 21 de enero de 1981 (originalmente sin restricción temporal), de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana mediante una analogía con la práctica estatal permisiva bajo la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia (art. 36(2) del Estatuto de esta última).

⁷⁴ A saber: Adatci (Japón), Altamira (España), Fernandes (Brasil), Barón Descamps (Bélgica), Hagerup (Noruega), De La Pradelle (Francia), Loder (Holanda), Lord Phillimore (Gran Bretaña), Ricci Busatti (Italia) y Elihu Root (Estados Unidos).

⁷⁵ Para un relato, cfr., inter alia, J. C. Witenberg (1937: 22-23); L. Gross (1987: 20-21).

⁷⁶ Cfr. el relato de un juez de la antigua CPJI, M. O. Hudson (1944: 76-78). Aquel total de 45 Estados representaba, en realidad, una proporción alta en la época, considerándose que, al final de los años treinta, 52 Estados eran miembros de la Liga o Sociedad de las Naciones (de la cual no formaba parte la antigua CPJI, distintamente de la CIJ, que es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, y cuyo Estatuto forma un todo orgánico con la propia Carta de las Naciones Unidas).

1967: 174-175). Este principio era firmemente defendido por los Estados latinoamericanos, y, al tenerlo presente, la fórmula de Raul Fernandes, trasladada al Estatuto de la CPJI, fue aclamada como una contribución latinoamericana al establecimiento de la jurisdicción internacional (Yepes, 1930: 712; Urrutia, 1928: 148-149; Bourquin, 1931: 195-196). Dicha fórmula sirvió a su propósito en las dos décadas siguientes. Obsérvese que todo se pasaba en el plano de las relaciones puramente interestatales.

En la Conferencia de San Francisco de 1945, se contempló la posibilidad de dar un paso adelante, con una eventual aceptación automática de la jurisdicción obligatoria de la nueva CIJ; sin embargo, las grandes potencias –en particular Estados Unidos y la Unión Soviética– se opusieron a esta evolución, sosteniendo la retención, en el Estatuto de la nueva CIJ, de la misma “cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria” del Estatuto de 1920 de la predecesora CPJI. El relator de la Comisión de Juristas, encargada de estudiar la materia en la Conferencia de San Francisco de 1945, el jurista francés Jules Basdevant, señaló que, a pesar de que la mayoría de los miembros de la Comisión favorecía la aceptación automática de la jurisdicción obligatoria, no había voluntad política en la Conferencia (y tampoco en las propuestas de Dumbarton Oaks) para dar este paso.⁷⁷

Consecuentemente, en el actual Estatuto de la CIJ se mantuvo la misma formulación de 1920, la cual correspondía a una concepción del derecho internacional de inicio de siglo. Por la intransigencia de los Estados más poderosos se perdió una oportunidad única de superar la falta de automatismo de la jurisdicción internacional y de fomentar un mayor desarrollo de la jurisdicción obligatoria del tribunal internacional. Como la insensatez humana parece no tener límites, el capítulo del derecho internacional atinente a la solución pacífica de las controversias internacionales continuó padeciendo de la vieja ambivalencia –verdadera *vexata quaestio*– que siempre lo caracterizó, incluso en nuestros días, a saber: la tensión ineluctable entre el deber general de solución pacífica y la libre elección por los Estados de los métodos de solución de la controversia.

La fórmula de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (de la CIJ) que hoy existe, no es nada más que un esquema de los años veinte, estratificado en el tiempo,⁷⁸ y que, en rigor, sólo correspon-

⁷⁷ Cfr. el relato de R. P. Anand (1961: 38-46); véanse también, al respecto, S. Rosenne (1965: 32-36); Ian Brownlie (1995: 715-716); O. J. Lissitzyn (1951: 61-64).

⁷⁸ Para expresiones de pesimismo en cuanto a la práctica de los Estados bajo aquella cláusula facultativa al final de la década de los setenta, véase J. G. Merrills (1979: 90-91, 108, 113 y 116).

de a las necesidades del contencioso internacional, ni siquiera puramente interestatal.⁷⁹ Tanto es así que, hoy día, de los 185 Estados miembros de las Naciones Unidas, no más que sesenta Estados se someten a la jurisdicción obligatoria de la CIJ por aceptación de la cláusula facultativa del artículo 36(2) de su Estatuto,⁸⁰ o sea, menos de un tercio de la comunidad internacional de nuestros días. Y varios de los Estados que la han utilizado han hecho mal uso de la misma, introduciendo restricciones que militan en contra de su eficacia; en realidad, casi dos tercios de las declaraciones de aceptación de la mencionada cláusula han venido acompañadas de limitaciones y restricciones que las han tornado “prácticamente sin sentido”.⁸¹

Se puede, pues, cuestionar seriamente si la cláusula facultativa sigue sirviendo al mismo propósito que la inspiró en la época de la CPJI.⁸² El índice de su aceptación en la era de la CIJ es proporcionalmente inferior al de la época de su predecesora, la CPJI. Además, a lo largo de los años, la posibilidad abierta por la cláusula facultativa de aceptación de la jurisdicción del tribunal internacional pasó, en efecto, a ser objeto de excesos por parte de algunos Estados, que sólo aceptaban la jurisdicción obligatoria de la CIJ en sus propios términos, con todo tipo de reservas. Algunos daban la impresión de que suscribían así la citada cláusula facultativa para poder accionar otros Estados ante la CIJ, intentando, sin embargo, evitar que fuesen ellos mismos accionados por otros Estados (Soubeyrol, 1959: 232-257, esp. 233). Así, en nada sorprende que, a mediados de los años cincuenta, se empezara a hablar de una decadencia de la cláusula facultativa (Waldock, 1955-1956: 244-287).⁸³

⁷⁹ En un artículo reciente, un ex presidente de la CIJ, después de señalar que “hoy día una parte bien considerable del derecho internacional afecta directamente los individuos, corporaciones y entidades legales otras que los Estados”, y de recordar que, sin embargo, el Estatuto de la CIJ todavía sostiene –según una concepción del derecho internacional propia de los años veinte– que sólo los Estados pueden ser partes en casos ante la Corte (art. 34(1)), admitió y lamentó que este descompás haya marginalizado la Corte de La Haya del gran corpus del derecho internacional contemporáneo. R. Y. Jennings (1995: 504).

⁸⁰ International Court of Justice, Yearbook 1996-1997, vol. 51, The Hague, ICJ, 1997, p. 84.

⁸¹ G. Weissberg (1976: 163); sobre el sentimiento de frustración generado por esto, cfr. pp. 186-190. Cfr. también Report on the Connally Amendment - Views of Law School Deans, Law School Professors, International Law Professors (compiled under the auspices of the Committee for Effective Use of the International Court by Repealing the Self-Judging Reservation), New York [1961], pp. 1-154.

⁸² Cfr. datos estadísticos en: G. Weissberg (1976: 160-161); sin embargo, hay que recordar las cláusulas compromissaires atinentes a la competencia contenciosa de la CIJ, las cuales, a mediados de los años setenta, figuraban en cerca de 180 tratados y convenciones (más de dos tercios de los cuales eran de carácter bilateral, y envolvían más de 50 Estados (p. 164).

⁸³ Sobre los orígenes de esta decadencia véase el voto disidente del juez Guerrero en el caso de los Préstamos Noruegos, sentencia del 6 de julio de 1957, ICJ Reports (1957), pp. 69-70.

Estos excesos ocurrieron precisamente porque, al elaborar el Estatuto de la nueva CIJ, se dejó de acompañar la evolución de la comunidad internacional. Se abandonó la base de la jurisdicción obligatoria de la CIJ a una concepción voluntarista del derecho internacional, prevaleciente en el inicio del siglo, pero desautorizada posteriormente por sus consecuencias nefastas para la conducción de las relaciones internacionales, tal como lo advierte con vehemencia la mejor doctrina jurídica internacional contemporánea.

No deja de ser sorprendente que, para intentar justificar su pretendido "retiro" unilateral de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado demandado en los recientes casos Ivcher Bronstein y del Tribunal Constitucional (1999) hubiera intentado buscar amparo en una analogía indebida con la práctica estatal bajo la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (art. 36(2)) del Estatuto de la CIJ. No nos queda duda alguna de que la práctica distorsionada e incongruente desencadenada bajo el artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ no sirve, en definitiva, como ejemplo o modelo para ser seguido por los Estados Partes en tratados de protección de los derechos del ser humano como las convenciones Americana y Europea sobre Derechos Humanos, en lo relativo al alcance de la base jurisdiccional de actuación de los tribunales internacionales contemporáneos (Cortes Interamericana y Europea) de derechos humanos.

El derecho internacional contemporáneo ha evolucionado gradualmente, poniendo límites a las manifestaciones de un voluntarismo estatal que se revela propio de otra época.⁸⁴ La metodología de interpretación de los tratados de derechos humanos,⁸⁵ desarrollada a partir de las reglas de interpretación consagradas en el derecho internacional (tales como las enunciadas en los artículos 31-33 de las dos convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969 y 1986), alcanza tanto las normas sustantivas (sobre los derechos protegidos) como las cláusulas que rigen los mecanismos de protección internacional.

Las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos –los dos tribunales internacionales de derechos humanos hoy día en

⁸⁴ Cuando todavía prevalecía hasta cierto punto esta visión, en un libro clásico publicado en 1934, Georges Scelle, cuestionándola, señalaba que la autoatribución de competencia discrecional a los gobernantes, y el ejercicio de funciones según los criterios de los propios detentores del poder, eran características de una sociedad internacional poco evolucionada, imperfecta y todavía casi anárquica; G. Scelle (1984: 547- 548). Véase, anteriormente, en el mismo sentido, L. Duguit (1901: 122-131 y 614).

⁸⁵ Tal como se desprende de la amplia jurisprudencia internacional al respecto, analizada detalladamente en A. A. Cançado Trindade (1999c, XI: 23-200).

operación- tienen el deber convencional de preservar la integridad de los respectivos sistemas regionales de protección como un todo. Sería inadmisibles subordinar la operación de sus mecanismos a restricciones súbitamente agregadas por los Estados demandados a los términos de sus manifestaciones anteriores de consentimiento atinentes a las cláusulas facultativas de las respectivas convenciones de derechos humanos, lo que no sólo afectaría de inmediato su eficacia sino fatalmente impediría sus posibilidades de desarrollo futuro.

La evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha partido del entendimiento de que los tratados de derechos humanos, que se inspiran en valores comunes superiores (consustanciados en la protección del ser humano), y están dotados de mecanismos propios de supervisión que se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, y que consagran obligaciones de cuño esencialmente objetivo, tienen un carácter especial que los diferencia de los demás tratados (Cançado, 1999), que reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son por éstos mismos aplicados, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí advienen en los planos de los ordenamientos jurídicos internacional e interno.

El derecho internacional y el derecho interno aquí se muestran efectivamente en constante interacción, debiendo formar un todo armónico en la realización del propósito convergente y común de asegurar y fortalecer la salvaguardia de los derechos del ser humano. El cumplimiento de las obligaciones internacionales de protección requiere el concurso de los órganos internos de los Estados, a fin de aplicar las normas internacionales de protección. Con esta interacción, es el propio derecho el que se enriquece -y se justifica-, en la medida en que cumple su misión última de hacer justicia.

En el presente dominio de protección, las consideraciones superiores de *ordre public* internacional, el carácter especial de los tratados de derechos humanos, el cuño esencialmente objetivo de las obligaciones que consagran, y la noción de garantía colectiva a ellos subyacente, ciertamente priman sobre restricciones adicionales a las manifestaciones del consentimiento individual por parte de los Estados demandados, y sobre la concepción voluntarista del orden jurídico internacional (subyacente a tales restricciones infundadas). Hay que dar primacía a la operatividad de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

En virtud del principio *ut res magis valeat quam pereat*, que corresponde al llamado *effet utile* (a veces denominado principio de la efectividad), ampliamente respaldado por la jurisprudencia, los Estados Partes en los tratados de derechos humanos deben asegurar a las dis-

posiciones convencionales los efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. Tal principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que disponen sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, en particular las relativas al derecho de petición individual y a la aceptación de la competencia contenciosa del órgano judicial internacional de protección.⁸⁶ Tales normas, esenciales a la eficacia del sistema de protección internacional, han de ser interpretadas y aplicadas a fin de tornar sus salvaguardias verdaderamente prácticas y eficaces, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos y su implementación colectiva.

La Corte Europea de Derechos Humanos tuvo ocasión de descartar decididamente cualquier analogía entre la práctica de los Estados bajo el artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ, y las aceptaciones de los Estados Partes en la Convención Europea de Derechos Humanos de su competencia contenciosa bajo la cláusula facultativa del artículo 46 de la Convención Europea (anterior a la entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1998, del Protocolo 11 a la Convención Europea), en su sentencia sobre excepciones preliminares (23 de marzo de 1995) en el caso *Loizidou c. Turquía*. La Corte Europea advirtió que, al contrario de lo que alegaba el Estado demandado, a partir de la letra y el espíritu de la Convención Europea no se puede inferir la posibilidad de restricciones a la cláusula facultativa relativa al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Europea (art. 46 de la Convención Europea)⁸⁷ por analogía con la práctica estatal bajo el artículo 36 del Estatuto de la CIJ; bajo la Convención Europea se ha formado una práctica de los Estados Partes en sentido contrario (aceptando tales cláusulas sin restricciones), a la cual se agrega, además, el contexto fundamentalmente distinto en que operan los dos tribunales internacionales, siendo la CIJ “a free-standing international tribunal which has no links to a standard-setting treaty such as the Convention”.⁸⁸

⁸⁶ Cfr., en este sentido, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) en el caso *Chrysostomos et al. c. Turquía* (1991), en: ComEDH, *Decisions and Reports*, vol. 68, Strasbourg, CE, pp. 216-253; y cfr., anteriormente, los obiter dicta de la Comisión, en el mismo sentido, en sus decisiones en los casos *Lingüísticos Belgas* (1966-1967) y en los casos *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca* (1976).

⁸⁷ Y tampoco a la otra cláusula, referente al derecho de petición individual (art. 25 de la Convención Europea).

⁸⁸ European Court of Human Rights (ECtHR), case of *Loizidou c. Turkey* (preliminary objections), Strasbourg, CE, judgment of 23 of march, 1995, p. 25, párr. 82, y cfr. p. 22, párr. 68. Sobre la prevalencia de las obligaciones convencionales de los Estados Partes, cfr. también los obiter dicta de la Corte en su decisión anterior, en el caso *Belilos c. Suiza* (1988).

La Corte de La Haya –recordó la Corte Europea– dirime cuestiones jurídicas en el contencioso interestatal, distintamente de las funciones de los órganos de supervisión de un “tratado normativo” (*law-making treaty*) como la Convención Europea. Por consiguiente, concluyó la Corte Europea sobre este punto específico, la “aceptación incondicional” de las cláusulas facultativas de los artículos 25 y 46 de la Convención no comporta analogía con la práctica estatal bajo el artículo 36 del Estatuto de la CIJ.⁸⁹ Si la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuviera que buscar una analogía para resolver el problema planteado por el Estado demandado en los casos *Ivcher Bronstein* y del Tribunal Constitucional (*supra*), ésta residiría en la postura asumida por su homóloga, la Corte Europea de Derechos Humanos, y no por la CIJ,⁹⁰ en relación con el sentido y alcance de los instrumentos de reconocimiento de su competencia en materia contenciosa.

Como nos permitimos señalar hace más de una década en el curso que dictamos en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, la solución internacional de casos de derechos humanos (confiada, v. g. a tribunales como las cortes Interamericana y Europea de Derechos

⁸⁹ ECtHR, case of *Loizidou c. Turkey* (preliminary objections), Strasbourg, CE, judgment of 23 of march, 1995, p. 26, párrs. 84-85. La Corte Europea separó las restricciones de Turquía impugnadas, consideradas inválidas, y correctamente sostuvo la aceptación integral por parte de Turquía de las cláusulas facultativas de los artículos 25 y 46 de la Convención Europea de Derechos Humanos; cfr. también pp. 28-31, párrs. 95-98.

⁹⁰ Lo que resulta clarísimo, por ejemplo, de la decisión de la CIJ del 4 de diciembre de 1998 en el caso de la Jurisdicción de Pesquerías (*España c. Canadá*). El Estado demandante sostuvo que una reserva a la aceptación de la competencia contenciosa de la CIJ debería ser interpretada de conformidad con el Estatuto de la CIJ, la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional general, a fin de no minar el sistema de la jurisdicción obligatoria de la Corte. La CIJ, sin embargo, al desestimar este argumento, sostuvo que la aceptación de la cláusula facultativa del artículo 36(2) de su Estatuto, como acto soberano del Estado, debería ser interpretada en función de la intención del Estado reservante y de manera compatible con el propósito de la reserva; ICJ, *Fisheries Jurisdiction case Spain c. Canadá*, decisión del 4 de diciembre de 1998, relatada en ICJ, *Communiqué* 98/41, pp. 5-7. La CIJ, de ese modo, se doblegó ante el subjetivismo voluntarista de los Estados, antitético de la propia noción de jurisdicción internacional obligatoria. Los cinco votos disidentes en el cas d'espèce expresaron bien la profunda preocupación de que, con esta actitud, que nada aporta a la seguridad jurídica entre los Estados sometidos a su competencia contenciosa, la CIJ haya puesto en riesgo el futuro del mecanismo de la cláusula facultativa bajo el artículo 36(2) de su Estatuto, abriendo la puerta a una eventual deserción del mismo (véanse votos disidentes de los jueces Weeramantry, Bedjaoui, Ranjeva, Vereshchetin, y Torres Bernárdez, pp. 4-12). En más de una ocasión el énfasis indebido en el consentimiento estatal llevó a la CIJ a decisiones incongruentes, como la sentencia de 1995 de la Corte de La Haya en el caso del Timor Oriental; cfr. críticas en, v. g., J. Dugard (1996: 549-563); A. A. Cançado Trindade (2000: 68-75). Como bien ha señalado Rosenne (1996: 576), el procedimiento judicial internacional de la Corte de La Haya infortunadamente continúa siguiendo hoy día el modelo del bilateralismo en el contencioso internacional, propio del siglo XIX.

Humanos) no comporta analogías con la solución pacífica de controversias internacionales en el contencioso puramente interestatal (confiada a un tribunal como la Corte Internacional de Justicia); dado que se trata, como es ampliamente reconocido, de contextos fundamentalmente distintos, los Estados no pueden pretender contar, en el primero, con la misma discrecionalidad con la que tradicionalmente han contado en el segundo. Cualquier entendimiento en contrario transformaría los Estados Partes en los tratados de derechos humanos en árbitros finales del alcance de sus obligaciones convencionales de protección, lo que fatalmente minaría las bases de la protección internacional de los derechos humanos.

Las cláusulas facultativas de reconocimiento de la competencia contenciosa de las cortes Europea⁹¹ e Interamericana de Derechos Humanos se inspiraron en el modelo de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la CIJ, una fórmula originalmente concebida hace ochenta años. El peor tipo de espejismo es el anacrónico, el que busca preservar un mecanismo fosilizado en el tiempo, y una estructura institucional que corresponde a las ideas prevalecientes en una época que pertenece al pasado. A pesar del origen común, el *rationale* de la aplicación de la cláusula facultativa, por un lado en el contencioso interestatal, y por otro en el de los derechos humanos, ha sido fundamentalmente distinto.

En el primero prevalecen las consideraciones del equilibrio contractual entre las Partes, de la reciprocidad, a la luz de la igualdad jurídica de los Estados soberanos; bajo esta óptica, se admite la posibilidad del retiro de un instrumento de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ (después de un tiempo razonable), como manifestación de la concepción voluntarista del derecho internacional (concepción, en mi entender, anacrónica, superada, propia del inicio del siglo). En el segundo, priman las consideraciones de *ordre public*, de la garantía colectiva ejercida por el conjunto de los Estados Partes, de la realización de una meta común y superior a los intereses individuales de cada Parte contratante; no se puede, bajo esta óptica, admitir la posibilidad del retiro de un instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de las cortes Interamericana y Europea⁹² de Derechos Humanos con el

⁹¹ Antes de la entrada en vigor del Protocolo XI a la Convención Europea de Derechos Humanos el 1 de noviembre de 1998. Cfr. Council of Europe/Conseil de l'Europe (1977, IV: 200-201, 266-267; V: 58-59).

⁹² Lo que de todos modos ya no sería más posible en relación con la Corte Europea, a partir de la entrada en vigor del Protocolo 11 a la Convención Europea de Derechos Humanos. Otro ejemplo de jurisdicción obligatoria es el de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas; cfr. H. Steiger (1996: 821-822 y 832).

mismo grado de voluntarismo y discrecionalidad estatales que han prevalecido en el contencioso interestatal.

El acto jurídico unilateral en el marco de las obligaciones convencionales del Estado

En este aparte se analizará la caracterización de un acto jurídico unilateral del Estado (tal como el de la aceptación de una cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional de derechos humanos) en el marco de las obligaciones convencionales del Estado. En los mencionados casos *Ivcher Bronstein* y del Tribunal Constitucional (1999), el Estado demandado alegó que como había aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de un acto jurídico unilateral, podría *a fortiori* “retirar” tal aceptación por medio de otro acto unilateral, en ese sentido.

El argumento revela una visión mecanicista de la materia, que deja de tomar en cuenta la complejidad de la tipología de los actos jurídicos unilaterales del Estado en el derecho internacional público y de sus respectivos efectos jurídicos. En realidad, no hay cómo equiparar un acto jurídico unilateral efectuado en el contexto del contencioso diplomático interestatal (v. g., el reconocimiento de Estado o de gobierno, la protesta diplomática, la promesa, la renuncia, para citar algunos ejemplos), con un acto jurídico unilateral efectuado en el marco de las obligaciones convencionales contraídas por el Estado (v. g., la notificación de la ratificación de un tratado o de adhesión al mismo, la notificación de la aceptación de una cláusula facultativa de un tratado disponiendo sobre la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional).

En una propuesta de clasificación de los actos jurídicos unilaterales *stricto sensu*, de 1964, deliberadamente se dejó de tomar en consideración los actos jurídicos efectuados en el ámbito del derecho de los tratados (Venturini, 1964: 413). Y una de las más completas monografías sobre el tema cuidó, en particular, en la misma línea de razonamiento, de distinguir los actos jurídicos unilaterales *autónomos* (emanados de un único sujeto de derecho) de los actos unilaterales previstos en el propio derecho de los tratados (v. g., la ratificación, la adhesión, las reservas, la denuncia), tomando en cuenta, como objeto de estudio, solamente los primeros (Suy, 1962: 31-35, esp. 32-33).

Teniendo presente esta distinción elemental, resulta claro que los actos jurídicos unilaterales de aceptación de “cláusulas facultativas” de tratados (como la de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos) se configuran como actos facultativos de ejecución del trata-

do internacional en cuestión (en este último previstos), determinados y condicionados por dicho tratado (Suy, 1962: 32) y, en particular, por la realización de su objeto y propósito. Al contrario de lo que alegó el Estado demandado en los casos Ivcher Bronstein y del Tribunal Constitucional, no hay, pues, que contraponer el acto jurídico unilateral (v. g., de “retiro” de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte) a la denuncia (total o parcial) de un tratado (como en la Convención Americana), como si fueran categorías jurídicas enteramente distintas: en realidad, la denuncia (total o parcial) es un acto jurídico unilateral en el marco del derecho de los tratados, que no se equipara con los actos jurídicos unilaterales autónomos del Estado *stricto sensu*.

Como señaló un estudio clásico sobre la materia, el hecho de que el instrumento de aceptación de la competencia contenciosa del tribunal internacional sea un acto unilateral, *no* significa, pues, que pueda tal instrumento ser “retirado” del mismo modo como fue presentado por el Estado en cuestión, por otro acto unilateral, a su entera discreción y como bien entienda (Waldock, 1957: 263). El acto jurídico unilateral efectuado en el ámbito del derecho de los tratados, como acto facultativo de ejecución del tratado en cuestión, además, tiene repercusiones en las relaciones entre los propios Estados Partes en dicho tratado, y no puede, por tanto, ser equiparado en sus efectos con la primera categoría de actos jurídicos unilaterales.

En este mismo sentido se pronunció un ex presidente de la CIJ, el jurista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchaga: la declaración de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la CIJ, aunque sea un acto unilateral, al coincidir con otras declaraciones en el mismo sentido (bajo el artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ), crea un “vínculo consensual” (*consensual bond*) que establece “relaciones contractuales” entre los Estados Partes. Así, habría que evitar ciertas restricciones, como, *inter alia*, la de terminación (del consentimiento) por simple notificación –manifestación de un “método retrógrado”–, las cuales, sin embargo, no pueden afectar las obligaciones convencionales (resultantes del art. 36(1) del Estatuto de la CIJ) (Jiménez, 1978: 154-155).

Hasta aquellos que se muestran dispuestos a aceptar la posibilidad de la inserción de restricciones (no previstas en el tratado o Convención y no incompatibles con el Estatuto del tribunal internacional) en la formulación original de la declaración de aceptación de la competencia contenciosa del tribunal internacional –tesis que no compartimos–, admiten, sin embargo, que para deshacer tal aceptación “aplican las reglas del derecho internacional que rigen la terminación de los trata-

dos”.⁹³ Una declaración de aceptación de una obligación convencional, aunque efectuada por medio de un acto unilateral, “compromete el sujeto de derecho de la misma manera que un acuerdo” (Guggenheim, 1967, 279; Sicault, 1979: 633-688).⁹⁴ Un elemento de peso para tener siempre presente en la apreciación de los efectos de un acto jurídico unilateral del Estado en el marco de las obligaciones convencionales por éste contraídas reside en la necesidad de asegurar la estabilidad y seguridad jurídicas que deben inevitablemente acompañar el cumplimiento de tales obligaciones.

Una vez contraída una obligación convencional, aunque por medio de la aceptación de una cláusula facultativa, no puede ser ésta “retirada” en cualquier momento por el Estado Parte; en la ausencia de denuncia del tratado propiamente dicho, tal obligación permanece indefinidamente en vigor, regida por las normas del derecho de los tratados. El artificio, a veces utilizado en la práctica de los Estados, de prever, en el instrumento original de aceptación de una cláusula facultativa por tiempo indeterminado, la posibilidad de “retiro” de dicha aceptación en cualquier momento, debe ser evitado, por sus manifiestas consecuencias negativas para la buena conducción del proceso internacional. Dicho subterfugio genera un desequilibrio entre las obligaciones de los Estados Partes sometidos a la jurisdicción obligatoria, además de incertidumbres acerca de las reales intenciones del Estado que hace uso de este artificio que, en realidad, se asemeja a “una verdadera fuga ante la justicia internacional” (Delbez, 1962: 74, 76-77).

Al contrario de lo que pretendió el Estado demandado en los casos *Ivcher Bronstein* y del Tribunal Constitucional, la doctrina jurídica contemporánea asimila el “retiro” unilateral de la aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (v. g., de la CIJ) a una denuncia de dicha cláusula. Una resolución sobre la materia, adoptada por el Institut de Droit International en 1959 (sesión de Neuchâtel), uti-

⁹³ Véase al respecto H. W. Briggs (1958: 232 y 273); agrega el autor que, en la ausencia de una restricción expresa de terminación unilateral, la referida declaración de aceptación “permanece en vigor indefinidamente” (p. 273).

⁹⁴ Al respecto, en las circunstancias de los casos *Ivcher Bronstein* y del Tribunal Constitucional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado peruano pareció haber reconocido las importantes implicaciones de un acto jurídico unilateral de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional (como la Corte Interamericana, depositado en la Secretaría General de la OEA el 21 de enero de 1981, sin restricción temporal), aunque no lo haya admitido expresamente en su escrito presentado al depositario de la Convención Americana: tanto es así que el Estado del Perú dio al referido acto el tratamiento propio del proceso de los actos del derecho convencional (treaty-making) al llamado instrumento de “retiro” de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, buscando incluso su aprobación parlamentaria antes de su notificación al depositario de la Convención Americana (el Secretario General de la OEA).

liza expresamente el término “denuncia” de la cláusula facultativa.⁹⁵ También la doctrina utiliza efectivamente la expresión “denuncia parcial”, incluso cuando la cláusula objeto de denuncia es la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (v. g., de un tribunal internacional de derechos humanos).⁹⁶

La referida expresión se encuentra igualmente presente en la jurisprudencia internacional.⁹⁷ En el contexto del derecho convencional, el acto jurídico unilateral de aceptación de la jurisdicción obligatoria es el instrumento por el cual el Estado expresó su conformidad en someterse a dicha jurisdicción; en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos, resta verificar si, en caso de no desear continuar sometiéndose a aquella jurisdicción, sería o no permitido al Estado Parte desvincularse de la obligación contraída mediante la denuncia de la cláusula facultativa contenida en un tratado de protección como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Inadmisibilidad de denuncia parcial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Una vez descartada (supra) la pretensión de analogía entre la aplicación de la cláusula facultativa en el contencioso puramente interestatal (ante la CIJ) y su aplicación en el contencioso de los derechos humanos (ante las cortes Interamericana y Europea), pasemos a examinar los dos aspectos restantes de la materia en estudio, a saber: el de la supuesta denuncia parcial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el de su pretendido “efecto inmediato”. Los tribunales internacionales de derechos humanos, como se ha señalado, tienen el deber de velar por la integridad de los respectivos tratados de protección, dotados de especificidad y de mecanismos de supervisión propios: en este sentido se han posicionado correctamente las cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos (supra), y no podría ser de otra forma.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en el mismo año de la [primera] Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), contiene una disposición sobre denuncia (art. 78),

⁹⁵ Cfr. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, núm. 48, 1959, p. 360, párr. 3.

⁹⁶ A ejemplo de la Corte Europea de Derechos Humanos; cfr. J.-F. Flauss (1992: 1253-1268, esp. 1261-1267) (sobre “La dénonciation des clauses facultatives”).

⁹⁷ Cfr. ICJ, *Right of Passage over Indian Territory case Portugal c. India*, judgment (on preliminary objections of 26 of November, 1957, ICJ Reports, 1957, p. 142; y cfr. ICJ, *Nottebohm case Liechtenstein c. Guatemala*), judgment (on preliminary objection) of 18 of November, 1953, ICJ Reports, 1953, p. 123.

que es clara al disponer sobre la denuncia de “esta Convención”, y no de partes o cláusulas de la misma, lo que afectaría fatalmente su integridad. Un Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana bajo el artículo 62 de la misma, pasa a obligarse por la Convención como un todo. A pesar de los nuevos problemas que surgen constantemente en el derecho de los tratados, debemos aquí partir del principio de la *solidaridad* que une los Estados Partes en las obligaciones convencionales por ellos contraídas, del carácter indisociable de la propia noción de *tratado* (Reuter, 1989: 623-634; Flauss, 1992: 1253-1268), lo que se aplica aún con mayor fuerza en los tratados de derechos humanos.

El propósito de preservar la integridad de las obligaciones convencionales se desprende del artículo 44(1) de las dos Convenciones de Viena sobre Derechos de los Tratados (de 1969 y 1986), que parte precisamente del principio de que la denuncia o el retiro de un tratado sólo puede ser efectuado en relación con el conjunto del mismo, a menos que éste disponga o las Partes acuerden diversamente. La Convención Americana nada dispone sobre denuncia parcial o retiro de la aceptación de una u otra de sus cláusulas; esto no significa, en absoluto, que tal denuncia o retiro sea permitida. Ni todo lo que no está expresamente prohibido está implícitamente permitido; dado el silencio de la Convención sobre este

punto específico, se aplican los criterios consagrados en el artículo 56 (1) de las dos citadas Convenciones de Viena, a saber: la determinación de si fue la intención de las Partes permitir tal tipo de denuncia o retiro, y si se puede inferir tal tipo de denuncia o “retiro” de la naturaleza del tratado.

No nos consta que haya sido la intención de las Partes en la Convención Americana permitir tal tipo de denuncia o retiro;⁹⁸ caso contrario, hubieran dispuesto al respecto, a ejemplo de la Carta Social Europea (1961) que, a diferencia de la casi totalidad de los tratados de derechos humanos, permite la denuncia parcial de disposiciones de su parte II (art. 37(2)). Por lo anteriormente expuesto resulta claro que la denuncia parcial o “retiro” de la aceptación de determinadas cláusulas de la Convención Americana no se puede en absoluto inferirse de la naturaleza de la Convención como tratado de derechos humanos.⁹⁹

⁹⁸ Nada hay en los travaux préparatoires de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que permita llegar a esta conclusión; cfr. OEA (1969: 1-524).

⁹⁹ En todo caso, como señalamos en voto razonado en el caso Blake c. Guatemala (fondo, sentencia del 24 de enero de 1998), si un Estado cumplió efectivamente con el deber general de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (estipulado, v. g., en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), “muy difícilmente podría efectuar la denuncia, en razón de controles del propio derecho interno en un Estado democrático” (párr. 22).

Un examen de los debates al respecto de la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1968-1969, de la cual resultó la primera Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ayuda a aclarar la cuestión. Los criterios consagrados en el artículo 56(1) de la Convención de Viena se originan en el proyecto de artículos preparado para la Conferencia por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (proyecto del art. 53). En intervención en la Conferencia de Viena, el 8 de mayo de 1968, la delegación del Perú argumentó en favor de una enmienda que presentó con el propósito de enfatizar la excepción –con base en la naturaleza de los tratados– a la facultad de denuncia o retiro, sobre todo en relación con los tratados “normativos” (*law-making*);¹⁰⁰ la delegación del Perú pretendió con esto reducir al mínimo la facultad de denuncia o retiro, teniendo siempre presente la naturaleza del tratado.

La enmienda peruana contó con el respaldo de la delegación de Chile, por haber dado mayor precisión a los criterios propuestos por la Comisión de Derecho Internacional al respecto; en su intervención en los debates de la Conferencia de Viena en el mismo día, la delegación de Chile señaló que apoyaba la enmienda del Perú porque las demás, presentadas por otros Estados, al contrario de la del Perú, facilitaban, en lugar de dificultar, la denuncia o retiro unilateral.¹⁰¹ Es importante rescatar la posición defendida por Perú en la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados, y respaldada por Chile, que contribuyó a la consagración definitiva de los criterios consagrados en el artículo 56(1) de la Convención de Viena de 1969 (supra). Transcurridas tres décadas, el Estado del Perú, al haber pretendido “retirar” unilateralmente el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia contenciosa en relación con los mencionados casos Ivcher Bronstein y del Tribunal Constitucional (1999), asumió, así, una posición en sentido manifiestamente contrario, en este particular, a la que sostuvo en los *travaux préparatoires* de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

¹⁰⁰ Cfr. intervención del jefe de la delegación del Perú, L. Alvarado, reproducida en: United Nations Conference on the Law of Treaties - Official Records (First Session, Vienna, 26 March-24 May 1968), vol. I, doc. A/CONF.39/11, p. 337, párrs. 27-28.

¹⁰¹ Cfr. intervención del subjefe de la delegación de Chile, E. Vargas, reproducida en: United Nations Conference on the Law of Treaties - Official Records (First Session, Vienna, 26 March-24 May 1968), vol. I, doc. A/CONF.39/11, p. 341, párr. 29.

Inadmisibilidad de “retiro” unilateral con “efecto inmediato” de la competencia contenciosa de los tribunales internacionales de derechos humanos

En el dominio de la protección internacional de los derechos humanos no hay limitaciones “implícitas” al ejercicio de los derechos consagrados, y las limitaciones constantes de los tratados de protección han de ser restrictivamente interpretadas. La cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de los tribunales internacionales de derechos humanos no hace excepción a esto: no admite otras limitaciones que las expresamente contenidas en los tratados de derechos humanos en cuestión, y, dada su capital importancia, no podría estar a merced de limitaciones en ellos no previstas e invocadas por los Estados Partes por razones o vicisitudes de orden interno.¹⁰²

En sus estudios clásicos sobre la jurisdicción internacional, dos distinguidos académicos, C. W. Jenks y C. H. M. Waldock, alertaban, ya en las décadas del cincuenta y sesenta, sobre el grave problema que planteaba la inserción, por los Estados, de limitaciones y restricciones en sus instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (de la CIJ): han constituido ejemplos de tales excesos las reservas de dominio reservado (*domestic jurisdiction/compétence nationale exclusive*) de los Estados,¹⁰³ la previsión de retiro en cualquier momento de la aceptación de la cláusula facultativa, la previsión de modificación posterior de los términos de aceptación de la cláusula, y la previsión de inserción de nuevas reservas en el futuro (Jenks, 1964: 108, 113, 118, 760-761; Waldock, 1957: 270).

A pesar de que tales limitaciones jamás han estado previstas en la formulación de la cláusula facultativa, los Estados, ante tal vacío legal, se han sentido, sin embargo, “libres” para insertarlas, mirando contradictoriamente la base del sistema de jurisdicción internacional obligatoria. Ante tales excesos, aunque el instrumento de aceptación de competencia contenciosa de un tribunal internacional sea considerado un acto unilateral del Estado, establece, sin embargo, relaciones consensuales con los otros Estados Partes en el tratado, no pudiendo un Estado poner término a su instrumento de

¹⁰² Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi y Otros c. Perú (excepciones preliminares), sentencia del 4 de septiembre de 1998, Serie C, núm. 41, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párrs. 36 y 38.

¹⁰³ Para críticas a esas reservas y un examen de su superación en la práctica de los organismos internacionales, cf. A. A. Cançado Trindade (1976: 715-765, esp. 744-751) (para la jurisprudencia de la CIJ al respecto).

aceptación excepto de conformidad con los términos expresos de la misma, a la luz de lo dispuesto en el tratado; sería un absurdo concebir un sistema de jurisdicción internacional obligatoria que permitiera el retiro inmediato por decisión unilateral del Estado (Waldock, 1957; 263 y 285).¹⁰⁴ Como bien señaló Jenks, los instrumentos de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional “should respect the right of the Court to settle any dispute concerning its own jurisdiction in accordance with the Statute and should be undertaken for a period and on terms which ensure a reasonable measure of stability in the acceptance of the jurisdiction of the Court”¹⁰⁵ (Jenks, 1964: 760-761).

En efecto, la pretensión de un Estado de efectuar un retiro unilateral con “efecto inmediato” del instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional no tiene respaldo alguno en el derecho internacional: se trata de una pretensión enteramente infundada. Aunque el instrumento de aceptación prevea tal retiro, no puede pretender generar efectos inmediatos. Cabe recordar que la resolución sobre la “Competencia obligatoria de las instancias judiciales y arbitrales internacionales”, adoptada por el Institut de Droit International en su sesión de Neuchâtel de 1959, una década antes de la adopción de la primera Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dispuso sobre un “aviso previo de denuncia” (*préavis de dénonciation*) de la cláusula facultativa de “por lo menos 12 meses” (*au moins 12 mois*).¹⁰⁶

En la fundamentación de su resolución, el Institut, invocando la “necesidad de reforzar la confianza de los pueblos y los gobiernos en la justicia internacional”, advirtió que los Estados, al presentar sus instrumentos de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional, “devraient le faire en des termes précis, qui respectent le droit de la Cour de juger de sa propre compétence conformément à son Statut et ne permettent pas aux États d’éluder leur soumission à la juridiction internationale”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Cfr. también J. G. Merrills (1979: 93): “the damaging effect of instantaneously terminable declarations is now incontrovertible”.

¹⁰⁵ “(...) deberían respetar el derecho de la Corte de resolver cualquier controversia relativa a su propia competencia de acuerdo con el Estatuto y deberían efectuarse por un periodo y en los términos que aseguren una medida razonable de estabilidad en la aceptación de la competencia de la Corte”.

¹⁰⁶ Párrafo 3; texto en: *Annuaire de l’Institut de Droit International*, núm. 48, 1959, p. 360.

¹⁰⁷ “(...) deberían hacerlo en términos precisos, que respeten el derecho de la Corte de decidir sobre su propia competencia de conformidad con su Estatuto, y no permitan a los Estados eludir su sometimiento a la jurisdicción internacional”, párr. 2; texto en: *Annuaire de l’Institut de Droit International*, núm. 48, 1959, pp. 359-361, esp. p. 360.

En efecto, el artículo 56(2) de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986) estipula un plazo de anticipación de “por lo menos doce meses” para la notificación por un Estado Parte de su intención de denunciar un tratado o retirarse de él. En su proyecto de artículos comentado, que sirvió de base a la adopción de la Convención de Viena de 1969, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas explicó (en el comentario al proyecto del art. 53) que era “esencial” someter tal denuncia o retiro a “un plazo razonable de aviso”. Al formular la regla general del plazo de por lo menos *doce meses*, consagrada finalmente en ambas Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, la Comisión de Derecho Internacional consideró “deseable establecer un periodo más largo en lugar de uno más corto, a fin de dar protección adecuada a los intereses de las otras Partes en el tratado”.¹⁰⁸

Este entendimiento cuenta con reconocimiento judicial. En los casos de los Ensayos Nucleares (Australia y Nueva Zelanda c. Francia, 1974), ante la actitud recalcitrante del Estado demandado, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) señaló que, así como la regla del *pacta sunt servanda* en el derecho de los tratados se basa en la buena fe, de igual modo una obligación internacional contraída por una declaración unilateral –de aceptación de su competencia contenciosa– tiene carácter obligatorio (*binding character*); de ese modo, agregó la CIJ, “los Estados interesados pueden tomar conocimiento de las declaraciones unilaterales y depositar confianza en ellas, estando habilitados para exigir que la obligación así creada sea respetada”.¹⁰⁹ La declaración de aceptación tiene el carácter de un compromiso jurídico (*legal undertaking/ engagement juridique*), estando el Estado en cuestión obligado a “seguir una línea de conducta consistente con su declaración”.¹¹⁰

Posteriormente, ante la acción que promovió Nicaragua, Estados Unidos buscó, por notificación de 1984, cambiar sustancialmente su declaración de aceptación de 1946 de la competencia obligatoria de la CIJ, invocando un “derecho soberano, inherente, extra-estatutario” de hacerlo. La CIJ, a su vez, reiteró su entendimiento en el sentido de que, a pesar de ser facultativa, la declaración de aceptación de su competencia contenciosa, que comporta distintas formulaciones, una vez efectuada, no autoriza el Estado a cambiar

¹⁰⁸ Citado en United Nations Conference on the Law of Treaties - Official Records (Documents of the Conference), vol. III, doc. A/CONF.39/11/Add.2, p. 71, párr. 6.

¹⁰⁹ ICJ, Nuclear Tests case Australia c. France, judgment of 20 of December, 1974, ICJ Reports, 1974 p. 268, párr. 46, y p. 473, párr. 49.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 267, párr. 43.

posteriormente su contenido y alcance como bien entienda; aunque sea un acto unilateral del Estado, tal declaración, una vez efectuada, establece una serie de compromisos con los otros Estados Partes que también aceptaron la misma obligación de jurisdicción internacional obligatoria.¹¹¹

La CIJ remató, en conclusión sobre este punto, con la advertencia de que:

(...) el derecho de poner fin inmediatamente a declaraciones con duración indefinida encuéntrase lejos de estar establecido. La exigencia de la buena fe parece imponer que se debería a ellas aplicar por analogía el tratamiento previsto por el derecho de los tratados, que requiere un plazo razonable para el retiro o la denuncia de tratados que no contienen disposición alguna sobre la duración de su validez.¹¹²

Estos pronunciamientos de la CIJ, además de conclusivamente aclaradores sobre la cuestión en examen, han sido aclamados en la doctrina como un reconocimiento de la función autónoma del principio general de la buena fe en la creación de obligaciones jurídicas (De Visscher, 1984: 463-464).

El hecho de que se trata de una cláusula facultativa no la priva de su importancia trascendental, y, en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos, de su carácter de cláusula pétrea. Es facultativa porque el tratado internacional en cuestión así lo dispone, y el acto estatal de su aceptación es condicionado por lo que determina dicho tratado: se trata de un acto unilateral en cuanto al origen y a la forma, pero multilateral en cuanto a sus efectos jurídicos, en la medida en que, una vez efectuado, establece compromisos convencionales entre los Estados Partes para el ejercicio de la garantía colectiva subyacente al tratado internacional.

Este acto de aceptación representa una opción abierta por el propio tratado para que el Estado pueda decidir obligarse por él como un todo. Tal acto –distintamente de los actos jurídicos unilaterales *stricto sensu*– no podría materializarse fuera del marco de las obligaciones convencionales de protección. Así, para que la referida aceptación sea terminada unilateralmente, se aplican las reglas que rigen la terminación de los tratados, las cuales, como se ha visto, descartan claramente dicha terminación o “retiro” con “efecto inmediato” (cf. *supra*).

Hay, además, una diferencia básica en el elemento temporal entre el inicio y el término de vigencia de la aceptación de una cláusula

¹¹¹ *Ibid.*, p. 418, párrs. 59-60.

¹¹² *Ibid.*, p. 420, párr. 63.

facultativa de la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional. Lo que es inmediato, con el depósito del instrumento de aceptación de dicha cláusula, es el inicio de su vigencia. Pero si el *inicio* es inmediato (se da *ipso facto* con la aceptación de la referida cláusula), el *término* no puede serlo, en razón de los compromisos consensuales ya creados entre los Estados Partes por su aceptación de la cláusula.

Dicha aceptación establece estos compromisos, que no pueden ser terminados con la misma inmediatez con que fueron creados, en aras de la seguridad jurídica. En este sentido se ha pronunciado la CIJ, en los casos del Derecho de Paso sobre el Territorio Indiano (Portugal c. India, 1957),¹¹³ y de la Frontera Terrestre y Marítima entre Camerún y Nigeria (1998).¹¹⁴

El carácter objetivo de las obligaciones convencionales de protección también tiene aquí incidencia.¹¹⁵ En su voto disidente en el caso de los Préstamos Noruegos (1957) ante la CIJ, el jurista salvadoreño juez J. G. Guerrero ponderó que no era posible establecer un régimen de derecho si cada Estado se reservase el poder de decidir por sí mismo lo que es el derecho; el problema por resolver era, pues, el de saber si la voluntad unilateral de un Estado podría tener prioridad sobre la voluntad colectiva expresada en un instrumento tan importante como el Estatuto de la Corte.¹¹⁶ En definitiva, ya no se puede concebir el “retiro” de la aceptación de una cláusula pétreo desde una óptica meramente contractualista, como manifestación de un *laissez-faire* propio de un pasado ya bien distante y sepultado: hay que evolucionar hacia estándares objetivos de conducta y evaluación,¹¹⁷ a fin de preservar un

¹¹³ International Court of Justice, case concerning the Right of Passage over Indian Territory (preliminary objections), judgment of 26 of november, 1957, ICJ Reports, 1957, p. 146.

¹¹⁴ International Court of Justice, case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (preliminary objections - Cameroon c. Nigeria), judgment of 11 June, 1998, relatado en: ICJ communiqué 98/23 bis, de 11.06.1998, p. 4.

¹¹⁵ No es función de los tribunales internacionales de derechos humanos asegurar la debida aplicación por los Estados Partes de su propio derecho interno, sino más bien asegurar la correcta aplicación de los respectivos tratados de derechos humanos en el ámbito de su derecho interno, a fin de proteger todos los derechos en éstos consagrados. Cualquier entendimiento en contrario sustraería de aquellos tribunales internacionales las facultades de protección inherentes a su jurisdicción, privando indebidamente los respectivos tratados de derechos humanos de efectos en el derecho interno de los Estados Partes.

¹¹⁶ International Court of Justice, Norwegian Loans case France c. Norway, Judgment of 6 of July, 1957, ICJ Reports, 1957, dissenting opinion of judge Guerrero, p. 69. Y cfr. también la crítica, en el mismo sentido, de Hersch Lauterpacht (1958: 345).

¹¹⁷ Cfr., en este sentido, E. McWhinney, “Judicial Settlement of Disputes - Jurisdiction and Justiciability”, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, num. 221, 1990, pp. 90-91.

mínimo de seguridad jurídica en cuanto a las obligaciones de protección contraídas.¹¹⁸

EL ALCANCE DEL DEBER ESTATAL DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y EL EJERCICIO DE LA GARANTÍA COLECTIVA POR LOS ESTADOS PARTES

A las dos cláusulas pétreas de la protección internacional de los derechos humanos –el derecho de petición individual y la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos– se agregan dos elementos fundamentales: el deber estatal de cumplimiento de las sentencias de dichos tribunales, y el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en los tratados de derechos humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, v. g., determina que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (art. 68(1)). Si el Estado deja de cumplir esta obligación, incurre en una nueva violación de la Convención Americana, en adición a la violación original de alguno(s) de los derechos por ésta protegido(s).

Esto corresponde a un principio elemental del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, sólidamente respaldado, hace décadas, por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe, no pudiendo invocar, como justificativa para su incumplimiento, disposiciones o dificultades de derecho constitucional o interno.¹¹⁹ Este principio básico, judicialmente consagrado de forma inequívoca y contundente, se encuentra debidamente codificado precisamente en el artículo 27 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986).

¹¹⁸ En fin, hay que precaverse contra el uso de alegatos vacíos de sentido. Así, por ejemplo, en lo que concierne a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, alegar, como se hizo en dos casos recientes que, al “retirarse” de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado en cuestión se mantendría, sin embargo, “sometido” a la competencia consultiva de la Corte, no es nada más que un sofisma, por cuanto el ejercicio de dicha competencia consultiva alcanza indistintamente tanto los Estados Partes en la Convención Americana como los Estados no Partes en la Convención que sean miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

¹¹⁹ Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, núm. 17, p. 32; CPJI, caso de los Nacionales Polacos de Danzig (1931), Serie A/B, núm. 44, p. 24; CPJI, caso de las Zonas Libres (1932), Serie A/B, núm. 46, p. 167; Corte Internacional de Justicia (CIJ), caso de la Aplicabilidad de la Obligación de Arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (caso de la Misión de la OLP), ICJ Reports (1988), pp. 31-32, párr. 47.

Así, las supuestas o alegadas dificultades de orden interno no eximen de modo alguno a los Estados Partes en tratados de derechos humanos de la responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones convencionales internacionales contraídas, incluso la de dar cumplimiento a las decisiones del tribunal internacional de derechos humanos. En el presente dominio de protección hay una circunstancia agravante. La Convención Americana –así como algunos otros tratados de derechos humanos– establece el derecho a un juicio justo por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (art. 8). Este derecho sería ilusorio si se refiriera tan sólo a la formulación de las garantías procesales y a la conducta de las partes litigantes, sin abarcar también la implementación de las decisiones judiciales, lo que difícilmente se conformaría con la propia noción del Estado de derecho (*rule of law/prééminence du droit*).¹²⁰

La correcta administración de la justicia es uno de los elementos esenciales del Estado de derecho, la cual incluye la ejecución de las sentencias, y aún más cuando éstas buscan asegurar la intangibilidad de las garantías del debido proceso legal (a ejemplo de muchas de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos). Como la Corte Europea de Derechos Humanos ha bien advertido en su reciente sentencia en el caso *Hornsby c. Grecia* (fondo, 1997), la omisión o recusación de las autoridades públicas de ejecutar una sentencia constituye una *denegación del acceso a la justicia* (a niveles tanto nacional como internacional).¹²¹

En resumen y conclusión sobre este punto, un Estado Parte en las convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos, que deja de ejecutar una sentencia de la Corte Interamericana o Europea de Derechos Humanos, no hace cesar las consecuencias de la violación original –establecida por aquellas Cortes– de las Convenciones respectivas, incurriendo de ese modo en una violación adicional de estas últimas, así como en una denegación del acceso a la justicia bajo las mismas. Hay, pues, que adoptar, en el plano nacional, mecanismos de derecho interno para asegurar la fiel ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos.

¹²⁰ Cfr., en este sentido, European Court of Human Rights, *Hornsby c. Greece case*, judgment of 19 of March, 1997, Series A, núm. 33, pp. 510-511, párr. 40.

¹²¹ Cfr. *ibíd.*, pp. 511-512, párrs. 41 y 45 (en violación del artículo 6(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos). Más recientemente, en su sentencia sobre reparaciones (del 1 de abril de 1998) en el mismo caso *Hornsby c. Grecia*, la Corte Europea expresó “un sentimiento de incertidumbre y ansiedad” y “un profundo sentimiento de injusticia” generados por el incumplimiento de su sentencia; European Court of Human Rights, *Hornsby c. Greece case* (reparations), p. 8, párr. 18 (mecanografiado, sin publicar).

En el plano internacional hay, del mismo modo, que desarrollar la supervisión del fiel cumplimiento, por los Estados, de las sentencias de aquellos tribunales,¹²² sobre todo la Corte Interamericana. A ese respecto, a la par de la obligación de todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos de proteger los derechos en éstos consagrados y garantizar su libre y pleno ejercicio a todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones, existe también la obligación de los Estados Partes *inter se* de asegurar la integridad y efectividad de la Convención: este deber general de protección (la garantía colectiva) es de interés directo de cada Estado Parte, y de todos ellos en conjunto.

CONCLUSIONES

A la luz de todo lo expuesto, nos permitimos exponer, en fin, nuestras conclusiones. La cristalización de la personalidad y la plena capacidad jurídicas internacionales del ser humano constituye el mayor legado de la ciencia jurídica del siglo XX. El modelo westphaliano del ordenamiento internacional se muestra agotado y superado. Con la actual emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado, tenemos el privilegio, en el umbral del siglo XXI, de testimoniar el proceso de *humanización* del derecho internacional, que pasa a ocuparse más directamente de la realización de metas comunes superiores.

El reconocimiento de la centralidad de los derechos humanos corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos. La titularidad jurídica internacional del ser humano, tal como la anteveían los llamados fundadores del derecho internacional (el derecho de *gentes*), es hoy una realidad. En la construcción del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia *pari passu* de consideraciones superiores de *ordre public*, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del derecho internacional general (el *jus cogens*), de los derechos fundamentales inderogables, de las obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a la comunidad internacional como un todo).

Constituyen pilares básicos del mecanismo de la protección internacional de los derechos humanos las que disponen sobre el derecho de petición individual y la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales (cortes Interamericana y Europea) de derechos humanos. Son ellas las que en realidad aseguran la referida emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado, como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. Son cláusulas de fundamental

¹²² Para un estudio reciente, cfr. E. Lambert (1999: 99-527).

importancia de los tratados de derechos humanos, sin las cuales los derechos en éstos consagrados se reducirían a poco más que letra muerta.

El derecho de petición individual es una cláusula pétrea de los tratados de derechos humanos que lo consagran –a ejemplo del artículo 25 de la Convención Europea y del artículo 44 de la Convención Americana–, sobre la cual se erige el mecanismo jurídico de la emancipación del ser humano *vis-à-vis* el propio Estado para la protección de sus derechos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Es por medio del ejercicio del derecho de petición individual a la instancia judicial internacional de protección que se da expresión concreta al reconocimiento de que los derechos humanos que deben ser protegidos son inherentes al ser humano, no derivan del Estado, y tampoco pueden ser por éste suprimidos.

En las audiencias públicas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en distintos casos –sobre todo las audiencias relativas a reparaciones– nos ha llamado particularmente la atención el señalamiento, cada vez más frecuente, por parte de las víctimas o de sus familiares, en el sentido de que, si no fuese por el acceso a la instancia internacional, jamás se hubiera hecho justicia en sus casos concretos. Seamos realistas: sin el derecho de petición individual, y el consecuente acceso a la justicia a nivel internacional, los derechos consagrados en la Convención Americana se reducirían a poco más que letra muerta. Es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que los derechos consagrados en la Convención se tornan *efectivos*. El derecho de petición individual abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional. No nos quedaríamos cortos al afirmar –permitiéndonos la metáfora– que el derecho de petición individual es indudablemente la estrella más luminosa en el firmamento de los derechos humanos.

Así, más allá de lo que expresamente disponen los tratados de derechos humanos al respecto, tal cláusula pétrea no admite restricciones de derecho interno: la cláusula que consagra el derecho de petición individual constituye materia de *ordre public* internacional, que no podría estar a merced de limitaciones no previstas en los tratados de protección, invocadas por los Estados Partes por razones o vicisitudes de orden interno. Si de ese modo no hubiese sido originalmente concebido y consistentemente entendido el derecho de petición individual, muy poco habría avanzado la protección internacional de los derechos humanos en ese medio siglo de evolución. El derecho de petición individual constituye, como se ha indicado, una conquista definitiva del derecho internacional de los derechos humanos, que debe ser siempre decididamente resguardada por los tribunales internacionales de derechos humanos.

La cláusula relativa a la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos es otra cláusula pétrea de la protección internacional del ser humano. Las dos mencionadas cláusulas pétreas no admiten cualesquiera restricciones otras que las previstas en los tratados de derechos humanos. La permisividad de la inserción de limitaciones, no previstas en tales tratados, en un instrumento de aceptación de una cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria –ejemplificada por la práctica estatal bajo el artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ (supra)– constituye una lamentable deformación histórica de la concepción original de dicha cláusula, inaceptable en el campo de la protección internacional de los derechos humanos.

Cualquier acto, por parte de un Estado demandado, que pretenda restringir el alcance de la competencia de un tribunal internacional es, además de inocuo, jurídicamente inválido, pues sólo el tribunal en cuestión tiene el poder inherente de resolver cualquier cuestión acerca del alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz Kompetenz*). Si no fuera así, no habría seguridad jurídica en el contencioso internacional, con consecuencias nefastas sobre todo en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos. La pretensión de analogía entre el contencioso interestatal clásico y el contencioso internacional de los derechos humanos –dominios fundamentalmente distintos– es manifiestamente inadecuada, por cuanto en este último las consideraciones de orden superior (*ordre public* internacional) priman sobre el voluntarismo de los Estados. Estos últimos no pueden pretender contar con la misma latitud de discrecionalidad que se han reservado en el contexto tradicional del contencioso puramente interestatal.

El principio de la efectividad (*ut res magis valeat quam pereat/effet utile*) abarca las normas tanto sustantivas como procesales de los tratados de derechos humanos, y el carácter objetivo de las obligaciones de protección y la noción de garantía colectiva subyacente a tales tratados tienen primacía sobre restricciones adicionales emanadas del Estado individual. En particular, la práctica estatal incongruente bajo el artículo 36(2) del Estatuto de la CIJ no puede de modo alguno servir de ejemplo o modelo a la práctica de los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (en particular en relación con la jurisdicción de las cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos).

Hay que distinguir los actos jurídicos unilaterales *stricto sensu*, en el campo del derecho internacional general (v. g., reconocimiento, protesta, promesa, renuncia), de los actos jurídicos unilaterales enmarcados en el derecho de los tratados (ratificación, adhesión, reservas, denuncia, aceptación de cláusula facultativa). Los primeros son

autosuficientes, se completan por sí mismos, son autónomos; los segundos son previstos y condicionados por las reglas del derecho de los tratados. La aceptación de una cláusula facultativa de un tratado equivale a un acto facultativo de ejecución del tratado, por medio del cual el Estado decide obligarse por el tratado como un todo.

Las reglas del derecho de los tratados no permiten que una obligación convencional, aunque contraída por un acto unilateral de aceptación de una cláusula facultativa, sea “retirada” por el Estado en cualquier momento y como bien entienda. Dicho “retiro” equivale a una denuncia de dicha cláusula, no autorizada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual prevé solamente la denuncia de la Convención como un todo (en los términos del art. 78). La preocupación en preservar la integridad de los tratados encuentra respaldo tanto en la doctrina como en la normativa internacional al respecto, y asume importancia capital en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos. La pretensión de “retiro” unilateral¹²³ con “efecto inmediato” es manifiestamente infundada, no tiene respaldo alguno en el derecho internacional, y es condenada y rechazada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia internacionales al respecto. De otro modo, estaría irremediablemente minada la seguridad jurídica entre los Estados Partes, atentando así mismo contra el principio básico de la buena fe (*bona fides*) subyacente a la regla del *pacta sunt servanda*.

¹²³ Se pueden contemplar diferentes hipótesis. Primero, si un Estado acepta la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por un plazo determinado, y el plazo expira, cesa la aceptación – sin que con esto haya “retiro” por parte del Estado–, hasta que tal aceptación sea renovada por el Estado (pero si el plazo expira y hay, en relación con el Estado en cuestión, un caso pendiente ante la Corte, la expiración del caso en nada afecta la competencia de la Corte, que sigue examinando el caso hasta su decisión final; cfr., en este sentido, el caso *Nottebohm* ante la CIJ, oponiendo Liechtenstein a Guatemala, sentencia sobre excepción preliminar del 18 de noviembre de 1953, ICJ Reports, 1953, pp. 121-123). Un “retiro” no sería de modo alguno posible antes de que expirara el plazo. Y la denuncia parcial de la cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte no está contemplada en la Convención Americana. Segundo, si un Estado acepta la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por plazo indeterminado previendo la posibilidad de “retiro” (una restricción que no consta en el artículo 78 de la Convención Americana, y que los Estados ciertamente deberían evitar), para que el “retiro” genere efectos se aplica análogicamente el plazo mínimo de doce meses previsto en los términos del artículo 78 de la Convención Americana y convalidado por el derecho de los tratados en relación con este punto específico. Y tercero, si un Estado acepta la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por plazo indeterminado sin previsión de “retiro”, éste no es más posible por cuanto no cabe la interposición de cualquier restricción adicional posterior a la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, excepto si el Estado decide denunciar la Convención Americana como un todo, en los términos del artículo 78 de la misma (plazo mínimo de doce meses), y aceptar la responsabilidad por las consecuencias negativas de ese retroceso en el sistema interamericano de protección y en la causa de los derechos humanos en general.

En cualquier hipótesis, la pretensión de denuncia –total o parcial– con “efecto inmediato” no tiene fundamento, ni en la Convención Americana, ni en el derecho internacional. Si se permitiera que un Estado Parte se retirara de la competencia en materia contenciosa de un tribunal internacional de derechos humanos, en el momento en que el mismo determinara y según sus propios términos, tal precedente gravísimo explotaría y pulverizaría en poco tiempo las bases de la referida protección internacional construidas con tanto esfuerzo a lo largo de las últimas cinco décadas. En cualesquiera circunstancias, como se ha señalado, es la Corte Interamericana, y no el Estado demandado, el árbitro final del alcance de su competencia contenciosa y de las obligaciones convencionales de protección consagradas en la Convención Americana.

El derecho de petición individual internacional, y la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos constituyen, en nuestro entender, la más preciosa conquista del derecho internacional de los derechos humanos y el más importante legado jurídico del siglo XX, marcado por tantos atentados contra la dignidad del ser humano. Bajo el texto original de la Convención Europea de Derechos Humanos (arts. 25 y 46), las dos cláusulas eran facultativas, y hoy día, con la vigencia del Protocolo 11 a la Convención Europea, son mandatorias y no admiten restricciones. Bajo el texto original de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 44 y 62) el derecho de petición individual siempre fue mandatorio, pero la cláusula de la competencia de la Corte Interamericana sigue siendo facultativa. Ha llegado el tiempo de enmendar el artículo 62 de la Convención Americana, para tornar dicha cláusula también mandatoria, de conformidad con su carácter de cláusula pétrea, estableciendo así el *automatismo* de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹²⁴

Un Estado Parte en las citadas convenciones regionales de derechos humanos que no ejecuta una sentencia de la Corte Interamericana o Europea, deja de hacer cesar las consecuencias de la violación original –establecida por la Corte– de la Convención en cuestión, incurriendo de ese modo en una violación adicional de la misma. Es un principio básico del derecho de la responsabilidad del Estado, firmemente fundamentado en el propio derecho de los tratados y ampliamente respaldado por la jurisprudencia internacional, que ningún

¹²⁴ Con la necesaria enmienda, mediante un Protocolo, del artículo 62 de la Convención Americana, poniendo fin a las restricciones en él previstas, descartando expresamente la posibilidad de cualesquiera otras restricciones, y poniendo igualmente fin a la reciprocidad y al carácter facultativo de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, la cual se tornaría obligatoria para todos los Estados Partes.

Estado puede alegar dificultades de orden constitucional o interno para intentar justificar el incumplimiento de sus obligaciones convencionales internacionales.

No podríamos terminar estas conclusiones sin una última línea de consideraciones, *de lege ferenda*. En el ámbito del derecho internacional general ha llegado el tiempo de avanzar decididamente en el perfeccionamiento de la solución judicial de controversias internacionales.

En los últimos ochenta años, los avances en este campo podrían haber sido mucho mayores si la práctica estatal no hubiera traicionado el propósito que inspiró la creación del mecanismo de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (de la CPJI y la CIJ), cual es, la sumisión de los intereses políticos al derecho mediante el desarrollo en la realización de la justicia a nivel internacional. Ha llegado el tiempo de superar en definitiva la lamentable falta de automatismo de la jurisdicción internacional. Con las distorsiones de su práctica en la materia, los Estados se ven hoy ante un dilema que debería ya estar superado hace mucho: o retornan a la concepción voluntarista del derecho internacional, abandonando de una vez la esperanza en la preeminencia del derecho sobre la política de poder,¹²⁵ o retoman y realizan el ideal de construcción de una comunidad internacional más cohesionada e institucionalizada a la luz del derecho y la justicia, moviendo resueltamente del *jus dispositivum* al *jus cogens*.¹²⁶

El mismo dilema se plantea en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos. En lo tocante al sistema

¹²⁵ En realidad, no se ha avanzado más en la solución judicial de controversias internacionales precisamente porque los Estados se han mostrado refractarios a ella, dispensando mayor atención a los factores políticos (De Visscher, 1966: 204; Delbez, 1962: 68). Más recientemente, un ex presidente de la CIJ criticó como insatisfactorio el mal uso hecho por los Estados del mecanismo de la cláusula facultativa (de la jurisdicción obligatoria de la CIJ) del Estatuto de la Corte; en sus palabras, los Estados pueden considerar que "hay alguna ventaja política en permanecer fuera de un sistema que permite a los Estados adherir más o menos en sus propios términos en un momento oportuno" (Jennings, 1995: 495). Esta práctica estatal distorsionada no puede, en definitiva, servir de modelo a la operación de los tratados de derechos humanos.

¹²⁶ Y teniendo siempre presente que la protección de los derechos fundamentales nos sitúa precisamente en el dominio del *jus cogens*. Al respecto, en una intervención en los debates del 12 de marzo de 1986 de la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, nos permitimos advertir la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *jus cogens* de la concepción voluntarista del derecho internacional, la cual no es capaz siquiera de explicar la formación de reglas del derecho internacional general. Cfr. UN, United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (Vienna, 1986) - Official Records, vol. I, N.Y., UN, 1995, pp. 187-188 (intervención de A. A. Cançado Trindade). Para un estudio reciente, cfr. A. A. Cançado Trindade (1999: 155-215, esp. 207-215).

interamericano de protección, en particular, los Estados Partes en la Convención Americana se encuentran hoy, en este *fin de siècle*, en una encrucijada: deben proceder a un examen de conciencia para decidir qué tipo de sistema interamericano de protección de los derechos humanos realmente pretenden tener. Si desean un “sistema” maleable, flexible, frágil, un tanto primitivo, que les permita intentar acomodar la aplicación de la Convención Americana a sus propios intereses o percepciones, y subordinarla a las vicisitudes de sus respectivos derechos internos, basta apegarse a la concepción voluntarista retrógrada del derecho internacional, propia de un pasado de triste memoria.

Si, en cambio, desean un verdadero *sistema*, fortalecido, eficaz y capaz de asegurar la protección de los derechos humanos a pesar de las insuficiencias de sus respectivos derechos internos, el camino que se debe seguir –aunque gradualmente– es, a mi modo de ver, clarísimo: primero, la ratificación de la Convención Americana, o adhesión a la misma, por todos los Estados del hemisferio, jurídicamente iguales; segundo, la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, sin restricciones, por todos los Estados Partes en la Convención; tercero, la previsión del *automatismo* de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana para todos los Estados Partes, sin restricciones; cuarto, la adopción de medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención, a fin de asegurar la aplicabilidad directa de sus normas en el derecho interno de los Estados Partes; y quinto, el acceso directo de los individuos, como sujetos del derecho internacional de los derechos humanos con plena capacidad procesal, a la jurisdicción de la Corte Interamericana, operando en base permanente y con los recursos humanos y materiales indispensables y adecuados.

El imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana requiere, en un primer momento, que se asegure la más amplia participación de los individuos (*locus standi*) en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, con la preservación de las funciones no contenciosas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tal participación puede ser asegurada mediante modificaciones (que comenzamos a introducir en septiembre de 1996) en el Reglamento de la Corte, seguidas de la cristalización del derecho de acceso directo (*ius standi*) de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana (o sea, a la justicia en el plano internacional) mediante la adopción de un Protocolo Facultativo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos con este propósito.¹²⁷

¹²⁷ Cf. A. A. Cançado Trindade (1996: 47-95; 1998: 573-603; 1998b: 1-27; 1999a: 521-544).

Esto no es un sueño o una utopía: en el sistema europeo de protección de los derechos humanos ya se tornó una realidad.¹²⁸ El presente dominio de protección no admite retrocesos o paralización. Nos atrevemos a alimentar la confianza en que los Estados Partes en la Convención Americana darán muestras de su determinación de ejercer la *garantía colectiva* subyacente a la Convención y de fortalecer su mecanismo de protección. En este propósito, urge que el antiguo ideal de la jurisdicción internacional obligatoria permanente¹²⁹ se realice también en el continente americano, en el presente dominio de protección, con las necesarias adaptaciones a su realidad de los derechos humanos. Perseverar en la realización de este ideal es un deber ineludible de todos los verdaderos jusinternacionalistas de nuestra región.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCIOLY, Hildebrando (1933), *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, 1 edición, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional.
- ALDRICH, G. H. (1996), "Individuals as Subjects of International Humanitarian Law", *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer.
- AL MIDANI, M. A. (1997), "Présentation de la Charte arabe des droits de l'homme", *Direitos Humanos: A Promessa do Século XXI*, Porto, ILSA.
- ÁLVAREZ, Alejandro (1944), *La reconstrucción del derecho de gentes - El nuevo orden y la renovación social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento.
- ANAND, R. P. (1961), *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, New Delhi/Bombay, Asia Publishers House.
- ARANGIO-RUIZ (1972), *G.Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ.
- ASSOCIATION INTERNATIONALE VITORIA-SUAREZ (1939), *Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone.
- BARBERIS, Julio A. (1984), *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos.
- BEAUTÉ, Jean (1962), *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, Paris, LGDJ.

¹²⁸ Con la entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1998, del Protocolo 11 a la Convención Europea de Derechos Humanos.

¹²⁹ En monografía publicada en 1924, cuatro años después de la adopción del Estatuto de la antigua CPJI, N. Politis, al recordar la evolución histórica de la justicia privada a la justicia pública, abogó igualmente por la evolución, en el plano internacional, de la justicia facultativa a la justicia obligatoria; cfr. N. Politis (1924: 7-255, esp. 193-194 y 249-250).

- BERNHARDT, R. (1995), "Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol num. 11", *American Journal of International Law*, num. 89.
- BORCHARD, E. M. (1930), "The Access of Individuals to International Courts", *American Journal of International Law*, num. 24.
- BOURQUIN, M. (1931), "Règles générales du droit de la paix", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, num. 35.
- (1950), "L'humanisation du droit des gens", *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ.
- BRIERLY, J. L. (1963), *The Law of Nations*, 6 edition, Oxford, Clarendon Press.
- BRIGGS, H. W. (1958), "Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, num. 93.
- BROWN, Scott (1934), *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford-Carnegie Endowment for International Peace.
- BROWNLIE, Ian (1995), *Principles of Public International Law*, 4 edition, Oxford, Clarendon Press.
- CANÇADO Trindade, A. A. (1976), "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", *International and Comparative Law Quarterly*, num. 25.
- (1977), "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", *Netherlands International Law Review*, num. 24.
- (1981a), *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília.
- (1981b), "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-assessment", *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, num. 59, Sottile.
- (1996a), "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas", en: *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (eds. D. Bardonnet y A. A. Cançado Trindade), La Haye/San José de Costa Rica, Académie de Droit International de La Haye/IIDH.
- (1996b), Intervención del juez A. A. Cançado Trindade y las respuestas del Sr. Walter Márquez y de la Sra. Ligia Bolívar, como representantes de las víctimas, en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Transcripción de la audiencia pública celebrada en la sede de la Corte el día 27 de enero de 1996 sobre reparaciones - Caso El Amparo* (mecanografiado, circulación interna).
- (1998a), "El derecho de petición individual ante la jurisdicción internacional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 48, UNAM.

- (1998b), “The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century”, *Columbia Human Rights Law Review*, num. 30, New York.
- (1998c), “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos* (eds. J. E. Méndez y F. Cox), San José de Costa Rica, IIDH.
- (1999a), “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments”, *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l’homme à l’aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant.
- (1999b), “The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, núm. 3, Castellón.
- (1999c), *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris.
- (2000a), “A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacionale os Limites da Razão de Estado”, *Quem Está Escrevendo o Futuro? Textos para o Século XXI*, num. 25, Brasília, Letraviva.
- (2000b), “O Caso do Timor - Leste (1999): O Direito de Autodeterminação do Povo Timorense”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, num. 1.
- CARNEIRO, Levi (1945), *O Direito Internacional e a Democracia*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Fo. Ed.
- CARRILLO Salcedo, J-A. (1992), “Vers la réforme du système européen de protection des droits de l’homme”, in: *Présence du droit public et des droits de l’homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, vol. II, Bruxelles, Bruylant.
- (1996), “Droit international et souveraineté des États - Cours général de Droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, num. 257.
- BASSIN, R. (1950), “L’homme, sujet de droit international et la protection des droits de l’homme dans la société universelle”, in: *La technique et les principes du Droit public - Études en l’honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ.
- (1967), “Vingt ans après la Déclaration Universelle”, *Revue de la Commission Internationale de Juristas*, num. 8.
- (1987), “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, num. 202.
- COUNCIL OF EUROPE (1992), *Protocol 9 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - Explanatory Report*, Strasbourg, CE.
- (1994), *Protocol 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Explanatory Report*, Strasbourg, CE.

- Council of Europe/Conseil de l'Europe (1977), *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Rights/Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, vol. IV, The Hague, Nijhoff.
- DAES, I. A. (1988), *La condition de l'individu et le droit international contemporain*, Naciones Unidas/CDH, doc. E/CN.4/Sub.2/1988/33, de 18.07.1988.
- DE SALVIA, M. (1990), "Il Nono Protocollo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: Punto di Arrivo o Punto di Partenza?", *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, num. 3.
- DE VISSCHER, Che (1970), *Théories et réalités en Droit international public*, 4 edition rev., Paris, Pédone.
- DE VISSCHER, Paul (1984), "Remarques sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice relative au fondement obligatoire de certains actes unilatéraux", *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs/Études de Droit international en l'honneur du Juge Manfred Lachs*, The Hague, Nijhoff.
- DE VISSCHER, Charles (1966), *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, Paris, Pédone.
- DE VITORIA, Francisco (1960), *De Indis - Relectio Prior*(1538-1539), en: *Obras de Francisco de Vitoria - Elecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC.
- DEBRICON, A. (1998), "L'exercice efficace du droit de recours individuel", *The Birth of European Human Rights Law - Liber Amicorum, Studies in Honour of Carl A. Norgaard*, (eds. M. de Salvia y M. E. Villiger), Baden-Baden, Nomos V.
- DELBEZ, Louis (1962), *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ.
- DROST, P. N. (1965), *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff.
- DUGARD, J. (1996), "1966 and All That: the *South West African* Judgement Revisited in the *East Timor* Case", *African Journal of International and Comparative Law*, num. 8.
- DUGUIT, L. (1901), *L'État, le Droit objectif et la loi positive*, vol. I, Paris, A. Fontemoing Ed.
- DUPUY, René-Jean (1986), *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/Unesco.
- DURANTE, F. (1958), *Ricorsi Individuali ad Organi Internazionali*, Milano, Giuffrè.
- DRZEMCZEWSKI, A. (1997), "A Major Overhaul of the European Human Rights Convention Control Mechanism: Protocol 11", *Collected Courses of the Academy of European Law*, num. 6.
- (1999), "Le Protocole 11 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme - Entrée en vigueur et première année d'application", *Revue universelle des droits de l'homme*, num. 11.
- EISSEN, M.-A. (1985), *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas.

- EUSTATHIADES, C. Th. (1953), "Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale - nouvelles tendances", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, num. 84.
- (1957), "Les recours individuels à la Commission Européenne des Droits de l'homme", en: *Grundprobleme des internationalen Rechts - Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co.
- FAÚNDEZ Ledesma, H. (1999), *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos - Aspectos institucionales y procesales*, 2 edición, San José de Costa Rica, IIDH.
- FEINBERG, N. (1932), "La pétition en droit international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, num. 40.
- FLAUSS, J.-F. (1990), "Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme - Le Protocole 9 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Annuaire français de droit international*, num. 36.
- (1992), "De la dénonciation partielle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à J. Velu*, vol. II, Bruxelles, Bruylant.
- (1995), "Le Protocole 11: Côté Cour", *Bulletin des droits de l'homme*, num. 3, Luxembourg.
- (2000) (ed.), *La mise en oeuvre du Protocole n. 11: le nouveau Règlement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant.
- FERNÁNDEZ, Raul (1967), *Nonagésimo Aniversário - Conferências e Trabalhos Esparsos*, vol. I, Rio de Janeiro, M.R.E.
- FRIEDMANN, Wolfgang (1964), *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens.
- (1985), *Relecciones - Del Estado, de los indios, y del derecho de la guerra*, México, Porrúa.
- GLASER, Stefan (1964), "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif", *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone.
- GOLSONG, H. (1992), "On the Reform of the Supervisory System of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Journal*, num. 13.
- GÓMEZ, Robledo A. (1989), *Fundadores del derecho internacional*, México, UNAM.
- GROSS, L. (1987), "Compulsory Jurisdiction under the Optional Clause: History and Practice", *The International Court of Justice at a Crossroads* (ed. L. F. Damrosch), Dobbs Ferry N.Y., ASIL/Transnational Publs.
- GROSSMAN, C. (1996), "Desapariciones en Honduras: la necesidad de representación directa de las víctimas en litigios sobre derechos humanos", en: *The Modern World of Human Rights - Essays in Honour of Th. Buergenthal* (ed. A. A. Cançado Trindade), San José de Costa Rica, IIDH.

- GUGGENHEIM, Paul (1952), "Les principes de Droit international public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, num. 80.
- (1967), *Traité de droit international public*, vol. I, Genève, Georg.
- HUDSON, M. O. (1944), *International Tribunals - Past and Future*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace/Brookings Institution.
- HUMPHREY, J. (1971), "The Right of Petition in the United Nations", *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, num. 4.
- Jacot-Guillarmod, O. (1995), "Comments on Some Recent Criticisms on Protocol n. 11 to the European Convention on Human Rights", *8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Budapest, doc. H/Coll.(95)10, Strasbourg, Council of Europe (mecanografiado, circulación restringida).
- JANSSEN-PEVTSCHIN (1991), "Le Protocole Additionnel n. 9 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, num. 2.
- JENKS, Wilfred C. (1958), *The Common Law of Mankind*, London, Stevens.
- (1964), *The Prospects of International Adjudication*, London, Stevens.
- JENNINGS, R. Y. (1995), "The International Court of Justice after Fifty Years", *American Journal of International Law*, num. 89.
- JESSUP, Ph. C. (s. f.), *A Modern Law of Nations - An Introduction*, New York, MacMillan Co.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. (1978), "International Law in the Past Third of a Century", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, num. 159.
- KOROVIN, Y. A., S. B. Krylov, et al. (1965), *International Law*, Moscow, Academy of Sciences of the USSR/Institute of State and Law.
- KOROWICZ, Marek St. (1956), "The Problem of the International Personality of Individuals", *American Journal of International Law*, num. 50.
- (1946), *Une expérience de Droit international - La protection des minorités de Haute-Silésie*, Paris, Pédone.
- LAMBERT, E. (1999), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant.
- LAUTERPACHT, Hersch (1943), "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", *Transactions of the Grotius Society*, num. 29.
- (1946), "The Grotian Tradition in International Law", *British Year Book of International Law*, num. 23.
- (1950), *International Law and Human Rights*, London, Stevens.
- (1958), *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens.
- LE FUR, Louis (1927), "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, num. 18.

- LISSITZYN, O. J. (1951), *The International Court of Justice*, N.Y., Carnegie Endowment for International Peace.
- MAHONEY P. (1983), "Developments in the Procedure of the European Court of Human Rights: the Revised Rules of Court", *Yearbook of European Law*, num. 3.
- MAHONEY, P. y S. Prebensen (1993), "The European Court of Human Rights", *The European System for the Protection of Human Rights* (eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold), Dordrecht, Nijhoff.
- MANDELSTAM, A. N. (1931), *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Éd. Internationales.
- MARCUS, Helmons (1994), "Le Onzième Protocole Additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Journal des Tribunaux*- Bruxelles, num. 5725.
- MATSCHER, F. (1984), "La Posizione Processuale dell' Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell' Uomo", *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè.
- MÉNDEZ, J. E (1994), "La participación de la víctima ante la corte interamericana de derechos humanos", en: *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos* (ed. R. N. Navia), San José de Costa Rica, Corte IDH.
- MERRILLS, J. G. (1979), "The Optional Clause Today", *British Year Book of International Law*, num. 50.
- MESTDAGH, K. de V. (1994), "Reform of the European Convention on Human Rights in a Changing Europe", in: *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe - Essays in Honour of H.G. Schermers* (eds. R. Lawson y M. de Blois), vol. III, Dordrecht, Nijhoff.
- MOSLER, Hermann (1964a), "Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public", *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone.
- MOSLERH (1964b), "The Protection of Human Rights by International Legal Procedure", *Georgetown Law Journal*, num. 52.
- MCWHINNEY, E. (1990), "Judicial Settlement of Disputes - Jurisdiction and Justiciability", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, num. 221.
- MÜLLERSON, R. (1993), "The Efficiency of the Individual Complaint Procedures: The Experience of CCPR, CERD, CAT and ECHR", in: A. Bloed et al. (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe - Comparing International Procedures and Mechanisms*, Dordrecht, Nijhoff.
- NORGAARD, Carl A. (1946), *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962.
- OEA (1969), *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos - Actas y Documentos*, San José de Costa Rica, doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington D.C., Secretaria General de la OEA.

- PARRY, Clive (1956), "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, num. 90.
- PARTSCH, K. J. (1995), "Individuals in International Law", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 2, Elsevier, Max Planck Institute/North-Holland Ed.
- Politis, N. (1924), *La justice internationale*, Paris, Hachette.
- (1927), *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, Hachette.
- REUTER, Paul (1950), "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en Droit international public", *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ.
- (1989), "Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels", *International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of S. Rosenne* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, Nijhoff.
- (1993), *Droit international public*, 7 edition, Paris, PUF.
- REMEC, P. P. (1960), *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague.
- RYSSDAL, R. (1991), "On the Road to a European Constitutional Court", *Collected Courses of the Academy of European Law*, num. 2, Florence.
- (1996), "The Coming of Age of the European Convention on Human Rights", *European Human Rights Law Review*, num. 1.
- ROSENNE, Shabtai (1965), *The Law and Practice of the International Court*, vol. I, Leyden, Sijthoff.
- (1967), "Reflections on the Position of the Individual in Inter-State Litigation in the International Court of Justice", *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke* (ed. P. Sanders), The Hague, Nijhoff.
- (1996), "Decolonisation in the international Court of Justice", *African Journal of International and Comparative Law*, num. 8.
- RUDDY, F. S. (1975), *International Law in the Enlightenment - The Background of Emmerich de Vattel's Le Droit des Gens*, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana.
- SCELLE, G. (1984), *Précis de Droit des Gens - Principes et systématique*, parte I, Paris, Libr. Rec. Sirey.
- SÉFÉRIADÈS, Stelio (1935), "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, num. 51.
- SEPÚLVEDA, César (1983), *Derecho Internacional*, 13 edición, México, Porrúa.
- SIBERT, M. (1933), "Sur la procédure en matière de pétition dans les pays sous mandat et quelques-unes de ses insuffissances", *Revue générale de droit international public*, num. 40.

- Sicault, J. (1979), "Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en Droit international public", *Revue générale de droit international public*, num. 83.
- Shihata, I. F. I. (1965), *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction - Compétence de la Compétence*, The Hague, M. Nijhoff.
- SOUBEYROL, J. (1959), "Validité dans le temps de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire", *Annuaire français de Droit international*, num. 5.
- SPERDUTI, G. (1950), *L'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè.
- (1956), "L'individu et le droit international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, num. 90.
- SPIROPOULOS, J. (1928), *L'individu en droit international*, Paris, LGDJ.
- STEIGER, H. (1996), "Plaidoyer pour une juridiction internationale obligatoire", *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer.
- STONE, J. (1931), "The Legal Nature of Minorities Petition", *British Year Book of International Law*, num. 12.
- SUY, E. (1962), *Les actes juridiques unilatéraux en Droit international public*, Paris, LGDJ.
- TARDU, M. E. (1979), *Human Rights - The International Petition System*, binders 1-3, Dobbs Ferry N.Y., Oceana.
- URRUTIA, F.-J. (1928), "La Codification du Droit International en Amérique", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, num. 22.
- VALTICOS, N. (1994), "L'émergence progressive de l'individu comme sujet du droit international", *El derecho internacional en un mundo en transformación - Liber Amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- VASAK, K. (1964), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ
- VENTURINI, G. (1964), "La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, num. 112.
- VERDROSS, A. (1969), *Derecho Internacional Público*, 5 edición, Madrid, Aguilar.
- VIRALLY, M. (1964), "L'accès des particuliers à une instance internationale: la protection des droits de l'homme dans le cadre européen", *Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève*, num. 20.
- VON DER Heydte, F. A. (1962), "L'individu et les tribunaux internationaux", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, num. 107.
- WALDOCK, C. H. M. (1957), "Decline of the Optional Clause", *British Year Book of International Law*, num. 32 (1955-1956).
- WEISSBERG, G. (1976), "The Role of the International Court of Justice in the United Nations System: The First Quarter Century", *The Future of the International Court of Justice* (ed. L. Gross), vol. I, Dobbs Ferry N.Y., Oceana.

- WITENBERG, J.-C. (1932), “La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, num. 41.
- (1937), *L’organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales - Traité pratique*, Paris, Pédone.
- YEPES, J.-M (1930), “La contribution de l’Amérique Latine au développement du Droit international public et privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, num. 32.
- ZWART, Tom (1994), *The Admissibility of Human Rights Petitions*, Dordrecht, Nijhoff.

El movimiento de los sin tierra (MST) y el campo jurídico en Brasil*

PETER P. HOUTZAGER**

TRADUCCIÓN DEL INGLÉS: LIBARDO JOSÉ ARIZA HIGUERA



¿Qué modalidades jurídicas de reforma legal pueden poner en marcha los movimientos sociales para disminuir las formas de exclusión social sistémicas y perdurables? ¿Cuándo tienen éxito los movimientos sociales en la anterior tarea? Este artículo examina las anteriores preguntas en el contexto de la lucha por la tierra emprendida por el Movimiento de los Sin Tierra (MST) en Brasil, uno de los países con la distribución de la tierra más desigual del mundo.



The movement of the landless (MST) and the juridical field in Brazil

What juridical modalities of legal change can social movements set in motion to diminish systemic and durable forms of social exclusion? And when are movements successful at doing so? This article explores these two questions in the context of the struggle for land waged by the Movement of the Landless' (MST) in Brazil, a country which has one of the most unequal land distributions in the world.

INTRODUCCIÓN

El análisis abordado en el presente trabajo se concentra principalmente en las estrategias jurídicas emergentes del Movimiento de

* IDS Working Paper. Law, Democracy and Development Series, enero de 2005. Institute of Development Studies, Brighton, Sussex BN1 9RE, England.

** Peter P. Houtzager es investigador del Institute of Development Studies (IDS), University of Sussex. Un borrador anterior de este ensayo fue presentado en el taller "Fundamental Rights in the Balance: New Ideas on the Rights to Land, Housing and Property", 16-18 de octubre de 2003, Institute of Development Studies (IDS), Brighton, UK. Este artículo debe mucho a las discusiones con Eugênio Facchini Neto, Jacques Távora Alfonsin, Ipojuca Vecchi, Avelino Strozake, Claudio Pavão, Luís Cristiano y Adrián Gurza Lavalle. Los editores, Boaventura de Souza Santos y César A. Rodríguez-Garavito, realizaron sugerencias amables que mejoraron el texto. Daniel Guimarães Zveibil me proporcionó una asistencia valiosa en las labores de investigación.

los Sin Tierra (MST), y en la contribución de dicha estrategia al cambio jurídico. El MST rara vez emprende iniciativas jurídicas por sí mismo, y de hecho no cuenta con personería jurídica para plantear casos tendientes a la expropiación de tierras, lo cual es competencia del gobierno federal. Recientemente, no obstante, su movilización jurídica reactiva – en casos penales planteados en su contra– se ha hecho cada vez más sofisticada. Ha ayudado a que las altas cortes dicten sentencias que marcan un hito, a la constitucionalización de la legislación ordinaria y, en la práctica, al redefinir los derechos de propiedad ha hecho que el acceso a la tierra sea más igualitario en algunas zonas de Brasil.¹

Los anteriores logros han sido alcanzados en un momento histórico mundial en el que las poderosas instituciones internacionales están comprometidas con la globalización de una nueva y “clásica” interpretación de los derechos de propiedad liberales. La creación de mercados de tierras urbanos y rurales, que son moldeados con base en una explicación mitológica de los regímenes de propiedad occidentales, se ha convertido en un pilar de muchos programas internacionales de reforma estructural y reducción de la pobreza.² La emergente movilización jurídica del MST ofrece algunos aportes sobre las posibilidades de contrapeso –es decir, creando tanto un acceso a formas más equitativas de propiedad–, y en relación con el papel que puede jugar el vínculo del movimiento con actores jurídicos e instituciones para hacer realidad las anteriores posibilidades.

Los cambios jurídicos que reducen la exclusión social profundamente arraigada pueden ser el resultado de acciones legislativas o administrativas, de los cambios en la opinión pública, del monitoreo de la actuación pública o privada por parte de la sociedad civil, sólo para citar algunas fuentes de cambio. Este artículo explora el cambio legal que se produce en lo que Bourdieu (1987) denomina el campo jurídico.

¹ El debate prolongado sobre si los movimientos *deben* involucrarse en los derechos o en movilizaciones jurídicas –el mito de los derechos frente a los derechos sin ilusiones– no es abordado en este artículo. En el caso del MST el debate tiene una importancia limitada –sus luchas por la tierra inevitablemente fomentan una gama de procesos jurídicos (ver nota al pie 13). Este artículo, no obstante, comparte con Santos (2002:18) la visión de que el derecho contiene dentro de sí una tensión entre la regulación y la emancipación social, y que cuando las luchas del movimiento ingresan en el campo jurídico fortalecen este último aspecto. Sobre este debate véanse Santos (1995: cap. 5 y 2002, cap. 9), Hunt (1993, cap. 10) y Scheingold (1974).

² La Usaid, el Banco Mundial y otros actores internacionales han utilizado los programas de ajuste estructural, diversos tipos de préstamos, programas de reducción de la pobreza y programas de reforma legal más amplios para difundir una interpretación “clásica” de los derechos de propiedad, tras el colapso de las economías políticas de Europa oriental y el fracaso de los programas de ajuste estructural en África.

El campo está conformado por una amplia gama de actores e instituciones, los cuales son los intérpretes autorizados del código jurídico. Además de los jueces y las instituciones judiciales, los abogados privados y las firmas de abogados, muchos otros actores crean el campo y moldean sus dinámicas. Las sentencias hito son los cambios más visibles en el derecho, y son el resultado de las acciones de estos protagonistas jurídicos, pero cambios legales adicionales tienen lugar bajo formas menos visibles y, como en los casos judiciales, por lo general involucran a una multitud de actores, muchos de los cuales se hallan muy lejos de las puertas del juzgado.

Este artículo presenta un argumento de dos pasos. En primer lugar, sostiene que la habilidad del MST para concentrar el talento de actores jurídicos diversos en la defensa de sus demandas lo ha convertido en un catalizador importante del cambio legal en el campo jurídico. La habilidad del Movimiento para movilizar talento jurídico altamente cualificado ha sido construida con base en la movilidad entre campos múltiples, no sólo el jurídico. La estrategia del MST representa uno de los tipos de utilización contrahegemónica de la ley y los derechos que Santos (1995: cap. 4 y 2002: 467) asegura cuenta con mayores probabilidades de éxito: integra la actuación jurídica dentro de una movilización política más amplia, politizando las luchas antes de que sean juridificadas, y movilizando las sofisticadas habilidades jurídicas de actores diversos.³ La anterior estrategia le permitió al MST involucrarse en la clase de litigio sostenido y amplio –tanto geográficamente como entre temas– que Epp (1998: 3) asegura es indispensable para redefinir el terreno jurídico.⁴

En segundo lugar, este artículo sostiene que en los años noventa el MST contó con más oportunidades de poner en marcha las modalidades legales de cambio gracias a un conjunto de transformaciones favorables tanto en el campo del movimiento como en el campo jurídico. Estos cambios estaban relacionados con la transición a la democracia y la importancia creciente del Partido de los Trabajadores, por un lado, y con los cambios en el campo religioso transnacional en el que distintas instituciones de la Iglesia Católica ostentan una posición

³ La politización anterior, sugiere Santos (1995: 386, 389), hace posible la construcción del conflicto de maneras que neutralizan su individualización por parte del derecho. Véanse además Hart (1994) y McCann (1994).

⁴ Epp (1998: 3) señala que el proceso judicial es “costoso y lento y produce cambios jurídicos sólo en pequeños incrementos”. En el caso de Brasil, que cuenta con un sistema federal que garantiza a las judicaturas estatales un alto grado de autonomía y que carece del principio de *stare decisis* (el carácter vinculante de las sentencias proferidas por las instancias superiores), el cambio jurídico por medio del litigio es particularmente lento y costoso.

dominante, por el otro. En general, sostiene que el MST ha contribuido al *cambio jurídico sustancial* cuando las dinámicas en el movimiento y en el campo político convergen para transformar el campo jurídico. Cuando dicha convergencia está ausente, la movilidad del MST entre distintos campos ha ayudado a producir un *cambio a pequeña escala e incremental* pero en todo caso importante. Dichos cambios han sido mucho más comunes.

El movimiento y el campo jurídico en el Brasil contemporáneo poseen una amplia variedad de particularidades, razón por la cual este artículo no pretende hacer generalizaciones. Su valor yace en la identificación de posibles formas jurídicas emergentes de cambio jurídico cosmopolita, es decir, procesos de cambio en los cuales los actores jurídicos cumplen un papel prominente y que alteran las normas jurídicas vinculantes o su aplicación. Este artículo analiza tres modalidades particulares de cambio que alteran las prácticas del campo jurídico. El MST ha trabajado con o por medio de actores jurídicos e instituciones para 1) exigir a las autoridades públicas que implementen o apliquen la legislación existente y los mandatos constitucionales de una manera tal que afecte la legalidad en la práctica; 2) crear interpretaciones novedosas de los derechos y obligaciones sustantivos, y que las institucionalicen por medio de la jurisprudencia (v. g., la creación judicial del derecho); e innovar en la competencia por el tiempo jurídico, utilizando herramientas procesales que incrementen el ritmo para que se ajuste más estrechamente con el tiempo de los movimientos.⁵

LA LÓGICA DE LOS CAMPOS

Los encuentros entre los movimientos sociales y la magistratura son asuntos complicados y desestabilizadores, tanto para la sociedad como para las partes involucradas. No se trata de que los movimientos representen las fuerzas del cambio progresista, y que la magistratura sea la garante de la conservación del status quo. Existen innumerables movimientos reaccionarios y muchos ejemplos de activismo judicial progresista. Por el contrario, los movimientos y la magistratura poseen lógicas profundamente contrastantes. De hecho, tan sólo se requiere entrar en contacto con los movimientos sociales y con la magistratura para intuir que no sólo ven y sienten de manera muy diferente, sino que funcionan de una manera radicalmente distinta. Los movimientos tienen un ritmo rápido y a veces incansable, mientras que la magistratura re-

⁵ Sobre la importancia de la lucha por el tiempo jurídico y su plasticidad véase Santos (1995: 338-9). Véase Meszaros (2002) para explicaciones adicionales de la dimensión jurídica de la lucha por la tierra del MST en Brasil que no tienen un carácter jurídico.

corre lenta y cautelosamente el sendero del debido proceso. Si los movimientos obtienen gran parte de su significado social y político de las manifestaciones públicas masivas y de la transgresión colectiva de legalidad, la magistratura adquiere la suya de una actuación individual, casi privada, que fortalece esa misma legalidad. Los estilos discursivos de los movimientos y la magistratura, así como la construcción de los asuntos en el corazón del conflicto social, tienden a moverse en mundos separados. La necesidad de los movimientos de contar con la atención de los medios de comunicación es equiparable únicamente con la ambivalencia de la judicatura frente a este tipo de escrutinio público (el debate continuo sobre la presencia de cámaras dentro de los juzgados).

La lógica contrastante de los movimientos sociales y de los campos jurídicos establece las fronteras más amplias dentro de las que los movimientos pueden poner en funcionamiento las modalidades jurídicas de cambio legal. Estas lógicas reflejan el grado de autonomía del que disfrutaban los campos, las restricciones sustanciales para la iniciativa de los actores y, por tanto, señalan la necesidad de tomar en cuenta los “efectos de campo” a la hora de explicar el cambio legal.⁶

La sociología de la práctica de Bourdieu hace visibles las fuentes y la naturaleza de estas lógicas y posibilita su interpretación.⁷ Bourdieu (1987: 831), por ejemplo, sugiere que:

el campo judicial es el espacio organizado en el que y por el que se opera la transmutación de un conflicto directo entre las partes directamente en un debate jurídicamente reglado entre profesionales actuantes en representación de sus clientes ... el hecho de que la entrada en el universo jurídico implique la aceptación tácita de la ley fundamental del campo jurídico... que los conflictos no pueden ser reglados sino jurídicamente, lo que equivale a hacerlo mediante las reglas y las convenciones del campo jurídico.

Para el sociólogo (1987: 16) la lógica del campo jurídico tiene dos fuentes principales: las relaciones de poder específicas entre los protagonistas del campo, las cuales le proporcionan al campo su estructura y ordenan las luchas competitivas, y “la lógica interna de las acciones jurídicas (según las normas y la doctrina existentes) que limitan en cada momento el espacio de lo posible y con ello el universo de soluciones propiamente jurídicas”. Las luchas competitivas se presen-

⁶ En términos más generales uno podría concebir el derecho como un proceso que el Estado y los actores sociales, con capacidades legales y acceso a recursos diferentes, ponen en marcha cuando intentan crear, utilizar y cumplir las normas jurídicas para negociar sus relaciones mutuas. Una perspectiva similar es asumida por Edelman et al. (1999).

⁷ Sobre la sociología de la práctica, véanse Bourdieu y Wacquant (1992); sobre el campo jurídico, Bourdieu (1987). Véase además Garth y Dezalay (1998).

tan, en gran medida, por el control de la fuente primaria de poder del campo frente al resto de la sociedad: “la competencia técnica para *interpretar* un corpus de textos”.*

La necesidad de reproducir la percepción social de la autonomía, neutralidad y universalidad del campo jurídico, es una cuestión primordial de su lógica interna.⁸ El poder de la magistratura y de otros actores del campo en la sociedad, reside básicamente en la eficacia simbólica de sus acciones: son *signalers* por excelencia (Bourdieu, 1987, 839; Galanter, 1981). El resultado de los procedimientos judiciales, por tanto, es el producto de las luchas interpretativas entre los actores (que poseen talentos y poder jurídico desiguales) no sólo dentro de los despachos judiciales, sino dentro del campo más amplio de las prácticas jurídicas.

La lógica del campo del movimiento social difícilmente podría ser más diferente. Es moldeada por los tipos de actores particulares, y su competencia por los recursos sociales que requieren para la movilización expresiva o transgresora. La adquisición de este tipo de capital requiere un acto de ponderación complicado. La acción del movimiento debe perturbar lo ordinario y la rutina para construir y mostrar su poder.⁹ El hecho de que el movimiento se apoye en los medios de comunica-

* Existe versión en castellano de este texto. Las anteriores citas son tomadas de Pierre Bourdieu (2000), “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre editores, pp. 158-159 y 185-186 (nota del traductor).

⁸ La autonomía y neutralidad del campo en parte son reproducidas por medio de una forma particular de razonamiento jurídico, una que es altamente formal y rigurosamente deductiva con base en un cuerpo de reglas que (en el caso de la tradición de derecho civil) pretende ser comprensiva e internamente coherente. Particularmente en la tradición del derecho civil la traducción a las categorías jurídicas impulsa el conflicto de sus amarras sociales y lo hace distante y neutralizado. El sistema de normas jurídicas, la doctrina y la hermenéutica, requieren que los conflictos sociales sean traducidos a categorías jurídicas y “limitar la gama de soluciones jurídicas”. Además, en la tradición de derecho civil, la jurisprudencia es la ficción del campo que sostiene que los jueces no crean derecho, sino que sólo aplican las normas a patrones de hechos; es el cuerpo de razonamiento jurídico desarrollado por los jueces en sus sentencias que es equivalente al “derecho judicialmente creado” de la tradición del *common law*. En la tradición del *common law*, la creación judicial del derecho, dentro de los límites de los precedentes y la legislación, es ampliamente aceptada. En la tradición civil no lo es en lo absoluto. Los protagonistas del campo jurídico son denominados hoy en día “operadores jurídicos”, es decir, los operadores son personas que mueven las palancas de la maquinaria en lo que es esencialmente una función técnica (Merryman, 1985; Bourdieu, 1987).

⁹ Una función central de las perturbaciones es comunicar la importancia y legitimidad de la causa del movimiento y el número, valía y compromiso de sus miembros. Estas formas de acción directa son también medios para despertar la conciencia de los participantes y un paso de empoderamiento personal y transformador (McAdam *et al.* 2001, cap. 2).

ción para llegar al público y construir su influencia política refuerza la necesidad de explosiones expresivas y breves de energía colectiva, así como asumir riesgos.¹⁰ Los movimientos, además, tienen que conservar el apoyo de amplios segmentos del público en general, o de actores más poderosos que pueden tolerar las perturbaciones inconvenientes pero no una parálisis sostenida de las instituciones. Los movimientos de personas pobres, en la medida en que cuentan con pocos recursos materiales o conocimiento especializado (como el conocimiento jurídico), necesitan contar con acceso a los recursos, conocimientos, apoyo e influencia política de sus aliados. Y, además, los movimientos deben mantener los costos de la acción colectiva lo más bajo posible para los participantes. Para equilibrar la perturbación, el apoyo amplio y los costos aceptables, por lo general intentan involucrarse en formas de perturbación legítima, al filo de la legalidad, al mismo tiempo que desarrollan discursos y un conjunto de símbolos que son mucho más radicales de lo que son en la práctica sus acciones y exigencias.¹¹

La sociología de Bourdieu ha buscado establecer la autonomía de los campos, sus formas de poder y lógicas distintivas, y cómo éstas son reproducidas a lo largo del tiempo, pero el objetivo de este artículo es en cierto modo diferente. Este artículo pretende identificar la manera en que movimientos como el MST pueden producir cambios en la lógica del campo jurídico. La movilización jurídica del MST señala la necesidad de realizar un refinamiento importante en la sociología de la práctica si quiere ser utilizada para explorar las posibilidades del cambio propositivo. Sugiere que la acción propositiva en un campo –como el de los movimientos sociales– puede alterar las dinámicas de otro. La autonomía del campo jurídico, como la del movimiento, es relativa y puede cambiar a lo largo del tiempo.

¿Cómo pueden alterar los movimientos las prácticas jurídicas, cuando el campo jurídico cuenta con sus formas particulares de capital, reglas e instituciones, que son relativamente resistentes a las tácticas convencionales del movimiento como las movilizaciones masivas u otras prácticas transgresoras? Por tanto, el MST no ha producido cambio en el campo jurídico “ocupando” directamente a este último (aunque, literalmente, las tomas de juzgados se han producido). En su lugar,

¹⁰ Al igual que otros movimientos, el MST persigue una estrategia diversificada en la que las actividades extra- institucionales son combinadas con institucionales, como la participación en la política electoral, el *lobby*, etc. No obstante, son las ocupaciones de tierra, episódicas y espectaculares, que ha realizado con cientos de familias, las que le han permitido concentrar energía social para el logro de sus metas.

¹¹ Véanse por ejemplo, McAdam *et al.* (2001); Houtzager (2001 a y b).

ha buscado poner al movimiento y al campo jurídico en contacto y redirigir la energía de actores jurídicos importantes hacia sus demandas. Los abogados privados y de oficio, los académicos jurídicos, los jueces y otros intérpretes autorizados del derecho, han desplegado su capital jurídico particular *dentro de su campo* para alterar las interpretaciones dominantes de los derechos de propiedad, las formas legítimas de desobediencia civil y demás. Las redes de jueces y abogados progresistas, así como actores políticos, han jugado un papel de *punteo* determinante entre los dos campos, ayudando a convertir la energía del movimiento en energía jurídica. En el caso de Brasil, el papel del campo del movimiento social en la creación de un polo transformativo dentro del campo jurídico resulta difícil de sobrestimar.

Para resumir, los cambios en las relaciones entre los campos pueden alterar sus respectivas lógicas internas. Los campos jurídicos y del movimiento social, por tanto, no deberían ser descontextualizados, es decir, necesitan ser entendidos en sus relaciones mutuas, así como en sus relaciones con otros campos que, en distintos contextos sociales, pueden ser dominantes.

EL MST Y LAS MODALIDADES DE CAMBIO LEGAL

La principal estrategia de reforma agraria del MST ha sido presionar a las entidades ejecutivas del gobierno estatal y federal –en especial por medio de ocupaciones a gran escala de predios agrícolas– para que expropien y distribuyan la tierra que se encuentra en manos privadas.¹² La movilización jurídica no ha sido un componente central de esta estrategia. Una profunda desconfianza en el poder judicial recorre gran parte del MST y, aún hoy, casi dos décadas después de la finalización de la dictadura, el movimiento no se ha constituido como persona jurídica lo cual le permitiría actuar como demandante o demandado. Para muchos líderes y activistas, el poder judicial es el defensor de los derechos de propiedad burgueses, y la experiencia nos ha enseñando que cuando el conflicto es judicializado, el resultado es con frecuencia la ausencia de cambio legal y la criminalización de las acti-

¹² La Constitución le otorga la competencia exclusiva al gobierno federal para realizar reformas agrarias, pero los gobiernos estatales han reclamado predios públicos a los terratenientes ocupantes para ser redistribuidos, lo que constituye una reforma agraria a nivel de estatal. Las bases jurídicas de la reforma agraria en Brasil están arraigadas en el principio de la función social de la propiedad. La Constitución brasilera de 1988 consagra el principio de que la propiedad debe cumplir una función social dentro de sus derechos fundamentales (artículo 5). Los artículos 186 y 182 definen los casos en que pueden realizarse expropiaciones con fines de reforma agraria y urbana. La legislación sobre reforma agraria implementada incluye la Ley 8629/93, la Ley Complementaria 76/93, la Ley Complementaria 88/96, y el Decreto 2250/97.

vidades del movimiento o del propio movimiento. El MST además se resiste profundamente a entregar el control de los términos y dirección de sus luchas a actores jurídicos como los abogados particulares. Sus líderes y activistas saben que la lucha por la traducción del conflicto social a categorías jurídicas y por los procedimientos tácticos, inevitablemente hace que las partes dependan de un caso manejado por sus apoderados legales.

En todo caso, los líderes del MST saben perfectamente que su lucha por la tierra tiene lugar en la sombra del derecho y han aprendido que las invasiones de tierras son judicializadas casi inmediatamente.¹³ Y mientras que en las primeras décadas de su existencia (1980-1990)¹⁴ el movimiento prestó poca atención a las instituciones jurídicas y a los instrumentos legales, desde comienzos de la década de los noventa ha invertido más en lo que ya es una estrategia jurídica cada vez más sofisticada. La segunda parte de este artículo se ocupa de analizar con detenimiento por qué se ha producido este giro.

El movimiento no es monolítico pero sus líderes tienden a considerar la movilización jurídica básicamente en términos políticos. Los procedimientos judiciales son momentos políticos en los que las tretas de los terratenientes, incluyendo la posesión ilegal de predios públicos, pueden ser expuestas al público, y en los que la importancia y la legi-

¹³ Una ocupación "promedio" genera una gama de casos. Aquellos iniciados por los terratenientes contra el MST, entre los que se encuentran procesos civiles de restitución de la posesión (*reintegração da posse*), mantenimiento de la posesión (*manutenção da posse*) o daños (*danos*). Una variedad de "casos dentro de los casos" se producen en tanto cada actor busca maniobrar dentro de los límites del derecho, mientras que con frecuencia se involucran en actividades extralegales paralelas. Los terratenientes, además, realizan denuncias ante la policía que pueden provocar la detención preventiva (*prisão preventiva*) y usualmente inician denuncias penales por perturbación de la posesión (*esbulho possessório*); por asociación para delinquir (*formação de quadrilha*); robo (*roubo*); encarcelamiento privado (*carceraria privada*), e incluso homicidio (*homicídio*). El MST es mucho menos activo como demandante. Si cualquiera de sus líderes es encarcelado por la policía local, o si el juez ordena la detención, los abogados que trabajan con el movimiento interponen un recurso de hábeas corpus. Difícilmente denuncian ante la policía los casos en que se presenta violencia por parte de los terratenientes, lo cual podría generar un proceso penal. En algunos casos se han presentado denuncias por abuso de autoridad (*mandado de segurança*) contra los oficiales públicos. El gobierno estatal o federal (su rama ejecutiva), a su turno, iniciará un caso contra el terrateniente o la persona o grupo que tiene la posesión de la tierra si decide reclamar el predio ocupado con el propósito de reforma agraria. En esos casos el MST, a pesar de su directo interés en el caso, no es parte del proceso. La acción del gobierno puede provocar que el terrateniente interponga una demanda por abuso de autoridad (*mandado de segurança*) y ciertamente varias apelaciones.

¹⁴ El MST, como movimiento nacional, fue formalmente establecido en 1985 pero emergió y se empezó a identificar a sí mismo como el "Movimiento de los Trabajadores Rurales sin Tierra" en 1980.

timidad del movimiento pueden ser reafirmadas. Las victorias en los juzgados son medidas con base en el efecto que surten en la opinión pública, en la presión que ejercen sobre las acciones del poder ejecutivo y, por supuesto, en si logran que los líderes y activistas del movimiento no ingresen a prisión. El MST, por tanto, no se ha involucrado en el litigio de interés público con el fin de presionar al gobierno para que implemente un proceso de reforma agraria coherente. Las posibilidades de este tipo de litigio son escasas y relativamente recientes, aunque la Constitución de 1988 consagra las acciones populares y de grupo.

En todo caso, la habilidad del MST para concentrar talento y recursos jurídicos en el campo jurídico es considerable. Lo anterior se ve reflejado en el hecho de que durante la década de los noventa el MST se haya convertido en el movimiento políticamente más importante del país, con una estructura importante y altamente organizada, y con una red de relaciones mucho más fluida (Navarro, 1997; Mançano, 1996 y 2000). Las diez mil familias que han conseguido tierra por medio de su participación en ocupaciones impulsadas por el MST están repartidas en todo el país en más de 1.000 asentamientos de reforma agraria. Entre los aliados del movimiento se encuentran actores prominentemente situados en áreas diversas: religiosas (por medio del ala progresista de la Iglesia Católica y las organizaciones pastorales), laborales (por medio de la organización laboral Central Única dos Trabalhadores), académicas y dentro de grupos internacionales de activismo y ONG.¹⁵ Cuenta con relaciones densas con actores estatales, y recibe recursos públicos para manejar escuelas primarias y secundarias en los asentamientos de reforma agraria. Sus cooperativas tienen acceso al crédito público agrícola y a la extensión agrícola pública.

Los dos episodios de ocupación de tierras que se analizan a continuación muestran cómo la estrategia de ocupación de tierra y la movilización jurídica del movimiento se combinan para poner en marcha diferentes tipos de modalidades de cambio jurídico. En el caso del episodio de Fazenda Primavera, en el estado sureño de Rio Grande do Sul, las principales modalidades fueron un giro en la fuente del derecho y una reinterpretación de las normas jurídicas sustantivas (en contra

¹⁵ Los asistentes a la segunda conferencia nacional del Movimiento, en 1990, incluían, por ejemplo, a representantes de organizaciones de la sociedad civil importantes como la Conferencia Nacional de Obispos, la Iglesia Luterana, la central obrera CUT, la Comisión Pastoral de la Tierra, la Asociación Nacional de Abogados (OAB), la Asociación Brasileira por la Reforma Agraria (ABRA), el Sindicato Nacional de Estudiantes (UNE), congresistas del Partido de los Trabajadores, del Partido Laboral Democrático, del Partido Comunista de Brasil, del Partido Comunista Brasileiro, así como representantes de organizaciones de pueblos indígenas y campesinos de once países.

de las normas procesales). En el caso del episodio de Pontal de Paranapanema, en el estado de São Paulo, son evidentes tres modalidades: la aplicación estatal de una legalidad *de jure* que en la práctica era ignorada, una innovación procesal significativa que aceleró el reloj judicial, y (nuevamente) un cambio en la fuente del derecho y una reinterpretación de las normas jurídicas sustantivas. Lo que se narra aquí es parte de la historia jurídica. En la segunda parte de este artículo se evidenciará cómo se consiguieron los resultados en cada una de las historias.

La función social de la propiedad en Rio Grande do Sul

A principios de septiembre de 1998, aproximadamente 600 familias abandonaron su campamento al abrigo de la BR-285, una autopista federal que atraviesa el estado de Rio Grande do Sul, y ocuparon los terrenos conocidos como Fazenda Primavera. Las familias del MST expulsaron a los empleados de Industrias Merlin y de Comercializadora de Aceites Vegetales Inc., las cuales habían arrendado el predio y tenían la posesión del suelo, las oficinas y los silos. Como en el caso de muchas ocupaciones, la compañía interpuso inmediatamente una acción posesoria (*reintegração de posse*). La construcción de su demanda jurídica refleja el sentido común imperante en el campo jurídico en este tipo de asuntos: utilizó los derechos individuales de propiedad fuertes garantizados en el Código Civil para sostener que el conflicto se presentaba entre dos partes privadas, que la compañía tenía la posesión legítima del predio en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con su propietario, y que las familias ejercían una posesión ilegal (*esbulho possessório*), una infracción penal y, por tanto, debían ser desalojadas. El juez local decidió a favor de la compañía utilizando la anterior construcción jurídica dominante del conflicto. La orden de desalojo otorgó a las familias un plazo de cinco días para abandonar el predio.

Los abogados que trabajaban con las familias del MST que habían ocupado el predio interpusieron un recurso de apelación (*agravo*) ante el Tribunal de Justicia de São Paulo y construyeron el conflicto de una manera distinta. La apelación sostenía que el conflicto: 1) era colectivo y no individual, y que el tipo consagrado en el Código Penal no tenía como finalidad cubrir ese tipo de casos; 2) que tenía una repercusión más amplia que la simple relación entre dos partes, que existía un interés público en el resultado del caso y que, por esto, exigía una interpretación social y basada en las consecuencias –el tribunal debía considerar las consecuencias sociales que se derivarían de la ejecución de la sentencia judicial, a la luz de la historia reciente de los conflictos agrarios del país, la cual podría generar una “convulsión social” en la

medida en que las 600 familias, sin tener a dónde ir, fuesen desalojadas por una brigada de la policía militar-; y 3) que el caso plantea un conflicto entre principios constitucionales y no simplemente la aplicación de una norma particular del Código Civil. La Constitución de 1998, se argumentó, garantiza a las 600 familias el derecho a la vida digna y sólo protege el derecho a la propiedad privada cuando cumple con su función social. La apelación también sostuvo que los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, y la adhesión del país a la Resolución 2200 de las Naciones Unidas (1992), en la cual “se reconoce el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre”, dejaban pocas dudas de que en lugar de una posesión ilegal existía un conflicto entre derechos fundamentales: la vida digna en oposición a la propiedad privada. Además, ésta no cumplía con su función social, pues el propietario no había pagado las contribuciones a la seguridad social de sus empleados, y como había acumulado una deuda tan grande con la administración nacional de la seguridad social esta institución había iniciado un proceso aparte para expropiar el predio.

Un mes después de la ocupación inicial de Fazenda Primavera el Tribunal desestimó la acción posesoria. En un sistema jurídico en el que las normas procesales son casi sacrosantas, el Tribunal se deshizo de los argumentos procesales comúnmente utilizados para rechazar los recursos de apelación. Los abogados del movimiento cometieron el error de no notificar al juez local la interposición del recurso, violando de este modo el artículo 526 del Código de Procedimiento Civil. Aunque en ocasiones anteriores el Tribunal se había rehusado a admitir las apelaciones presentadas con base en estos argumentos, la mayoría decidió que en los casos que involucran derechos fundamentales los errores procesales de este tipo no constituyen una razón suficiente para desestimar el recurso.

La decisión sustancial del caso es un pequeño hito. Aceptó el movimiento de los peticionarios desde el Código Civil a los principios constitucionales, y señaló que el Estado tiene la obligación de “garantizar los bienes fundamentales en tanto mínimo social” –es decir, el vestido, el cobijo y el refugio-. Afirmó que “los derechos fundamentales de las 600 familias acampadas prevalecen sobre los simples derechos de propiedad de la compañía. A pesar de que la zona es productiva, no cumple con su función social, extremo que es demostrado por las deudas fiscales que tiene la compañía propietaria con la Unión”. Finalmente, mencionó las “consideraciones de los conflictos sociales”. El juez estaba preocupado principalmente por la naturaleza colectiva de la ocupación, su ocurrencia en un contexto social de privaciones sustanciales, y por el fracaso del gobierno para dar respuesta a los profundos problemas

sociales enfrentados por las familias. La omisión del gobierno, señalaron, había trasladado la responsabilidad de resolver los problemas sociales de la rama ejecutiva a la judicial.

Parte de la importancia de la sentencia reside en la aceptación por parte del juez del vínculo que plantea la petición entre la función social de la propiedad y los derechos fundamentales. Esta interpretación de la función social es considerablemente más amplia que las realizadas en otras decisiones favorables al MST, las cuales se han concentrado simplemente en la productividad de la tierra y, además, es más amplia que el significado constitucional directo de la función social de la propiedad. La sentencia sostiene que el cumplimiento de la función social incluye el pago de impuestos y el cumplimiento de otras obligaciones jurídicas¹⁶ y, además, la vincula con los derechos fundamentales de terceros. Este paso liga la función social a los derechos fundamentales y al contexto social más amplio en el que no se han podido materializar. La sentencia señala que “cuando se plantea la necesidad de sacrificar los derechos de una de las partes, los derechos de propiedad deben ser sacrificados, garantizando los derechos fundamentales” (Renal, 2001: 28). Estos dos pasos expanden de manera significativa la forma en que puede utilizarse la función social de la propiedad en los litigios.

La sentencia permitió que las familias permanecieran en el predio y ejerció una presión sustancial sobre la compañía y el propietario para que negociaran su transferencia al Instituto Nacional de Reforma Agraria y Colonización (Incra), la institución federal encargada de la reforma agraria. Las negociaciones, en todo caso, fracasaron y el Incra se vio forzado a demandar nuevamente al propietario para conseguir la posesión. Ni las familias o el MST fueron partes en este proceso. El Instituto consiguió la expropiación tras 20 meses de proceso.

Predios públicos y desobediencia en São Paulo

En el Estado de São Paulo el MST puso en funcionamiento modalidades jurídicas bien diferentes. El movimiento jugó un papel central en la transformación de la legalidad presionando al Estado para que recuperara la posesión pública de predios que habían sido ocupados ilegalmente por grandes asentamientos de terratenientes, exigiendo su redistribución. Sus apoderados gubernamentales en el campo jurídico también pelearon la batalla del *tiempo jurídico* y contribuyeron a que se

¹⁶ El artículo 186 de la Constitución, que define la función social para los predios agrícolas, únicamente señala que la tierra debe cumplir criterios de productividad básicos, ajustarse a las normas ambientales y laborales y ser explotada en beneficio tanto de su propietario como del empleado.

produjese una importante innovación procesal que hizo posible acelerar el ritmo del proceso judicial para que se ajustara al ritmo del movimiento. Y, finalmente, la interposición del recurso de hábeas corpus por parte del MST para conseguir la liberación de sus líderes detenidos, produjo una sentencia de las altas cortes que dio un paso significativo hacia la descriminalización del movimiento y la legalización de su repertorio de acciones colectivas. La sentencia de hábeas corpus expandió la amplitud de la acción directa aceptándola como una forma de desobediencia civil. En los términos de la creación de una nueva legalidad por medio de la práctica, el Pontal de Paranapanema, un predio triangular ubicado en la relativamente pobre esquina sur-occidental del Estado, es la única región de Brasil en la que los analistas coinciden en que se está desarrollando una verdadera reforma agraria. El cambio jurídico impulsado judicialmente ha cumplido un papel determinante en la expropiación generalizada de predios ilegalmente poseídos en algunas zonas de la región y, fundamentalmente, ha reconstruido la tenencia de la tierra rural y las relaciones políticas y sociales.

Todas estas modalidades de cambio legal fueron activadas por medio de la judicialización de los conflictos sociales iniciados por la ocupación de tierras impulsadas por el MST. El MST ha ocupado predios en gran parte del país asegurando que no cumplen una función social y que por lo tanto deben ser expropiados para realizar una reforma agraria. En Pontal de Paranapanema, sin embargo, la estrategia fue diferente. Desde principios de la década de los noventa su principal estrategia ha sido ocupar predios públicos detentados ilegalmente (en posesiones ilegítimas) por grandes terratenientes. El MST local sabía que el gobierno del Estado de São Paulo había hecho un estudio sobre Pontal de Paranapanema en 1940, en el que estableció que 444,130 hectáreas de la región eran de hecho predios públicos (*terras devolutas*) poseídas ilegalmente por los terratenientes y que, además, el estatus jurídico de otras 519.315 hectáreas aún estaba por establecerse (Mançano, 1996: 160). El gobierno de ese momento, sin embargo, no adoptó ninguna acción adicional para restablecer la posesión pública de la tierra. Cincuenta años después el MST calculó que el gobierno estatal podía ser persuadido para recuperar y redistribuir los predios que ya habían sido declarados públicos.¹⁷ Legalmente no se estaría en presencia de una

¹⁷ Para que el gobierno recupere la posesión de esos predios públicos primero tiene que presentar una acción de discriminación de tierras (*Ação Discriminatoria*) que establece la veracidad de su reclamo y luego una acción reivindicatoria (*Acões Revindicatorias*) contra las personas que detentan la tierra. No obstante, la segunda etapa crítica nunca fue adoptada y los predios continúan en manos privadas.

reforma agraria, la cual es de competencia exclusiva del gobierno federal, aunque en la práctica fuese justamente eso.

El movimiento lanzó en 1991 una campaña de ocupaciones en serie para forzar la intervención de la rama ejecutiva en la región.¹⁸ El gobierno estatal, temiendo una confrontación violenta, entró en la palestra e inició distintas clases de procesos para reclamar los predios públicos. El MST no tenía personalidad jurídica y no fue parte en estos casos, aun cuando sus ocupaciones fuesen la causa inmediata de los mismos. Aunque los predios ocupados ya habían sido declarados públicos, el gobierno tenía que ganar los procesos posesorios en los estrados judiciales antes de recuperar la tierra y redistribuirla. En términos jurídicos, la única duda planteada por este tipo de casos era la compensación económica que el Estado debería pagar por las mejoras realizadas en los predios, es decir, por las construcciones, cercas, etc. Para los abogados del gobierno, los casos representaban principalmente una herramienta de negociación que utilizaron para presionar a los grandes terratenientes para que estuvieran de acuerdo en transferir la posesión en los términos del gobierno.

Entre 1990 y 1995, sin embargo, se alcanzaron muy pocos acuerdos. En un pequeño número de casos la presión combinada de la ocupación de los predios y los litigios con el gobierno, la cual depreció el valor de la tierra y generaba altísimos honorarios de representación legal, forzó a que los terratenientes asentados renunciaran a la posesión.¹⁹ También ayudó la oferta económica relativamente atractiva presentada por la institución estatal.

Uno de los principales obstáculos que enfrentó el gobierno fue la discrepancia radical entre el tiempo operativo del movimiento y el del campo jurídico. En particular, los terratenientes asentados fueron capaces de mantener los procesos judiciales abiertos durante muchos años, creyendo que un nuevo gobernador estatal se rendiría y retiraría del caso (como en la década de los cuarenta), o para aguantar y lograr un mejor acuerdo económico. Un ejemplo es suficiente para ilustrar la profundidad del problema. Irónicamente, supone la interposición por parte del estado de un recurso que aceleraría el ritmo del proceso judicial. En uno de los primeros casos posesorios, en 1992, el abogado de la institu-

¹⁸ Dentro de los primeros objetivos se encontraba una de las haciendas más grandes de la región, Fazenda São Bento, bajo la posesión ilegal de un viejo jefe político (conocido en Brasil como "coronel") que ha sido elegido dos veces alcalde de la capital regional, y cuenta con un municipio bautizado con su nombre.

¹⁹ Técnicamente, el gobierno compró las mejoras hechas a los predios pues desde un principio era el propietario legal de las tierras.

ción solicitó al juez que ordenara el secuestro del predio en conflicto y lo colocara en manos públicas hasta que el proceso judicial terminase. Lo anterior permitiría que las familias permanecieran en el predio y además presionaría fuertemente al terrateniente para llegar a un acuerdo. Si los jueces aceptaban este movimiento procesal sentarían un precedente determinante en la región –una o dos victorias rápidas del gobierno asegurarían virtualmente que los asentamientos restantes alcanzarían un acuerdo antes de llegar a juicio–. Cuatro años después –una eternidad según el tiempo del movimiento y un ciclo electoral completo para el gobernador estatal– la Corte Suprema Federal se pronunció a favor del secuestro del predio. No obstante, durante el periodo transcurrido fue elegido un nuevo gobernador estatal que intentó modificar el tiempo jurídico por medio de un instrumento procesal totalmente diferente.

¿Qué cambió entre el primer y segundo esfuerzo para acelerar el tiempo jurídico? Los cambios más importantes son, en primer lugar, la elección de un gobernador de centro-derecha y, en segundo lugar, la habilidad del MST para aumentar sus ocupaciones de tierra. Hasta 1994 la oficina del procurador de la región estaba estrechamente vinculada con las élites políticas y tenía muy poco interés en resolver el caso jurídicamente. Al igual que el gobernador estatal de ese momento, no estaba comprometido políticamente con la reforma agraria y desconfiaba profundamente del MST. El gobernador elegido en 1994, sin embargo, en general estaba de acuerdo con los objetivos del movimiento, aunque no específicamente con el movimiento, y estaba preocupado por el hecho de que irrumpiera la violencia en la confrontación entre los sin tierra y los terratenientes, lo cual acarrearía costos humanos sustanciales e implicaciones electorales considerables. El gobernador tomó la decisión política y de justicia social de movilizar una parte del formidable aparato burocrático-jurídico bajo su dirección para resolver los conflictos agrarios de la región. Se redactó un plan integral –el *Plano de Ação para o Pontal*– que contaba con componentes administrativos, políticos y jurídicos (ITESP, 2000: 72-80).

Para acelerar los procesos judiciales, la Secretaría de Justicia del Estado puso a prueba un nuevo instrumento procesal que entró en vigor inmediatamente denominado como *tutela anticipada* (protección cautelar, art. 273, Código de Procedimiento Civil). Este instrumento permitía al juez acelerar el reloj judicial dictando una sentencia provisional al comenzar el proceso. El debido proceso y la habilidad de atrasar los procesos judiciales son utilizados de manera engañosa en aquellos casos en los que el tiempo consumido por los procedimientos normales reduce sustancialmente los beneficios que la sentencia puede traer para

el demandante.²⁰ Debido a que la *tutela anticipada* parece invertir la lógica tradicional de dichas decisiones provisionales –que únicamente pueden adoptarse en casos de *necesidad absoluta*– se presentó una incertidumbre considerable en el campo jurídico sobre la forma como los jueces interpretarían su utilización y, especialmente, si disminuirían las condiciones restrictivas que se aplican a otras medidas provisionales.²¹ Ante la ausencia de jurisprudencia, los jueces y los abogados tendrían que elaborar interpretaciones sobre cómo y cuándo podía ser utilizado dicho instrumento.²²

El juez local concedió la *tutela anticipada* a finales de 1995. El Tribunal de Justicia de São Paulo revocó la decisión durante el trámite de la segunda instancia. Después de ello, el caso llegó a instancia del Tribunal Federal Superior. El procurador estatal general y la Secretaría de Justicia realizaron peregrinaciones regulares ante el Tribunal Superior, su equipo se estableció en Brasilia, y el gobernador en persona compareció ante el Tribunal. Tras quince días de deliberación el Tribunal respaldó la petición de *tutela anticipada*.

Gracias a ello, el gobernador pudo conseguir 73.540 hectáreas por medio del sistema judicial en los cuatro años transcurridos entre 1995-1998, lo suficiente como para crear 60 asentamientos de reforma agraria y ubicar allí a 3.000 familias (ITESP, 2000). En contraposición,

²⁰ El tiempo puede ser un factor decisivo para la utilidad de los resultados de un caso. Un paciente con una condición vital precaria, por ejemplo, se beneficiaría poco de una sentencia que le garantizase el acceso a medicamentos si tal decisión se produce cuando la condición del paciente ha culminado su curso completo. En estos casos, puede solicitarse una medida provisional (medida cautelar) para acelerar el reloj judicial. Lo anterior cambia el balance entre el debido proceso y la eficacia de la decisión a favor de esta última. Las medidas provisionales, hasta 1995, no obstante, sólo podían ser conseguidas bajo condiciones muy restrictivas.

²¹ Los requisitos para conceder la *tutela anticipada* parecían estar presentes en los casos posesorios. La legislación (art. 273, Código de Procedimiento Civil) establece que: “Los jueces pueden, a petición de una de las partes, **anticipar** parte o todos los efectos del remedio judicial pretendido en la solicitud inicial, siempre y cuando, frente a pruebas inequívocas, esté convencido de la veracidad del alegato y: I – cuente con un temor bien fundado de un perjuicio irremediable o difícil de reparar; II – que sea evidente el abuso de los derechos de defensa o la intención de prolongar el proceso por medio de tácticas; 1...; 4° La decisión anticipada puede ser revocada o modificada en cualquier momento por medio de una decisión suficientemente sustentada. 5° El caso seguirá hasta su resolución final sin importar si la decisión anticipada ha sido concedida o no”.

²² El resultado final del caso fue claro: el territorio ocupado por el MST ya había sido declarado como predio público y sólo resultaba incierto el nivel de compensación económica que correspondía por las mejoras realizadas al mismo. Se temía la presencia de un perjuicio irremediable si se esperaba hasta la sentencia final: la demora en el asentamiento de las familias podría llevar a la violencia y además no tenían otro lugar a donde ir. El abuso del derecho de defensa se estableció claramente: la utilización de maniobras por parte de los terratenientes con la intención de demorar la sentencia final en procesos sobre tierras era recurrente en la región.

en los primeros cuatro años de la década el gobierno sólo había adquirido tierra suficiente como para asentar a 151 familias.

El proceso que condujo a este resultado tiene dos dimensiones que deben ser explicadas. Una es la importancia de la campaña mediática adelantada por cada una de las partes involucradas en el conflicto. Los oficiales gubernamentales, los líderes del MST y los terratenientes coincidieron en la estrategia mediática y todos exageraron la volatilidad de la región. Cada uno creyó que al crear la percepción de que Pontal do Panarema se encontraba al borde de una guerra de clases local, crearían las condiciones para una intervención judicial favorable a sus intereses. Es imposible saber con certeza cuál era el riesgo real de que la situación desembocara en violencia. Los titulares de los periódicos, sin embargo, eran enfáticos. A finales de 1995 el periódico local *O Imparcial* (18/10/95) exclamó: “El Jefe de la Policía teme la convulsión social”; el principal periódico de São Paulo, *Folha de São Paulo* (28/10/95), publicó como titular “Los terratenientes ya han contratado fuerzas armadas de seguridad en Pontal”; el periódico nacional *Jornal do Brasil* (24/12/95), a su vez, “Los Sin Tierra respaldarán las invasiones con balas”; y la revista nacional *Isto É* (11/10/95), señaló que “el Pontal es un barril de pólvora listo para explotar”. Los abogados que representaban a los terratenientes ocupantes utilizaron las anteriores noticias para hacer que detuvieran a los líderes del MST y las incluyeron en sus memoriales judiciales para demostrar cuán peligroso era, tan peligroso como para suponer una amenaza para todo el sistema de propiedad de la región. Por su parte, el MST era perfectamente consciente de que la intervención histórica del gobierno para realizar reformas agrarias se había producido principalmente en regiones de alta conflictividad social, y que raramente se había dado en regiones en donde no se había ejercido presión desde abajo. El gobierno estatal tenía sus propias razones. Necesitaba construir apoyo político para su intervención en Pontal y para conseguir dinero proveniente de la reforma agraria federal que le permitiese sufragar los costos de tal intervención. En el campo jurídico tenía que convencer a los jueces de la necesidad de acelerar dramáticamente los procesos judiciales que colocarían las tierras en disputa en sus manos.

La segunda dimensión que debe ser explicada es la campaña sin precedentes y veloz emprendida por el gobierno estatal para conseguir el apoyo judicial a su interpretación de la *tutela anticipada*. La Secretaría de Justicia del Estado y los procuradores estatales visitaron al juez local que resolvería el caso, al procurador público local que se encargaría de la defensa de los puntos de vista del Estado, al presidente del Tribunal de Justicia de São Paulo y, cuando fue apelado ante la Corte Superior Federal, comparecieron ante el presidente de este orga-

nismo. El gobernador de São Paulo, el centro neurálgico económico de Brasil y puede decirse que de Latinoamérica, comparecería personalmente ante la Corte Superior Federal. En cada una de las instancias el gobernador defendió su posición con base en argumentos consecuencialistas y procesales. En ellos sugería que el caso reunía todos los requisitos para la medida provisional y dejaba clara su gran preocupación porque la región se sumiera en la violencia y el desorden. Un participante calificó la anterior forma de argumentación socio-política como *ad terrorem*.²³ Es decir, que el Pontal do Paranapanema se encontraba al borde de la violencia colectiva a gran escala y, que si las cortes privaban al gobierno estatal de las herramientas jurídicas necesarias para mantener a los sin tierra en la tierra, probablemente se produciría una gran convulsión social. Añadió que si la Corte establecía un precedente favorable en este caso, resolvería el atasco jurídico y de este modo los demás terratenientes-ocupantes cuyos predios habían sido invadidos negociarían rápidamente.

EL MST puso en marcha una tercera modalidad de cambio legal en la región Pontal do Paranapanema cuando un juez diferente emitió una orden de captura en contra de trece de sus líderes. La contra movilización del MST en los estrados judiciales y en la arena pública hizo que la Corte Federal Superior emitiera una sentencia que descriminalizaba al movimiento y expandía el concepto de desobediencia civil. La sentencia es ampliamente citada, en gran medida porque el magistrado ponente, Luiz Vicente Quicchiarro, es uno de los principales juristas en materia penal del país (Meszaros, 2002: 532).

El principal cargo que se formuló contra los líderes del movimiento fue el de asociación para delinquir con el propósito de tomar posesión de la tierra. El Tribunal de Justicia de São Paulo denegó el recurso de hábeas corpus e hizo eco de la opinión prevaleciente en muchas de las cortes del país sobre el movimiento y sus actividades:

Permitir que terceros violen la propiedad de los demás, con el pretexto de la cuestión social, llevará al desmantelamiento de todo el sistema jurídico del país. Hoy son las propiedades invadidas... mañana lo serán las industrias, las fábricas y los establecimientos comerciales, con la garantía de la impunidad, bajo el pretexto de los "problemas sociales". Lo anterior es el obituario de un Estado y una sociedad organizados con base en el derecho. El poder judicial no puede aceptar ni tolerar esta situación.

²³ El gobierno estatal también hizo énfasis en que sólo estaba solicitando la posesión de un tercio de la propiedad para brindar a las familias un lugar seguro en el cual permanecer mientras los procedimientos judiciales seguían su curso normal, y para acelerar el proceso de negociación del acuerdo final.

La Corte Federal Superior revocó la sentencia del Tribunal del Estado. Como en los anteriores casos, los jueces trasladaron la definición del problema jurídico al terreno constitucional, esta vez desde el Código Penal, y asumieron una posición consecuencialista. En su sentencia realizó una yuxtaposición entre el derecho a la propiedad y el derecho a exigir derechos, que es una libertad política, para encontrar que las ocupaciones de tierras por parte del movimiento no podían ser consideradas como un acto criminal porque no existía intención delictiva. Por el contrario, las ocupaciones de tierra del MST debían ser consideradas como un ejercicio de los derechos de ciudadanía, particularmente del derecho civil a presionar al gobierno para que hiciera efectivos los derechos constitucionales, en este caso el relativo a la reforma agraria. Por las mismas razones, el MST debía ser considerado como un movimiento social que reclama los derechos de ciudadanía.²⁴

Esta sentencia ha sido muy importante, tanto en términos políticos como jurídicos. No obstante, no ha impedido que otros jueces emitan órdenes de captura contra los líderes del MST. En Brasil los jueces no están vinculados por las sentencias precedentes de sus superiores y le otorgan un valor especial a la independencia judicial. Recientemente, en el año 2003, otro juez de la región de Pontal emitió un orden de captura en contra de los líderes locales del MST. Aunque el recurso de hábeas corpus interpuesto probablemente prosperará en las instancias superiores, semejante acoso jurídico supone costos sustanciales para el movimiento y muestra que la contribución del MST al cambio legal es desigual y que gana terreno lentamente.

EL CAMPO JURÍDICO Y EL CAMPO DEL MOVIMIENTO EN EL CAMBIO LEGAL

Los encuentros entre los movimientos y la magistratura son asuntos intranquilos en los que es relativamente raro que se pongan en marcha todas las cadenas de eventos que se acaban de describir. Esta sección analiza los cambios que se produjeron en el campo jurídico y en el campo del movimiento que permitieron que sus lógicas particulares se sincronizaran para producir un cambio legal cosmopolita. Aquí me concentro en los elementos clave del aparato teórico de Bourdieu que produce las lógicas características del campo jurídico y del de los movimientos sociales: las formas de poder distintivas que operan en los dos campos; los actores institucionalmente situados que disfrutaban de una capacidad de acción variable; y, finalmente, la lucha por el orden simbólico.

²⁴ Para información adicional sobre esta sentencia véase Strozake (2000).

El MST en el campo de los movimientos sociales

El campo de los movimientos sociales contemporáneos en Brasil emergió a finales de la década de los setenta como parte de la transición del país a la democracia, pero en años recientes ha sufrido cambios profundos. En su momento fundacional, los protagonistas del campo compartían una posición de confrontación frente al Estado, un énfasis en la acción colectiva transgresora y un orden simbólico estructurado por un proyecto utópico y profético. Desde principios de la década de los noventa se ha producido un giro hacia un contacto creciente con el Estado, un énfasis en la participación ciudadana y un discurso edificado alrededor de la construcción de la ciudadanía y la necesidad de influir en las políticas públicas. Los cambios en el campo han contribuido a que el MST se convierta en uno de sus principales actores, un estatus que ha mejorado significativamente su habilidad para concentrar energía social en el ámbito jurídico.

Una amplia gama de actores durante la transición a la democracia (finales de 1970 y principio de 1980) se identificaban a sí mismos como parte del “movimiento popular”. En su sobresaliente análisis del campo de los movimientos, Doimo (1995: 68) sugiere que el movimiento popular era un campo multicéntrico definido por las relaciones entre actores que, a pesar de sus identidades diversas, compartían un compromiso, un discurso político y su participación en redes. Su orden simbólico giraba alrededor de un discurso utópico y profético que enfatizaba en la participación popular (masiva) en acciones directas dentro de la lucha por la emancipación frente a la explotación capitalista y las instituciones sociales y políticas autoritarias.²⁵ Junto a la independencia frente a los partidos políticos y la lucha contra el Estado (p. 29), estos elementos proporcionaban un nuevo proyecto democrático y transformador para la sociedad. Los actores del campo incluían no sólo a los movimientos sociales como el MST, el Movimiento por la Vivienda y el Movimiento de los Desplazados por Represas, sino a organizaciones de apoyo como la Unión de Asociaciones Vecinas de Porto Alegre (Uampa), la cual ayudó a la creación del presupuesto participativo en Porto Alegre, y una amplia gama de instituciones de educación popular y ONG. En el caso del MST, que emergió directamente del trabajo organizativo de los católicos radicales de la teología de la liberación, eran particularmente fuertes una posición de antagonismo ante el Estado y el énfasis en la participación popular en las acciones directas para conseguir de-

²⁵ La participación en la lucha tiene una connotación sacra: “era un deber del pueblo de Dios, porque únicamente el poder del movimiento popular, construido con persistencia, coraje... podía oponerse a un sistema opresor y excluyente” (Doimo, 1995: 144).

rechos (por medio de la presión al Estado). Entre todos los movimientos era, y sigue siendo, único en su compromiso con una misión profética y con la importancia de reproducir la mística de *a luta* (la lucha).

El análisis de Doimo sugiere que el campo del movimiento estaba profundamente moldeado por la lucha contra el régimen autoritario y por el papel que jugó la Iglesia Católica en las mismas. La Iglesia, en cuanto una institución con una infraestructura organizativa sobresaliente que cuenta con acceso a recursos internacionales, y el catolicismo, como un orden simbólico con una profunda resonancia entre “el pueblo”, proporcionaron gran parte de los apuntalamientos estructurales e ideológicos del campo. Este último estaba influenciado fuertemente por la izquierda inspirada en Gramsci, lo que en parte puede ayudar a explicar su fuerte (y en cierto modo paradójico) énfasis en los derechos.

En su periodo fundacional la acumulación de semejante capital suponía vínculos fuertes con la Iglesia Católica y, en las áreas rurales en donde el MST funcionaba, la utilización habilidosa de un discurso político-religioso radical. Como lo señala Mançano (2000: 84), la lucha por la tierra era “una lucha permanente por la dignidad y la vida”, y lo que mantuvo unido al movimiento fue la religiosidad popular y las “luchas masivas en las que las familias (sin tierra) participaron” directamente.

En la década de los noventa, distintos procesos se unieron para modificar gran parte de los elementos principales del campo del movimiento. Estos procesos incluían la consolidación de las instituciones democráticas y, particularmente, la Constitución de 1988; el giro conservador dentro de la Iglesia Católica, por una parte, y el poder electoral creciente del Partido de los Trabajadores y su administración de varias ciudades importantes, por la otra; los cambios en la financiación internacional en tanto las agencias de Europa occidental modificaron sus agendas e intereses geográficos; y la mayor descentralización y la apertura del Estado a la participación de las organizaciones de la sociedad civil en el diseño e implementación de las políticas públicas. Esto último supuso, entre otras cosas, implicaciones importantes en materia de recursos para los actores del campo.

A finales de la década de los ochenta la Iglesia Católica había perdido gran parte su papel como proveedora de las bases estructuras y simbólicas de los campos, mientras que el papel del Partido de los Trabajadores había crecido de manera considerable. Nuevos tipos de actores, con acceso directo a los fondos internacionales así como a fondos gubernamentales, se hicieron prominentes, en especial los cuerpos de coordinación de la sociedad civil como la Central del Movimientos Populares y la Asociación Brasileira de ONG (Abong) y ONG activistas bien financiadas y profesionalizadas como Polis e IBASE. Los actores más

antiguos como el MST se institucionalizaron más. El universo simbólico también cambió. El campo perdió su contenido profético y utópico original en tanto el énfasis giró hacia la construcción de la ciudadanía y la “ciudadanía en acción”, lo que suponía la participación en concejos de políticas públicas creados constitucionalmente, e influir en las políticas y en el debate públicos (Doimo 1995: 213-215). Los lazos entre los actores del campo y las agencias estatales crecieron sustancialmente.

Paradójicamente, la posición del MST en el campo creció muchísimo durante la década de los noventa, y junto con ella su habilidad para concentrar energía social. Resistió los anteriores cambios más que cualquier otro actor del campo, asentándose llamativamente de manera independiente. Mantuvo sus estrechos lazos con los segmentos progresistas de la Iglesia Católica, y siguió realizando acciones colectivas transgresoras de gran magnitud –bajo la forma de ocupaciones de tierra, marchas de protesta y ocupación de dependencias estatales y autopistas– como su principal estrategia. De hecho, las ocupaciones de tierra se extendieron por todo el país y su número aumentó de manera considerable. Aunque es bastante difícil reunir información sobre el número de ocupaciones, el proyecto Dataluta y el presidente de UNESP, Prudente, sugieren que tanto el número de ocupaciones como la cantidad de participantes se triplicaron, de 421 en el periodo 1990-1994 a 1.855 en el periodo 1995-1999 (Mançano, 2000: 270-72). El crecimiento de la visibilidad del movimiento, del apoyo dentro del campo del movimiento y, en general, dentro de los sectores progresistas, le garantizó un acceso mucho mayor a recursos jurídicos, políticos y materiales. En la década de los noventa el MST era *e*/movimiento por la reforma agraria reconocido nacionalmente, aunque los sindicatos de trabajadores rurales y otros movimientos también participaban en las ocupaciones de tierra y buscaban la redistribución (Zander, 1997). A pesar de su retórica combativa y de sus acciones transgresoras, el movimiento siguió la nueva lógica del campo desarrollando relaciones pragmáticas y extensas con sectores del Estado y diversificando sus fuentes de recursos. El MST seguía desconfiando de la rama judicial, pero esta década mostró un giro en la definición de la “cuestión agraria” hacia una más secular y jurídica. En el periodo anterior la lucha por la tierra había sido construida en términos político-religiosos como un asunto de justicia social y dignidad humana, y como base para la liberación de un sistema capitalista que esclaviza a los débiles en beneficio de capital nacional e internacional.²⁶

²⁶ En el congreso nacional del MST de 1984 los objetivos generales del movimiento fueron definidos como “1) la lucha por la reforma agraria; 2) la lucha por una sociedad más justa, fraternal y el fin del capitalismo; 3) la unión de los sin tierra: trabajadores rurales, cultivadores, parceleros, etc.; 4) tierra para aquellos que la trabajan y la necesitan para vivir” (Mançano, 2000: 81-83).

Se distanció de otros movimientos rurales rechazando el Estatuto de la Tierra de 1964 y exigiendo que los trabajadores rurales participaran en la creación de la legislación “con base en sus prácticas y experiencias”.²⁷ En la década de los noventa la construcción del discurso incluía, junto con nociones amplias de justicia social, el principio constitucional de la función social de la propiedad y la constitucionalidad de la reforma agraria.

Dos desarrollos importantes dentro del propio movimiento ayudaron a empujarlo hacia el campo jurídico. Uno de ellos es el proceso de aprendizaje gradual de sus líderes en la medida en que acumulaban pequeñas victorias en el campo jurídico, y en que los encuentros con jueces y abogados menos conservadores eran más frecuentes. El segundo, y probablemente el más importante, debía desarrollar necesariamente una preocupación por los derechos humanos. Muchos de sus líderes más importantes ya no son “infractores por primera vez” en los juicios penales y, por tanto, se enfrentan con la posibilidad de recibir condenas de privación de la libertad más prolongadas. La creciente carga y amenaza jurídica forzaron al movimiento a crear un departamento de derechos humanos y a involucrarse de manera continua con aliados en el campo jurídico.

Finalmente, el poder creciente del Partido de los Trabajadores, particularmente en el estado de Rio Grande do Sul, también ayudó a sincronizar los ámbitos jurídico y del movimiento. El MST y el Partido de los Trabajadores surgieron del mismo proceso de movilización política que ayudó a producir la transición a la democracia, y desde entonces han mantenido lazos estrechos. Las figuras políticas del PT han sido aliados invaluable, por ejemplo en el caso de la detención de los líderes del MST en Pontal do Paranapanema, cuando ayudaron a que el caso se trasladara rápidamente de una acción local jurídica a una preocupación importante del campo político. Algunos de los abogados de derechos humanos más distinguidos de Brasil, incluyendo a un congresista del Partido de los Trabajadores, sustentaron el recurso de hábeas corpus ante la Corte Superior. El número creciente de administraciones municipales y estatales en manos del Partido de los Trabajadores, ayudaron a que el MST se alejara de su tradicional posición frente al Estado como enemigo.

²⁷ *Jornal do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra*, III, núm. 42 (febrero, 1985), citado en Mançano (2000).

La judicatura brasilera y el campo jurídico

El campo jurídico sufrió un conjunto de cambios profundos durante la década de los noventa, aunque a un ritmo más lento que el campo del movimiento. Lo anterior permitió las modalidades de cambio jurídico que el MST pudo poner en marcha. En el debate público estos cambios y tensiones han sido denominados como “la crisis del sistema judicial”. En el centro de estos cambios se encuentra la alta y muy controversial constitucionalización del derecho ordinario, en la medida en que los miembros del campo han buscado reconstruir la legitimidad democrática de las instituciones judiciales y ajustarlas a la realidad de un nuevo régimen democrático. No puede subestimarse la importancia de este proceso, no sólo porque el Código Civil que estuvo vigente hasta el año 2003 tenía una concepción claramente liberal de los derechos de propiedad y de la naturaleza individual de los derechos en general, sino además debido al catálogo de derechos sociales y colectivos consagrados en la Constitución de 1988.²⁸ Lo anterior ha hecho posible que la definición jurídica de los conflictos sociales se acerque a la definición que de ellos se hace en el ámbito del movimiento. Posiblemente lo más importante es que el movimiento ha abierto la puerta a una expansión sustancial del papel de lo judicial y la interpretación jurídica. En conjunto, los esfuerzos desde principios de la década de los noventa para constitucionalizar el derecho y reconciliar las normas jurídicas que varían sustancialmente en la disposición normativa y sustantiva, han cumplido un papel determinante a la hora de facilitar las modalidades jurídicas de cambio legal.

Como en el caso del movimiento, el tipo de actores presentes también cambió. Además de las justamente anunciadas oficinas federales y estatales de procuradores públicos (Ministério Público), las redes formales e informales de jueces y abogados preocupados por los temas de justicia social y por la definición de un nuevo papel democrático para las instituciones judiciales y la profesión jurídica fueron igualmente importantes. Estas redes cumplieron un papel fundamental al servir como un puente entre lo jurídico y el movimiento, y ayudando a generar un nuevo sentido común jurídico en el campo jurídico sobre los temas relacionados con el MST y los conflictos de tierras.

²⁸ Este tipo de pluralismo jurídico estatal, o lo que Santos (1995: 385) denomina interlegalidad, ha sido el resultado de la incorporación de fuentes de normas jurídicas diversas, con bases doctrinales y normativas diferentes y sujetas a formas hermenéuticas o de interpretación diferentes. La tradición de derecho civil del país, que hace énfasis en los derechos individuales y en los derechos de propiedad liberales fuertes, se ubica junto a una constitución que garantiza los derechos civiles, políticos y colectivos, una extensa legislación sobre la reforma agraria, remanentes de legislación corporativa, así como con convenios internacionales.

El caso Primavera ilustra cómo la aplicación de las normas jurídicas por parte del juez de primera instancia ayuda a traducir los conflictos sociales que ingresan en el campo jurídico bajo categorías universales y socialmente abstractas. Lo que el juez local ha construido como un conflicto sobre los derechos de propiedad individual, asumiendo lo que los críticos denominan el razonamiento jurídico procesal o positivista, el Estado lo construye como un conflicto entre derechos fundamentales y derechos de propiedad, lo cual genera consecuencias sociales importantes. El primero podría sostener que los principios constitucionales no tienen fuerza normativa, y que para hacerlos exigibles se requiere la promulgación de una ley (y por tanto la intermediación del legislador), el segundo sostiene que los derechos fundamentales y otros principios constitucionales imponen obligaciones jurídicas inmediatas y que no requieren la promulgación de una ley para ser vinculantes.

Las dos construcciones del caso reflejan los esfuerzos competitivos para interpretar la Constitución de 1988 que han llevado a una ruptura dentro del campo jurídico pero que, al mismo tiempo, también lo han acercado al campo del movimiento. Las constituciones latinoamericanas, incluyendo la de Brasil, principalmente han sido consideradas como documentos políticos y no como textos jurídicos. Con la Constitución de 1988, no obstante, Brasil parece haber alcanzado la tendencia hacia la constitucionalización que acompañó la creación del Estado de bienestar en Europa. La aceptación del carácter normativo de la Constitución extiende la competencia de los jueces y, debido a la naturaleza de los artículos constitucionales y su preocupación por los resultados sustantivos (y sociales), exige que se involucren en una interpretación y construcción mucho más amplia del derecho. Lo anterior además fluye directamente de la expansión de los derechos sociales e instrumentos jurídicos, como las acciones populares, que hacen que sea más fácil transformar las batallas individuales en luchas colectivas.²⁹

No es casualidad que este conflicto interpretativo surgiera dentro de la judicatura de Rio Grande do Sul. El Estado cuenta con una tradición jurídica progresista y con redes fuertes dentro del campo jurídico que trabajan con movimientos sociales. Dentro de la judicatura un

²⁹ La necesidad de que las normas jurídicas gobiernen las actividades interpretativas más amplias está produciendo lo que algunos denominan como una hermenéutica pospositivista que guía la forma como las normas jurídicas deben ser interpretadas a través de los principios constitucionales, y cómo ponderar estos principios cuando entran en conflicto. De nuevo, véase Barroso (2002a y b), así como Streck (2002) y Facchini (2003).

grupo de jueces jóvenes crearon una red informal justo después de que los militares dejaran el poder a mediados de la década de los ochenta, el cual se conocería como el Movimiento del Derecho Alternativo. Originalmente, los jueces se reunieron para cuestionar la legitimidad del derecho creado bajo el régimen autoritario –incluyendo la Constitución de 1967–, para discutir cuestiones de justicia social y para cumplir con su parte como jueces en la transición a la democracia. Trabajaron a través de la Asociación de Jueces de Rio Grande do Sul (Ajuris), para explorar nuevas interpretaciones del Código Civil y del Código Penal que anularían el sesgo conservador de la judicatura y que les permitirían tomar en cuenta y abordar dentro de los procesos las enormes desigualdades del país. La nueva Constitución de 1988 abrió un nuevo y amplio horizonte de posibilidades jurídicas para muchos miembros de la red. Desde principios de la década de los noventa estos jueces han considerado que la constitucionalización de la ley resulta vital para democratizar el derecho y para darle un contenido moderno a los códigos rígidamente individualistas y descontextualizados. También se han percatado, correctamente, de que el proceso de constitucionalización supone el reconocimiento y la extensión de las actividades interpretativas de los jueces.

Un proceso similar ha tenido lugar en São Paulo, en donde un grupo de jueces comprometidos con la constitucionalización del derecho, con los derechos humanos y con la democratización de la judicatura, formaron en 1991 la Asociación de Jueces para la Democracia, y en 1992, especialmente para casos penales, el Instituto Brasileiro de Ciencias Penales (IBCCRIM). La decisión de los jueces de São Paulo de crear organizaciones formales e independientes refleja paradójicamente su tenue posición dentro de la judicatura del Estado, la cual es considerada como una de las más conservadoras del país. La formación de estas redes refleja el alto grado de autonomía del que disfrutaban los sistemas judiciales estatales bajo el sistema federal brasileiro, al igual que las fuertes identidades corporativas de los jueces y los sesgos regionales.

En Rio Grande do Sul, los jueces que estuvieron asociados con el Movimiento de Derecho Alternativo, incluyendo a muchos miembros del Tribunal Superior del Estado, durante la última década han visitado los asentamientos de reforma agraria del MST. Los veintidós magistrados del Tribunal se habrían dado cuenta claramente del creciente apoyo popular al movimiento, así como de su significado político en un contexto nacional en que se percibía que la extrema desigualdad social y la pobreza estaban empeorando.

Las redes de abogados progresistas no son nuevas en Brasil, pero es durante los años noventa que surge la primera red nacional de abogados populares que trabajan con movimientos rurales y urbanos.

La Red Nacional de Abogados Populares (RENAP), constituida formalmente en 1996, jugó un papel determinante en la sincronización de los campos jurídico y del movimiento. La Renap tiene un ámbito nacional y es más especializada, lo cual refleja una tendencia general en las redes de abogados progresistas, y hoy en día cuenta con aproximadamente 410 profesionales del derecho distribuidos en 22 de los 26 estados del país, se concentra principalmente en cuestiones agrarias, y está estrechamente vinculada con el MST.

La Renap ha sido un puente importante entre el campo jurídico y el campo del movimiento, y vincula a los abogados inexpertos del ámbito local con juristas reconocidos nacionalmente. En el caso Primavera en 1997, cumplió un papel fundamental en la obtención de una sentencia favorable en las instancias superiores: el miembro de la Renap que redactó la solicitud ocupaba una alta posición en los dos campos, y poseía formas de capital que son valiosas en el ámbito jurídico.³⁰ Sus abogados también han jugado un papel central para superar la resistencia del movimiento a entrar en el campo jurídico y en la construcción de relaciones de confianza entre el movimiento y otros protagonistas jurídicos, incluyendo las redes informales de jueces comprometidos con la justicia social. Aunque el MST en sus comienzos en los años ochenta había vinculado a algunos abogados progresistas en su órbita, es sólo a partir de mediados de los noventa cuando busca establecer relaciones más cercanas y continuas con ellos. Antes de esto, el movimiento buscaba abogados aisladamente para liberar a sus líderes encarcelados y para luchar contra las distintas formas de criminalización y acoso legal.

La red también se ha comprometido profundamente con el proceso de constitucionalización dentro del campo jurídico y ha ayudado a difundir nuevas bases doctrinales con base en las cuales se pueden sustentar los casos relacionados con el MST. Posiblemente la evidencia más clara de lo primero es la notable campaña para crear un nuevo sentido jurídico sobre los temas que afectan al MST.³¹ Por medio de su revista, *Cadernos RENAL*, y de publicaciones periódicas, distribuye la jurisprudencia reciente que favorece la lucha por la tierra. Dos volúmenes recientemente editados en cierto modo demuestran la importancia que están adquiriendo las redes dentro del campo jurídico. *A Questão Agrária e a Justiça* (La cuestión agraria y la justicia) y *Questões Agrárias:*

³⁰ Por una parte, el abogado es un procurador estatal retirado y un abogado de derechos humanos que trabajó durante el régimen militar; por otra parte, genera un profundo respeto dentro del campo del movimiento como resultado de una historia personal de litigios de interés público con los movimientos sociales, la cual también se remonta a la década de los setenta.

³¹ Véanse Varella (1997), Strozake (2000 y 2002).

Julgados comentados e Pareceres (Cuestiones agrarias: sentencias comentadas y opiniones), contienen ensayos de cerca de 30 juristas notables en casos civiles y penales que involucran al MST.³² Entre los autores se encuentran miembros de la red de Jueces de la Democracia São Paulo, la red Núcleo de Estudios Legales de Rio Grande do Sul y, por supuesto, la propia Renap.

Las publicaciones muestran el alcance impresionante de la Renap en el campo jurídico y, por medio suyo, el del MST. Los volúmenes no sólo han sido entregados a los miembros de la Renal, sino también a cientos de jueces. Esta iniciativa es notable porque tanto los abogados que simpatizan con el MST y los jueces locales –que pueden simpatizar o no–, cuentan con un acceso escaso a la jurisprudencia. Como lo señalaron durante las entrevistas muchos jueces en São Paulo y Rio Grande do Sul, todavía hay jueces que aplican partes del Código Civil de 1916 que desde hace mucho tiempo han sido derogadas. Una vez abandonan la facultad de derecho, incluso a los jueces profesionalmente comprometidos les resulta difícil mantenerse actualizados con la jurisprudencia emergente y aún con la nueva legislación (que en Brasil es especialmente voluminosa).³³

CONCLUSIÓN

La vinculación sostenida del MST con el campo jurídico ha puesto en marcha varias modalidades de cambio legal que, en los casos discutidos en este artículo, redefinen un terreno legal importante en materia de derechos de propiedad y desobediencia civil. También ha producido resultados sociales importantes. La habilidad del MST para transformar la energía del movimiento en energía jurídica, y para movilizar actores entre distintos campos, ha cumplido un papel central para hacer funcionar estas modalidades de cambio legal.

No obstante, la capacidad del movimiento para este tipo de acción estratégica, y el impacto de dicha acción, han dependido de dinámicas más amplias dentro de los ámbitos del movimiento, político y de partidos y el campo religioso, sobre las cuales tiene un control limitado. Las transformaciones sustanciales en cada uno de estos campos durante la década de los noventa mejoraron la capacidad del movimiento

³² Véase Strozake (2000 y 2002).

³³ La principal fuente de jurisprudencia para los jueces de primera instancia es la *Revista de los Tribunales* (*Revista dos Tribunais*), que las cortes estatales esperan distribuir gratuitamente. Incluso en el Estado más rico del país, São Paulo, los jueces de las regiones rurales se quejan de demoras de seis meses o más en recibir la revista, o de no recibirla en lo absoluto.

para redirigir y concentrar la energía de expertos jurídicos altamente cualificados hacia los casos penales y civiles que enfrentaba. Además, es durante este periodo, como resultado de los cambios en los campos respectivos, así como gracias a su propia acción estratégica frente a estos cambios, que el MST se convierte en el movimiento social más importante del Brasil contemporáneo. Este estatus particular dentro del campo de los movimientos le ha permitido construir alianzas amplias, en el ámbito jurídico y en otros, que pueden ser igualadas por muy pocos movimientos sociales en Brasil.

En todo caso, la movilización jurídica del MST ilustra algunas de las formas en que los movimientos sociales pueden utilizar el derecho para crear posibilidades que permitan contrarrestar el particular régimen de propiedad liberal que se está globalizando desde abajo. Ha jugado un papel determinante para modificar una legalidad altamente excluyente exigiendo a las autoridades públicas la implementación de la legislación existente sobre reforma agraria y, además, contribuyendo a la creación e institucionalización de interpretaciones novedosas de la función social de la propiedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSIN, Jacques Távora (2002a), "A Força Normativa das Necessidades Frente ao Direito de Propriedade", in Juvelino José Strozake (ed.), *Questões Agrárias: Julgados comentados e Pareceres*, São Paulo, Editora Método.
- ____ (2002b), "Dos Nós de uma Lei e de um Mercado que Prendem e Excluem aos Nós de uma Justiça que Liberta'm", in Dénise Dourado Dora (ed.), *Direito e Mudança Social*, Rio de Janeiro, Ford Foundation and Renovar.
- BARROSO, Luís Roberto (2002a), *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar.
- ____ (2002b), "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro", *Jus Navigandi*, num. 59. Disponible en: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208 (accessed data).
- BOURDIEU, Pierre (1987), "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field", translated by Richard Terdiman, *Hastings Law Journal* 38: 814-53.
- BOURDIEU, Pierre and Loic Wacquant (1992), *An Invitation to Reflexive Sociology*, Chicago, University of Chicago Press.
- DOIMO, Ana Maria. *A Vez e Voz do Popular: Movimentos Sociais e Participação Política no Brasil Pós-70*, Rio de Janeiro: ANPOCS/Relume Dumará, 1995.
- EDELMAN, Lauren, Christopher Uggen and Erlanger, Howard S. (1999), "The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth", *American Journal of Sociology*, 105, núm. 2: 406-54.

- EPP, Charles R. (1998), *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press.
- FACCHINI Netto, Eugênio (2003), "Fundamental Rights in the Balance: One View of the Cathedral, through a Judge's Eye", Paper presented at the International Workshop "Fundamental Rights in the Balance: New Ideas on the Rights to Property, Land, and Shelter", 16-18 October 2003, Institute of Development Studies (IDS), Brighton, UK.
- GALANTER, Marc (1981), "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law", *Journal of Legal Pluralism* 19: 1-47.
- GARTH, Bryant and Yves Dezalay (1998), *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, University of Chicago Press.
- HART, Vivien (1994), *Bound by Our Constitution: Women, Workers, and the Minimum Wage*, Princeton, Princeton University Press.
- HOUTZAGER, Peter (2001a), "We Make the Law and the Law Makes Us: Some Ideas on a Law in Development Research Agenda", *IDS Bulletin* 32, num. 1: 8-18.
- ____ (2001b), "Collective Action and Patterns of Political Authority: Rural Workers, Church, and State in Brazil", *Theory and Society* 30, num. 1.
- HUNT, Alan (1993), *Explorations in Law and Society: Toward a Constitutive Theory of Law*, New York, Routledge.
- ITESP (2000), *Mediação no Campo: Estratégias de Ação em Situações de Conflito Fundiário*, 2 edition, Cadernos ITESP, núm. 6, São Paulo, ITESP, Páginas e Letras.
- MANÇANO, Bernardo (1996), *MST: Formação e Territorialização em São Paulo*, São Paulo, Editora Hucitec.
- ____ (2000), *A Formação do MST no Brasil*, Rio de Janeiro, Vozes.
- McAdam, Doug, Tarrow, Sidney and Tilly, Charles (2001), *Dynamics of Contention*, Cambridge, Cambridge University Press.
- McCann, Michael W. (1994), *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, University of Chicago Press.
- MERRYMAN, John Henry (1985), *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2 edition, Stanford, Stanford University Press.
- MESZAROS, George (2002), "Taking the Land into their Hands: The Landless Workers' Movement and the Brazilian State", *Journal of Law and Society* 27, num. 4: 517-541.
- NAVARRO, Zander (1997), "Sete Teses Equivocadas sobre as Lutas Sociais no Campo, o MST e a Reforma Agrária", in João Pedro Stedile (ed.), *A Reforma Agrária e a Luta do MST*, Rio de Janeiro, Vozes.
- ____ (2001), "*Mobilização sem emancipação* — as lutas sociais dos sem-terra no Brasil", in Boaventura de Sousa Santos (ed.), *Reinventando a emancipação social*, Lisboa e São Paulo.
- RENAP (2001), *Primavera, Cadernos RENAP* 1, núm. 2.

- SANTOS, Boaventura de Sousa (1995), *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge.
- SCHEINGOLD, Stuart. 1974. *The politics of rights*. New Haven: Yale University Press.
- ____ (2002), *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, 2 edition, London, Butterworths.
- STRECK, Lenio Luiz (2002), *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- STROZAKE, Juvelino José (ed.) (2000), *A Questão Agrária e a Justiça*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.
- ____ (ed.) (2002), *Questões Agrárias: Julgados comentados e Pareceres*, São Paulo, Editora Método.
- VARELLA, Marcelo Dias (1997), "O MST e o Direito", in João Pedro Stédile (ed.), *A Reforma Agrária e a Luta do MST*, Petrópolis, Vozes.

Tribunales de justicia en Brasil, nuevas prácticas de justicia participativa y justicia comunitaria

ELSA INES RUMAK DE GONZÁLEZ*

MARINA SOARES VITAL BORGES**



Ante la insuficiencia del modelo jurídico liberal-individualista y la ineficiencia del poder judicial brasilero en otorgar respuestas a las demandas de concreción de los derechos sociales, los nuevos actores vienen utilizando otros mecanismos de resolución de sus conflictos. Este trabajo aborda los servicios legales alternativos generados por los Tribunales de Justicia en Brasil, bajo la virtud de justicia comunitaria, que pretenden incrementar el acceso a la justicia a las comunidades carentes. Trazando algunos lineamientos acerca del pluralismo jurídico como nuevo paradigma que pretende atender las demandas de los nuevos actores sociales, y verificando la identificación de sus fundamentos con las directrices de la justicia comunitaria, se pretendió observar cómo se vienen realizando los proyectos acompañados por los Tribunales de Justicia. En esta búsqueda se encontraron proyectos que no revisten las características emancipadoras de la justicia comunitaria. El presente texto pretende llamar a una reflexión sobre las motivaciones que llevarían a los tribunales brasileros a dedicarse a la promoción del acceso alternativo a la justicia, y determinar cuáles serían las medidas para ser adoptadas a fin de que tales prácticas no adquieran un carácter asistencial y se puedan volcar hacia el fortalecimiento de la autonomía de las comunidades involucradas.



Tribunals of justice in Brazil, new practices of participatory and communitarian justice

Due to the insufficiency of the liberal-individualistic juridical model and the inefficiency of Brazil's judiciary power in presenting answers to the rising demands for materializing social rights, new actors of the civil society have

* Estudiante del curso de maestría en derecho, Área de Relaciones Internacionales, Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil. erumak74@mixmail.com

** Estudiante del curso de maestría en derecho, Área Derecho, Estado y Sociedad, Subárea Sistema de Justicia por la Institución, Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil. marina_vital@yahoo.com.br

generated alternative mechanisms of conflict solution. This paper focuses on the legal services managed by the Tribunals of Justice in Brazil whose aim consists in improving – from the angle of communitarian justice – the access of poor communities to justice. After describing some essential aspects of juridical pluralism – a new paradigm which intends to handle the demands of the new social actors – and identifying its common basis with the principles of communitarian justice, it investigates how projects carried out in the framework of the Tribunals of Justice have been put into practice. This investigation reveals that some of the projects that were studied do not match with the progressive characteristics of communitarian justice. In this sense, the paper not only intends to provoke a discussion on the real motivation for the Brazilian Tribunals to promote an alternative access to justice, but also to determine which measures have to be taken that the Tribunals are not restricted to pure assistencialism but strengthen the autonomy of the involved communities.

INTRODUCCIÓN

La saturación del modelo liberal de representación política, y el agotamiento del instrumental jurídico estatal, son las mayores motivaciones para el desarrollo del presente trabajo. La discusión no se centra sólo en la crisis enfrentada por el poder judicial para tratar los conflictos que le son presentados, se resalta también la falencia de un modelo científico que sustenta todo el aparato de reglamentación estatal liberal-positivista, y una cultura normativa lógico-formal.

Tomando como referencia teórica la obra de Wolkmer (2001), se pretende realizar un análisis de la actuación de los Tribunales de Justicia brasileros en las prácticas de justicia informal y participativa, enfocándose en los proyectos de justicia comunitaria. El presente trabajo no procura agotar toda la profundidad del pluralismo jurídico, se utilizan simplemente algunas de sus categorías a fin de contribuir con las discusiones sobre las características de una práctica que sea verdaderamente comunitaria.

Por tanto, la primera parte está dedicada a la caracterización de la insuficiencia de ese modelo jurídico liberal-individualista-burgués, y a los límites del derecho estatal dentro de la realidad brasilera. En un segundo momento se aborda la concepción del pluralismo jurídico como un nuevo paradigma propuesto que nace de las luchas en torno a las carencias y necesidades de los derechos. Por último, analizando algunas experiencias de la justicia comunitaria en el Brasil, específicamente aquéllas patrocinadas por los Tribunales de Justicia, se pretende observar la real influencia de las bases de ese nuevo paradigma que bus-

ca la valorización de la participación comunitaria en la administración de sus conflictos.

AGOTAMIENTO DEL PARADIGMA JURÍDICO EXISTENTE

Para repensar críticamente el paradigma de la juridicidad estatal en nuestro país, resulta inevitable el enfrentamiento con toda una tradición hegemónica basada en una cultura jurídica brasilera marcada por una visión formalista del derecho, destinada a garantizar valores de una clase dominante que defiende categorías formuladas en la Revolución Francesa como la univocidad de la ley, la racionalidad y la coherencia lógica de los ordenamientos, la naturaleza científica de la dogmática y la neutralidad del juez.

La cultura jurídica brasilera ya era mencionada por Faoro (1977) y, más recientemente, por Rosenn (1998) como la materialización de condiciones histórico-políticas y de las contradicciones socioeconómicas desde el periodo imperial. La Carta de 1824, en la cual se basó el ordenamiento jurídico nacional, estaba impregnada de ideas marcadamente liberales¹ como consecuencia de la influencia de la Revolución y del constitucionalismo francés, además de un individualismo económico y acentuado centralismo político.

Según Koerner (1998: 34-103), el sistema judicial estaba marcado por un elitismo conservador, desde la forma de escoger a los magistrados,² hasta cómo se daba la jurisdicción de los conflictos.³

Según Rosenn (1998: 29-30), entre algunas de las características de la administración colonial se destaca el inmenso papeleo burocrático resultante de la falta de delegación del poder de decisión de los administradores de la Colonia. La función de los administradores era

¹ El liberalismo según Wolkmer (1999, p. 74) denota "afirmación de valores y derechos básicos atribuibles a la naturaleza moral y racional del ser humano. Sus directrices son asentadas en los principios de libertad personal, del individualismo, de la tolerancia, de la dignidad y de la creencia en la vida. En el aspecto económico sustenta la propiedad privada, la economía del mercado, la ausencia o el mínimo control estatal, la libre empresa y la iniciativa privada. En una visión político-jurídica, está basado en principios como: consentimiento individual, representación política, división de los poderes, descentralización administrativa, soberanía popular, derechos y garantías individuales, supremacía constitucional y Estado de derecho".

² La magistratura no era una burocracia, porque no estaban fijadas normas preestablecidas para ingreso, promoción y remociones. La magistratura era la forma privilegiada de ingreso en la carrera política imperial, en la cual la actividad judicial servía apenas para adquirir experiencia (una vez que pasaban por diversos cargos gubernamentales), y donde se verificaba su fidelidad política.

³ La reforma de 1871 buscaba trasladar la jurisdicción de conflictos locales de trabajadores libres a las autoridades locales (juzgados de paz) que podían recibir más influencia de las minorías dominantes de cada región (juez municipal).

apenas la de ejecutar órdenes del rey, acarreado así una centralización real del poder de decisión y, como consecuencia de tal circunstancia, ocupando la máquina burocrática con insignificantes detalles de la vida brasilera.

Esta cultura jurídica, inserida dentro del sistema de derecho romano germánico, adepta del individualismo liberal, del elitismo colonizador y de la legalidad lógico-formal, caracteriza el modelo de legalidad que se instauró en el país y que aún influye en la forma de proceder actual (Wolkmer, 2001: 84).

La estructura de la legislación civil y del poder judicial reflejan, además de las características históricas mencionadas, los intereses políticos de una estructura de poder defensora de un ordenamiento positivista y de una tradición liberal individualista. El Estado, como monopolizador de la coerción legítima, considera como principal función del derecho la manutención del orden social. Por tanto, este derecho sólo podría ser delegado por leyes escritas, no habiendo otras formas de creación jurídica.

Esas son algunas bases de la cultura jurídica brasilera. Ocurre que ese mismo modelo liberal, individualista y globalizante, caracterizado por la defensa del modelo clásico de la tripartición de los poderes y de una racionalidad técnico-dogmática, por el compromiso con una igualdad meramente formal y con una pretendida neutralidad del juez, se encuentra saturado ante las presiones que exigen respuestas a las demandas de nuevos derechos colectivos y la concreción de los derechos sociales.

Este agotamiento del modelo jurídico reproduce una crisis vivenciada por el Estado-nación frente a los nuevos desafíos de la globalización. La falta de legitimidad y representatividad de los ciudadanos en relación con los órganos políticos estatales, exige que el judicial asuma actividades cada vez mayores, sea como instancia de decisión de conflictos o como un espacio de reconocimiento o negación de reivindicaciones sociales. Como es dable observar, al ser clamado como realizador de estos nuevos derechos, frutos de nuevas demandas y reivindicaciones sociales, el poder judicial, utilizando los instrumentos que posee, provenientes de la herencia histórica política mencionada, encuentra dificultades en cumplir el papel que actualmente le es exigido.

Por esa razón, a menos que se supere ese dogma del juez imparcial afinado con una óptica liberal –privatista de resolución de conflictos–, optándose por una actividad judicial más participativa en la vida social y política de los Estados, coherente con las demandas de los nuevos derechos colectivos, el judicial no será capaz de cumplir su pa-

pel de corresponsable en la implementación de los derechos sociales constitucionalmente asegurados (Wolkmer, 2001: 99)

De ahí que, poner en eficacia estos nuevos derechos es lo que motiva la creación de un nuevo paradigma, en este caso, el pluralismo jurídico, que al aproximarse a la realidad social de demanda por estos derechos, pueda visualizar una nueva concepción de juridicidad que no se identifique únicamente con los derechos consagrados en los códigos y en la legislación dogmática, y no visualice apenas al judicial como esfera de composición de conflictos y de realización de esos derechos.

EL PLURALISMO JURÍDICO COMO NUEVO PARADIGMA

Ante el agotamiento del ordenamiento jurídico vigente, Wolkmer (2001) busca traer otra dirección, otro referencial epistemológico que atienda a las nuevas necesidades de los sujetos colectivos. Este nuevo paradigma se construye mediante el compromiso con algunos fundamentos como: la actuación y legitimidad de los nuevos sujetos colectivos, la satisfacción de las necesidades humanas, el proceso político democrático de descentralización, participación y control comunitario en el espacio público, el desarrollo pedagógico de una “ética concreta de alteridad”, todos ellos capaces de traducir la diversidad de las formas de vida cotidiana y la consolidación de procesos que visen una “racionalidad emancipatoria” (Wolkmer, 2001: 233-234). Estos fundamentos serán trabajados aquí para posibilitar la comprensión de las bases de sustentación de este nuevo paradigma, vislumbrando su influencia en las prácticas de justicia comunitaria.

A partir de intereses cotidianos concretos y de necesidades históricas se van construyendo derechos y prácticas de administración de conflictos que no son reconocidos por la juridicidad tradicional. La propia concepción de juridicidad de los nuevos sujetos sociales no se identifica con la estructura y con los derechos estatales consagrados en los códigos y en la legislación dogmática. De este modo, se impone la necesidad del reconocimiento de esa pluralidad, de este nuevo derecho vivo que tiene condiciones de atender las demandas de salud, educación, etc. (Wolkmer, 2001: 157-158).

Esta multiplicidad de manifestaciones o prácticas normativas en un mismo espacio socio-político, pudiendo ser o no oficiales y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales, es el retrato de la expresión del pluralismo jurídico (Wolkmer 2001: XVI).

El objetivo de este nuevo paradigma no sería negar o minimizar el derecho estatal, y sí el de reconocer que éste es apenas una de las múltiples formas jurídicas que pueden existir en la sociedad, teniendo

como meta la producción de normas autónomas generadas por diferentes fuerzas legales, reconocidas, incorporadas y controladas por el Estado (Wolkmer, 2001: 222). El principal núcleo para el cual converge el pluralismo jurídico es la negación de que el Estado sea el centro único del poder político y la fuente exclusiva de toda la producción del derecho. Esta nueva perspectiva descentralizadora y antidogmática del derecho pretende “la supremacía de los fundamentos ético-político- sociológicos sobre criterios tecno-formales positivistas” (Wolkmer, 2001: XV).

Éste sería un esbozo de los fundamentos del pluralismo jurídico. No se pretende en tan pocas notas, retratar toda la profundidad del tema, siendo el objetivo el de trazar algunas directrices sobre el mismo, para comprender el alcance de este pensamiento en las prácticas de la justicia comunitaria.

En tal sentido, al admitirse que el Estado no es el único centro de creación del derecho, siendo entonces necesario considerar los “nuevos derechos” resultantes de las necesidades de los sujetos sociales, resulta imprescindible detectar también el modo de viabilizar la representación efectiva de estos intereses, con la creación de tribunales de juzgamiento socialmente más eficaces, informales y poco dispendiosos (Wolkmer, 2001: 308). Son esos instrumentos los que se pretende observar a continuación.

PRÁCTICAS DE JUSTICIA PARTICIPATIVA Y JUSTICIA COMUNITARIA

Admitida la crisis del ordenamiento jurídico-estatal, y la morosidad de las instancias oficiales de resolución de conflictos, nada más coherente que atribuir legitimidad a los nuevos actores sociales y a las formas alternativas de administrar contiendas creadas en el seno de las comunidades carentes. Los diferentes proyectos de justicia comunitaria pretenden recuperar el papel de la ciudadanía en la administración de sus propias contiendas, y restaurar la autoridad y la sabiduría de la propia comunidad para ayudar a resolver sus problemas internos de la mejor forma posible. La administración de controversias entre las personas, históricamente ha sido relegada a las divinidades. De una forma general, los oráculos, la mitología griega y romana, y las creencias religiosas, ejercían de cierta manera el papel que hoy es atribuido a los magistrados. En el Estado democrático de derecho, cada persona delega a las instituciones jurídicas y a los operadores del derecho, la tarea de establecer quién tiene razón en determinada situación y cuál es la mejor salida para el caso concreto.

Como era de esperar, la relación de las comunidades con la justicia y el derecho no siempre es armoniosa una vez que las decisio-

nes proferidas por los pequeños grupos de poder que ocupan cargos en las instituciones jurídicas, en muchas ocasiones son incapaces de reflejar en términos generales la pretensión de cada uno de los componentes colectivos, como también de comprender los innumerables factores que se encuentran envueltos en tales desavenencias (López, 2000: 13).

Los proyectos de justicia comunitaria pretenden realizar el rescate del ciudadano para posicionarlo como un agente de administración de conflictos surgidos en su cotidianidad, superando de esta forma la idea de una comunidad pasiva a los dictámenes proferidos por el poder judicial.

Conforme algunos autores que aceptan al Estado como principal (y hasta único) mecanismo legítimo de composición de conflictos, la sociedad, ante la falta de acceso a la justicia, o frente a la lentitud de esta institución, busca medios alternativos de resolución de sus contiendas. Para estos autores tales mecanismos “alternativos” no serían adecuados, acarreando además del descrédito en la justicia, la utilización de vías alternativas violentas, desde la justicia por manos propias, hasta intermediaciones arbitrarias, para llegar a los llamados “justicieros” (Pellegrini, 1990: 43).

Como se puede observar de las experiencias demostradas en López (2000) y Ribeiro y Strozenberg (2001), las comunidades alejadas del Estado descubrieron formas no violentas de resolver sus conflictos. Estas formas de administración se darían en pequeñas comunidades, favoreciendo la introducción colectiva de una serie de valores comunes que deben ser respetados. Procediendo en tal sentido, la respuesta dada a la desavenencia se aproxima a la realidad enfrentada por aquellas personas. De ahí que estas prácticas guardan una afinidad e identidad con las personas en conflicto, siendo vistas como acciones concretas que buscan restituir la armonía social, y no como postulados teóricos sin representación en el cotidiano local de aquella comunidad.⁴

Una de las formas más graves de desacreditar al pluralismo jurídico es la idea de que, en la medida en que se identifica con los movimientos sociales, fuentes productoras de derechos, se estarían le-

⁴ Un ejemplo de prácticas de justicia comunitaria, pero que no será objeto de este estudio, es la llamada justicia restaurativa. La justicia restaurativa se basa en un procedimiento de consenso, en que la víctima y el infractor, y, en algunos casos, otros miembros de la comunidad afectados por el crimen, participan colectiva y activamente en la construcción de soluciones para la cura de los traumas y pérdidas causados por el crimen. Se trata de un proceso voluntario, informal, sin el peso y el ritual solemne del escenario judicial, en el que se pueden utilizar técnicas de mediación, conciliación y transacción para alcanzar un acuerdo que busque suplir las necesidades individuales y colectivas de las partes, y lograr la reintegración social de la víctima y del infractor (Gomes Pinto, 2005).

gitimando procedimientos como la venganza privada (linchamientos) y aceptando grupos armados como instancias decisorias, conforme infelizmente se observa en la periferia de algunos centros urbanos.

De acuerdo con Wolkmer (2001: 157), las “normas” producidas por esos grupos armados estarían excluidas de esta “nueva legitimidad” generada a partir de valores, objetivos e intereses del todo comunitario, e incorporados a través de la movilización, de la participación y de la acción compartida. Las normas de un derecho comunitario deben ser reconocidas como resultantes de intereses cotidianos y concretos, del interés y del bien general, y están dirigidas a la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales, referentes a la subsistencia, a la salud, a la vivienda, a la educación. La ausencia de la ética y del valor “justo” desacreditan la legitimidad de estos “derechos”. La recepción de los derechos insurgentes, como forma de producción normativa, para ser legítima, debe estar condicionada a principios fundacionales que orienten una ética de comprensión, de alteridad.

En verdad, este recelo en admitir “juridicidades alternativas” revela un Estado que no permite expresiones de justicia oriundas de órganos no estatales pues, en la medida en que las admita, estaría de forma gradual abriendo mano de su monopolio de distribuidor de justicia y de fuerza física. La disminución de la fuerza estatal, con la consecuente pérdida de su monopolio, traería como consecuencia una disminución del poder oficial sobre el individuo y, de forma general, una sensación de dispensabilidad del Estado como sustentador de la armonía colectiva que posibilita el ejercicio de los derechos.

Consciente de los riesgos de dispensar al Estado de tal función, y observando que en muchas ocasiones las decisiones proferidas por los órganos estatales son vistas por los ciudadanos como decisiones impuestas, distantes del caso concreto, y con fallas en su ejecución, el poder judicial está viviendo un momento de crisis y, al mismo tiempo, de reconocimiento, participación e incorporación de iniciativas de justicia participativa.

Este movimiento de implementación de mecanismos alternativos ya viene aconteciendo con la aprobación de leyes de arbitraje, de los Juzgados Especiales Estadales y Federales, y con las Comisiones de Conciliación Previa de Conflictos Laborales. Otra frente de reconocimiento de estas prácticas de justicia alternativa, y que nos interesa en este estudio, sería la participación de los tribunales en proyectos de justicia comunitaria. ¿Cuál sería el motivo por el que las instituciones del poder judicial se preocupan en ocupar este espacio de la jurisdicción comunitaria? ¿Por qué se retiran recursos humanos y financieros del aparato jurisdiccional, en algunos estados tan sufridos, para em-

prender esfuerzos por alcanzar métodos alternativos de resolución de conflictos.

Con la intención de visualizar mejor este fenómeno, antes de abordar específicamente los proyectos oriundos de los Tribunales de Justicia, se utilizarán las lecciones de López (2000: 28-31) para trazar algunas características de las prácticas de justicia comunitaria. Tales mecanismos de administración de conflictos no se contraponen a la justicia estatal, defendidos como un complemento de carácter educativo, a fin de formar ciudadanos más conscientes de sus responsabilidades en la administración de sus desavenencias. Estas iniciativas tienen el mérito de propiciar la reconstrucción de mecanismos sociales de interacción entre los individuos de la comunidad, posibilitando la efectiva participación ciudadana con respecto a las diferencias, y una aceptación más realista de la divergencia. La divergencia y la pluralidad de intereses es reconocida como natural, es innata a la convivencia en la sociedad, y no un vicio que debe ser eliminado. Esta aceptación de la diferencia acarrea la concienciación de la contienda en sí, en un reconocimiento de ser parte en aquel conflicto, agente de composición del mismo, detentador del derecho allí pleiteado, y no un sujeto de necesidades, que busca en un momento extremo aliados que le den razón, como acontece en los procesos de justicia común.

Tal procedimiento, a pesar de ser más arduo y complejo, busca comprender efectivamente el conflicto social que dio origen a las quejas. El proceso judicial común simplifica la desavenencia, la despolitiza y reduce su complejidad. De esta forma, para que se tenga un tratamiento efectivo de la divergencia, es preciso recuperar esa complejidad como también todo el contexto social en el cual la misma es producida.

Con la intención de enfrentar los conflictos existentes en la comunidad, la palabra es retomada como un importante mecanismo de relación entre las personas. La posibilidad que tienen las partes en conflicto de escucharse y hablar abiertamente, oportunidad que el proceso formal infelizmente no ofrece, es extremadamente valorada. Permitir comprender efectivamente las razones del otro es el primer paso para recrear la convivencia pacífica.

Al ser aplicados tales mecanismos por la comunidad en general, por una persona, o grupo de personas que gocen de prestigio y aceptación general, las prácticas de justicia comunitaria tienen el papel de promover dentro de la comunidad el surgimiento de líderes naturales útiles en el ejercicio pleno de ciudadanía, incluso en la hora de buscar la concreción de los derechos sociales (educación, salud, entre otros).

Estos mediadores comunitarios tienen contacto con las partes y con la desavenencia, no solamente en el momento en que las personas

exponen sus razones, por el contrario, el conciliador es visto como alguien que acompaña a las partes envueltas en el conflicto en la búsqueda de una solución satisfactoria para ellos, y también justa en el contexto comunitario específico en que están actuando (Ardila, 2000: 79).

En la medida que van desarrollando “juzgamientos” basados en la equidad, la comunidad (re)construye redes de convivencia, fortalece vínculos, edifica valores comunes, estructura normas propias, y se (re)apropia de sus experiencias, tradiciones, potencialidades y necesidades actuales, fortaleciéndose como agentes actuantes en la mejora de su calidad de vida. Son esas experiencias, tradiciones y valores las que producen las “normas” de la realidad social que regirán la mediación de los conflictos de la justicia comunitaria. Entonces, además de no apearse a ritos de procedimiento, las prácticas comunitarias valorizan la informalidad, la desprofesionalización –las partes representan sus propios intereses– y privilegian sus normas internas en detrimento del ordenamiento jurídico estatal.

Por tanto, es necesaria la construcción de una nueva metodología jurídica que abandone el silogismo perfecto positivista de adecuar el caso concreto a la norma, extrayendo en seguida la solución. La interpretación y la forma de percibir la contienda deben ser construidas, y la decisión debe ser una salida encontrada por las partes y por el mediador, y no una imposición (Souza, 2001: 82-83). Para que esto pueda ser posible, es necesario el reconocimiento de que la comunidad es capaz de resolver sus propias divergencias internamente sin depender del Estado. De acuerdo con esta propuesta, los proyectos de justicia comunitaria generados por los tribunales deben evitar una postura asistencial, donde los tribunales “llevan” hasta la comunidad carente todo el aparato técnico-tecnológico-político-ideológico y jurídico, para solucionar los conflictos de aquellas comunidades que no tienen acceso al poder judicial debido a su propia miseria. Las prácticas de justicia comunitaria deben actuar, de un lado como fomentadoras de una comunidad actuante y participativa en la administración de sus desavenencias internas, y de otro como formadoras de “agentes de concienciación” que puedan buscar junto al poder judicial la concreción de los derechos sociales como salud, educación, vivienda y otros.

En relación con el cumplimiento de las decisiones en la justicia comunitaria, se verifica que una mayor aceptación del aparato usado para administrar la desavenencia acarrea un mayor índice de cumplimiento de las decisiones, pues la legitimidad de las mismas no se funda en la legalidad positivista y excluyente, y sí en el consenso de las prácticas sociales y de las necesidades reconocidas históricamente (Wolkmer, 2001: 326). La propia coerción para el cumplimiento de las decisiones

judiciales se deriva no de una fuerza impuesta por el Estado, sino del contexto comunitario. La solución encontrada busca la mutua satisfacción de las partes y el restablecimiento de la armonía local, al contrario de la justicia común, donde se subentiende que no siempre se tiene razón y que siempre hay un vencedor (Santamaría, 2000: 59).

Con el delineamiento de algunas de las características referentes a las prácticas de justicia comunitaria trazadas mediante la experiencia de López (2000) y Ribeiro y Strozenberg (2001), se efectuó un estudio de algunos programas de justicia comunitaria existentes en el Brasil, generados por los Tribunales de Justicia, observando si el perfil de los mismos es concordante con los lineamientos generales mencionados.

En primer lugar nos preguntamos ¿cuál sería el motivo por el que las instituciones del poder judicial están involucrándose cada vez más en acciones sociales que muestran proporcionar mayor acceso a la justicia por parte de comunidades carentes? Veronese (2004: 18), al realizar un estudio comparativo de los dos proyectos listados más adelante (Tribunal de Justicia de Acre y del Distrito Federal), señala dos posibilidades de respuesta para la referida pregunta. La primera sería que los tribunales, con el propósito de mitigar las consecuencias de la crisis que enfrenta, estaría actuando con el fin de ampliar su competencia, reconociendo, actuando en otros espacios de solución de conflictos, teniendo en consideración que los medios oficiales muchas veces se revelan inaccesibles a la mayoría de la población. La segunda posibilidad sería que los tribunales buscan con estos proyectos aproximar la jurisdicción tradicional de la población carente, promoviendo un movimiento de reconocimiento y de aceptación de los servicios públicos por parte de aquella localidad. Esta preocupación se encuentra plasmada en un estudio realizado por el Ministerio de Justicia titulado “Acceso a la justicia por sistemas alternativos de administración de conflictos: mapa nacional de programas públicos y no gubernamentales” (Ministerio de Justicia, 2005), que pretendió realizar un levantamiento de todos los programas de jurisdicción alternativa en nuestro país, entre ellos: programas instituidos por órganos gubernamentales, incluyendo los del sistema de justicia, y programas instituidos por organizaciones de la sociedad civil que actuaban en la administración pacífica de las contiendas.

Sin embargo, a pesar de tener como objetivo la verificación de los proyectos que permiten una ampliación de posibilidades de administración del conflicto, más allá de los ritos oficiales, el informe presentado no destaca las acciones en que los mediadores comunitarios tendrían una actuación mayor, colocando en el mismo nivel iniciativas que llevan juzgados itinerantes hasta los barrios carentes, e iniciativas en las que no sólo se utiliza el orden jurídico sino también un “código de valo-

res y afectos”⁵ de la propia comunidad. Es importante que se distinga una iniciativa de otra.

En el cuadro 1 se observan algunas características de los proyectos analizados.

Dentro de las Casas de la Ciudadanía y de algunos foros del Estado existe el Proyecto de Mediación Familiar, que merece destacarse por intentar conducir la resolución del conflicto conforme con el interés de las partes, dejando que éstas procuren la solución del mismo.⁶

Algunas experiencias citadas en el documento Ministerio de la Justicia (2005), no fueron consideradas en esta pesquisa, a pesar de tratarse de iniciativas de los Tribunales de Justicia, por no guardar similitud con los principios de justicia comunitaria. Entre ellos: Proyecto *Expressinho* (Juzgado Especial de RJ),⁷ Juzgado Informal de Conciliación (TJMG),⁸ Juzgado Informal de Familia (TJPE),⁹ Proyecto Piloto de Mediación (TJSP),¹⁰ Varas de Mediación y Conciliación (TJAP),¹¹ Justicia en los barrios (TJPR).¹²

⁵ Estas informaciones se refieren al proyecto: “La justicia sin jurisdicción del TJDF”. Disponible en: http://www.tjdf.gov.br/tribunal/institucional/proj_justica_comunitaria/index.asp

⁶ Información disponible en: http://www.tj.sc.gov.br/institucional/mediacaofamiliar/serv_mediacao.htm [Acceso en: 29 de mayo de 2006].

⁷ Se trata de un proyecto que tiene por objetivo dar mayor celeridad a las demandas que se proponen en sede del Juzgado Especial Civil, y en especial aquellas en que el consumidor pueda tener la inmediata efectividad en relación con el bien jurídico pretendido, a través del acuerdo directo celebrado con la empresa prestadora de servicio o productos, con una sanción establecida para el caso de no cumplimiento del acuerdo celebrado. Disponible en: <http://www.tj.rj.gov.br/corregedoria/expressinho.htm> [Acceso en: 29 de mayo de 2006].

⁸ No se encontró información sustancial, algunas noticias en la página del TJMG nos dan la idea de un procedimiento más informal dentro del juzgado. Disponible en: <http://www.tjmg.gov.br/anexos/nt/noticia.jsp?codigoNoticia=5673> [Acceso en: 29 de mayo de 2006].

⁹ Muy semejante a un juzgado especial con algunas modificaciones como la actuación de psicólogos y asistentes sociales realizando sesiones de sensibilización para la conciliación con las personas envueltas en las acciones antes de las audiencias, facilitando de esta forma los acuerdos. Disponible en: http://www.tjpe.gov.br/servicos/cap/cap_01.shtml [Acceso en: 29 de mayo de 2006].

¹⁰ Proyecto vinculado al Fuero de la Niñez y de la Adolescencia, que propicia, con un enfoque de justicia restaurativa, un mejor entendimiento de la situación del otro, en un proceso educativo dirigido especialmente al adolescente al cual se le imputa el acto infractor. Disponible en: <http://www.fig.br/mediacao/> [Acceso en: 29 de mayo de 2006].

¹¹ Instaló fueros de mediación y conciliación en Macapá y Santana. Disponible en: http://www.tjap.gov.br/leg_varamediacao_0025.php Acceso en: 29 de mayo de 2006.

¹² No se encontró información sustancial, algunas noticias en la página del TJPR nos traen la idea de un proyecto que lleva juzgados especiales itinerantes hasta un barrio carente; por falta de información no fue incluido en el trabajo. Disponible en: <http://www.tjmg.gov.br/anexos/nt/noticia.jsp?codigoNoticia=5673> [Acceso en: 29 de mayo de 2006].

Cuadro 1.**Características de algunos proyectos de justicia comunitaria generados por los Tribunales de Justicia, encontrados en la búsqueda realizada en Internet durante el mes de marzo de 2006**

	Presencia de agentes comunitarios	Mediación de conflictos	Entrenamiento del equipo	Reconocimiento de reglas sociales locales	Selección de conflictos	Equipo multidisciplinario de apoyo	Juzgado funcionando junto
TJAC ¹	Sí	Sí	Realizado por el TJ	No menciona	Sí	Sí	Sí
TJBA ²	Sí	Sí	Realizado por la universidad colaboradora	No	Sí	No	No. El proyecto actúa dentro de las oficinas modelo de las facultades
TJCE ³	Es un proyecto que pretende organizar charlas proferidas por los magistrados en la comunidad con el objetivo de desmitificar el concepto de distancia entre el órgano juzgador y la persona juzgada.						
TJDF ⁴	Sí	Sí	Realizado por la universidad colaboradora	Sí	No menciona	Sí	No
TJES ⁵	Es un Juzgado Especial Itinerante, llamado de Justicia Comunitaria.						
TJMS ⁶	Sí	Sí	Realizada por el TJ	No menciona	Sí	No menciona	No menciona
TJMT ⁷	Sí	Sí	Realizada por el TJ	Sí	Sí	Sí	No menciona
TJRJ ⁸	Proyecto de justicia en las comunidades que pretende llevar a las comunidades más carentes del municipio de Río de Janeiro la presencia de la justicia de la niñez y adolescencia para, a través de audiencias especiales, promover la regularización de la situación de niños y adolescentes de la comunidad.						
TJRS ⁹	Proyecto Judicial Ciudadano. Pretende posibilitar el acceso a los servicios del poder judicial con la creación de consejos de conciliación en todos los municipios desprovistos de circunscripción judicial, de forma gratuita y fácil, con el objetivo de otorgar soluciones a los conflictos de forma rápida e eficiente.						
TJSC ¹⁰ Casa de la Ciudadanía	Sí	Sí	No menciona	No	Sí	No	No

Fuente: datos disponibles en: ¹ <http://www.jci.tj.ac.gov.br/> • ² <http://www.tj.ba.gov.br/projetos/bjc/bjc.htm> • ³ http://www.tj.ce.gov.br/noticias/..%5Cprincipal%5Csigno_intranot_2.asp?nrsqtex=505 • ⁴ http://www.tjdf.gov.br/tribunal/institucional/proj_justica_comunitaria/index.asp • ⁵ <http://www.tj.es.gov.br/> • ⁶ http://www.tj.ms.gov.br/portal2005/projetos/justica_comunitaria.html • ⁷ <http://www.tj.mt.gov.br/JusticaComum/SobreOProjeto.aspx> • ⁸ http://www.tj.rj.gov.br/infan_ju/1vara/boletim/noticias/justicanas_comunidades.htm • ⁹ <http://www.tj.rs.gov.br/institu/projetos/judcid.html> • ¹⁰ <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/casadacidadania/cidadania.htm>.

Entre los datos presentados es importante anotar que la justicia comunitaria, conforme fue descrita anteriormente, tiene directrices básicas que la diferencian de otros programas de jurisdicción tradicional realizados fuera de los “muros” de los tribunales. Los proyectos de Justicia Itinerante (como es el caso del Tribunal de Justicia de Espírito Santo (TJES), Tribunal de Justicia do Rio de Janeiro (TJRJ), y Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur (TJRS)¹³ tienen su valor y no se pretende desprestigiar las personas que son beneficiadas con acuerdos y sentencias más rápidas proferidas por aquéllos, como también de acciones más próximas a la comunidad. Tales iniciativas son importantes y revelan la creciente preocupación del poder judicial en mitigar la dificultad de acceso por parte de la población carente a la jurisdicción tradicional. Lo que se pretende es diferenciar iniciativas como esa, que aproximan las normas jurídicas y los ritos procesales vigentes de la población menos favorecida, de acciones que reconozcan esas comunidades como agentes de concreción de sus derechos y actores principales en la administración de los conflictos de su propia comunidad. Las características que diferencian esas iniciativas, destacadas en el cuadro 1 son:

a) La presencia de agentes comunitarios de forma actuante. Ellos deben tener libertad para actuar como verdaderos mediadores y “agentes de concienciación”, y no apenas como miembros que procuran traer una mayor legitimidad social al proyecto. El agente comunitario debe ser el mediador, prestando su ayuda, dejando el papel de protagonista en la administración de la contienda a las partes envueltas en el conflicto. La actuación de profesionales del área jurídica, en la posición de mediador, compromete bastante la conducción de los encuentros, trayendo un lenguaje, ritos de procedimiento y una representación social “autoritaria” derivada del propio cargo que se ejerce. Esa figura se torna extraña a la comunidad en un momento que debe ser de libertad de expresión y comprensión mutua de los problemas allí expuestos. Con la iniciativa del Tribunal de Justicia de Bahía (TJBA)¹⁴ se optó por viabilizar la atención a la población con la presencia del agente comunitario y de un estudiante de derecho en forma simultánea.

b) La referencia a la conciliación, mediación y negociación tal vez sea una exigencia mínima para considerar el proyecto como una práctica de justicia comunitaria. El programa de justicia comunitaria del Tribunal de Justicia de Ceará (TJCE),¹⁵ busca organizar cursos dic-

¹³ De ahora en adelante estos tribunales serán mencionados utilizando sus siglas.

¹⁴ De ahora en adelante este tribunal será mencionado utilizando su sigla.

¹⁵ De ahora en adelante este tribunal será mencionado utilizando su sigla.

tados por los magistrados en la comunidad con el objetivo de desmitificar la idea de la distancia existente entre el órgano juzgador y la persona juzgada, y facilitar la tarea del magistrado en juzgar desavenencias, conociendo la realidad de la comunidad. Esta iniciativa, importante para la concienciación social del juez y para la aproximación entre el ciudadano y el poder judicial, infortunadamente no tiene las características de las demás experiencias de justicia comunitaria aquí mencionadas.

c) El entrenamiento del equipo que participará del programa es un punto polémico. Al mismo tiempo en que se reconoce la necesidad de efectuar algún tipo de capacitación para que ocurra una mayor aproximación del equipo con las directrices del proyecto, es importante percibir que una capacitación meramente jurídica ofrece al agente comunitario una visión de que las reglas sociales y de costumbres de la comunidad deben ser respetadas, pero en detrimento de las normas y los principios en aquel momento expuestos. Los mediadores, para mantenerse legitimados dentro de la comunidad, deben continuar utilizando el lenguaje y los procedimientos propios, en caso contrario, figurarán como pseudo-representantes locales, una vez que ya no guardan los vínculos de identidad y comprensión con la comunidad de origen, siendo vistos por los otros ciudadanos de la localidad como representantes de la juridicidad vigente. Tal vez una salida para el impase existente sea, mediante la actuación conjunta con las universidades, emprender una capacitación amplia y multidisciplinar donde nociones jurídicas, sociológicas, de motivación, de autoestima, de tolerancia, de técnicas de mediación, y otras, puedan complementarse para construir la formación que se precisa. En este sentido existen ejemplos interesantes como los proyectos del TJDF y TJBA, donde los entrenamientos son realizados por las universidades, y el caso del Tribunal de Justicia de Mato Grosso (TJMT) y Tribunal de Justicia de Mato Grosso del Sur (TJMS),¹⁶ donde el entrenamiento es realizado dentro del propio tribunal. Argumentos semejantes son utilizados para recomendar que los programas cuenten con un equipo multidisciplinar de apoyo que pueda auxiliar en la administración de las contiendas considerando que en muchas ocasiones más que un problema jurídico se puede observar un problema psicológico, sociológico y, en fin, humano.

d) El hecho de reconocer o no las reglas sociales es un asunto de mucha importancia cuando se habla de prácticas de justicia comunitaria. El proyecto del TJDF representa una verdadera iniciativa en este sentido, al reconocer tales “códigos” y considerar que la propia comunidad puede viabilizar la administración de sus problemas. El pro-

¹⁶ De ahora en adelante estos tribunales serán mencionados utilizando sus siglas.

yecto Casas de la Ciudadanía del Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina (TJSC)¹⁷ también merece destacarse por intentar conducir la administración de las desavenencias de acuerdo con el interés de las partes, dejando que las mismas procuren la mejor salida posible para la solución del conflicto.

e) La existencia de proyectos que realizan selección de conflictos y que funcionan en el mismo predio que los juzgados especiales, por ejemplo, es visto con recelo. En primer lugar, porque al estar comprometidos en realizar la selección de los conflictos, los programas en muchas ocasiones se apropian de funciones que serían de la Defensoría Pública, pues ofrecen orientaciones jurídicas y encaminan para los diferentes órganos que pueden auxiliar al ciudadano. En un segundo plano, al funcionar en el mismo predio que los órganos judiciales, estos proyectos, en alguna medida, revisten todo el aparato ideológico opresor de cualquier otro órgano jurisdiccional. De ahí que iniciativas que pretenden ser más cercanas a la comunidad, y prácticas realmente participativas, deben ejercer sus actividades insertas “físicamente” en la comunidad en la cual actúan y, dentro de sus posibilidades, evitar ser meros “orientadores jurídicos” esclareciendo apenas los meandros de la justicia tradicional.

De esta manera, aún reconociendo el mérito de los proyectos de justicia itinerante, es importante que éstos se diferencien de las iniciativas de justicia comunitaria, una vez que esta última tiene una atribución más amplia, considerando que con la actuación de los agentes comunitarios se propone rescatar la participación comunitaria con la valorización de sus normas internas, valores y creencias, muchas veces por encima de los códigos tradicionales.

Se debe estimular la creación de otros proyectos con la virtud de una justicia verdaderamente comunitaria, pues ya es tiempo de que la comunidad se vea como parte en la administración de sus conflictos, envolviéndose efectivamente y no apenas delegando a otros la tarea de encontrar una “solución”. Sin embargo, es imprescindible que la misma sea vista por la justicia tradicional no como una población carente que precisa ser “civilizada”¹⁸ por el aparato jurídico tradicional, y sí como agentes autónomos en la administración de sus contiendas, con una posible utilización del ordenamiento jurídico tradicional, sin dejar de lado el respeto por las “normas” propias de la comunidad.

¹⁷ De ahora en adelante este tribunal será mencionado utilizando su sigla.

¹⁸ La expresión “baño civilizador” fue usada por Gomes (2001, p.64), cuando se refiere a intervenciones sociales con las que sustentan la necesidad de educar a la comunidad carente.

Entre las iniciativas presentadas anteriormente en el cuadro, que reflejan un poco de la realidad brasilera sobre el asunto, el programa “Justicia comunitaria: la justicia sin jurisdicción”, mantenido por el TJDF, es el que talvez retrata mejor las bases de la justicia comunitaria presentadas en este texto. Este proyecto reconoce la existencia de un “código de valores y afectos” de la propia comunidad, que debe ser rescatado y utilizado en detrimento de los códigos oficiales; posee agentes comunitarios con autonomía para actuar como verdaderos mediadores en la administración de los conflictos, siendo actores relevantes en este proceso, en muchas ocasiones en detrimento de los operadores jurídicos involucrados.

El entrenamiento del equipo es realizado por la Universidad de Brasilia, con una formación multidisciplinar. En su justificación, el proyecto niega la pretensión que el poder judicial tiene de tener el monopolio estatal de resolución de contiendas, destacando que esa conducta “expropia la solución de los conflictos de sus protagonistas, circunstancia que aleja el potencial emancipador que el abordaje solidario del conflicto puede proporcionar”.¹⁹ Es interesante observar el emprendimiento elaborado por iniciativa de un Tribunal de reconocer que este mismo órgano, en muchas ocasiones, no es la alternativa más aconsejable para el tratamiento satisfactorio de la desavenencia.

A partir de la creación de este proyecto, otros fueron fundados en diferentes regiones del país, declarando, muchas veces, estar inspirados en la iniciativa del TJDF, entre ellos el programa creado por el TJAC. El proyecto “Justicia comunitaria itinerante” tiene algunas características que divergen de las iniciativas comunitarias del Distrito Federal. Entre ellas se destacan el énfasis dado a la prevención de acciones judiciales, el alivio del elevado número de causas en los tribunales, y la pretensión de, mediante cursos sobre nociones de derecho, “promover a la ciudadanía por intermedio del poder judicial”.²⁰ La iniciativa de dictar cursos para la comunidad puede representar alguna ganancia para los individuos que tienen acceso a este tipo de información, incentivándolos a reivindicar sus derechos y movilizar a la comunidad en que viven. Sin embargo, dependiendo de cómo se realizan los encuentros, se observa una extrema valorización de aquel derecho tradicional, ya que se lo presenta como superior a las prácticas comunitarias, distanciando aún más la comunidad de los operadores jurídicos y de la jurisdicción tradicional. En el caso del TJAC, conforme a las infor-

¹⁹ El texto completo del Proyecto está disponible en: http://www.tjdf.gov.br/tribunal/institucional/proj_justica_comunitaria/index.asp [Acceso en: 29 de mayo de 2006].

²⁰ Disponible en: <http://www.jci.tj.ac.gov.br/> [Acceso en: 29 de mayo de 2006].

maciones contenidas en su página de Internet, lo que se tiene es un Juzgado Especial Itinerante con participación de agentes comunitarios, pero no hay una consideración de las “normas” de la comunidad en la administración de estos conflictos.

Analizados estos casos, y las bases teóricas de la justicia comunitaria, no se pretende concluir que en todos los casos la decisión de la comunidad será siempre la más adecuada, y que todo lo que viene de las instancias oficiales sea siempre insatisfactorio. Es interesante ofrecer el camino de la justicia comunitaria como otro medio para la administración de los conflictos.

CONSIDERACIONES FINALES

Ante la insuficiencia del modelo jurídico liberal-individualista, y la ineficiencia del poder judicial en presentar respuestas a las demandas de concreción de los derechos sociales, los nuevos actores sociales vienen utilizando otros mecanismos de administración de sus conflictos. Entre ellos, el presente trabajo enfoca la justicia comunitaria, específicamente los proyectos de esta naturaleza generados por los Tribunales de Justicia brasileiros.

Trazando algunos lineamientos en relación con el pluralismo jurídico como un nuevo paradigma que pretende atender esas demandas de los nuevos actores sociales, y verificando cómo sus fundamentos se entrelazan con las directrices de la justicia comunitaria, se pretendió observar cómo se están llevando a cabo los proyectos tomados por los Tribunales de Justicia en nuestro país.

Cuando se habla de justicia comunitaria debe haber una preocupación en restaurar la autonomía de la comunidad en la resolución de sus desavenencias, debe haber un compromiso en la actuación y legitimidad de los nuevos sujetos colectivos, y con la satisfacción de sus necesidades emergentes. Para pretender una práctica alternativa de administración de conflictos que sea verdaderamente comunitaria, es imprescindible que se enfatice la resolución de conflictos como un todo, un proceso participativo donde todos pueden ser escuchados y tener la disposición de encontrar una salida que sea satisfactoria para ambos, y así restablecer la armonía colectiva.

El desarrollo de líderes comunitarios, construidos naturalmente en la persona del mediador, tiene la pretensión de que él mismo sea el instrumento para que las partes en conflicto puedan, con espíritu de alteridad y comprensión del conflicto como algo intrínseco a la vida en sociedad, encontrar la salida más viable. El entendimiento de que tal intento es posible depende, sobre todo, de aceptar que la comunidad es

capaz de solucionar sus divergencias internamente, utilizando el ordenamiento jurídico pero sin dejar de lado sus “normas” sociales internas.

Analizando algunas experiencias de justicia comunitaria, específicamente aquellas patrocinadas por los Tribunales de Justicia en Brasil, ¿aún es pertinente preguntarnos sobre el motivo por el cual las instituciones del poder judicial se están volcando en acciones sociales que pretenden proporcionar mayor acceso a la justicia por parte de comunidades carentes? ¿Por qué en algunos Estados tan sufridos se retiran recursos humanos y financieros de este aparato jurisdiccional para emprender esfuerzos a fin de alcanzar métodos alternativos de administración de contiendas? Quizás una primera respuesta sería que los Tribunales, con el intuito de mitigar las consecuencias de la crisis que enfrentan, estaría actuando con el fin de ampliar su competencia, reconociendo, actuando en otros espacios de solución de conflictos, ya que los medios oficiales muchas veces se revelan inaccesibles a la mayoría de la población. Existe un gran empeño por ser reconocido de parte de varios profesionales que acreditan la viabilidad de tales iniciativas y su eficiencia para mejorar la calidad de vida de la comunidad participante. El hecho preocupante está en la actuación de los órganos oficiales de jurisdicción en tales iniciativas, circunstancia que desvirtúa la naturaleza emancipadora de la justicia comunitaria.

Como se mencionó, no se pretende negar aquí el mérito y los resultados de estos proyectos, procurando simplemente provocar una reflexión sobre las motivaciones que originan tales iniciativas y cuáles serían las medidas que podrían ser adoptadas para que tales prácticas no se revistan de una postura asistencial, de modo que puedan ser cada vez más volcadas al real fortalecimiento de la autonomía de las comunidades envueltas, en la medida en que éstas puedan ser vistas como sujetos de derechos y agentes de un proceso de emancipación.

BIBLIOGRAFIA

- ARDILA A., Édgar A. (2000), “Elementos para el debate de la figura de los jueces de paz”, en Manuel López B. et al., *Justicia comunitaria y jueces de paz: las técnicas de la paciencia*, Medellín, IPC-Corporación Región.
- FAORO, Raymundo (1977), *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, Porto Alegre, Globo.
- GOMES, Marcos Pinto Correia (2001), “O Balcão de direitos e a Ordem do Espaço Habitável”, en Paulo Jorge Ribeiro, Pedro Strozenberg (orgs.), *Balcão de Direitos: Resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens*, Rio de Janeiro, Manad.
- (2005), “Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?”, en Catherine Slakmon, Renato Campos Pinto De Vitto, e Renato Sócrates Gomes

- Pinto (orgs.), *Justiça Restaurativa*, Brasília, D.F., Ministerio de Justicia y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Disponible en: <http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>. [Acceso en: 29 de mayo de 2006].
- KOERNER, Andrei (1998), *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*, São Paulo, Hucitec, Departamento de Ciencia Política, Universidad de São Paulo.
- LÓPEZ B. Manuel et al. (2000), *Justicia comunitaria y jueces de paz: las técnicas de la paciencia*, Medellín, IPC/Corporación Región.
- MINISTERIO DE JUSTICIA (2005), *Acesso à Justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos: mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais*, Brasília D.F., Ministerio de Justicia y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Disponible en: <http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>. [Acceso en: 29 de mayo de 2006].
- PELEGRINI GRINOVER, Ada (1990), *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária.
- RIBEIRO, Paulo Jorge, Pedro Strozenberg (orgs.) (2001), *Balcão de Direitos: Resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens*, Rio de Janeiro, Manad.
- ROSENN, Keith (1998), *O jeito na cultura jurídica brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar.
- SANTAMARÍA, Rosember Ariza (2000), "La justicia comunitaria: aportes a la construcción de un nuevo orden jurídico social", en Manuel López B. et al., *Justicia comunitaria y jueces de paz: las técnicas de la paciencia*, Medellín, IPC/Corporación Región.
- SOUZA Neto, Cláudio Pereira de (2001), "Balcão de direitos, Retórica e Mediação: notas sobre a possibilidade de uma metodologia jurídica própria", en Paulo Jorge Ribeiro, Pedro Strozenberg (orgs.) (2001), *Balcão de Direitos: Resoluções de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens*, Rio de Janeiro, Manad.
- VERONESE, Alexandre (2004), "Estado vira ONG? Projetos de acesso à justiça geridos por tribunais". Trabajo presentado en el 4º Encuentro Nacional de la Asociación Brasileira de Ciencia Política realizado del 21 al 24 de julio de 2004, Rio de Janeiro. Disponible en: <http://www.cienciapolitica.org.br/EPP5-Alexandre%20Veronese.pdf>. [Acceso en: 28 de mayo de 2006].
- WOLKMER, Antonio Carlos (1999), *História do Direito no Brasil*, Rio de Janeiro, Forense.
-
- (2001), *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*, 3 ed., São Paulo, Alfa Omega.

Las movilizaciones indígenas y la reconstrucción de territorios: Nuevos desafíos para el derecho

ROSELY APARECIDA STEFANES PACHECO*

TRADUCCIÓN DEL PORTUGUÉS: ANA MARÍA URBINA CAYCEDO



Este artículo tiene como objetivo reflexionar sobre la importancia de las movilizaciones indígenas en el contexto de las luchas y estrategias de una sociedad.

Sin duda, las reformas constitucionales ocurridas en las últimas décadas en varios países de América Latina, con el reconocimiento pluricultural y multiétnico, rompen con las políticas homogeneizadas y de asimilación inspiradas en el liberalismo republicano. Los indígenas, en sus luchas jurídico-políticas por la defensa de sus derechos, defienden ante todo su identidad. Por esta razón cuestionan y ponen en crisis al derecho positivo de la modernidad, llevándonos a reflexionar sobre la incapacidad de este sistema jurídico de principios universales, que está puesto aquí como una forma de generar justicia para un sector amplio y plural de la sociedad brasileira.



Indigenous movements and the reconstruction of territories: New challenges for the rule of law

This article has the aim of reflecting on the importance of the Indians mobilizations in the context of fights and strategies of a society. Doubtlessly, the occurred reforms constitutional in the last decades in some countries of Latin America, with the recognition of the culture diversity and multiethnic character, break with the politics homogenous inspired in the republican liberalism. The Indians, in its fights legal-politics for the defense of its rights, defend before everything its identity. For this reason they question and they put in crisis the positive law of modernity taking us to reflect it on the incapacity of this legal system, of universal principles, that are ranks there, as form to generate justice for an ample and plural sector of the Brazilian society.

* Abogada; maestra en historia indígena por la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS); docente de la Universidad Estatal de Mato Grosso do Sul (UEMS); investigadora del Centro de Trabajo Indigenista (CTI). roselystefanes@superig.com.br

INTRODUCCIÓN

Los pueblos indígenas de Brasil están divididos en varias etnias que se diferencian entre sí por sus culturas, lenguas y organizaciones sociales y políticas. A su vez, todas estas sociedades tienen en común una historia de explotación económica, social y cultural.

Según los datos del último censo, realizado en el año 2000 por el Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística (IBGE), Brasil cuenta con una población de 734.127 indígenas que corresponden a 0,4% del total de la población brasilera. Estos números, que muestran un crecimiento de 100% en relación con el último censo realizado en 1991, apuntan hacia dos fenómenos.

En primer lugar, confirman una tendencia de aumento de los pueblos indígenas que, según los estudiosos, han crecido en un promedio de 3,5% al año, lo que corresponde a más del doble de la media de 1,6% estimada para el periodo de 1996 a 2000 para la población brasilera en general.

En segundo lugar, este aumento también está relacionado con el hecho de que un número creciente de individuos pasó a asumir su identidad de indígena, autoidentificándose dentro de esta categoría censada en contraposición a la categoría de los “pardos”.

En términos demográficos, la presencia de los indígenas en Brasil es de las menores verificadas en el panorama latinoamericano, contrastando radicalmente con otros países como Bolivia, Guatemala, Perú y Ecuador donde, dependiendo de los criterios adoptados, la participación indígena en la población total puede ser destacada o hasta predominante. Ese hecho todavía está lejos de significar que en Brasil la relevancia política, social y cultural de los pueblos indígenas no sea expresiva.

Enfatizamos la relevancia política, social y cultural de los indígenas teniendo en cuenta que: en primer lugar, ellos configuran una riqueza incomparable en el planeta pues son más de 220 pueblos que hablan 180 lenguas, fuera de aquellos que habiendo perdido sus lenguas originales, hablan portugués; en segundo lugar, por derecho propio los pueblos indígenas ocupan 614 tierras indígenas para un total de 105.981.584 hectáreas que representan el 12,38% de las tierras de Brasil, y de éstas unas 388 se localizan en el Amazonas para un total de 104.088.488 hectáreas que corresponden al 20,79% de la extensión de su territorio y al 98,73% de todas las tierras indígenas de Brasil; muchas de ellas están situadas en regiones especialmente ricas desde el punto de vista de los recursos naturales. En tercer lugar, su papel en la construcción simbólica y política de la unidad nacional es inversamente

proporcional al peso numérico relativo de la población de origen autóctono: los pueblos indígenas tienen hoy en las políticas públicas, políticas sectoriales que otros segmentos de la sociedad brasilera, numéricamente más amplios, están todavía por conquistar.

La presencia indígena tiene una gran importancia en los procesos de formación del Estado brasilero, en la construcción nacional y en las acciones de control territorial, pues su peso en la dimensión agraria es inmenso, nada de eso puede ser reducido a la idea de control del “medioambiente”.

LAS MOVILIZACIONES INDÍGENAS

Las sociedades indígenas, en el discurrir de los últimos cinco siglos, experimentaron diversas formas de enfrentamiento y resistencia. En esa trayectoria de contacto conquistaron muchas victorias, en especial en lo que se refiere a las leyes.

Sin embargo, las leyes no han sido suficientes para garantizarles tales derechos en la medida en que éstos son constantemente violados. Para luchar contra esas violaciones, y para hacer que el Estado asegure sus derechos, surgen las demandas y las movilizaciones relacionadas con estos propósitos.

Las demandas van en el sentido de establecer condiciones para ejercer “el derecho a tener derechos”, y son radicales además porque su atención nos lleva a corregir nuestra relación social fundadora; va desde la raíz ética de nuestra relación con el otro, con el indígena, que implica primero no negar sino más bien reconocerlo pues, “la raíz de todo derecho es el reconocimiento de la dignidad del otro como otro” (De la Torre, 2005: 116).

En ese sentido, la dinámica que las sociedades indígenas de América Latina emprendieron debe sus éxitos y su persistencia en gran parte a la capacidad de construir alianzas entre diferentes etnias y pueblos con otros movimientos sociales, con ONG y con movimientos de solidaridad internacional.

La aparición de movilizaciones y de manifestaciones indígenas en Brasil está directamente relacionada con los movimientos étnicos que a partir de la década de los setenta emergieron en diversos países de América Latina. En Brasil fue básicamente a partir de esta década que las diversas movilizaciones indígenas alcanzaron repercusión ante la opinión pública nacional e internacional.

En ese momento, algunos sectores de la sociedad creían que el fin de esos pueblos era inminente. Fue en ese contexto, y en la expectativa de rebelarse contra todo ese cuadro desfavorable, que las

sociedades indígenas iniciaron un intenso y profundo proceso de articulaciones, de fortalecimiento de la autoestima y de organización de las luchas.

Así, en la década de los ochenta, con el creciente proceso de organización y de articulación de los pueblos indígenas, aumentó la participación de los indios en diversas instancias con afirmación y alianzas en segmentos de la sociedad civil, y con sectores populares que buscaban reorganizarse. Representantes indígenas estuvieron presentes en congresos de trabajadores rurales de la Central Única de Trabajadores y del entonces naciente Movimiento de los Sin Tierra, entre otros. Por su parte, representantes de varias organizaciones presentaron su solidaridad, dieron apoyo y alianzas con lo cual fueron consolidados en el interior del movimiento popular, culminando en la promulgación de la Constitución de 1988.

Es importante destacar que desde la década de los noventa está en trámite en el Congreso Nacional un Estatuto de las Sociedades Indígenas presentado para garantizar la ejecución de la Constitución referente a los derechos indígenas. Este proyecto sugiere la revisión del Estatuto del Indio, Ley 6.001/73.

En apariencia, este nuevo proyecto de ley garantiza *nuevos* derechos para las sociedades indígenas, por eso no podemos olvidar que existen muchas divergencias entre los intereses de las sociedades indígenas y los intereses políticos y económicos de sectores de la sociedad. Entre ellos podemos citar los intereses de grupos económicos que representan a las madereras, a las compañías mineras, al agro negocio, entre otros. Los intereses son tantos que, hasta hoy, el Estatuto de las Sociedades Indígenas no ha sido aprobado.

Lo que se observa es que, además de estrechar relaciones, las alianzas indígenas desencadenaron acciones conjuntas y cooperación con iglesias, organizaciones no gubernamentales, entidades de apoyo a la causa indígena, entre otros. De esta forma, el movimiento indígena experimentó variadas formas de organización.

El movimiento indígena brasilero es más que una respuesta meramente reactiva a las condiciones y estímulos externos. ... Se debe tener en cuenta que los pueblos indígenas tienen una larga experiencia en andar alineados por rieles sinuosos. Lo que para un pensamiento occidental puede parecer un desvío máximo, también puede representar el camino más corto entre dos puntos, proporcionándonos lecciones inesperadas de productividad (Ramos, 1997: 53, citado por Neves 2003: 120).

Además, los pueblos indígenas y sus organizaciones han mostrado no sólo una histórica y enorme capacidad de resistencia sino una

vitalidad y creatividad que viene sorprendiendo a todos, proyectándose en el escenario público, dejando sus marcas en conquistas importantes en la Constitución de 1988, traducándose en la construcción de espacios plurales de representación de actores colectivos, reconocidos hoy como interlocutores válidos en el escenario político nacional.

Sin duda, esta demanda de los pueblos indígenas se constituye en una especie de norte político y jurídico que pone en cuestión los elementos centrales del mito de la justicia estatal, no porque sean opuestos a ella sino porque el derecho *positivo* está empañado por la negación, por la violencia desmedida, por la supresión y la exclusión de la realidad indígena.

Es importante destacar que los movimientos sociales indígenas están desmitificando toda la jurisprudencia positivista. Lo que nos lleva a reflexionar sobre la incapacidad de ese sistema jurídico que tenemos como una forma de generar justicia para un sector amplio y plural de la sociedad brasilera.

Esas movilizaciones han provocado discusiones sobre diversos temas conectados con aspectos jurídicos tales como: la democracia, las reformas constitucionales, la autonomía de los pueblos indígenas así como el respeto a la vigencia de los más variados derechos humanos.

Por ello, hoy en Brasil, la gran demanda indígena es por el acceso y la permanencia en sus territorios, de los cuales fueron obligados a salir en un pasado muy reciente.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS ÁREAS INDÍGENAS EN BRASIL

Bajo el estatuto legal y las diversas orientaciones, la demarcación de las tierras indígenas ha sido una meta institucional por lo menos desde la fundación del Servicio de Protección al Indio (SPI) en 1910, aunque las condiciones prácticas para el reconocimiento total de las tierras indígenas nunca hayan existido. Por un lado, los planes de desarrollo del gobierno federal y de los poderes regionales siempre se sobrepusieron a los intereses y a los derechos indígenas. Por otro, la iniciativa privada siempre encontró canales de presión e influencia para permitir la inobservancia de esos derechos (Arruda, 2002: 137).

Desde la creación en 1910 del Servicio de Protección al Indio, hasta hoy, poco menos del 12% de las 854.740.350 hectáreas del país, sólo 11,93%, están reconocidas como tierras indígenas (TI). Son 101.991.509 hectáreas divididas en 589 TI, de las cuales 44.800.776 hectáreas fueron registradas hasta 1994. De allá hasta ahora, más de 41.842.932 obtuvieron el registro notarial y la inscripción en la Secreta-

ría de Patrimonio de la Unión. El resto de las áreas está en situación de identificación, delimitación, demarcación y homologación.¹

En cuanto a los avances en el reconocimiento de las tierras indígenas cabe destacar la importancia de los movimientos indígenas, con la consecuente inserción de sus derechos en la Constitución Federal de 1988, visto que a partir de la década de los noventa se dobló el número de legalizaciones de las tierras indígenas.

En la mayoría de las áreas, aún observando los criterios administrativos, las identificaciones administrativas no se corresponden con los territorios tradicionalmente ocupados por los indios, debido a factores políticos que intervinieron en la etapa inicial del proceso de regularización agraria. Así se evidencia, como ya fue explicado, una ambigüedad cuyo foco de atención reside en la contradicción entre la letra de la ley y los intereses involucrados.

EL DERECHO CONTEMPORÁNEO Y LA TUTELA DE LA POSESIÓN Y DE LA PROPIEDAD

En lo relacionado con los derechos indígenas, el Estado contemporáneo y su derecho siempre negaron la posibilidad de convivencia en un mismo territorio de sistemas jurídicos diversos. Souza Filho (1992) apunta que al mismo tiempo en que se construía el derecho brasileiro, se mantuvo como inexistente cualquier manifestación jurídica de las sociedades indígenas y se construyeron institutos propios para ellos, cuyo conjunto se acordó en llamar derecho indigenista.

Como aclara Souza Filho, “todo el derecho del Estado contemporáneo está asentado en la concepción de los derechos individuales” (2000: 166). El derecho se construyó sobre la idea de la propiedad privada capaz de ser heredada, esto quiere decir, de ser un bien, una cosa. Lo anterior significa que el derecho individual es, él también, un bien físico y concreto.

En esta perspectiva el derecho privado, llamado también derecho civil, centró los derechos individuales en la propiedad, de tal forma que los códigos contienen cláusulas para solucionar la disputa de propiedad sobre todas las cosas.

Debido a esta base legal por la cual se instaló el derecho, es que los derechos colectivos son invisibles todavía hoy. Cada vez que son propuestos o reivindicados se descalifica su sujeto: cuando los indígenas reivindican un derecho colectivo deben hacerlo como personas jurídicas.

¹ Datos obtenidos de la Funai, *Revista Brasil Indígena*, Año II, núm. 12, 2002.

En razón de esta nube se percibe la extrema dificultad del poder judicial en atender o acatar el derecho colectivo reivindicado y, por consiguiente, concede preámbulos para los desalojos colectivos de tierra, garantizando el derecho individual del propietario (Souza Filho, 2000: 169).

Es necesario reconocer la timidez del sistema judicial en la defensa y en el ejercicio de la hermenéutica de la Constitución. Esa timidez ha sido justificada con el argumento de que nuestros jueces tienen una formación jurídica y una visión del derecho bastante privatistas, sin que el derecho público las conozca con profundidad. Por tal razón, el magistrado brasileiro tiende a interpretar de manera restrictiva las normas y los principios constitucionales, haciendo muchas veces que su aplicación sea ineficaz (Melo, 2003).

POSESIÓN INDÍGENA Y PROPIEDAD

Ante la dificultad por parte del sistema judicial en acatar los derechos colectivos indígenas, todavía existe una ambigüedad entre posesión indígena y propiedad. De esta forma, innumerables juzgados han intentado dar un carácter civilista a los asuntos relativos a la reocupación de los territorios tradicionales.

La propiedad indígena no puede ser estudiada a través del concepto civilista, ella está regida por conceptos propios. Tal vez en este punto resida la gran alarma del sistema judicial al analizar los procesos que se tramitan en los estrados federales.

A continuación se definen las acciones de posesión más comunes en estos choques en el sistema judicial abordadas en el transcurso del presente trabajo, para su mejor conocimiento.

* De manutención y de reintegración de la posesión, según el Código de Proceso Civil:

Artículo 926. El poseedor tiene derecho a ser mantenido en la posesión en caso de perturbación y a ser reintegrado en caso de despojo.

Artículo 927. Incumbe al causante probar:

I. Su posesión.

II. La perturbación o el despojo practicado por el culpable.

III. La fecha de la perturbación o del despojo.

IV. A continuación de la posesión, aunque interrumpida por la acción de mantenimiento, la pérdida de la posesión en la acción de reintegración.

Artículo 928. Estando la petición inicial debidamente instruida, el juez concederá, sin oír al culpable, la expedición del mandato preliminar de manutención o de reintegración. En caso contrario, determinará

que el causante justifique previamente el alegato, citando al culpable a comparecer ante la audiencia que sea designada.

Parágrafo único. Contra las personas jurídicas de derecho público no será concedida la manutención o la reintegración preliminar sin previa audiencia de los respectivos representantes judiciales.

Artículo 929. Juzgada procedente la justificación, el juez hará expedir luego el mandato de manutención o de reintegración.

Artículo 930. Concedido o no el mandato preliminar de manutención o de reintegración, el causante propiciará, en los cinco (5) días siguientes, la citación al culpable para contestar la acción.

Parágrafo único. Cuando sea ordenada la justificación previa (art. 928), el plazo para contestar se contará desde la citación del despacho que atenderá o no la medida preliminar.

* Del Interdicto Prohibitorio. Esta figura es definida por el Código de Proceso Civil a través del artículo 932 que presenta los siguientes argumentos:

Artículo 932. El poseedor directo o indirecto, que tenga justo recelo de ser molestado en la posesión, podrá requerir al juez para que le indique la perturbación o el despojo inminentes, mediante un mandato prohibitorio en que se conmine al culpable para que pague una determinada pena pecuniaria en el caso de transgredir el precepto.

El tema jurídico en discusión en los litigios de posesión es tenido como uno de los más arduos porque se refiere a la “posesión y a su protección” que ha sido objeto de una larga controversia entre los juristas. Además, es cierto que la controversia respecto del tema se resume en la posibilidad de desdoblamiento de la institución básica de nuestro derecho de propiedad en dos: el dominio y la posesión.

De las demandas observadas, los causantes poseen un justo título de dominio y de posesión emitida a través de los medios legales por el Estado de Mato Grosso. Así, la posesión en cuanto derecho real es aquella definida indirectamente a través de los conceptos consignados en el Código Civil.

En muchos casos de reocupación de las tierras efectuada por los indígenas, el poder judicial ha concedido preliminares de Reintegración de Posesión para asegurar a los propietarios/poseedores, el pleno ejercicio de su derecho de propiedad.

Entre muchas decisiones transcribimos la decisión del Tribunal Regional Federal de la primera región, proferido en la apelación del instrumento núm. 01000487457 UF-BA, por medio de su quinta agrupación civil, publicado en el *Diario de la justicia* del 5 de noviembre de 2002.

Sumario: Apelación de Instrumento. Acción de posesión. Invasión de tierras de dominio privado por los indios. Ausencia de estudios y dis-

posiciones concretas para caracterizar el área como “tierra tradicionalmente ocupada por los indios”.

- 1- La concesión protectora de la posesión por el juez presupone necesariamente el comprobante de posesión de ella por el causante, el despojo o la perturbación por el culpable, y la fecha en que esa violencia se hizo efectiva. (CPC, art. 927). Caso en que tales requisitos sean demostrados en los autos.
- 2- La correcta decisión concede anticipar la acción de reintegración de la propiedad, resguardando el derecho de quien ejercía pacíficamente la posesión y que la tuvo perturbada o despojada de un momento a otro. Medida que se impone, inclusive, para garantizar la continuidad de las actividades de la economía rural ejercidas en el inmueble de dominio privado, restableciéndose así el *status quo ante*.
- 3- Apelación a la que se niega atención por mayoría.

En cuanto a las preliminares, éstas hacen parte del repertorio procesal brasileiro, y son definidas por la doctrina como una figura que tiene el propósito de apartar la amenaza de riesgo (actual o inminente y de difícil o imposible reparación) de responsabilidad del resultado de la sentencia final de índole cognitiva, la cual se encuentra condicionada al juzgamiento (preparatorio o incidental) de la acción cautelar autónoma (empero siempre vinculada y dependiente de la denominada acción principal), a través del correspondiente proceso de idéntica naturaleza.

Este hecho la hace provisional, pudiendo mantenerse o alterarse. El vocablo preliminar (del latín *liminare*). Adj., del umbral, puesto a la entrada, al frente, que antecede al asunto principal, preliminar (Buarque, 1986: 1032).

Por su parte, el Tribunal Regional Federal de la tercera región profirió por unanimidad la siguiente decisión de apelación del instrumento núm. 96.04.63431-3/RS por la cuarta agrupación, publicado en el *Diario de la justicia* del 4 de marzo de 1998.

Sumario: Civil. Interdicto prohibitorio. Preliminar concedida. Área de conflicto. Ocupación por los indígenas.

- 1- Presentados los requisitos exigidos para la tutela preliminar, ésta debe mantenerse porque la invocación de la posesión permanente de los indios, cuya protección por el Estado tiene garantía constitucional, se opone al derecho de propiedad igualmente asegurado por la Constitución, asentado en justo título, cuya presunción de legitimidad es *juris tantum*.
- 2- Mantenimiento de la propiedad de los agricultores que ya ejercían. Sin perjuicio de las medidas administrativas de demarcación a fin de no exacerbar la situación.
- 3- Apelación desaprobada.

Así se puede percibir que las acciones de posesión para recibir la protección solicitada con carácter preliminar, tal como autoriza el artículo 928 del Código de Proceso Civil, no necesitan que la parte causante haga una prueba irrefutable de aquellos requisitos enumerados en los artículos 927 y 932 del mismo código.

* Acción declaratoria: prevista en el artículo 4 del Código de Proceso Civil. Acción a través de la cual la parte pide sea declarada la existencia o la inexistencia de la relación jurídica o la autenticidad o falsedad del documento.

En el caso del proceso núm. 92.4907-9 que analizamos aquí, el cual se refiere al área de Jarará/Hacienda San Miguel Arcángel, que aunque tenga título de dominio Miguel Subtil solicita que sea reconocido positivamente su dominio, es decir, que el poder judicial declare la preponderancia de su dominio sobre las tierras indígenas visto que su título de propiedad fue adquirido a través de un acto jurídico perfecto.

Ante las instituciones de derecho antes señaladas se observa que el estudio del derecho nos pone frente de una dicotomía que ha sido contestada por la corriente crítica de la teoría jurídica, la cual continúa siendo un paradigma para la teoría jurídica tradicional. Se trata de la división entre lo público y lo privado. Esta división suscita dudas sobre el cuidado de los derechos y las garantías constitucionales, y del propio ejercicio del derecho resguardado en la ley. Así, el derecho civil, *lato sensu*, aparentemente está disponible para las cuestiones que incluyen lo privado, como si se dijera que las relaciones entre los individuos sólo hablan respecto de los individuos.

Este punto merece destacarse visto que los derechos de las sociedades indígenas no pueden ser concebidos según la matriz individualista del derecho y de las teorías constitucionales liberales. Estos derechos aparecen como colectivos y como condición de un efectivo reconocimiento de la diversidad cultural y del carácter pluriétnico de las sociedades.

Sin duda, la territorialidad es una dimensión fundamental de la afirmación de esos derechos colectivos, la cual choca con las concepciones liberales de propiedad. El estudio de Souza Filho (2003) enfatiza que es en la *territorialidad*² que reside la garantía del reco-

² Oliveira (2002, p. 299), al discurrir sobre dicha cuestión, prefiere no hablar de territorialidad sino más bien de proceso de territorialismo, pues existe el riesgo de tratar la territorialidad como una propiedad intrínseca e inmutable de una cultura en los moldes que algunas vertientes teóricas, como la geografía humana, la sociobiología y la ecología cultural utilizan como instrumento analítico para describir las relaciones entre un grupo humano y el lugar que ocupa en el espacio.

nocimiento de una identidad colectiva y de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

También es necesario considerar que nuestro sistema jurídico, a pesar de contemplar la pluralidad cultural en la Constitución Federal de 1988 en su artículo 231, no da amparo al derecho producido por los indígenas. Es en el sistema occidental donde se da la premisa: dentro de un sistema no puede haber dos normas para solucionar un mismo conflicto.

De esta manera, se propone una reflexión sobre los fundamentos de la Constitución Federal de 1988 y el nuevo Código Civil de 2002. ¿Cómo conciliar una legislación civil dentro de la Constitución Federal de 1988 con la cual no hubo debate y que es una legislación nítidamente de carácter individualista y patrimonial con un derecho moderado por pluralidades y colectivo?

Partiendo de esta premisa podemos comprender que de la forma como se presenta el derecho brasileiro hace parecer que tanto el derecho público como el privado tienen diversos destinatarios. Y es que los distintos grupos indígenas, sea en América o en otros lugares del mundo, no conciben sus procesos territoriales sin que choquen con categorías occidentales. Las diferencias entre visiones del mundo se hacen explícitas y se transforman en un terreno de luchas en los momentos en que la integridad de esos colectivos es cuestionada por la utilización de nociones alternativas de relación con el territorio, como las basadas en el derecho de propiedad, o cuando la distinción entre el respeto por las diferencias y el imperativo del desarrollo es utilizada para justificar la expropiación de sus tierras por fuerzas exteriores.

Pero aún, con la adopción de modelos políticos y jurídicos supuestamente de validez universal, como el orden económico neoliberal, la democracia representativa o la primacía del derecho de raíz liberal, existen espacios para la afirmación del derecho a la diferencia. Esa afirmación pasa también por el lenguaje interétnico que es utilizado en esas situaciones como un recurso estratégico fundamental, y como una manera de hacer inteligible y participativa la reivindicación de la diferencia (Pacheco, 2004).

Por eso, el alcance de la lucha de las sociedades indígenas por la tierra va mucho más allá de las meras reivindicaciones étnicas, sin que pueda ser visto solamente por el ámbito del derecho de propiedad a través de la simple titulación originada en un pacto de compra y venta, como hasta aquí ha sido vista por la sociedad y por algunas autoridades estatales, responsables de la resolución legal de los conflictos en que están involucrados los indígenas y los propietarios rurales.

LA CONSTITUCIÓN FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

El proceso histórico de expansión de las fronteras no se hace sin conflictos. Fue necesario un largo periodo de luchas para que los derechos indígenas fueran garantizados. En este sentido, la Constitución de 1988 fue un marco importante frente a la expectativa de garantizar y conquistar derechos en la Constitución, en la que los pueblos indígenas escribieron parte de su historia, alcanzando derechos hasta entonces no vislumbrados.

El cambio profundo que la Constitución de 1988 introdujo fue el reconocimiento de derechos permanentes para los indios. Ella abandona la tradición asimilativa e integracionista vigente hasta entonces, y restituye la idea de que los indios son sujetos presentes y capaces de permanecer en el futuro.

Esos derechos constitucionales están inscritos en un capítulo propio *-De los indios-*, y en una decena de dispositivos que contienen referencias específicas a los derechos indígenas, situación constante en otras partes de la Constitución.

La Constitución de 1988 consagró con énfasis los derechos de los indios y de sus comunidades, incluso los derechos a la identidad cultural y de ocupación permanente de la tierra, y la exclusividad en el uso de sus recursos y en la explotación de sus riquezas.

La nueva visión consiste en el reconocimiento por el Estado brasilero del derecho de los indios a continuar existiendo como diferentes. Reconoce a los indios, a sus comunidades y a sus organizaciones como entidades capaces de conducir su propio destino y de ser representantes legítimos en la defensa de sus propios derechos e intereses.

Esa perspectiva abolió el régimen de tutela ejercida por el órgano indigenista y puso nuevos parámetros a partir de los cuales el Estado debe relacionarse con los pueblos indígenas. Así, la nueva Constitución lanzó las bases para el establecimiento de un proyecto político plural, fundado en la diversidad étnica del país.

Desde el punto de vista de la garantía de esos derechos, dos asuntos merecen subrayarse según lo afirma Dallari (2001), ellos son: la atribución de la competencia a la justicia federal para las cuestiones que tienen que ver con los derechos de los indios. Este procedimiento es de suma importancia ya que en varios estados brasileros, sobre todo donde hay un mayor número de tierras indígenas, era muy fuerte la influencia de las élites económicas y políticas sobre el poder judicial. Otro punto que merece especial mención es aquel que habla de la atribución constitucional al Ministerio Público Federal (MPF) en la defensa de los derechos de los indios. Según el artículo 129, inciso V, una de las

funciones institucionales del MPF es *defender judicialmente los derechos y los intereses de las poblaciones indígenas*.

Trabajando con notable dedicación, y usando todos los medios legalmente posibles para rechazar la invasión de las tierras indígenas y para la recuperación de las áreas ya invadidas, el MPF hizo una extraordinaria contribución para que haya una efectiva aplicación de las normas constitucionales relacionadas con los derechos de los indios y de sus comunidades.

Sin embargo, transcurridos 17 años de su promulgación, este conjunto normativo constitucional continúa incompleto. La reglamentación del artículo 231, parágrafos tercero y sexto, que tratan aquella por medio de leyes ordinarias y complementarias respectivamente, se encuentra a la espera de ser diligenciada en el Congreso Nacional impidiendo así a los indígenas una importante herramienta de protección y de gestión territorial por medio de la normativa de previsión constitucional del aprovechamiento de los recursos minerales, hídricos, del potencial energético y de todo cuanto ocurra en sus tierras.

Otro aspecto importante es la reglamentación de la hipótesis ante el “sobresaliente interés público de la Unión” que exceptúa la ocupación de tierras indígenas o la explotación de los recursos naturales por terceros que atenderían, en teoría, a proyectos gubernamentales tales como los del sector eléctrico y el transporte, entre otros.

La falta de reglamentación de dichos dispositivos compromete la coherencia y el sentido de complementariedad entre los artículos y sus parágrafos.

Desde el comienzo de su vigencia surgieron muchos obstáculos, comenzando por los discursos de algunos personajes de la vida pública brasilera, que ligaban la idea de que la Constitución federal representaba un serio obstáculo a la gobernabilidad y al progreso de Brasil. Desde luego, es interesante anotar que aún hoy, este pensamiento atraviesa una parte significativa de la sociedad cuando se trata de cuestiones indígenas, sean éstos empresarios, hacendados, políticos o alguna parte de la prensa.

Dada la complejidad de los problemas en el nivel constitucional conviene afirmar, según lo señala Bobbio (1992: 63), que “una cosa es hablar de los nuevos derechos, que son cada vez más extendidos y justificados con argumentos convincentes, y otra es garantizarles una protección efectiva”.

Se observa que en lo relacionado con el aparato gubernamental no existe un proyecto de futuro surgido de un patrón por los diálogos interculturales e intersociales, y sí un nuevo instrumento regularizador de las relaciones con los pueblos indígenas en Brasil. La tramitación del Estatuto de las Sociedades Indígenas desde 1991 es sólo un ejemplo de que los gobernantes no han hecho esfuerzos en intentar aminorar una situación existente.

CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988, ARTÍCULO 231: EQUÍVOCOS DE INTERPRETACIÓN

La Constitución Federal de 1988 amplió, explicó y detalló de forma sistemática los derechos de los indios, afirmando en el texto constitucional el reconocimiento de los derechos originales de los indígenas a las tierras e imponiendo una nueva dimensión al concepto jurídico de tierras indígenas. Así las cosas, se define la tierra indígena en los siguientes términos:

Artículo 231:

Son reconocidos a los indios su organización social, sus costumbres, sus lenguas, sus creencias y tradiciones, y los derechos originales sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, compitiendo a la Unión tanto demarcarlas como proteger y hacer respetar todos sus bienes.

§ 1º Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las que están habitadas por ellos con carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la conservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones.

De esta forma, la Constitución Federal de 1988 reconoce a los indígenas el derecho original sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Por original se entiende que el derecho de los indios es anterior al propio derecho, a la propia ley (Souza Filho, 2000).

Esta solución jurídica puesta en la Constitución esconde la realidad de un derecho mucho más profundo de los pueblos que es el derecho al territorio. El territorio no puede confundirse con el concepto de propiedad de la tierra, típicamente civil: el territorio es la jurisdicción sobre un espacio geográfico, la propiedad es un derecho individual garantizado por la jurisdicción.

El análisis de la categoría jurídica “tierra indígena”, que encuentra su amparo legal en el dispositivo constitucional (art. 231, par. 1º), es visto a partir de la actuación del sistema judicial, junto con los preceptos constitucionales, a medida que estos últimos aportan los diversos elementos que componen el concepto de tierra indígena en Brasil.

Empero, estas garantías constitucionales no garantizan que se hagan interpretaciones equivocadas ya que los intereses que están “en juego” son divergentes.

Uno de los preceptos constitucionales que debe ser considerado habla del concepto de tierras *tradicionalmente* ocupadas por los indios, teniendo en cuenta que este concepto ha provocado equívocos en cuanto a su interpretación. Silva (2003) resalta que la base del concepto se encuentra en el artículo 231, § 1º de la Constitución Federal, fundado en cuatro

condiciones, todas necesarias, a saber: 1) ser habitadas por ellos con carácter *permanente*, 2) ser utilizadas por ellos para sus actividades productivas, 3) ser imprescindibles para la conservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar, 4) ser necesarias para su reproducción física y cultural de acuerdo con sus costumbres y tradiciones (p. 827).

Por ello, el concepto de tierras indígenas tradicionales no se amolda al concepto civil de propiedad. Los argumentos en el sentido de exigir la ocupación actual y efectiva de los indios sobre sus tierras para un reconocimiento de la tradición, no encuentran respaldo en el texto constitucional.

La expresión “tradicionalmente” no revela una “circunstancia temporal”, una supuesta originalidad precolombina, y sí el modo como los indígenas se relacionan con la tierra como “hábitat”, que les asegura que sobrevivan física y culturalmente de acuerdo con la tradición, los usos y las costumbres.

El término “permanente” se refiere al futuro, a la garantía de que las tierras tradicionales indígenas se destinen para su hábitat, siendo esas tierras inalienables, imposibles de enajenar y los derechos sobre ellas, imprescriptibles.

Silva (2003) observa que la tradición no tiene como presupuesto la posesión inmemorial ininterrumpida. Basta que existan remanentes de la comunidad indígena para que le sea reconocida la ocupación tradicional de las tierras. El actual texto de la Constitución produjo “una transferencia de los debates jurídicos del plano de la antigüedad a la forma de ocupación” (Cunha, 2000: 118). Si así no fuera, gran parte de las sociedades que fueron despojadas de sus tierras no podrían tener sus derechos territoriales protegidos por la Constitución.

Principalmente por parte de los representantes del Ministerio Público Federal y de los representantes del órgano indigenista hay una fuerte argumentación ante una ocupación tradicional actual o pasada, pues los títulos de dominio son nulos o extintos, con lo cual no producen efectos. De la misma forma, es nulo y no produce efectos ningún acto que busque la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras indígenas tradicionales según se dispone (art. 231, par. 6º, Constitución Federal de 1988).³

Siguiendo esta premisa, recientemente algunos juzgados han decidido que los indígenas no pierden la posesión sobre sus tierras si salen de ellas por un motivo ajeno a su interés, porque esa posesión es permanente e imprescriptible. Sobre todo porque la CF de 1934 ya lo garantizaba. De esta forma, la posesión de los ocupantes no indígenas

³ La disertación del maestro Moreira Silva (2002) hace una significativa contribución en lo que se refiere a los efectos de estos títulos de dominio.

es precaria y nula, y la posesión de los indígenas es permanente, *original y congénita* como proponía Mendes Júnior (1912).

Corroborando esta situación, se pronunció de esta manera el Tribunal Regional Federal de la primera región, el 8 de abril de 1991, teniendo como relator al juez Tourinho Neto:⁴

Sumario Civil. Agrario. Posesión. Tierras Indígenas. Indios Pataxós. Indemnización de los bienes destruidos por los indios.

1. Los indios Pataxós vagaban por el sur de Bahía donde tenían su *hábitat* y se radicaron posteriormente en el área del actual municipio de Pau Brasil, que fue hecha reserva en 1926 por el gobierno de aquel estado miembro.
2. Los Pataxós no abandonaron sus tierras, pero sí fueron expulsados por hacendados que se apropiaron de ellas utilizando varios medios, incluso la violencia. La posesión de los indios era permanente; la del culpable precaria, contestada.
3. Sin embargo, la indemnización concedida observa el §2º del art. 198 de la CF/69.
4. Apelación denegada.

De esta manera podemos entender que la Constitución de 1988 no creó nuevas áreas indígenas. Al contrario, se limitó a reconocer las que ya existían. Sin embargo, tal reconocimiento no se ciñó a las tierras indígenas ya demarcadas. Según propone Moreira Silva (2002) las áreas ya demarcadas no necesitaban del reconocimiento constitucional pues en el ámbito de la legislación infraconstitucional ya se encontraban afectadas por los pueblos indígenas. La Constitución de 1988 no creó un derecho nuevo sino que fijó los criterios capaces de posibilitar el reconocimiento jurídico de las tierras indígenas.

LOS GUARANÍ, KAIOWÁ Y ÑANDEVA Y EL SISTEMA JUDICIAL

El Estado de Mato Grosso do Sul posee la segunda mayor población indígena del país, unos 45.259 indios, según datos oficiales que pueden consultarse en la página del gobierno federal. Pero según datos de la Funasa, el número de indígenas es de 42.096. Es importante aclarar que estos datos no concuerdan con el número actual. Según los antropólogos investigadores de la UFRJ/Museo Nacional, los cuales están realizando trabajo de campo en Mato Grosso do Sul, este número en el 2005 se aproximaba a los 58.000 indígenas.

⁴ Tribunal Regional Federal de la primera región. Apelación civil 89.01.01353-3-BA. Disponible en: <http://arquivo.trf.gov.br.asp>. Acceso el 23/12/2003

Los guaraní hacen parte de la familia lingüística tupí-guaraní y hoy pueden ser clasificados en Brasil en tres subgrupos: los kaiowá (o paĩ-tavyterã), los mbya y los ñandeva.

Ellos ocupaban en siglos pasados una vasta región que comprende los estados meridionales de Brasil y las áreas limítrofes de Uruguay, Argentina y Paraguay. Hoy se encuentran esparcidos en parte del territorio nacional y otros países de América de Sur. Sus territorios comprenden a Paraguay Oriental (kaiowa, ñandeva, mbya), norte de Argentina (mbya) y el sur de Brasil –Rio Grande do Sul (mbya), Santa Catarina (mbya), Paraná (mbya e ñandeva), São Paulo (mbya e ñandeva), Rio de Janeiro, Espírito Santo (mbya) y Mato Grosso do Sul (kaiowá e ñandeva)– (Almeida, 2001).

Actualmente, el Estado de Mato Grosso do Sul posee una población guaraní⁵ kaiowá de aproximadamente 25 mil personas que están distribuidas en más de 30 tierras indígenas, dirigidas por las administraciones regionales de los municipios de Amambai, Campo Grande y Dourados.

En cuanto a los ñandeva, su tierra está en territorio brasileiro, más exactamente en Mato Grosso do Sul, en donde se concentra el mayor número de ellos (cerca de 9/11.000 individuos). Éstos viven en las áreas de los puestos indígenas de Dourados, Amambaí, Limão Verde y Ramada, donde predominan los kaiowá. Una excepción son los puestos indígenas de Jakarey (Porto Lindo) y de Pirajuy, donde no hay una significativa presencia de kaiowá. También podemos destacar que hay áreas ocupadas recientemente por grupos macrofamiliares ñandeva, tales como Cerrito, Sete Cerros y Potrero Guasu,⁶ así como Yvy Katu/Porto Lindo⁷ (Almeida y Mura, 2002: 3).⁸

⁵ Según el jefe del núcleo de apoyo local de Dourados (Funai), ellos trabajan con el estimativo de que el Estado de Mato Grosso Sul posee cerca de 35.000 a 36.000 indios guaraní que se han vuelto campesinos, divididos en aproximadamente 25.000 kaiowá y 10 a 11.000 ñandeva. No existe una información precisa sobre este asunto.

⁶ En relación con el área de Potrero Guasu, localizada en el municipio de Paranhos/MS, el proceso judicial num. 98.2000962-6 que se tramita en la justicia federal de Dourados/MS, iniciado en 1997, tiene 8 volúmenes con cerca de 200 folios cada uno, aquí desfilan por el proceso muchos jueces e innumerables equívocos que han dilatado una decisión final hasta hoy.

⁷ En diciembre de 2003 indígenas guaraní kaiowa y ñandeva ocuparon 14 fincas en el sur del Estado de MS, localizadas en el municipio de Japorã/MS. Esta reocupación merece atención especial debido a las estrategias utilizadas, pues hasta entonces en los procesos de reocupación territorial los indígenas aguardaron las disposiciones oficiales en sólo parte de las áreas, en Yvy Katu/Porto Lindo, y pasaron a ocupar de forma sistemática toda el área que consideraron les pertenecía.

⁸ De acuerdo con los seguimientos que están haciendo un grupo de antropólogos ligados a la UFRJ, estos números son muy superiores a los ya contabilizados.

El Estado de Mato Grosso do Sul hace ya algún tiempo se ha convertido en un escenario de graves conflictos agrarios en los que está implicada la sociedad indígena y la que no es indígena. En realidad, el derecho del indio a la tierra en que vive jamás fue aplicado de hecho aunque está amparado por una gigantesca legislación que viene desde los tiempos coloniales.

Para entender esta situación vivida cotidianamente por los guaraní kaiowá y ñandeva en Mato Grosso do Sul, es indispensable analizar la forma como ocurrió la ocupación de este Estado y la puesta en marcha de las políticas y prácticas indigenistas.

Los conflictos relacionados con los derechos territoriales provienen de una situación histórica, ya que en este Estado, en el desarrollo del proceso de ocupación y colonización, las sociedades indígenas no fueron tenidas en cuenta.

Los guaraní fueron desalojados de sus tierras primero ante los ojos del Servicio de Protección al Indio (SPI) y posteriormente de la Fundación Nacional del Indio (Funai) y, establecidos en reservas de forma aleatoria. Estos desalojos les ocasionaron tantos problemas que hasta hoy se reflejan en su cotidianidad.

Actualmente en Brasil, un número significativo de comunidades guaraní kaiowá y guaraní ñandeva se encuentran movilizadas pidiendo sus tierras, instaurándose así una fase inédita en la relación entre los indígenas y el poder judicial. Estos últimos no sólo están logrando dar visibilidad a sus pedidos sino también están revirtiendo decisiones contrarias a sus derechos, concedidas en juicios de primera instancia, sin eximir a los interlocutores en esta tarea.

Las reflexiones acerca del poder judicial fueron trabajadas en este estudio desde una perspectiva utilizada por Azevedo (1998). Para esta autora, el poder judicial debe entenderse como parte de un campo político más amplio con el cual se articula tanto influyendo como siendo influenciado por los procesos sociales que ocurren en él, y no como una esfera soberana, capaz de situarse por encima de todos los demás poderes y esferas de decisión, es decir, como una especie de fuente de sabiduría de lo que sería justo y genuino en la garantía de los derechos sociales (p. 154).

Es muy importante destacar que las acciones de los guaraní frente a lo judicial no se reducen a los procesos judiciales. Muy frecuentemente, líderes indígenas van hasta Brasilia, la capital de la república, y se reúnen con los jueces federales, con los presidentes de los tribunales regionales federales, con los miembros del Ministerio Público Federal, con los parlamentarios federales y estatales, con la Orden de los Abogados de Brasil y con los representantes de los movi-

mientos sociales, entre otros. Estas entrevistas siempre tienen el objetivo de dar a conocer a estos altos funcionarios y agentes sociales la situación de conflicto y violencia en que viven las comunidades indígenas en Brasil, y entre otros pedidos solicitan con urgencia los juicios que están en trámite en el tribunal relacionados con las áreas reivindicadas.

Los indígenas han presentado en el sistema judicial sus reivindicaciones y también han mostrado la situación en la que viven, pues esta realidad en gran parte es desconocida en los procesos judiciales porque es abordada bajo una perspectiva interna; así el proceso judicial se construye como un universo cerrado dotado de lógica propia –la lógica jurídica en la mayor parte de las ocasiones–, que no refleja las realidades sociales y políticas que trata.

El contacto con la situación evidencia a quienes “aplican la justicia” que sus concepciones son muchas veces estereotipadas, y que las nociones como “aldea”, “tribus”, “malocas”, “aculturados”, “no son ya más indios sino paraguayos”, aunque sean excesivas, son representaciones que continúan en el discurso jurídico.

Respecto a este estado de cosas, Bourdieu (2003) nos enseña que la situación judicial funciona como *lugar neutro*, que opera una verdadera *neutralización* de lo que está en juego, ya que los agentes especializados, siendo terceros, introducen una distancia neutralizante la cual queda bien clara sobre todo en el caso de los magistrados.

El mismo autor enfatiza que la entrada en el universo jurídico implica la aceptación tácita de la ley fundamental del campo jurídico, subrayando que *entrar en el juego* significa conformarse con el derecho para resolver el conflicto. Por tanto, se observa en el caso de los procesos en litigio sobre las áreas indígenas, como en el caso de los guaraní, la forma como las sociedades indígenas utilizan el campo jurídico que trasciende lo que la sociedad no indígena tiende a aceptar como razonable.

El veredicto del juez, como aquel que resuelve los conflictos o las negociaciones respecto de las cosas o de las personas, proclama públicamente *el decir del derecho* que muchas veces es contestado por las sociedades indígenas. Podríamos citar aquí como ejemplo las acciones de reintegración de la posesión propuesta por quienes detentan los títulos de las propiedades rurales. En estos casos las sentencias judiciales generalmente no son aceptadas por los indígenas que buscan diversas maneras de permanecer en las áreas.

En esta perspectiva, lo que se ha observado es que los indígenas se insertan en el campo jurídico buscando este mecanismo y que, por tanto, no se someten a él. Y todavía más, las reivindicaciones te-

rritoriales de los indígenas guaraní kaiowá y ñandeva no pasan por la criba del órgano tutor, la Funai, pues a pesar de esta institución, los indígenas engendran acciones políticas de reocupación territorial. En este sentido, Garapon (2001: 160) declara que intentar “una acción en la justicia significa por lo menos el mérito de hacer que el problema sea comentado y así se le da existencia pública”.

Además, se observa que muchas veces los derechos colectivos indígenas, aunque estén reconocidos formalmente por la ley, no son considerados por el poder judicial, reforzando el que no sean aplicados. Estos derechos, en la mayor parte de las veces, no encuentran respaldo en el poder judicial ya sea por la dificultad estructural de acceso o por las deficiencias en la organización o, aún más, por la indisposición ideológica de algunos jueces (Souza Filho, 2000)

Desde luego, es interesante anotar que a pesar de que no son llamados a “hablar” en los procesos, los indígenas están en todo momento elaborando estrategias ya sea para dar visibilidad al movimiento reivindicativo cuando anuncian que van a ocupar determinada área, cuando establecen acuerdos, o cuando no cumplen dichos acuerdos, llevando a la otra parte a entrar en nuevas medidas judiciales, donde hasta la fuerza policial es requerida, hecho que indica que los indígenas no aceptan pasivamente dejar las tierras que consideran suyas.

LOS INDÍGENAS Y LOS NUEVOS DESAFÍOS PARA EL DERECHO

Las transformaciones sociales ocurridas en las últimas décadas, con nuevos sujetos y escenarios, imponen la construcción de nuevas reflexiones para la teoría jurídica en sus dimensiones civil, pública y procesal, capaces de contemplar la creciente aparición de *nuevos* derechos una vez que las necesidades, los conflictos y los recientes problemas puestos por la sociedad engendran también *nuevas* formas de derechos que desafían y ponen dificultades a la dogmática jurídica tradicional, a sus institutos formales y materiales, y a sus modalidades individualistas de tutela (Wolkmer, 2003: 3).

Una de las discusiones apuntadas por Wolkmer (2003) habla respecto de los preceptos jurídicos modernos, nacidos en Europa Occidental entre los siglos XVII y XIX, los cuales fueron engendrados después de un largo proceso interactivo de factores como el modo productivo capitalista, la organización social, la proyección doctrinaria liberal-individualista y la consolidación política de la centralización estatal.

Por cierto esto estimuló, bajo la égida de un Estado-nación pretendidamente unificado, el proceso de integración de los múltiples

sistemas legales bajo el fundamento de la igualdad de todos los individuos ante una legislación común. De esta forma, la sociedad moderna europea no sólo favorece la aparición de una estructura centralizada de poder (Estado-nación soberano) sino que construye una concepción *monista* de la regulación social y una racionalización normativa técnico-formalista que tiene en el Estado la fuente de legitimación del derecho.

En este sentido se imponen la teoría y la práctica jurídica asentadas sobre una concepción individualista, patrimonial y científica en que el “derecho expresa lo que está en la ley escrita”, y el Estado sería la fuente directa y exclusiva de todas las normas sociales válidas (Wolkmer, 2003: 2).

Mientras tanto, cabe observar que estos presupuestos que sustentan los modelos del Estado y del derecho moderno han venido sufriendo en las últimas décadas del siglo XX y a comienzos del XXI fuertes cambios.

Es cierto que el gran acontecimiento de estos últimos años es sin duda la descentralización del Estado. Este término no debe entenderse sólo en su sentido jurídico; hubo también una transferencia de la soberanía del Estado hacia las colectividades regionales con un nuevo concepto político característico de una sociedad policéntrica, ya que vivimos un agotamiento del Estado proveedor.

En este panorama los operadores jurídicos, aunque tímidamente, comenzaron a dialogar con las diversas áreas, intentando comprender las nuevas referencias epistemológicas sobre las cuales se pudiera construir y fundamentar el derecho, constatando que el derecho moderno se anclaba en obstáculos epistemológicos prácticamente irremediables, que pertenecían a su propia conformación y estructura.

Desde luego, los derechos de libertad y los derechos sociales no podían convivir pacíficamente en un mismo orden para ser aplicados por una misma jurisdicción. Por ende, este orden epistemológico pasó por un estudio crítico en las últimas décadas del siglo XX, estableciendo nuevas bases para una teoría crítica del derecho.

Este movimiento, basado en el análisis lingüístico del discurso jurídico, y que está detrás de la humareda estructurado por el positivismo dogmático junto con la expansión del movimiento alternativo sea éste de derecho alternativo, de uso alternativo del derecho o de la jurisprudencia alternativa y el pluralismo jurídico, provocaron una conciencia generalizada sobre la crisis paradigmática del derecho moderno.

Ante este nuevo contexto percibimos que no existen más juristas “señores de sí”. Hay una demanda general, principalmente en el sentido de que es necesario construir un diálogo nuevo con otras disci-

plinas, pues en realidad tenemos agrupados una serie de eventos, reglamentos, políticas, costumbres, creencias, sentimientos, símbolos, procedimientos y conceptos.

De manera general, la concepción positivista predominante en los cursos de derecho reduce el fenómeno jurídico a un contenido meramente legalista y formal, lo que ha sacrificado mucho las ideas de justicia, equidad, igualdad, transformándose en un culto a la ley que, en unión con la creencia de la neutralidad del sistema judicial, provocó el alejamiento de este poder en las sociedades, confiriéndole una indiferencia en relación con los conflictos y su falta de compromiso con las injusticias sociales.

Esto llevó al poder judicial a caer en las trampas de las instancias dominantes, funcionando con frecuencia como un mecanismo de control social, de producción y de defensa de un orden jurídico más consagrado a desigualdades que a libertades (Machado, 1996: 13).

Otra cuestión interesante habla sobre los efectos simbólicos del derecho, que de alguna forma concede lugar especial al efecto de la oficialización como reconocimiento público de la normalidad que hace visible, pensable, confesable, una conducta. En este contexto existe un recelo por los efectos que un veredicto publicado podría ejercer.

En este sentido, Melo argumenta que:

Por desgracia, nuestros jueces han adoptado hoy como praxis la interpretación de las reglas y de los principios de la Constitución en función de la ley ordinaria, cuando debían hacer expresamente lo contrario.

Ahora, la ley suprema es la que debe servir de elemento indicador para la interpretación y la aplicación de las demás normas del ordenamiento jurídico⁹ (Melo, 2003: 92).

Por tanto, para que los operadores del derecho puedan comprender realidades tan complejas como la reocupación de los territorios indígenas, éstos tienen que transponer conceptos ya superados que aún encuentran respaldo en esta ciencia, como por ejemplo: que el Estado es el árbitro imparcial de los conflictos y que el juez, investido del poder, se regula por la objetividad y la neutralidad en la búsqueda de la verdad real.

El poder judicial ha ejercido un papel preponderante en la aplicación de esos *nuevos* derechos, pero manteniendo una posición conservadora en la mayoría de los casos en que es llamado a reconocer los derechos indígenas. En general ha sido necesario ir a la justicia para obtenerlos.

⁹ La Ley Ordinaria a la cual Melo se refiere es el Código Civil muy dedicado a cuestiones privadas.

Es importante aclarar que la aparición y la existencia de esos *nuevos* derechos debe observarse a partir de las continuas exigencias locales y particulares de la propia colectividad ante las nuevas condiciones de vida y las crecientes prioridades impuestas socialmente. Tales derechos, aunque sean llamados como *nuevos* derechos, no son enteramente *nuevos* pues en realidad, como propone Wolkmer (2003: 20), “nuevo es el modo de obtener derechos que no pasan más por las vías tradicionales –legislativa y judicial– sino que provienen de un proceso de luchas específicas y de conquistas de las identidades colectivas plurales” para que se vuelvan visibles por el Estado o por el orden público constituido.

Mientras tanto, para comprender el acceso y la permanencia de los indígenas en sus territorios, no podemos olvidar que las acciones que se llevan muchas veces ante el sistema judicial son ante todo procesos de movilizaciones que giran alrededor de la demanda territorial y de su afirmación étnica. Y que a pesar de existir legislaciones que vienen desde los tiempos coloniales, que buscan proteger los territorios indígenas, estas disposiciones no son respetadas, necesitándose un largo proceso de luchas y diálogos para que esa situación sea debidamente apreciada.

Por tanto, sin diálogo interétnico o intercultural, que tome como base el respeto a la diferencia, no hay cómo avanzar en estas reflexiones. Es necesario el respeto a las formas escogidas por estas sociedades para construir sus proyectos de futuro. Al Estado, más que imponer modelos, le cabe contribuir a la creación de las condiciones que hagan esto posible.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBÓ, Xavier (2003), “¿Cómo manejar la interculturalidad jurídica en un país intercultural?” en *Poder judicial-Instituto de la Judicatura de Bolivia*, Bolivia, Tupac Katari.
- ALMEIDA, Rubem Ferreira Thomaz de y Fábio Mura (2002), *Informe antropológico de revisión de límites de la TI*, Porto Lindo/YVY KATU.
- AZEVEDO, Ana Lúcia Lobato de (1998), “La tierra somos nosotros: un análisis de los procesos políticos en la construcción de la tierra Potiguara”, en João Pacheco de Oliveira (org.), *Indigenismo y territorialidad*, Rio de Janeiro, Contra Carátula.
- BOBBIO, Norberto (1992), *La era de los derechos*, Rio de Janeiro, Campus.
- BUARQUE de Holanda Ferreira, Aurélio (1986), en *Nuevo Diccionario de la Lengua Portuguesa*, 2 edición, Rio de Janeiro, Nova Fronteira.
- CUNHA, Cláudio Alberto Gusmão (2000), *El actual régimen jurídico de las tierras indígenas. Disertación en el Maestrado en Derecho Económico*.

- mico, Facultad de Derecho, Universidad Federal de Bahía, Salvador/BA.
- DALLARI, Dalmo de Abreu (2001), *Conflictos de derecho sobre las tierras guaraní kaiowá*. Consejo Indigenista Misionero Regional Mato Grosso do Sul, Comisión Proindio de São Paulo, São Paulo, Palas Athena.
- DE LA TORRE, Jesús Antonio (2002), *El derecho a tener derechos. Ensayos sobre los derechos humanos en México*, México, Centro de Investigación y Estudios Multidisciplinarios de Aguascalientes, CIEMA.
- (2005), *El derecho que nace del pueblo*, México, Editorial Porrúa.
- GARAPON, Antoine (2001), *El juez y la democracia: el guardián de las promesas*. Traducción de Maria Luiza de Carvalho, Rio de Janeiro, Revan.
- MACHADO, Marcello Lavenere (1996), “Justicia para el campo”, en CPT, *Conflictos en el Campo*, Goiania, Comisión Pastoral de la Tierra.
- MELO, Sandro Nahmias (2003), “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”.. *Revista de derecho constitucional e internacional*, núm. 43, Año 11, abril/junio, Editora Revista de los Tribunales.
- MENDES Júnior, João (1912), *Los indígenas de Brasil, sus derechos individuales y políticos*, São Paulo, Hennes Irmãos.
- MOREIRA Silva, Lázaro (2002), La legitimidad del proceso de recuperación de las tierras tradicionales de los indios kaiowá y ñandeva en Mato Grosso do Sul. Disertación (Maestrado en Derecho), Brasilia D.F., UNB.
- NEVES, Lino João de Oliveira (2003), “Ojos mágicos de los del Sur (del Sur): luchas antihegemónicas de los pueblos indígenas en Brasil”, en, Boaventura de Souza Santos (org.), *Reconocer para liberar: los caminos de lo cosmopolita multicultural*, Rio de Janeiro: Civilización Brasileira.
- OLIVEIRA, João Pacheco de (2000), “Acción indigenista y la utopía milenarista: las múltiples caras de un proceso de territorialidad entre los Ticuna”, en Bruce Albert y Alcida Rita Ramos (orgs.), *Pacificando al blanco: cosmologías de contacto en el Norte Amazónico*, São Paulo, UNESP.
- OSCO, Marcelo Fernandes (2004), *La ley del Ayllu: práctica de jachá justicia y jiská justicia (justicia mayor y justicia menor) en comunidades aymaras*, La Paz, Bolivia, Fundación PIEB.
- PACHECO, Rosely A. Stefanos (2004), Movilizaciones guaraní kaiowá y ñandeva y la reconstrucción de territorios: nuevas perspectivas para un derecho indígena. Disertación de Maestrado en Historia, Línea de Investigación Historia Indígena, UFMS.
- SANTILLI, Paulo (2001), “Ciencia, verdad, justicia”, en Luís D. Benzi Grupioni, Lux Vidal y Roseli Fischmann (orgs.), *Pueblos indígenas y tolerancia: construyendo prácticas de respeto y solidaridad*, São Paulo, Edusp.
- SILVA, José Afonso da (2003), *Curso de derecho constitucional positivo*, 23 ed. São Paulo, Malheiros.

- SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés de (1992), *Textos clásicos sobre los derechos y los pueblos indígenas*, Curitiba, Juruá/NDI.
- (2000), *El renacer de los pueblos indígenas para el Derecho*. Curitiba: Juruá.
- (2003), “Multiculturalismo y derechos colectivos”, en Boaventura de Souza Santos (org.), *Reconocer para liberar: los caminos de lo cosmopolita multicultural*, Rio de Janeiro, Civilización Brasileira.
- WOLKMER, Antônio Carlos (org.) (2003), *Los “nuevos” derechos en Brasil. Naturaleza y perspectivas: una visión básica de los nuevos conflictos jurídicos*, São Paulo, Saraiva.

La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa

CARMEN ANDREA BECERRA BECERRA*



La reiteración en la legislación penal nacional de la inimputabilidad¹ y la imputabilidad como figuras jurídicas referidas a los miembros de las comunidades indígenas, ha generado un debate permanente en torno a la situación del indígena frente al sistema penal colombiano. La consagración normativa de estas instituciones penales continúa regulando la situación jurídica del indígena bajo el presupuesto según el cual la justicia ordinaria es competente para juzgar a los miembros de las comunidades indígenas.

En el desarrollo del presente artículo se evidenciará cómo, en concordancia con esta regla general, el sistema penal colombiano ha consagrado varios criterios reguladores de la imputabilidad y la inimputabilidad, con la finalidad explícita de sujetar a los indígenas a las disposiciones de la ley penal nacional. Interpretando dicha pretensión legal, se expondrá a continuación una síntesis de las principales concepciones jurisprudenciales y doctrinarias que, calificando a los indígenas como seres disminuidos, incapaces y salvajes, han subrayado el imperio de la ley general de la república sobre los individuos pertenecientes a estos grupos étnicos.

Posteriormente se analizará cómo los conceptos emanados de la legislación y la jurisprudencia mencionadas, contrastan con la consagración constitucional de la jurisdicción especial indígena y la autonomía reconocida a las autoridades tradicionales en la administración de justicia en sus respectivas comunidades.

* Abogada especialista en instituciones jurídico penales; socióloga de la Universidad Nacional de Colombia; investigadora del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

¹ "Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, *diversidad sociocultural* o estados similares", artículo 33, Ley 599 de 2000.

Es importante destacar cómo, de manera ambigua, el texto del artículo 246 de la Constitución de 1991 señala que dicha autonomía se encuentra condicionada a lo establecido en las leyes nacionales, recordando con este condicionamiento la herencia colonial del etnocentrismo jurídico, que en la voz de la Corte Constitucional –en sentencia C-370 de 2002– continúa señalando la prevalencia de la norma de normas sobre otros sistemas jurídicos, bajo la fórmula de la concordancia de las disposiciones normativas de la república, reduciendo así los sistemas tradicionales de administrar justicia y las decisiones de las autoridades de estos grupos étnicos a la asimilación.

Indigenous special jurisdiction and criminal law in Colombia: Between legal pluralism and relatively legal autonomy



The insistently reiteration of indigenous peoples minor mental status under national criminal law has generated an ongoing debate regarding indigenous peoples members status before Colombian official criminal system. The normative and legal character of the indigenous minor status under criminal law still regulates the relations between indigenous people and state law. The former situation can be appreciated in the fact that official criminal tribunals can judge indigenous peoples members. This article seeks to show how, according to the above-mentioned status, Colombian criminal law has defined different criteria for establishing indigenous mental capacity with the purpose of maintaining its ascendancy over indigenous peoples. Through an interpretation of this legal objective, this paper will outline the main criminal law doctrine and jurisprudence rules and precedents that, regarding indigenous as savages, minors and mentally challenged persons, have helped to maintain law's empire over this cultural minorities.

This article also analyses the contradictory character of this situation: while criminal law regards indigenous as minors, constitutional law recognizes indigenous special jurisdiction as well as traditional authorities power to enforce their own norms and rules. It also describes the significant rule established by the Article 246 of 1991 Colombian Constitution in the sense that indigenous peoples legal autonomy is conditioned to the fulfilment of national legal system norms. This situation, according to Colombian Constitutional Court –decision 370/194–, is a remnant of the colonial legacy and legal ethnocentrism which consider the traditional legal systems and traditional authorities decisions as inferior and subordinated in relation with official law, a situation that paves the way for the assimilation of cultural minorities.

INTRODUCCIÓN

Con fundamento en varios criterios consagrados históricamente en el texto de las disposiciones penales nacionales, desarrollados a su

vez mediante el ejercicio jurisprudencial y doctrinario en vigencia de legislaciones de diversas épocas, el sistema penal colombiano sujetó desde sus inicios a los miembros de las comunidades indígenas a una especie de incertidumbre jurídica subsistente hoy en día. En virtud de ésta, bajo el amparo de la normativa nacional vigente, debía establecerse en cada caso concreto –frente a la transgresión de una norma penal nacional o indígena, por parte de un individuo perteneciente a estas comunidades– si tal sujeto podía ser considerado como destinatario de las normas penales nacionales o si, por el contrario, su conducta transgresora debía ser juzgada por las respectivas autoridades tradicionales, de conformidad con sus usos y costumbres.

El dilema de la exclusión relativa o la inclusión de los miembros de las comunidades indígenas respecto a las normas emanadas de la legislación penal nacional, arraigado en el origen mismo de la relación entre estos dos sistemas jurídicos coexistentes, el nacional y el indígena, permanece aún, a manera de herencia colonial, en el contexto normativo colombiano, desvirtuando permanentemente la pretendida claridad de las disposiciones legales que orientaron el surgimiento y desarrollo de la imputabilidad y la inimputabilidad. Tales instituciones persisten en la codificación penal vigente, como fundamentos jurídicos a los que se recurre a propósito del juzgamiento de los indígenas, bajo el amparo de la legislación penal nacional.

La precisión de los criterios señalados en las distintas legislaciones penales, y las múltiples concepciones jurisprudenciales y doctrinarias que guiaron la aplicación de tales instituciones en nuestro país, parecen desvanecerse al examinar en la práctica cuestiones tales como: ¿cuál es el sistema de normas penales aplicables a un indígena que ha cometido un delito, considerado como tal por la ley penal colombiana en un territorio ajeno al de su comunidad?

¿Es constitucional seguir considerando al indígena como sujeto de derecho penal nacional cuando la norma de normas consagra el reconocimiento de la jurisdicción indígena y la autonomía de sus autoridades tradicionales? La instrumentalización de las normas penales aplicables frente a determinada conducta delictiva, ¿no está legitimando la coexistencia de estos dos sistemas penales (el nacional y el indígena), atendiendo a la mayor o menor rigurosidad de las consecuencias consagradas en cada uno de ellos?

El planteamiento de tales interrogantes continúa vigente en la discusión académica y jurisprudencial sobre el tema; la actualidad de tal asunto, la reiteración de estas preguntas, y los rodeos dados a sus respuestas, serán puestos a consideración en el presente artículo mediante el análisis de aquellas disposiciones contenidas en las legislaciones pe-

nales de 1936, 1980 y del año 2000 referidas a las figuras de la imputabilidad y la inimputabilidad en el sistema penal colombiano, frente a los miembros de las comunidades indígenas, identificando los diferentes criterios de índole positivista, psiquiátrica y antropológica que animaron el desarrollo de estas instituciones penales y regularon, durante su vigencia, la situación jurídica del indígena en esta materia, bajo el presupuesto según el cual la justicia ordinaria era considerada competente, por regla general, para juzgar a los miembros de estos grupos étnicos.

A continuación se presentará una síntesis de las principales concepciones jurisprudenciales y doctrinarias desarrolladas en el ámbito nacional en torno al tratamiento jurídico penal del indígena, mediante una contextualización normativa de estos pronunciamientos, destacándose de manera especial la última sentencia de la Corte Constitucional² sobre el particular, en cuyo texto dicho tribunal, como intérprete autorizado, subrayó la autonomía de las autoridades tradicionales en lo concerniente a la función de administrar justicia, de acuerdo con sus usos y costumbres, advirtiendo a renglón seguido que tales decisiones deberían estar en todo caso en concordancia con la Constitución y las leyes de la república.

Partiendo del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena y la autonomía reservada por la Constitución a las autoridades tradicionales, se analizará la problemática derivada de la consagración constitucional de jurisdicciones coexistentes, manifiesta en el ámbito jurídico nacional y en las formas tradicionales de administrar justicia, mediante la instrumentalización (por parte de los sujetos procesales implicados en uno u otro escenario) de las disposiciones penales pertenecientes a la jurisdicción ordinaria o a la indígena.

Posteriormente se adelantará una revisión crítica de los preceptos normativos y constitucionales que actualmente continúan considerando a los indígenas como destinatarios de la legislación penal nacional, cuestionando así mismo la constitucionalidad de las disposiciones punitivas referidas a los miembros de estos grupos étnicos y la idoneidad de la acción de tutela como mecanismo apto para la revisión de las decisiones judiciales provenientes de la jurisdicción especial indígena; presentando finalmente la aplicación sin reservas del pluralismo jurídico y el multiculturalismo como alternativas constitucionales que en materia jurídico penal deberían interpretarse como presupuestos de hecho y de derecho para el reconocimiento pleno de la jurisdicción especial indígena autónoma.

² República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-370, de mayo 14 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

La referencia normativa a la cual se acudirá constantemente en el desarrollo del orden expositivo planteado, evoca el artículo 246 de la Constitución Política de 1991, disposición que recuerda y actualiza en el contexto legal colombiano un etnocentrismo jurídico elevado a rango de norma fundamental, mediante la consagración de la autonomía –condicionada– de la jurisdicción especial indígena y el reconocimiento de un paralelismo jurídico frente al juzgamiento de los miembros de las comunidades indígenas, traducido a su vez en la confusa coexistencia de jurisdicciones que persiste en el ámbito nacional a la espera de ser coordinada por una tardía ley .

La consagración –en sede constitucional– de la sujeción de las disposiciones emanadas de la jurisdicción especial a la Constitución y a la ley presupone la consideración de éstas como normas de aplicación general (cuyos destinatarios son todos los habitantes del territorio nacional), ello indica que los individuos pertenecientes a las comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, en su doble condición de ciudadanos y pertenecientes a determinado grupo étnico, están sujetos a la legislación nacional y a la vez a las disposiciones que hacen parte de sus sistemas jurídicos tradicionales.

La configuración actual de la jurisdicción especial indígena, y el condicionamiento al cual se sometió el ejercicio de las funciones jurisdiccionales asumidas por las autoridades de estos grupos étnicos, aparecen como la versión actualizada de un rasgo característico de la legislación indigenista desde la época de la Colonia y su supervivencia en la República: el etnocentrismo jurídico. No puede entenderse de otra forma la referencia obligada que hace la norma de normas al consagrar esta jurisdicción especial, adornada con el calificativo de autónoma, reconociendo ambiguamente –a renglón seguido– una autonomía a medias: relativa y condicionada, perpetuando entonces la inclusión de los miembros de estos grupos étnicos dentro de las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional, y cegando así cualquier posibilidad de reconocimiento pleno de la autonomía de las autoridades tradicionales en ejercicio de la jurisdicción especial indígena.

No se considera que el último pronunciamiento de la Corte Constitucional (sentencia C-370 del 2002), en el cual se recuerda la concordancia que deben observar las disposiciones emanadas de la jurisdicción indígena con el marco normativo nacional, haya puesto fin a la discusión académica y jurisprudencial en torno a la autonomía de la jurisdicción especial indígena. El presente artículo pretende precisamente mostrar cómo se han incluido marginalmente, a manera de conceptos solicitados por esta corporación, algunos argumentos que presentan nuevos elementos de análisis y reflejan el estado ac-

tual y la problemática de la dualidad de sistemas penales a los que pueden estar sujetos los indígenas de conformidad con las leyes de la república, exponiendo la dificultad que aparece en un caso concreto, para efectos de definir si estos sujetos pueden o deben, ser o no, considerados destinatarios de la ley penal nacional o de las normas que hacen parte de sus prácticas tradicionales y de su forma de administrar justicia.

EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO Y LOS CRITERIOS REGULADORES DE LA IMPUTABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD, FRENTE A LOS MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Desde los antecedentes de la consagración normativa de las figuras de la imputabilidad y la inimputabilidad, hasta el actual ordenamiento penal, la legislación colombiana ha regulado la situación jurídica del indígena en esta materia bajo el supuesto según el cual la justicia ordinaria es competente, por regla general, para juzgar a los miembros de las comunidades indígenas. Dicho supuesto ha sido más una imposición de orden legal (motivada por factores de orden territorial y por pretensiones de homogeneización), que un verdadero factor de competencia presente en las relaciones entre el sistema penal nacional y el indígena.

La revisión de las disposiciones legales conocidas como fuero indígena, a partir de 1810, da cuenta de la sujeción de los miembros de estas comunidades a lo dispuesto por las leyes generales de la república. Así mismo, la potestad que las autoridades coloniales españolas habían delegado a principios del siglo XVI a los cabildos para ocuparse de aquellos asuntos administrativos y de la imposición de sanciones frente a la incursión de los miembros de estas comunidades en conductas consideradas delictivas por las disposiciones legales castellanas, permitió el desarrollo de unas formas de administrar justicia propias de las comunidades indígenas, las cuales debían atender a una extraña mixtura según la cual, frente a la transgresión de determinada disposición colonial, correspondía una sanción establecida por el cabildo de conformidad con sus usos y costumbres; en sentido contrario, era posible que una falta contra la fe, como no asistir a misa, cometida por un indígena, debiera ser sancionada por el alcalde también indígena –integrante del cabildo– con la sanción establecida para estos menesteres por las autoridades judiciales españolas:

Tendrán jurisdicción los indios alcaldes solamente para adquirir, aprender y traer a los delincuentes a la cárcel del pueblo de españoles de aquel distrito, pero podrán castigar con un día de prisión, seis o ocho

azotes al indio que faltare a la misa el día de fiesta o se embriagare o hiciere otra falta semejante.³

La situación del indígena frente a la legislación penal dejó de ser un asunto diferido a las autoridades tradicionales cuando en 1936 una nueva codificación penal indicó que las disposiciones contenidas en ésta se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, involucrando de esta manera a los indígenas como destinatarios de esta ley, pero esta vez no sólo en cuanto al supuesto de hecho previsto en la norma o en lo atinente a la respectiva consecuencia jurídica, sino de manera integral –sin las mixturas antes anotadas– en las disposiciones legislativas, ejecutivas y judiciales proferidas por las autoridades penales a nivel nacional.

Sólo hasta la expedición del Código de 1936 incursionaron en el escenario penal colombiano disposiciones doctrinarias y otros conceptos emanados de las autoridades encargadas de administrar justicia, que posibilitaron la aplicación de las instituciones de la imputabilidad y la inimputabilidad, mediante la interpretación conjunta de varios artículos del respectivo código.⁴ Fue precisamente mediante estas figuras penales que los indígenas comenzaron a ser vistos, de manera general, como destinatarios de las leyes penales nacionales bajo la figura de la imputabilidad o de la inimputabilidad, entendiendo que esta última podía predicarse de aquellos transgresores de la ley penal nacional, en virtud de condiciones psicosociales que no permitían al individuo perteneciente a estas comunidades comprender la ilicitud de su conducta.

Los ordenamientos penales de 1936 y 1980 presentaban como rasgo común y característico una marcada subvaloración de lo indígena, al considerar a los miembros de estas comunidades bajo la categoría de inimputables, asimilándolos a individuos con capacidades psíquicas disminuidas. Aunque en el Código Penal de 1980 no se encontraba dentro de las causas indicadas de inimputabilidad una específica que hiciera referencia a los miembros de las comunidades indígenas, dicha falencia fue fácilmente superada mediante la asimilación de la condición del indígena al enajenado mental o al individuo que padecía

³ Disposición integrante de la Recopilación de 1680, citado por Ots (1969: 159).

⁴ Al igual que la Constitución de 1886, el Código Penal de 1936 no hacía referencia alguna a los miembros de las comunidades indígenas, pero al decir el artículo 11 de manera general que todo el que cometiera una infracción sería responsable por tal acto, estaba incluyendo implícitamente a los miembros de las comunidades indígenas dentro de las disposiciones penales y, por tanto, los casos expresamente exceptuados a los cuales hacía referencia el artículo citado también cobijaban a los individuos pertenecientes a los pueblos indígenas; tales excepciones se encontraban enumeradas en los artículos 23 y 29 del Código Penal, bautizados por la doctrina como causas de exclusión de culpabilidad y causas de justificación, respectivamente.

de grave anomalía psíquica, de conformidad con la aplicación de un criterio de índole psiquiátrico.

La consagración de la inimputabilidad asumida bajo estos parámetros, consideró a los indígenas como sujetos destinatarios de dicha institución, asemejando la conducta de los miembros de estas comunidades a la del *inmaduro psicológico* o *trastornado mental*, expresando con ello una vez más el desprecio por estos grupos étnicos y el desconocimiento de sistemas jurídicos diferentes al nacional. La utilización de estos conceptos recuerda una vez más la imagen (tan difundida en la legislación colonial y de comienzos de la república) del indígena como un ser bruto, con capacidades psicológicas disminuidas y semejante al menor de edad, todas reunidas en un pensamiento etnocéntrico que – parafraseando a Herinaldy Gómez– demuestra una vez más la *invisibilidad* de las culturas indígenas, esta vez, ante la vista gorda de la legislación nacional, tan reiterativa, pese a tantas reformas, en el tratamiento jurídico penal del indígena colombiano.

En el Código Penal de 2000, la diversidad sociocultural, forma específica de inimputabilidad referida a los miembros de las comunidades indígenas, aparece como la manifestación de un nuevo criterio de índole antropológico consagrado por la legislación penal para efectos de regular el tratamiento del indígena como individuo perteneciente a una comunidad culturalmente diversa, ante el derecho penal nacional. Es necesario señalar que este criterio ha sido asumido por la legislación penal colombiana con beneficio de inventario; es decir, todavía hoy –en vigencia de una Constitución que reconoce la Jurisdicción Especial indígena y la autonomía de las autoridades tradicionales– el Código Penal Nacional continúa considerando dentro de sus disposiciones a los miembros de las comunidades indígenas como destinatarios de la ley penal, bajo la figuras de la inimputabilidad por diversidad sociocultural e implícitamente bajo la calidad de imputable, en el caso en que su condición de indígena no sea impedimento para conocer *la ilicitud de su conducta y determinarse de acuerdo con esa comprensión*.

CONCEPCIONES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIAS ACERCA DE LA IMPUTABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD REFERIDAS A LOS MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Tomando como punto de referencia los criterios anteriormente señalados, se destacarán a continuación las decisiones jurisprudenciales y los conceptos doctrinarios en torno a la consideración de los miembros de las comunidades indígenas como imputables o inimputables frente a

la legislación penal nacional –a partir de la codificación de 1936–. Para ello se acudirá a la revisión de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, en disputa histórica o coexistente sobre el tema en cuestión.

La mayoría de las demandas interpuestas bajo la vigencia de diferentes legislaciones procesales a partir de la legislación penal de 1936, en las cuales similares causales de casación se repitieron de una legislación a otra, invocan principalmente aquella que señala que la sentencia es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma. Lo anterior considerando que dado que el individuo objeto de juzgamiento era miembro de una comunidad indígena, la ley aplicable debía ser la legislación especial o fuero indígena y no la ley nacional en materia penal.

Otra de las causales a las cuales se acudió frecuentemente al interponer recurso extraordinario de casación contra la decisión de juzgamiento de un indígena se refiere a la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, bajo el supuesto según el cual en alguna oportunidad, durante el desarrollo del proceso, se hubiese reconocido al indígena su condición de salvaje o semisalvaje y, pese a ello, le fuera impuesta una sanción extraída de la legislación penal nacional.

El primer criterio acogido por los tribunales, para efectos de examinar la situación del indígena ante la legislación penal nacional, data de la clasificación tripartita establecida en la Ley 89 de 1890: *indígenas salvajes, semisalvajes y civilizados*.⁵ En las jurisprudencias referidas, alguno de los sujetos procesales o el mismo juez recordará la retahíla de la clasificación del artículo primero de la ley citada, haciendo coexistir, por tanto, dicho criterio con aquellos bajo los cuales se equiparaba al indígena con el retrasado mental o el menor de edad, o con aquel criterio que lo consideraba sujeto excepcional de la ley penal. De manera sutil, la última sentencia de la Corte Constitucional⁶ sobre el tema habla de indígenas *aculturados* (¿querría decir reducidos a la vida civilizada?), refiriéndose a su proximidad con las costumbres, la idiosincrasia y el sistema de valores de la nacionalidad mayoritaria, indicando

⁵ Sobre el desarrollo jurisprudencial de estos conceptos véanse las siguientes sentencias: República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de julio de 1948, M. P. Domingo Saraty M., en *Gaceta Judicial*, núm. 2064-2065, Tomo LXIV, Bogotá, junio-julio-agosto de 1948, p. 864. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de septiembre de 1984, M. P. Luis Enrique Aldana Roza, en *Gaceta Judicial*, núm. 155, Tomo XIII, Bogotá, septiembre-octubre-noviembre de 1984, p. 317.

⁶ República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-370, mayo 14 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

con ello la subsistencia de consideraciones etnocentristas (esta vez moderadas) que inspiraron la citada ley de 1890.

A manera de observación, y a propósito del desarrollo jurisprudencial en vigencia de la legislación penal de 1936 y 1980, se destaca la arbitrariedad del concepto de los “especialistas” en la presentación de los dictámenes periciales encaminados a determinar en un proceso dado, la categoría a la cual pertenecía el indígena, cuestión que pretendió ser satisfactoriamente esclarecida mediante el examen de los “planos instintivo, afectivo e intelectual del reo”,⁷ siguiendo la respectiva comparación de éstos con los del hombre medio-normal-civilizado.

De acuerdo con el concepto –la mayoría de las veces aligerado– de dichos dictámenes, la Corte Suprema de Justicia entró a decidir, de forma no menos apresurada, sobre la calidad de indígena civilizado, o no, de determinado individuo, cotejando las características destacadas por los peritos con su real entender y parecer, es decir, con su evidente escaso conocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de la nación colombiana, condición que llevó constantemente a la criminalización del indígena bajo los criterios más variados, tales como su condición psiquiátrica, su asimilación al menor de edad o su carácter de indígena aculturado, por no decir *reducido a la vida civilizada*.

En vigencia de la Constitución de 1991, y pese al reconocimiento del pluralismo jurídico de la nación colombiana, consagrado literalmente en dicho texto, las sentencias del tribunal instituido como guardián de la norma de normas admitieron –con reservas– la defensa del reconocimiento de la jurisdicción especial y la autonomía de las autoridades tradicionales, sujetando tales derechos a la concordancia de las respectivas disposiciones con la Constitución y la ley. Teniendo en cuenta la consagración en la Constitución del respeto por la diferencia, la pluralidad, diversidad étnica y cultural, la calificación de las comunidades indígenas como sujetos colectivos, el reconocimiento de la jurisdicción indígena y de las autoridades tradicionales de estas comunidades, puede afirmarse que la consideración del indígena como sujeto de la ley penal nacional es inconstitucional puesto que el juzgamiento de las conductas tipificadas en el respectivo código por parte de autoridades que hacen parte de la jurisdicción ordinaria, contrariaría los derechos fundamentales consagrados en los artículos constitucionales a los que se ha hecho referencia.

⁷ República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de julio de 1948, M. P. Domingo Saraty M., en *Gaceta Judicial*, núm. 2064-2065, Tomo LXIV, Bogotá, junio-julio-agosto de 1948, p. 865.

La decisión contenida en la sentencia C-370 de 2002 , en la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 33, 69 y 73 de la Ley 599 de 2000, sólo viene a confirmar que en el debate en torno a la situación del indígena ante la ley penal no se ha tenido en cuenta su condición como miembro de una comunidad con unas prácticas, tradiciones, autoridades y jurisdicción propias, y partiendo de este desconocimiento se ha pretendido homogeneizar al indígena mediante su sometimiento a las normas y formas jurídicas de un sistema penal definido desde las disposiciones de la legislación general de la República. De esta manera se identifica un estado de inseguridad jurídica al verificarse la coexistencia de dos sistemas penales (el nacional, definido en la ley penal colombiana, y el indígena, consagrado en la Constitución Política). Esta situación, además de ser inconstitucional, ha propiciado la instrumentalización de estos sistemas de normas por parte de los miembros de las comunidades indígenas, de sus apoderados en determinado proceso judicial y, finalmente, de las autoridades nacionales y tradicionales.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES PENALES VIGENTES, PERTENECIENTES A JURISDICCIONES COEXISTENTES (LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA)

De acuerdo con lo establecido en el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia, los miembros de las comunidades indígenas están sujetos no sólo de hecho sino también de *derecho* a una coexistencia de jurisdicciones, de tal manera que la facultad de administrar justicia específicamente en el ámbito jurídico penal, respecto de estos sujetos de derecho, podría representarse como una biyectiva de acuerdo con la cual, frente a la realización de determinada conducta considerada transgresora de la legislación penal nacional, y a la vez de las normas de determinado sistema jurídico indígena, la respectiva función jurisdiccional podría ser ejercida por las autoridades tradicionales de la comunidad indígena a la que pertenezca, o por un juez, representante de la jurisdicción ordinaria. La línea que se debe seguir, llegados a este punto, no está claramente definida, como se verá, por ninguno de los ordenamientos jurídicos en cuestión; bajo tales condiciones el indígena podría ser juzgado en una u otra jurisdicción, atendiendo a determinadas circunstancias plasmadas en un *collage* de disposiciones constitucionales y legales referidas a la pertenencia del indígena a determinada comunidad (fuero personal), al lugar en que se cometieron los hechos (dentro o fuera del territorio de la comunidad indígena), al contacto del indígena con la sociedad mayo-

ritaria (mayor o menor grado de *aculturación*), y, finalmente, a la comprensión que el indígena tuviere de las normas integrantes de la legislación penal, y a la facultad de determinarse o no de acuerdo con tal comprensión (imputabilidad o inimputabilidad por diversidad sociocultural). Estos aspectos han sido considerados por la Corte Constitucional, refiriéndose a la coexistencia de jurisdicciones consagradas por la Constitución de 1991, y previendo que dicha dualidad podría dar lugar a un conflicto de competencias entre autoridades de una y otra jurisdicción, frente al juzgamiento de un indígena en un caso concreto.

En las llamadas consideraciones de fondo de la sentencia T-496 de 1996, el citado tribunal señaló algunas reglas encaminadas a establecer cuál sería el funcionario competente para efectos de adelantar el juzgamiento de un miembro de una comunidad indígena, mediante la interpretación armónica de las escasas disposiciones constitucionales y legales reguladoras de este tema. En la sentencia en cuestión, la Corte hace referencia a los siguientes supuestos: el primero alude al caso en el cual la conducta realizada por el indígena no es considerada transgresora de conformidad con los usos y las costumbres de su comunidad, pero sí se encuentra penalizada por el derecho nacional; en estos casos se indica que los jueces de la república son la autoridad competente para conocer del asunto, pero como se encuentran ante *un individuo de otra comunidad cultural*,⁸ deben determinar en primer lugar si la conducta de éste se enmarca dentro de imputabilidad o inimputabilidad, para luego, y de acuerdo con la institución aplicable, dar paso a la respectiva consecuencia jurídica.

El segundo supuesto se presenta cuando la conducta realizada por un individuo perteneciente a una comunidad indígena es sancionada por su comunidad y, a la vez, por el derecho penal nacional; en este caso la Corte señala que deberá tenerse en cuenta “la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece”,⁹ para efectos de determinar si el indígena deberá ser juzgado de conformidad con las disposiciones del derecho penal nacional.

Si algo queda claro, luego de la lectura del anterior aparte de la sentencia, es que la incertidumbre es la regla general para efectos de la definición de la situación del indígena frente al derecho penal nacional; como lo anota dicho Tribunal, las posibilidades de solución son múltiples, dependiendo de las particularidades de cada caso.

El artículo 246 de la Constitución Política, tratando de garantizar cierta seguridad jurídica ante la coexistencia de jurisdicciones con-

⁸ Ibid., p. 9.

⁹ Idem.

sagradas en su texto, previó la necesidad de coordinación entre la jurisdicción especial y el sistema judicial nacional, mediante una ley diseñada para dicho fin. A la fecha todavía está pendiente la ley encargada de esta labor coordinadora, y la alternativa del juzgamiento a la luz de una u otra jurisdicción ha dejado de ser un asunto legal o jurisprudencial, para convertirse en una situación resuelta al acomodo y según el criterio ya no jurídico sino personal de los funcionarios judiciales nacionales o de las autoridades indígenas y, en algunos casos, a merced de la habilidad personal del propio reo o de su apoderado. Es precisamente este vacío legal el que ha dado lugar a una serie de prácticas de instrumentalización por parte algunos miembros de las comunidades indígenas, en ejercicio de las cuales se capotean las disposiciones de uno y otro sistema jurídico buscando la sanción más favorable o menos drástica, y dejando de lado el enrevesado asunto de la determinación del funcionario competente.

El contacto de las autoridades indígenas de algunas comunidades –y de sus formas tradicionales de administrar justicia– con las formas jurídicas propias del sistema penal nacional, ha generado una práctica, ya bastante difundida en varias de estas comunidades, de conformidad con la cual cierto tipo de conductas transgresoras de sus leyes, debido a su gravedad y a su *difícil solución*, son diferidas a la jurisdicción ordinaria, atendiendo principalmente a la mayor rigurosidad de las sanciones derivadas de la legislación penal nacional. Hernán Darío Benítez Naranjo describe la delegación de estos asuntos que en principio deberían ser resueltos por la jurisdicción especial indígena, en los siguientes términos: “El aumento de la violencia al interior de la comunidad ha hecho que ésta recurra a los mecanismos tradicionales de justicia nacional como alternativa de respuesta a conflictos que resultan de difícil solución” (Benítez, 1977: 193).

La justicia penal nacional cuenta con las instituciones de la imputabilidad y la inimputabilidad, para efectos de regular la situación de los indígenas que han transgredido las disposiciones de la legislación penal. Dichas figuras suponen la violación de una norma consagrada en el ordenamiento penal nacional, pero el asunto planteado –la manifestación expresa de las autoridades tradicionales en el sentido de recurrir a las disposiciones de la justicia nacional para resolver (sancionar) cierto tipo de conductas consideradas por la comunidad como de especial gravedad– presenta una evidente dificultad considerando que esta nueva práctica integrada en las decisiones de algunas autoridades indígenas estaría contraviniendo la consagración de esta jurisdicción especial al instrumentalizar la justicia penal nacional, reservándola como mecanismo penal de mayor drasticidad, dejando en segundo plano la

autonomía de las autoridades tradicionales para efectos de dirimir conflictos de especial gravedad.

No sólo las autoridades indígenas encargadas de administrar justicia han favorecido la continuidad de las prácticas de instrumentalización señaladas, ni los jueces de la república han sido los únicos que en el proceso de adecuación de la ley –frente al juzgamiento de un indígena– han dado vía libre a las más variadas interpretaciones en torno al artículo de la Constitución de 1991 que consagra el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena; también los mismos procesados y sus apoderados se han servido de la ausencia de disposición legal que establezca la coordinación esta jurisdicción y el sistema judicial nacional, buscando en ejercicio de un extenso principio de favorabilidad entre jurisdicciones, el amparo de la normativa que prevea la consecuencia menos drástica ante su actuar transgresor.

Dicha estrategia de defensa permite así mismo dilucidar una instrumentalización por parte de los sindicatos y de sus abogados, de acuerdo con la cual, pese a que el transgresor de la ley penal nacional conocía la consecuencia correspondiente –por ejemplo frente al delito de homicidio– debido a su contacto con la sociedad nacional por vínculos principalmente laborales, al momento de su declaración en el proceso afirmaba desconocer que dicha conducta era considerada delito por la ley de la república, asintiendo al mismo tiempo “no haber tenido contacto alguno con la civilización, ni haberse distanciado nunca de los límites del resguardo”.¹⁰ La sentencia T-496 de 1996, ilustra lo anteriormente anotado refiriéndose de manera expresa al delito de homicidio, y la percepción de esta conducta transgresora de la ley penal y de su correspondiente sanción por parte del indígena Libardo Guaina Finscue.

Así como algunos sindicatos y sus representantes pretendían, en determinado proceso penal, valerse de la condición de pertenencia a determinado grupo indígena, buscando con ello la correspondiente declaratoria de culpabilidad o su juzgamiento por parte de las respectivas autoridades tradicionales, otros recordaban su condición de ciudadanos de la república de Colombia, invocando –luego de haber sido sometidos a la jurisdicción especial indígena– su derecho al debido proceso; denunciando así la falta de concordancia entre las normas y los procedimientos empleados por las autoridades indígenas y aquellos de índole nacional.

En sentencia T-254 de 1994, Ananías Narváez, por intermedio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela solicitando la protec-

¹⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-496 del 26 de septiembre de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en Relatoría Corte Constitucional, Tomo 42, Año 1996, sentencias 486-496, p. 1.

ción del derecho al debido proceso, considerado vulnerado por parte de las directivas del cabildo de la comunidad indígena del Tambo, en los términos que se exponen a continuación: “El peticionario afirma que las imputaciones hechas y el juzgamiento realizado en su contra por el cabildo indígena violaron el artículo 29 de la Carta Política, por no ser precedidas de un procedimiento investigativo y estar basadas en meros rumores carentes de sustento probatorio”.¹¹

Ante el amparo solicitado la Corte identificó la advertencia de vulneración al debido proceso presentada por el petente, en el caso en cuestión, como una instrumentalización –por parte del sindicado– frente a la coexistencia de jurisdicciones, al haber aceptado su juzgamiento por el delito de hurto por parte de la autoridad tradicional, y luego (al ver la gravedad de las sanciones impuestas por el cabildo) al solicitar mediante acción de tutela la protección de su derecho al debido proceso, derecho que ni fue recurrido en su momento ni su vulneración advertida ante las autoridades tradicionales, en la respectiva oportunidad.

Los casos referidos dan cuenta de la constante instrumentalización de las normas aplicables en vigencia de una u otra jurisdicción; estas prácticas derivadas del paralelismo jurídico, convertidas en estrategias de defensa y no sólo permitidas sino posibilitadas por la ausencia de una norma aún no escrita, continuarán presentándose a la espera de la ley que desarrolle la coordinación –entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción indígena– tan anunciada por el artículo 246 de la CP de 1991.

DE CÓMO LAS DECISIONES EMANADAS DE UNA JURISDICCIÓN ESPECIAL HAN SIDO CONDICIONADAS A LA CONCORDANCIA Y OBSERVANCIA DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE CARÁCTER NACIONAL

Las sentencias de la Corte Constitucional, en las que el respectivo Tribunal ha abordado la revisión de disposiciones emanadas de autoridades indígenas consideradas atentatorias del ejercicio de algún derecho fundamental, son la manifestación más clara de la sujeción de estas decisiones judiciales –dictadas en el marco de la jurisdicción especial indígena– a las disposiciones de las normas de rango superior. Así, en vigencia de la Constitución Política de 1991, el imperativo respecto a las comunidades indígenas (esta vez en lo relativo a sus formas jurídicas), parece ser el mismo derivado de la época colonial: la asimilación.

¹¹ República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-254, mayo 30 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en Relatoria Corte Constitucional, Tomo 28, Año 1994, sentencias 251 a 261, p. 21.

Bajo este mandato se permite curiosamente que las comunidades indígenas tengan una jurisdicción propia y se gobiernen de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando éstos no estén en contravía con la Constitución y las leyes de la República. De no verificarse tal concordancia, las prácticas y costumbres indígenas relacionadas con sus formas de administrar justicia ya no serán consideradas bárbaras sino arbitrarias o, en el mejor de los casos, atentatorias de los derechos humanos (¿no querrá decir lo mismo?); Hernán Darío Benítez reseña el juzgamiento de los procedimientos propios de la justicia indígena a la luz de las autoridades nacionales de la siguiente manera:

Es que rara vez los actos compulsorios de una comunidad indígena, si consultan sus propios procedimientos, dejan de asumir la forma de una arbitrariedad o de una violación de los derechos humanos, de donde el poder de ejecución de la autoridad indígena resulta siempre condicionado a la autoridad estatal convencional (Benítez, 1997: 189).

En repetidas ocasiones se ha mencionado que el artículo 246 de la Constitución Política, al diferir al legislativo la labor de coordinar la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional, dejó entre el tintero esta labor coordinadora, y que aún estamos en espera de la misma. Lo anterior es cierto, aún no ha nacido a la luz jurídica esta ley, pero ello no quiere decir que esta labor no haya sido asumida de manera acuciosa por la Corte Constitucional, encontrando como escenario preciso para ello la parte motiva de la revisión de acciones de tutela puestas en su consideración. A propósito de la relación entre los derechos fundamentales y el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, la Corte ha señalado las siguientes reglas de interpretación que, según su concepto, deberían ser tenidas en cuenta para efectos de resolver la tensión existente entre el principio de diversidad étnica y cultural y la protección de derechos fundamentales:

- A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía.
- Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
- Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.
- Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales positivas.¹²

¹² República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-254, mayo 30 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en Relatoría Corte Constitucional, Tomo 28, Año 1994, sentencias 251 a 261, p. 14.

La primera regla de interpretación reduce la autonomía de las autoridades tradicionales en ejercicio de funciones judiciales, a la conservación de los usos y las costumbres de sus respectivas comunidades, queriendo decir con ello que será mayor la autonomía de estas autoridades entre mayor sea el grado de conservación de sus usos y costumbres, y concluyendo que las comunidades indígenas que no los conserven deberán guiarse por las leyes de la república. Esta primera regla de interpretación, bastante familiar en la historia de la legislación indigenista colombiana, nos remite directamente a las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892 en lo relativo a la clasificación tripartita de los indígenas – *salvajes, semisalvajes y reducidos a la vida civilizada*–, de acuerdo con la cual los indígenas reducidos a la vida civilizada deberían regirse por las leyes de la república, mientras que las dos primeras categorías estarían sujetas a fuero indígena. Como se ve, este criterio no tiene nada de innovador, por el contrario, constituye un retroceso en los escasos pasos adelantados en el estudio de la situación del indígena frente a la legislación nacional.

Bajo los criterios segundo y tercero, la Corte recuerda que los derechos fundamentales constituyen el límite material del principio de diversidad étnica y cultural, evidenciando con ello una concepción etnocentrista de unos derechos humanos declarados desde una perspectiva occidentalizada, de acuerdo con los principios de igualdad, individualidad y libertad, dejando así en segundo plano el reconocimiento de Colombia como un país multicultural. De manera ambigua la Corte hace referencia a un “ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley”,¹³ pero rápidamente desdibuja tal ámbito, anteponiendo las normas legales imperativas a los usos y costumbres de las comunidades indígenas, señalando además que la diversidad étnica y cultural es un valor constitucional que puede ser relegado ante la presencia de otro valor constitucional superior.

El cuarto criterio enunciado parece contravenir todos los anteriores, y es por ello el único que a primera vista resulta consecuente con el pluralismo jurídico y con la diversidad étnica y cultural anunciados en la Constitución, así mismo es –infortunadamente– el de referencia más esquiva en las consideraciones de las acciones de tutela sometidas a revisión por el máximo tribunal constitucional.

La procedencia de la tutela sobre decisiones judiciales ha sido discutida por la doctrina y la jurisprudencia nacional llegando al balance final de acuerdo con el cual ésta sólo debería operar en caso de existir

¹³ Ibid., p. 15.

una vía de hecho; ello respecto de pronunciamientos emanados de autoridades pertenecientes a la jurisdicción ordinaria. El asunto adquiere mayor complejidad tratándose de decisiones provenientes de otra jurisdicción, específicamente de la jurisdicción especial indígena. En este caso es palmaria la existencia de una contradicción de índole constitucional consagrada en el texto del artículo 246 de la Constitución Política de 1991, al reconocer el ejercicio de funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas –de conformidad con sus usos y costumbres– y al sujetar estas normas y procedimientos tradicionales a su observancia respecto a la Constitución y a la ley.

Advirtiendo tal inconsistencia ha surgido la alternativa, propuesta por varias autoridades indígenas –como Álvaro Morales Tunubalá (miembro del cabildo del pueblo Guambiano)–, en el sentido de afirmar que no tiene sentido alguno que las decisiones de las autoridades indígenas en asuntos de administración de justicia sean revisadas o sometidas a juicio de constitucionalidad por parte de otras autoridades que desconocen o no comprenden los sistemas jurídicos indígenas y asumen éstos desde una cosmovisión diferente a aquella que ha motivado dichas decisiones: “Nosotros sí creemos, como ya se dijo, que la tutela es procedente, pero cada una en su propia jurisdicción. Para nuestro caso las tutelas deben presentarse y tramitarse ante las instancias indígenas que existen en cada pueblo indígena” (Morales, 1997: 83).

El anterior planteamiento deja en evidencia que la formulación de pluralismo jurídico en términos de la actual Constitución Política adolece de serias fallas, tal vez la principal y la causante de la paradójica consagración de una *autonomía relativa* es precisamente que la Constitución reconoce la existencia de diversos sistemas jurídicos, específicamente en el seno de las distintas comunidades indígenas que habitan el territorio colombiano, pero sujeta la aplicación de las disposiciones jurídicas emanadas de las autoridades tradicionales a su concordancia con la Constitución y las leyes de la República. Por ello el reconocimiento del pluralismo jurídico, en el marco constitucional colombiano, no es más que un espejismo que reconoce y no reconoce a la vez la autonomía de las autoridades indígenas para administrar justicia de conformidad con sus usos y costumbres.

Pese a esta versión de pluralismo jurídico consagrada en la Carta Constitucional, es necesario seguir tomando este concepto como referente, teniendo en cuenta que junto al multiculturalismo constituyen los presupuestos indispensables para el reconocimiento de una jurisdicción indígena autónoma. Aunque el término haya sido empleado en la actual Constitución, no debe perderse de vista que la consagración de un jurisdicción indígena condicionada a los dictados de la le-

gislación general, no constituye pluralismo jurídico; a lo máximo expresa una remota aproximación al mismo mediante el reconocimiento de la existencia de otros sistemas jurídicos que en todo caso no pueden contravenir las disposiciones del orden normativo mayoritario.

El pluralismo jurídico, como desarrollo del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, parte del supuesto de la coexistencia, en el territorio de un mismo Estado, de varios sistemas jurídicos. Son precisamente las diversas comunidades nacionales las que aparecen como escenario de esta multiplicidad de sistemas, de tal forma que aunque uno de éstos sea predominante o de mayor *cobertura* dentro del territorio de determinado Estado, no puede ser considerado como superior a los demás ni tiene por qué condicionar la autonomía de los otros.

Contrario a lo anteriormente anotado, la Constitución Política de 1991 desconoce este carácter de producciones culturales de los sistemas normativos, y pretende superar la diferencia entre unos y otros mediante la imposición de la adecuación o concordancia de las disposiciones emanadas de la jurisdicción especial indígena a las normas y leyes nacionales y a la Carta Constitucional, convirtiendo de esta forma el pluralismo jurídico inicialmente predicado, en etnocentrismo jurídico mediante la referencia obligada a la normatividad nacional.

DE LA AUTONOMÍA RELATIVA DE LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LAS AUTORIDADES INDÍGENAS HACIA EL RECONOCIMIENTO PLENO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA AUTÓNOMA

El reconocimiento del carácter multicultural de determinado Estado-nación, sólo es posible como lo anota Will Kymlicka,

Si las reivindicaciones de autogobierno impulsadas por miembros de minorías étnicas dejan de ser concesiones parciales para convertirse en plena expresión de autonomía de las autoridades tradicional en lo relativo a la administración de justicia, evitando que tales decisiones puedan ser recurridas ante las autoridades propias del sistema judicial nacional (Kymlicka, 1995: 47).

Contrastando con la anterior afirmación, en Colombia el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, siguiendo el paradigma liberal, ha sido condicionado y restringido constantemente al reconocimiento de dos derechos de carácter individual: el derecho a la no discriminación y el derecho a la igualdad. Con estos últimos se pretende anteponer los derechos –bajo una visión occidentalizada– del individuo sobre los derechos de la comunidad a la cual pertenece, desconociendo de plano otras concepciones no individualistas del derecho; es precisamente éste el argumento que ha

empleado la Corte Constitucional para señalar como criterio interpretativo, en las tutelas referidas a la situación de los indígenas frente al derecho penal nacional, que dentro del ordenamiento constitucional colombiano hay valores superiores a la diversidad étnica y cultural, añadiendo a esto la existencia de derechos fundamentales –individuales– que priman sobre otros derechos de carácter colectivo.

Así las cosas, el establecimiento de estas limitaciones rezaga constantemente el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas –principalmente el derecho a la autonomía de sus autoridades en lo relativo a la administración de justicia–, consagrado nominalmente en la Constitución, dejando en segundo plano el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural al advertir que este derecho de los pueblos indígenas está estrechamente relacionado con reivindicaciones de autogobierno (de conformidad con sus leyes y autoridades tradicionales), y considerando, de manera paradójica, que dichas pretensiones vulneran fuertemente la unidad nacional.

Frente al caso colombiano, y atendiendo a la consagración de la jurisdicción especial indígena, debe entenderse como una vulneración al principio de diversidad étnica y cultural la posibilidad de juzgamiento de los miembros de las comunidades indígenas por parte de la jurisdicción ordinaria bajo las instituciones de la inimputabilidad y la imputabilidad. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido que la calificación de inimputable referida a los indígenas es expresión de un *juicio de disvalor*¹⁴ hacia estos individuos:

Es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, sino que es incompatible con la filosofía de la Carta Política de 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, sino dentro del marco de una sociedad multiétnica y cultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías.¹⁵

Pese a la anterior exposición en defensa de la diversidad étnica y cultural, dicho Tribunal ha mantenido incólumne la exequibilidad del artículo 33 del CP (disposición que consagra la inimputabilidad), afirmando que un pronunciamiento en contrario podría “desmejorar la situación de los indígenas destinatarios de las leyes penales nacionales”.¹⁶

¹⁴ República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-496, septiembre 26 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en Relatoría Corte Constitucional, Tomo 42, Año 1996, sentencias 486- 496, p. 13.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 13.

¹⁶ República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-370, mayo 14 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, en Relatoría Corte Constitucional, Año 2002, p. 34.

Esta última consideración constituye el fundamento de la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2002, en virtud de la cual se declaró la exequibilidad del artículo 33 del CP de 2000, advirtiendo las siguientes salvedades: en primer lugar manifestó la Corte que la “inimputabilidad no derivaba de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, adicionalmente señaló que en casos de error invencible de prohibición, proveniente de esa diversidad cultural, la persona debería ser absuelta y no declarada inimputable”.¹⁷

Los argumentos expuestos por la Corte con conclusiones alejadas de estos a manera de decisión asumida en las sentencias citadas, son precisamente los mismos que podrían ser empleados para evidenciar la necesidad de excluir al indígena de la legislación penal colombiana, no sólo de su consideración como inimputable, sino también como imputable, en aquellos casos en que se indica que el individuo, pese a su pertenencia a un grupo indígena, es *aculturado* o tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su acción y determinarse de acuerdo con esta comprensión.

¿Por qué concluir algo distinto a la evidencia de los argumentos? La respuesta a este interrogante parece ser sugerida por la misma Constitución; el artículo 246 de la Carta –como se ha mencionado–, al reconocer la jurisdicción especial indígena condicionó la autonomía de las autoridades tradicionales a la Constitución y a las leyes, y anunció además la futura redacción de una norma para efectos de establecer la tan esperada coordinación entre la jurisdicción especial y el sistema judicial nacional. La Corte Constitucional acuciosamente, ante la demora incondicionada de esta ley, se ha dado a la tarea de emprender tal labor coordinadora; en ejercicio de ella, y en cumplimiento de su misión de guardiana de la norma fundamental (y a pesar de las frases tan bonitas dichas en defensa de la diversidad cultural), ha señalado como criterio de coordinación la concordancia de la jurisdicción especial con la Constitución Política.

El resultado: una jurisdicción especial con autonomía condicionada por la propia Constitución y confirmada, pese a los argumentos en contra, por el intérprete autorizado de ésta. Paradójicamente, la Constitución colombiana y la Corte Constitucional consagran y defienden respectivamente el respeto a la diversidad étnica y cultural, y reconocen la existencia de una jurisdicción especial indígena, defectuosa desde su formulación inicial por obedecer al contrasentido (afirmado también en sede constitucional) de una autonomía relativa, limitada en función de su concordancia con las disposiciones legales nacionales.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 40.

La consagración constitucional de la diversidad étnica y cultural admitida con reservas aparece en Colombia como fuente de una jurisdicción especial, condicionada y sujeta a la normatividad nacional, y como manifestación de un etnocentrismo que pese a actos de contricción pasados y presentes, reaparece y reaparecerá cada vez que un indígena sea juzgado por la jurisdicción ordinaria en el ámbito jurídico penal, desconociendo con ello la autonomía de las autoridades tradicionales y de sus formas de administrar justicia en el contexto de un Estado indiscutiblemente multicultural.

CONCLUSIONES

- El paralelismo jurídico que desde la legislación colonial y durante la época republicana determinó el juzgamiento de las conductas delictivas o transgresiones de los indígenas a lo dispuesto por la ley penal nacional, bajo el supuesto de encontrarse frente a un delito cometido por un indígena civilizado, y en caso contrario, es decir, frente a individuos bárbaros o salvajes, a lo establecido en la ley de sus respectivas comunidades, es un rasgo que persiste aún en las disposiciones penales nacionales que continúan señalando que la regla general frente a estos casos es el sometimiento de los indígenas *aculturados* a estas disposiciones; dejando abierta la posibilidad de juzgamiento de los indígenas *no aculturados* por parte de sus autoridades tradicionales de conformidad con la consagración constitucional de la jurisdicción especial indígena.

- La consagración constitucional de la jurisdicción especial indígena ha desempeñado dos labores contrarias a los principios de pluralismo jurídico y multiculturalismo que inspiraron dicho reconocimiento: ha subrayado en el ámbito jurídico colombiano el imperio de la incertidumbre como regla general frente al juzgamiento de un delito cometido por un indígena, y ha elevado a norma fundamental la ambigüedad normativa a la cual históricamente han sido sometidos los miembros de las comunidades indígenas, mediante la coexistencia anunciada en sede constitucional de dos jurisdicciones (la nacional y la indígena) con sendas disposiciones aplicables a tales sujetos.

- La coexistencia de jurisdicciones a la cual se encuentran actualmente sometidos, a manera de herencia colonial, los miembros de las comunidades indígenas en Colombia, ha posibilitado y permitido a estos sujetos de derecho la instrumentalización de las normas penales aplicables en una u otra jurisdicción. De acuerdo con lo anterior, el criterio para acudir a cualquiera de estas disposiciones ha dejado de obedecer al enrevesado asunto de la determinación del funcionario competente para atender principalmente a la práctica de

favorabilidad entre las sanciones consagradas por una u otra jurisdicción.

- Pese al vacío legal, que desatendiendo el mandato del artículo 246 de la Constitución de 1991, guarda silencio frente a la coordinación de jurisdicciones coexistentes –a las que se encuentran sujetos los miembros de las comunidades indígenas–, la Corte Constitucional ha asumido dicha labor anotando que de acuerdo con lo establecido por la norma de normas las decisiones de las autoridades tradicionales indígenas deben, en todo caso, estar en concordancia con lo establecido por la Constitución y la ley, recordando con esta vieja fórmula la principal pretensión del etnocentrismo jurídico frente a normas y prácticas jurídicas provenientes de otras culturas: la asimilación.

- El reconocimiento constitucional de una jurisdicción indígena relativa y condicionada es el resultado de la consagración constitucional de un multiculturalismo y un pluralismo jurídico asumidos con reservas, en virtud de los cuales, contradictoriamente, se condiciona la autonomía de dicha jurisdicción a la concordancia con la Constitución y las leyes, en vez de abordarse tales principios como presupuestos alternativos y necesarios para el reconocimiento de una jurisdicción indígena autónoma.

BIBLIOGRAFÍA

- BENÍTEZ Naranjo, Hernán Darío (1997), “Jurisdicción Especial Indígena: implicaciones de su consagración constitucional”, en Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena, *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena*, Popayán, Ministerio del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas, CRIC.
- KYMLICKA, Will (1995), *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós.
- MORALES Tunubalá, Álvaro (1997), “El pueblo guambiano y su justicia tradicional ante la Jurisdicción Especial Indígena”, en Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena, *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena*, Popayán, Ministerio del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas, CRIC.
- OTS Capdequí, José María (1969), *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Biblioteca Aguilar.
- SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA Villegas, Mauricio (2001), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo II, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.

Sentencias:

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de julio de 1948, M. P. Domingo Saraty M., en *Gaceta Judicial*, núm. 2064-2065, Tomo LXIV, Bogotá, junio-julio-agosto de 1948.

República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de septiembre de 1984, M. P. Luis Enrique Aldana Rozo, en *Gaceta Judicial*, núm. 155, Tomo XIII, Bogotá, septiembre-octubre-noviembre de 1984.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-254, mayo 30 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en Relatoría Corte Constitucional, Tomo 28, Año 1994, sentencias 251 a 261.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-496, septiembre 26 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en Relatoría Corte Constitucional, Tomo 42, Año 1996, sentencias 486- 496.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-370, mayo 14 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

La justicia no tiene rostro de mujer

Obstáculos para el acceso de las mujeres a la justicia*

PATRICIA BALBUENA**



Como en otros países de América Latina, en el Perú el sistema de justicia padece diversos y complejos problemas estructurales que impiden el cumplimiento del rol central que la sociedad le da en el marco de un Estado democrático. Algunos de estos problemas son: el sometimiento político a gobiernos y partidos políticos con el fin de mantener debilitado al sistema de justicia y poder controlar a jueces y fiscales; la anacrónica formación jurídica universitaria, apegada al estudio de códigos donde prima “la letra” de la ley en detrimento del “espíritu” de la misma. A esto hay que agregar un sistema diseñado sin tomar en cuenta el carácter multicultural de nuestro país, lo que lleva a que grandes sectores sociales, históricamente excluidos, sean discriminados por la justicia en razón de su idioma, raza y cultura; pero pocas veces se ha dicho que el sistema de justicia excluye también, en razón del sexo y el género, a las mujeres.



Justice does not has a women face. Obstacles for women's acces to justice

As in other Latin American countries, Peru's justice system is affected by different and complex structural problems that are an impediment for the fulfilment of its central role in a democratic society. Some of these problems are: the subordination of the justice system to governments and political parties which seek to maintain its weakness in order to control judges and

* Artículo publicado en la revista *Aportes andinos*, núm. 12, diciembre de 2004, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador

** Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Perú; magíster en políticas sociales con mención en género por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; consultora en género y derechos humanos

prosecutors; the out fashioned law academic program, focused on the formal interpretation of codes worried about the "word's" meaning instead of the "spirit" of law. Also, the juridical system has been designed without taking into account the national multicultural character, which results in the discrimination of larger social groups –also historically excluded- on the grounds of their language, race and culture; but few times is has been exposed the fact that the juridical system excludes women on the grounds of gender.

INTRODUCCIÓN

Como en otros países de América Latina, en el Perú el sistema de justicia padece diversos y complejos problemas estructurales que impiden el cumplimiento del rol central que la sociedad le da en el marco de un Estado democrático. Algunos de estos problemas son: el sometimiento político a gobiernos y partidos políticos con el fin de mantener debilitado al sistema de justicia y poder controlar a jueces y fiscales; la anacrónica formación jurídica universitaria, apegada al estudio de códigos donde prima "la letra" de la ley en detrimento del "espíritu" de la misma. A esto hay que agregar un sistema diseñado sin tomar en cuenta el carácter multicultural de nuestro país, lo que lleva a que grandes sectores sociales, históricamente excluidos, sean discriminados por la justicia en razón de su idioma, raza y cultura; pero pocas veces se ha dicho que el sistema de justicia excluye también, en razón del sexo y el género, a las mujeres.

En ninguno de los actuales debates sobre la reforma del poder judicial hemos encontrado que se diferencie entre hombres y mujeres,¹ y se hable de las particularidades en el tipo de demandas que llevan a unos y otros a presentarse en las instancias judiciales. Asumimos que todos somos litigantes que en iguales condiciones acudimos al sistema bajo la premisa de la neutralidad del mismo respecto del género, sexo, ubicación social y étnica de "los litigantes". Asumimos por tanto que la gente pueda hacer valer sus derechos o resolver sus disputas bajo los auspicios generales del Estado y que, por tanto, el sistema de administración judicial debe ser accesible para todos y todas, y debe dar resultados individual y socialmente justos.

Sin embargo, las organizaciones de mujeres señalan que en el ordenamiento jurídico peruano, junto a una legislación avanzada en el marco constitucional coexiste una legislación discriminatoria. A esto hay

¹ Cabe destacar los estudios de casos sobre la aplicación sexista y discriminatoria del derecho fundamentalmente en casos de violencia sexual y doméstica contra mujeres.

que agregar la aplicación sexista de la ley por parte de los operadores de justicia, y la falta de servicios adecuados para atender las demandas de justicia de las mujeres, situación que se agrava para las mujeres rurales. Este tratamiento discriminatorio constituye una violación de los instrumentos internacionales de derechos humanos de las mujeres, los mismos que al haber sido asumidos por el Estado peruano se constituyen en obligaciones. El no cumplimiento de estas obligaciones es lo que pone a la mujer en una situación de indefensión, la que podemos definir como la imposibilidad de lograr en el sistema formal y no formal de justicia la protección de los derechos y las libertades de los que se es titular. La falta de oportunidades de acceso a la justicia y el estado de indefensión en que se encuentran las mujeres en nuestro país son muestra de la violencia de género que viven.

Así mismo, es importante considerar que la vulneración del derecho de acceder a la justicia sucede también cuando no se reconocen las condiciones específicas que obstaculizan el ejercicio de este derecho a grupos particulares de mujeres como las campesinas. El estudio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos señala que en el Perú las principales dificultades para acceder a la justicia son:

- Dificultades o imposibilidad material de concurrir al aparato formal de justicia (dificultades geográficas, escasa presencia de órganos jurisdiccionales en zonas rurales, altos costos de la administración de justicia)
- Deserción voluntaria por la desconfianza en un servicio judicial que no garantiza eficiencia ni eficacia (percepción de injusticia y corrupción, percepción de complejidad del sistema y de sus procedimientos, divorcio cultural).

Pero, ¿cómo es que las mujeres viven estos obstáculos?, si identificamos que las principales demandas de la mujeres ante el sistema de administración de justicia formal o no, están vinculadas a su identidad de género: alimentos, violencia familiar, sexual, reconocimiento de la paternidad de sus hijos, y sabemos de la responsabilidad del Estado y la sociedad en general para enfrentar estas inequidades de género, entonces es prioritario incorporar en las políticas públicas las demandas de justicia específicas de las mujeres.

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

El Informe de la PNUD, “*De la exclusión a la confianza, mediante el acceso a la justicia*” de julio de 2001² estima que aproximadamente un tercio de la población peruana queda excluida del sistema

de justicia. Es así como a millones de peruanos, hombres y mujeres, que tienen como lengua materna el quechua, aymara o lenguas amazónicas, se les dificulta su acceso a la justicia, puesto que el sistema judicial no cuenta con un servicio oficial de intérpretes o de peritos culturales.

Pero la grave crisis política por la que ha atravesado el país en las últimas décadas se manifiesta en la desconfianza de la opinión pública respecto a los distintos poderes del Estado. Según la encuesta realizada por la Universidad Nacional de Ingeniería en septiembre de 2003, el 80,3% de la población desaprobaba la gestión que viene desempeñando el poder judicial, y el 18,2% respaldaba el que la reforma del sistema de justicia fuera la segunda prioridad de las reformas estatales. De igual forma, la Universidad de Lima, los días 13 y 14 de septiembre del mismo año,³ determinó que sólo un 10,5% de los peruanos confía en el poder judicial. Esta imagen negativa ante la opinión pública es consecuencia de los problemas que someramente repasamos líneas más arriba y que, conviene aclararlo, no son de ahora. Ya un informe del año 1978 del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la PUCP (Pasara, 1982) señalaba como problemas del sistema de justicia los mismos que se señalan hoy día.⁴

Pero, entonces, nos preguntamos ¿qué queremos decir cuando hablamos de acceso a la justicia? ¿Ante qué tipo de derecho estamos? ¿Qué mecanismos existen cuando se viola? ¿Cuál es la responsabilidad del Estado en su protección?⁵ En la búsqueda de la respuesta hemos encontrado dos acepciones del concepto de acceso a la justicia:

- El derecho de toda persona de acudir al sistema de justicia (formal y alternativo) y de obtener una respuesta adecuada.

² Disponible en: www.Justiciaviva/informes.htm

³ Publicado en el diario *El Comercio*, 24 de septiembre de 2003.

⁴ Los problemas que el informe de la PUCP mencionaba eran: la lentitud de los procesos, la onerosidad de los juicios, la injusticia de los fallos o las sentencias, la desatención presupuestal del poder judicial, la falta de marco procesal adecuado, la deficiente preparación de los jueces y auxiliares de justicia para el ejercicio del cargo, el razonamiento formalista de los jueces, la influencia de los grupos de poder.

⁵ Esta pregunta se enmarca en la importancia de afirmar que las políticas públicas deben contener un enfoque de derechos humanos, es el ser humano el fin de cualquier política o decisión estatal. Como señala la Comisión Andina de Juristas, en enfoque de derechos humanos implica un principio ético por el cual los Estados deben garantizar el respeto efectivo de los derechos humanos a través de las políticas públicas. Por políticas públicas entendemos el conjunto de decisiones a través de las cuales se determinan de manera ordenada y planificada los objetivos, las estrategias, las acciones y las responsabilidades para promover el bienestar de la población.

- El deber del Estado de brindar un servicio público que cumpla con los principios rectores de continuidad, adaptabilidad del servicio, igualdad, celeridad, gratuidad.

El artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana, y el artículo 14 inciso 1, según la interpretación que se ha hecho por los tribunales, reconoce el derecho al acceso a la justicia como implícito en el derecho a ser oído. “El derecho a un proceso judicial independiente e imparcial implica no sólo el derecho a tener ciertas garantías observadas en un procedimiento ya instituido; también incluye el derecho a tener acceso a los tribunales, que puede ser decisivo para determinar los derechos de un individuo”.⁶

Por tanto, el acceso a la justicia constituye un derecho fundamental que nace de una de las obligaciones del Estado que es la de atender al ciudadano o ciudadana que recurre a los órganos jurisdiccionales para que protejan sus derechos vulnerados o amenazados. El derecho al acceso a la justicia es un componente del debido proceso y es considerado un derecho fundamental.

Aníbal Quiroga, importante constitucionalista peruano, define el acceso a la justicia como la verificación del derecho a la tutela judicial efectiva a través de un debido proceso legal. Así, el proceso judicial en tanto debido proceso legal es el instrumento necesario para la obtención de la tutela judicial por parte del órgano jurisdiccional constitucionalmente señalado a partir del cumplimiento de sus principales finalidades: el acceso al ideal humano de la justicia, el otorgamiento de la necesaria paz social para el gobierno de los hombres, y la solución concreta de las controversias intersubjetivas de los particulares otorgándoles a cada uno lo que les corresponde. Así se le sustrae a los particulares la posibilidad de hacer justicia por sus propias manos y se asegura la tranquilidad pública.

Creemos que la definición del acceso a la justicia como derecho fundamental incluye la noción de servicio, y que estas dos concepciones se enriquecen con la noción de la equidad que determina que la justicia no puede reproducir o magnificar las desigualdades económicas y de oportunidad por razones de sexo, etnia, religión, etc.

A partir de estos acercamientos conceptuales compartimos la definición de acceso a la justicia del IIDH que lo define como: “la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe 10/95, caso 10.580, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1995.

conflictos de acuerdo al ordenamiento de cada país, y de obtener atención a sus necesidades jurídicas” (Thompson, 2000: 25).

LA CRÍTICA FEMINISTA AL DERECHO Y A SUS INSTITUCIONES

Una clasificación sencilla nos permite señalar dos niveles de críticas que provienen de los feminismos: las críticas que se hacen a los presupuestos del derecho y a sus nociones fundamentales, es decir, a la teoría general del derecho y a las instituciones actualmente existentes. El segundo nivel es a los usos del derecho, dependiendo de si algunos los consideran estratégicos y coherentes con los principios feministas o no.

Desde la crítica feminista a la disciplina del derecho se han hecho, según Isabel Jaramillo (2000), dos aportes importantes: primero se ha señalado que el derecho, al ser un fenómeno social producto de la sociedad en la que se desenvuelve, es el producto de relaciones patriarcales, siendo construido desde el punto de vista masculino; por ello refleja y protege los valores, las necesidades los intereses de los varones.⁷ Como señalan Alda Facio y Lorena Fries (1999), nuestras sociedades están sustentadas en una ideología sexual, entendiendo a éste como un sistema de creencias que no sólo explica las relaciones y diferencias entre hombres y mujeres, sino que toma a uno de los sexos como parámetro de lo humano.

Basándose en este parámetro, el sistema especifica derechos y responsabilidades, así como restricciones y recompensas, diferentes niveles –e inevitablemente desiguales– en perjuicio del sexo que es entendido como diferente al modelo. Una ideología patriarcal no sólo construye las diferencias entre hombres y mujeres, sino que las construye de manera que las inferioriza.

El segundo aporte ha mostrado que incluso cuando el derecho protege los intereses y las necesidades de las mujeres ha terminado desfavoreciéndolas debido a su aplicación por individuos e instituciones de ideología patriarcal. Rocío Villanueva (1999), por ejemplo, señala que analizando la teoría estándar de argumentación jurídica se puede identificar la relevancia de las ideas y creencias de los jueces sobre los roles de hombres y mujeres.

⁷ Robin West señala que la apreciación sobre los valores masculinos del derecho dependerá del tipo de feminismo. Señala que las feministas radicales consideran que el punto de vista masculino se reduce a la apropiación de la sexualidad femenina, y por esta vía a la modelación del ser y el deseo femenino. Mientras que las feministas de la diferencia consideran que el punto de vista masculino incluye la comprensión del sujeto como ser aislado que valora la autonomía y le teme a la intimidad.

En esta crítica al derecho, el llamado sexismo de los derechos humanos, concebido como la primacía de un sexo sobre otro, es una de las primeras corrientes que se levantan contra el derecho. Carol Smart considera que el rótulo “sexismo” se constituyó en un medio de desafiar el orden normativo del derecho y de dar una nueva interpretación a esas prácticas tildándolas de indeseables e inaceptables; la definición del derecho como sexista es más una estrategia de redefinición que una modalidad de análisis, concluye. Superada la visión del sexismo se señala que el derecho es masculino, donde los ideales de neutralidad y de objetividad son valores masculinos que han llegado a asumirse como universales, donde las subjetividades de las mujeres estaban fuera de los referentes del sujeto racional. La idea de que el “derecho tiene género” supera la visión dicotómica basada en la diferencia sexual –no hay un referente varón o mujer fijo–, y nos permite ver que una misma práctica jurídica adquiere significados distintos para varones y mujeres. Con esta corriente el derecho es visto como el instrumento que da vida a identidades y subjetividades de género; más que ver su aplicación a individuos que ya tenían un género, esta propuesta revisa cómo el derecho tiene y produce género en los sujetos; en conclusión, con la corriente del “derecho tiene género” se va más allá de la pregunta ¿cómo puede el derecho trascender el género?, por la pregunta ¿cómo opera el género dentro del derecho y cómo opera el derecho para producir género?

De otro lado, las críticas a las instituciones jurídicas cambian dependiendo del tipo de feminismo. Las feministas de la igualdad se dirigieron contra las normas jurídicas que excluían a las mujeres de ciertos derechos, así se dirigieron contra las reglas que sólo les otorgaban el voto a los varones, la potestad marital, los derechos laborales, etc. Ellas lograron normas que formalmente dieran iguales derechos a hombres y mujeres. Para las feministas liberales sociales y socialistas las normas jurídicas que debían ser cambiadas se ubican dentro del llamado derecho social, donde lo que debe cambiar es la distribución de recursos a las mujeres; para que éstas logren una autonomía plena reclaman así igualdad en el salario, no discriminación en el empleo, no discriminación por embarazo, licencias de maternidad, valoración del trabajo doméstico, sistemas de seguridad social que protejan a las mujeres de sus riesgos como productoras reproductoras, etc. Las feministas culturales o de la diferencia proponen que las instituciones jurídicas adopten un esquema a través del cual se reconozcan y valoren derechos especiales que recojan el punto de vista y las prácticas particulares de las mujeres.

ESTRATEGIAS DE LAS MUJERES PARA ACCEDER A LA JUSTICIA

Desde las estrategias para garantizar el acceso de las mujeres a la justicia, las organizaciones de mujeres han transitado por diferentes modelos. Se inició con la experiencia de servicios legales alternativos para usuarias sin recursos económicos que hoy se han visto reducidos, pese a la demanda, por problemas de sostenibilidad económica, y al considerarse que no se han logrado grandes transformaciones en el sistema.

Otra estrategia es la de los llamados casos paradigmáticos como intentos para poner a prueba el sistema de protección de los derechos humanos, un ejemplo son las llamadas acciones de interés público a través de las clínicas jurídicas. Hoy estas acciones se han restringido para dar paso a acciones de incidencia política y de negociación con el Estado para lograr una legislación y cambios a favor de las mujeres.

Entre los resultados de las luchas de las mujeres y del movimiento feminista se ha logrado erradicar en muchos casos la legislación discriminatoria, pero no se ha logrado transformar las condiciones que las tienen aún sometidas; la gran mayoría de mujeres no conoce sus derechos, ni los mecanismos por medio de los cuales funciona la administración de justicia, además de no poder cubrir los costos económicos y personales para acceder al sistema.

La lucha por la igualdad formal no ha solucionado del todo el problema de los derechos de las mujeres, ya que si bien éstos han sido incorporados a las legislaciones, nos encontramos frente a un sistema de administración de justicia no neutral al género. Estamos frente a una jurisprudencia sexista, pero además con obstáculos para acceder al sistema. Por ejemplo, las mujeres rurales presentan el mayor porcentaje de analfabetismo y falta de documentación, y una mujer sin documento nacional de identidad es una mujer con restricciones para presentar una denuncia de violencia doméstica en una comisaría, o está imposibilitada de presentar una demanda, entre otras situaciones.

Estas formas de discriminación continúan pese a los años de vigencia de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Según esta Convención existen dos supuestos de discriminación:

a) La discriminación directa es toda distinción, exclusión o restricción que se hace con la intención o finalidad de menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho por parte de la mujer.

b) La discriminación indirecta es aquella que no tiene la intención de discriminar, y en algunos casos busca proteger a la mujer, o ser neutra, pero por su resultado deviene en discriminatoria.

Consideramos que si bien los avances en el reconocimiento de la igualdad de las mujeres han sido considerables en nuestra legislación, no se han hecho cambios profundos en la forma como sigue funcionando el sistema de administración de justicia, los operadores del sistema, hombres o mujeres, siguen reproduciendo sus valores, actitudes, juicios y prejuicios cuando están frente a un conflicto que involucra derechos de las mujeres.

Por tanto, creemos que el acceso de las mujeres a la justicia en todos sus niveles sólo será posible con transformaciones de fondo que atraviesen todo el sistema en sus ámbitos legales, sociales, económicos, administrativos y culturales.

BIBLIOGRAFÍA

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1995), Informe 10/95, caso 10.580, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- FACIO, Alda, Lorena Fries (1999), "Feminismo, género y patriarcado", en *Género y derecho*, Santiago de Chile, CIMA, LOM ediciones/ La Moarada.
- JARAMILLO, Isabel (2000), *Género y teoría del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
- PASARA, Luis (1982), *Jueces, justicia y poder en el Perú*, Lima, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad.
- THOMPSON, Jhon (2000), *Acceso a la justicia y equidad*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- VILLANUEVA, Rocío (1999), "Análisis del derecho y perspectiva de género", en *Género, derecho y discriminación*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Defensoría del Pueblo.

El tribunal de los DESC de las mujeres en Colombia. Una experiencia de exigibilidad de nuestros derechos^{*}

MARÍA EUGENIA RAMÍREZ B.^{**}



Con el objetivo de impulsar procesos de exigibilidad política y jurídica desde las mujeres entorno a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), visibilizando situaciones de discriminación y sensibilización a la opinión pública, se realizó en Bogotá el Tribunal Mujeres y DESC (2005), en el marco de un proceso regional de reflexión y articulación en el que participaron activamente organizaciones feministas y de derechos humanos.

La Tribuna se estructuró con base en la presentación de casos emblemáticos o simbólicos que pusieron de manifiesto violaciones de los DESC de las mujeres, ilustrando un patrón sistemático de discriminación o desprotección de estos derechos.

El presente artículo relata el desarrollo de este proceso en Colombia, fruto de una iniciativa articulada al escenario regional, que ha logrado avanzar en acciones de formación para la exigibilidad de los DESC de las mujeres colombianas.



The tribune of women's economic, social and cultural rights in Colombia. An experience of our rights enforcement

In 2005 it was celebrated in Bogotá the Tribunal of Women's and ESCR With the aim of advancing processes of political and juridical enforcement, exposing to the society discriminatory situations as well as sensibilities

* Publicado en: Tribuna Nacional Mujeres y DESC. Bogotá, 29 y 30 de Junio de 2005. Asociación de Trabajo Interdisciplinario (ATI), Corporación Casa de la Mujer, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Mesas Locales de Cartagena, Barranquilla, Santa Marta, Medellín, Cali, Popayán, Bogotá y la Mesa de Mujeres Indígenas, *Memorias de la Tribuna Nacional de Mujeres y DESC*, Bogotá, 2005.

** Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Programa de Derechos Humanos y Derechos de las Mujeres, Coordinación Tribunal Nacional de Mujeres y DESC.

campaigns, within the frame of a regional process of articulation and thinking in which participated feminists organizations and human rights advocacies. The Tribune was structured around the presentation of symbolic and significant cases that reflected violations of women's ESCR, showing a discrimination and negation systematic pattern regarding these rights.

This article deals with the development of the above mentioned process in Colombia, which is linked with an initiative grounded at the regional level that has advanced actions towards women's ESCR rights in Colombia.

INTRODUCCIÓN

Las siguientes consideraciones se inscriben en un proceso regional y nacional de reflexión y de articulación de organizaciones feministas y de derechos humanos en torno a la exigibilidad jurídica y política de los derechos económicos sociales y culturales de las mujeres.

El proceso de articulación se inició en el año 2001 a partir del diagnóstico común en torno a la creciente desprotección de las mujeres frente a las políticas neoliberales y los ajustes que en materia de política social impusieron los Estados en la región, respecto a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Participaron en dicho proceso organizaciones no gubernamentales de mujeres o con programas de mujeres de cinco países: la Corporación Promoción de la Mujer de Ecuador, Coordinadora de la Mujer de Bolivia, el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), la Casa de la Mujer de Colombia, el Estudio para la Defensa y los Derechos de la Mujer (Demus) de Perú, Corporación La Morada y Corporación Humanas de Chile.

Como una forma de avanzar hacia la vigencia de los DESC de las mujeres, las organizaciones involucradas se propusieron impulsar procesos de exigibilidad política y jurídica a nivel nacional y regional que tuvieran por objeto difundir los DESC, denunciar su violación y diseñar estrategias de concreción de los mismos. Por ello, en una segunda etapa, las organizaciones asumieron el desafío de organizar tribunales ético-políticos en el ámbito nacional para denunciar discriminaciones que en materia de derechos económicos, sociales y culturales afectan a las mujeres.

Los tribunales nacionales se iniciaron en noviembre de 2004 en Bolivia, en enero de 2005 en Chile, en abril de 2005 en Ecuador, y en Perú y Colombia en junio de 2005.

A partir de los casos presentados en dichas tribunas, el día 15 de julio de 2005 se realizó el Tribunal Regional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres, en Lima, Perú.

EL TRIBUNAL EN COLOMBIA

El Tribunal de exigibilidad de los DESC en Colombia es una iniciativa que en cuatro años ha logrado avanzar en acciones de formación para la exigibilidad de los DESC de las mujeres colombianas. En su primera etapa logró consolidar cinco mesas regionales y locales en la costa Caribe (Cartagena, Santa Marta y Barranquilla), en Antioquia, en Bogotá y Cundinamarca, en el Valle del Cauca y Cauca, y una mesa indígena que incluye a seis pueblos, pijao, nasa, embera chami, embera katio, guambiano y yanacona. En total suman 110 organizaciones de mujeres o mixtas, que reflejan un alcance significativo en términos de participación y desarrollo del proceso.

La dinámica constituida por las mesas de trabajo, los debates y los análisis suscitados en las mismas, han permitido definir como componente esencial para la continuidad de este importante proceso de acceso a la justicia la construcción y documentación de casos emblemáticos de violación de derechos económicos, sociales y culturales como herramienta para la incidencia en el diseño de la política pública y el acceso a la justicia, la verdad y la reparación. El conocimiento de esta estructura operativa y jurídica puede traducirse en un instrumento a través del cual los hechos de un caso particular de presunta vulneración de derechos, pueden configurarse en argumentos ordenados y contundentes en el escenario del litigio de impacto local e internacional.

Concientes de que las acciones nacionales e internacionales de denuncia de violaciones de derechos humanos, así como la exigencia de rendición de cuentas de las autoridades, deben recrearse a través de espacios de expresión de las demandas ciudadanas, nos proponemos con esta segunda fase fortalecer este proceso de construcción que se inició con la iniciativa del Tribunal Regional y el Tribunal Nacional, alimentado de las experiencias múltiples de mujeres y organizaciones que asumieron la tarea de documentar casos emblemáticos de violación de los DESC, hacer de esta nueva etapa del proceso una oportunidad de reflexión y aprendizaje y enriquecimiento, que aporte en varias dimensiones:

1. Capacidad de implementar agendas de incidencia política en las Políticas Públicas, los Planes y Programas de Desarrollo locales con una perspectiva de DESC de las mujeres
2. Activación de mecanismos de seguimiento de los casos que fueron documentados en las Mesas Regionales y Locales
3. Presentación de demandas y acciones jurídicas y políticas a nivel nacional e internacional
4. Generación de opinión pública

5. Consolidación del proceso de las Mesas Regionales y la ampliación de convergencias con el movimiento de mujeres y otros sectores sociales
6. Empoderamiento de la diversidad de actoras que han participado del proceso.

LOS CASOS DOCUMENTADOS

- Un caso emblemático por el cual una mujer consagrada a su trabajo como enfermera durante varios años en un puesto de alta exposición a contraer enfermedades, ha sido privada de acceder al tratamiento de hepatitis C, evidencia no sólo la vulneración de un derecho que está manifiestamente vinculado al derecho a la vida, sino el desprecio exhibido hacia el sufrimiento de la trabajadora por parte de quienes tenían la obligación de responder y brindar la atención requerida en salud.

- Seis casos de maestras obligadas a desplazarse en diversos sitios del país (Bolívar, Arauca, Cesar, Norte de Santander, Magdalena, Meta, Bogotá). Estos desplazamientos han estado precedidos o acompañados de otras graves violaciones, tales como amenazas, homicidios, torturas, secuestros, desapariciones forzadas y otras vulneraciones de derechos cometidas en muchos casos por grupos paramilitares y agentes estatales, así como también por grupos guerrilleros. Un elemento común a estas violaciones es la asunción por parte de los perpetradores de que las víctimas realizan acciones de apoyo al enemigo. La actividad docente y el liderazgo o la influencia de las maestras en sus respectivas comunidades se miran con desconfianza por tales grupos.

Además, tratándose en estos casos de víctimas dedicadas a la actividad docente, también vulnera los derechos de las comunidades beneficiarias de los servicios de enseñanza suministrados por estas personas, especialmente a niñas, niños y jóvenes en edad escolar. Una constante en los casos analizados es la pérdida del empleo acompañada de la dificultad de recuperarlo y ejercerlo en otra zona debido a numerosas y constantes complicaciones de carácter burocrático, a formas precarias de la contratación laboral, y a la extensión del conflicto que persigue a sus víctimas incluso en los sitios receptores.

La situación de las víctimas se ve mucho más afectada con la deficiente y en ocasiones inexistente atención de las autoridades estatales responsables. Las experiencias negativas en esta materia generan en las víctimas temor a denunciar y una desconfianza creciente en las autoridades por la ocurrencia de repetidas situaciones en las cuales

perciben que las denuncias formuladas por ellas, e incluso la información de su paradero, son transmitidas a sus perpetradores.

- Una organización de mujeres constituida en torno a la restitución de los derechos vulnerados como resultado del desplazamiento forzado documentó las amenazas, los hostigamientos y las agresiones directas, tales como el homicidio del esposo de una de sus integrantes, penetraciones de agentes armados a sus sedes, y el hurto y daño de los elementos de trabajo, junto con agresiones sexuales a integrantes de la organización. Las denuncias con relación a estas violaciones no han merecido la atención adecuada de parte de las autoridades judiciales de manera persistente, lo cual constituye evidente denegación de justicia. Además, se han adelantado una serie de estrategias para lesionar la credibilidad de la organización, con lo cual se han afectado los objetivos del proyecto que busca el desarrollo de un programa de vivienda y otros procesos productivos.

Es evidente que los actos dirigidos en contra de esta organización de mujeres desplazadas conllevan la vulneración del derecho a la vivienda, interés central de proyecto, y del derecho a la libre asociación y a permanecer organizadas luchando pacíficamente por la restitución de sus derechos como mujeres en situación de desplazamiento forzado. La vulneración de tales derechos se añade a la victimización producida por el desplazamiento.

Esta organización, al igual que otras del mismo tipo, presenta un alto grado de vulnerabilidad a causa de hostigamientos constantes por parte de actores armados. Además, es importante destacar que en el marco de conflictos armados, las mujeres, las niñas y jóvenes se encuentran altamente expuestas a las más graves afectaciones de sus derechos sexuales y reproductivos

- La situación padecida por las mujeres indígenas desplazadas, y el incumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano con los pueblos indígenas. Los miembros de los pueblos indígenas, hombres y mujeres, son objeto de persistente hostigamiento; el desplazamiento forzado no sólo afecta sus derechos individuales, tales como al trabajo, a la seguridad, a la vivienda de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas, sino que además afecta directamente derechos fundamentales como el territorio y los recursos naturales, la integridad cultural, la autodeterminación como pueblo, conforme es protegido por el Convenio 169 de la OIT.

- Los casos de niñas y adolescentes sujetas a condiciones equivalentes a servidumbre y esclavitud, especialmente niñas y adolescentes indígenas en el ámbito doméstico urbano. La situación de niñas y jóvenes especialmente de origen indígena vinculadas al empleo domés-

tico constituye una sumatoria de violaciones de sus derechos que se inicia con el trabajo a temprana edad; la separación de sus familias; el exceso de responsabilidades; la carencia de remuneración o pagos injustos; la discriminación, el maltrato, el encierro y aislamiento; la exposición al abuso y violencia sexual, y la negación del derecho a la educación y la recreación. Dicha situación está ejemplarizada en el caso de Miriam Yaneth Tacan Taramue, niña indígena de 17 años, quien además de ser víctima de la totalidad de las anteriores vulneraciones, pierde la vida tratando de escapar de la situación de esclavitud a la cual fue sometida.

- Discriminación y violencia de género en el ámbito laboral. La desprotección de los derechos de las mujeres en el trabajo, y el desprecio por los derechos de asociación y libertad sindical, prácticas discriminatorias, tales como la exigencia que hacen los empleadores de pruebas de no gravidez o certificaciones de esterilización, hostigamiento y despidos en razón de embarazo, abusos de índole sexual, desconocimiento de prestaciones dispuestas en conexión con la maternidad son los casos de las mujeres trabajadoras de la industria agroexportadora de las flores y del banano.

- Otros casos que se documentaron fueron la situación de deslaboralización de las madres comunitarias, que afecta a más de 79.000 mujeres que desarrollan las políticas de atención a la niñez de 0 a 6 años del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; la afectación del derecho a acceder y disfrutar servicios públicos domiciliarios y su conexión con la feminización de la pobreza; los impactos en la salud de mujeres y niñas en la comunidad del relleno sanitario de Palangana en la ciudad de Santa Marta; la desprotección de un grupo de mujeres rurales y sus familias de Cantilleras y Altamira en el departamento del Atlántico sobre los derechos a la propiedad de la tierra; la seguridad alimentaria, el derecho a la tierra y a la autonomía de las mujeres en la comunidad de Chicumbé, Las Brisas, de mujeres indígenas Pijao, y la Ley de transferencias y participación de las mujeres indígenas del Cauca.

UNA MIRADA AL PANORAMA ACTUAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES EN COLOMBIA

El país vive una crisis que se agrava por la existencia del conflicto armado interno, que registra actos contra la población civil por parte de las guerrillas, los grupos paramilitares y agentes estatales cuya solución debe ser el resultado de una negociación política con participación autónoma de la sociedad civil, en la cual se incluyan soluciones a problemas políticos, sociales, culturales y económicos.

Los homicidios políticos, las desapariciones forzadas, los secuestros, los asesinatos de personas socialmente marginadas, las torturas, las violaciones sexuales contra mujeres, el uso de armas no convencionales, el ataque a la población civil y al personal protegido como las misiones médicas, los desplazamientos forzados y otras múltiples formas de violencia sociopolítica son parte de la realidad colombiana desde hace años, que se han agudizado en forma alarmante en la última década.

Esta crisis, en la que las violaciones de los derechos humanos siguen siendo masivas y generalizadas, tiene como una de sus causas el deterioro de la situación social y económica de la mayoría de la población. En efecto, las condiciones de inequidad, exclusión y pobreza en las que viven la gran mayoría de los habitantes del país, y que enfrentan con mayor rigor las mujeres, las niñas y los niños, la población campesina, los afrodescendientes y los pueblos indígenas, se convierten en un obstáculo para el pleno ejercicio de los derechos humanos. Dicha inequidad es producto de la aplicación de un modelo económico excluyente. La última década representó un retroceso en lo social. La concentración de riqueza y el ingreso se refleja en la cifra según la cual, el 20% de los hogares más ricos concentran el 52% de los ingresos, mientras que el 60% de la población se encuentra por debajo de la línea de pobreza.

La población que se encuentra por debajo de la línea de indigencia ha aumentado en los últimos diez años del 20 al 23%.¹ Aproximadamente ocho millones de habitantes rurales (el 69% de dicha población) están por debajo de la línea de pobreza, de los cuales más de cuatro millones están en condiciones de indigencia.² El 57,3% de los propietarios, cuyas parcelas tienen menos de tres hectáreas, posee el 1,7% del área predial rural a la vez que el 0,4% de los propietarios, que son dueños de predios mayores de 500 hectáreas, posee el 61,2% del área predial rural.³ Las organizaciones campesinas señalan que de 120.000 familias campesinas beneficiadas con la reforma agraria, 70.000 se encuentran hoy desplazadas y despojadas de sus tierras. El 60% de la población desplazada son familias campesinas.

La iniquidad e injusticia afectan particularmente a aquellos sectores de la población históricamente discriminados. Las mujeres, por ejemplo, constituyen cerca del 52% de la población total del país y re-

¹ Contraloría General de la República, www.contraloriagen.gov.co

² Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. (Incora), www.incora.gov.co

³ Instituto Geográfico Agustín Codazzi y Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria (Corpoica), *Zonificación de los conflictos de uso de las tierras en Colombia. Bogotá, 2002*

presentan el 54% de la población pobre.⁴ El hecho de que el 80% de la población afrodescendiente en Colombia viva en extrema pobreza⁵ es una grave muestra de la segregación racial y la marginalización en la que se encuentran las minorías étnicas. La Defensoría del Pueblo ha señalado que cerca de tres millones de menores en edad escolar están fuera del sistema educativo, lo que significa un 21,5% del total de la población infantil.⁶ Esta situación fue corroborada por las Naciones Unidas, al reportar que Colombia bajó nueve puestos en el Índice de Desarrollo Humano Mundial, es decir, pasó del puesto 64 al 73.

Tal como lo afirmara la entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, para enfrentar el terrorismo y, en general, las situaciones de conflicto armado y violencia es necesario tomar medidas, no sólo coyunturales, sino también estructurales, enfrentando las causas de la inseguridad, entre ellas la dominación y la discriminación. La Alta Comisionada recordó los compromisos asumidos por los Estados en la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993, que se fundamentó en un enfoque amplio y universal de los derechos humanos que exige que los Estados concedan igual importancia a todos los derechos, ya sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. En ese marco, recordó que la extrema pobreza y la discriminación siguen siendo unas de las más graves causas de la inseguridad humana.⁷

CÓMO ESTAMOS LAS MUJERES. BREVE ANÁLISIS

Al realizar una mirada acerca del estado de los derechos humanos de las mujeres en Colombia, es importante recordar que sus avances han tenido que ver con la lucha del movimiento de mujeres, en el cual el feminismo ha jugado un papel importante.

Este debate por el reconocimiento, la ampliación y protección de los derechos humanos de las mujeres se ha dado principalmente en el espacio público, en el cual las ciudadanas y los ciudadanos deliberan sobre sus problemas comunes; es el lugar para la producción y circulación de discursos, es un espacio para las relaciones discursivas,

⁴ Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2002.

⁵ Vicepresidencia de la República de Colombia, Programa Presidencial de los Derechos Humanos, Observatorio de los Derechos Humanos en Colombia, Boletín N° 22, Bogotá, mayo de 2002. p. 7.

⁶ Defensoría del Pueblo, Bitácora informativa 1999 – 2000, Bogotá, mayo de 2000. p. 187.

⁷ Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos humanos como marco de unión*, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y seguimiento de la Conferencia Mundial sobre derechos humanos, presentado a la Comisión de Derechos Humanos, documento E/CN.4/2002/18, 27 de febrero de 2002.

un foro para debatir y deliberar. Desde esta perspectiva es importante tener en cuenta que en la esfera pública se expresan diversas exclusiones, más aún, ésta se encuentra constituida principalmente por ellas.

Lo privado y lo público

La situación de los derechos humanos de las mujeres debe verse a la luz de lo “privado” y lo “público”. Si bien es cierto que su reconocimiento y ampliación se han dado fundamentalmente en la esfera de lo público, también es cierto que se han extendido a la esfera de lo privado. Pero en ambas esferas existen límites políticos, sociales, económicos y culturales que impiden el disfrute pleno de dichos derechos.

Ahora bien, en el discurso político moderno lo privado y lo público son términos que se utilizan con frecuencia para deslegitimar ciertos intereses e ideas, y para valorizar otros. En este sentido, lo planteado por Nancy Fraser es de utilidad para la comprensión del reconocimiento y la vigencia de los derechos humanos de las mujeres. La autora plantea dos significados de lo “privado”, que se utilizan a menudo para delimitar las fronteras de la esfera pública, de forma que ponen en desventaja a grupos sociales subordinados. Se trata del significado relativo a la vida doméstica o personal, incluyendo la vida sexual, y el significado relativo a la propiedad privada en la economía de mercado. Cada uno de ellos se encuentra en el centro de una retórica de la privacidad que ha sido usada históricamente para restringir el universo de la confrontación pública legítima, y para legitimar el abuso y la violación de los derechos de las mujeres.

Para Fraser, las categorías de lo público y lo privado son multivalentes y controvertidas, puesto que ellas se han codificado de acuerdo con las relaciones socioafectivas entre varones y mujeres, y la etnia. Es preciso entender cómo la privatización discursiva apoya el poder “privado” de quienes ostentan el género y la cultura dominantes. Lo público no es únicamente un arma contra la tiranía estatal, es también un arma potencial en contra del poder extraestatal. Lo público entonces incluye un aspecto emancipatorio, pero no siempre confiere poder y emancipa (Fraser, 1997: 182- 185).

El reconocimiento, la ampliación y protección de los derechos humanos de las mujeres en lo público ha contribuido a procesos emancipatorios en lo individual y lo colectivo, que han incidido de diversas formas en lo privado y han avanzado en el reconocimiento de que en este espacio se violan derechos humanos fundamentales de las mujeres y de que se hace necesario tomar medidas para intervenir en esta situación, como un asunto de interés político.

La justicia y la inclusión

Para que los derechos humanos de las mujeres sean una realidad cotidiana en sus vidas, es necesario que las sociedades se den a la tarea de superar las injusticias y las exclusiones. Nuevamente, retomando los aportes de Nancy Fraser, existen dos concepciones amplias de la injusticia analíticamente diferentes: injusticia económica e injusticia cultural. En la práctica las dos se entrecruzan, de modo que se refuerzan mutuamente de manera dialéctica, resultando a menudo en un círculo vicioso de subordinación cultural y económica. La solución para la injusticia económica es algún tipo de reestructuración político-social: redistribución del ingreso, reorganización de la división social y sexual del trabajo, transformación de otras estructuras económicas básicas; es decir, redistribución.

El problema de la injusticia que atraviesa la división entre redistribución y reconocimiento puede ser abordado desde acciones de afirmación y transformación. Las soluciones afirmativas a la injusticia hacen referencia a aquellas acciones dirigidas a corregir los resultados inequitativos de los acuerdos sociales sin afectar el marco general que los origina. Por soluciones transformadoras se entienden aquellas dirigidas a corregir los resultados inequitativos, precisamente mediante la reestructuración del marco general implícito que los origina (Fraser, 1997: 38).

Una aproximación orientada a la reparación de injusticias distributivas puede contribuir a reparar algunas injusticias de reconocimiento. Al igual que la redistribución afirmativa, la transformativa presupone generalmente una concepción universalista del reconocimiento: la del igual valor de las personas. En tanto que las soluciones afirmativas pueden tener el efecto perverso de promover la diferenciación de clases, las soluciones transformativas tienden a borrarla. La redistribución afirmativa puede estigmatizar a los menos favorecidos de modo que al perjuicio de la pobreza se añade el insulto de la falta de reconocimiento. La redistribución transformativa, por el contrario, puede promover la solidaridad, ayudando a reparar algunas formas de irrespeto.

La inclusión de las mujeres es posible si existe una fuerte voluntad política que se comprometa decididamente con políticas de redistribución y reconocimiento, las cuales deben tener como propósito otorgar presencia en el imaginario cultural y en las prácticas sociales a las diferencias en la perspectiva de iguales condiciones. Este reconocimiento no debe diluir la responsabilidad de distribuir bienes, servicios y derechos.

Ahora bien, desde una postura acorde con un Estado social democrático de derecho –planteado en la Constitución de 1991, que tiene como propósito político la consecución de la justicia y la inclusión–, es deber del Estado colombiano el logro de la justicia para las mujeres y para los grupos y colectivos poblacionales que tradicionalmente han sido excluidos, en su doble dimensión: distribución y reconocimiento. Es decir, el Estado debe garantizar la universalidad de los derechos fundamentales y la justicia, posibilitando y creando condiciones de igualdad para todos los sectores de población que por su condición de sexo/género, étnica o regional han sido excluidos del ejercicio pleno de la ciudadanía y del disfrute de los derechos fundamentales.

Procesos de desmonte del Estado social democrático de derecho

Los procesos de reforma estatal que se gestan a partir de los años noventa, y que han contribuido paulatinamente al desmonte del Estado social democrático de derecho, y a la privatización de sectores como la salud y la educación, influyen en forma decidida en las condiciones para la vigencia, el disfrute, la protección y ampliación de los derechos humanos y, de manera significativa, en los derechos de las mujeres.

A continuación se esbozan las reformas más importantes.

Reformas en salud y seguridad social

El desarrollo de la Ley 100 de 1993, de privatización de la salud, ha producido una serie de transformaciones en el modelo de organización pues se pasó de la hegemonía hospitalaria a la diversificación de sitios de atención, de la especialización fragmentada a la diversificación coordinada, de la nivelación salarial a la remuneración del prestador proporcional al desempeño, de la restricción burocrática a la libertad de elección. En relación con los grupos étnicos y la diferenciación por sexo, hace una apropiación de la unidad de pago por capitación (UPC), indicando que existen unos estimativos calculados de cuánto vale la protección de la seguridad social de una persona en promedio, y tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado se asigna un monto diferencial para las mujeres y los varones entre los 18 y 45 años.

Pese a que el Estado es el garante de la equidad, de la oportunidad y de la calidad en el acceso y la provisión de salud, principios y objetivos de la reforma, esta responsabilidad se ha cumplido sólo parcialmente, y no se han tenido en cuenta realidades como el peso mayoritario de las mujeres en los sectores más pobres y desprotegidos por el menor acceso a trabajos remunerados, la delegación cultural del traba-

jo doméstico que se transforma en una doble carga laboral, los menores salarios por igual trabajo, el mayor acceso a trabajos ocasionales, informales, expuestos a tóxicos, sin previsión social, y la vida laboral interrumpida por embarazos y partos, que redundan en la dificultad de acceder a jubilaciones dignas.

Así mismo, no se tienen mecanismos de control adecuados para que, por ejemplo, las mujeres en edad reproductiva no deban cancelar primas dos o más veces mayores que los varones de este mismo grupo de edad. Además, las personas en general, y las mujeres en particular, encuentran dificultades para ejercer el derecho ciudadano a la salud, enfrentadas a las restricciones impuestas por la pobreza e inequidad social, el desempleo, el abandono del rol social del Estado y la proliferación de empresas de salud privatizadas, que discriminan por sexo y edad.

Aunque la coordinación y dirección del sistema deben estar en cabeza del Estado,

La administración de este servicio se ha entregado al sector privado para que lo explote para su propio beneficio. De acuerdo con la Academia de Ciencias Médicas, los intermediarios (empresas prestadoras de servicios, EPS) se quedan con la tercera parte del negocio de la salud, estimado en \$5 billones en lo que corresponde al Presupuesto Nacional, departamentos y municipios (Sarmiento y Vargas, 2002).

Reforma laboral

Ley 789 de 2002, por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social, y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo. Entre las principales modificaciones merece mencionarse la actualización de la relación laboral, artículos 25 y siguientes. La reforma considera que el sistema de protección social debe:

crear las condiciones para que los trabajadores puedan asumir las nuevas formas de trabajo, organización y jornada laboral y simultáneamente se socialicen los riesgos que implican los cambios económicos y sociales. Para esto, el sistema debe asegurar nuevas destrezas a sus ciudadanos para que puedan afrontar una economía dinámica según la demanda del nuevo mercado de trabajo bajo un panorama razonable de crecimiento económico (art. 1, Ley 789 de 2002).

Se amplió el trabajo ordinario de las seis de la mañana hasta las diez de la noche, lo cual implica que se pierde la ganancia de ocho horas de trabajo y el pago de horas extras, cuando la jornada de trabajo se excedía a más de ocho horas. Así mismo, se recorta el pago de horas nocturnas, dominicales y de días festivos, la indemnización por despido sin causa justa, y la compensación en dinero de vacaciones.

La reforma laboral implica pérdida de derechos con el pretexto de que es un estímulo para la generación de nuevos empleos. Los cambios normativos en materia laboral han generado que el buen empleo sea sustituido por empleo precario, fortaleciendo los procesos de empleos cortos, facilidad de incorporación y salida, interinidad permanente, alta rotación, incertidumbre laboral, pérdida de garantías para la protección social, entre otras. En este panorama las mujeres se llevan la peor parte, dado que ellas se encuentran básicamente vinculadas a trabajos de menor cualificación, presentan una mayor inserción al sector informal y son objeto de discriminación por el hecho de ser mujeres.

Reformas en la justicia

La Constitución de 1991 introdujo sustanciales cambios en la justicia colombiana. Se buscó dar mayor autonomía e independencia presupuestal y funcional a la rama judicial, lo cual se evidenció con la creación del Consejo Superior de la Judicatura, órgano encargado de administrar y dirigir el gasto del sector; se crearon instituciones como la Fiscalía y la Corte Constitucional; se establecieron mecanismos alternativos de tramitación de conflictos como los jueces de paz y los mecanismos de conciliación. No obstante, la justicia colombiana sigue atravesando dificultades: sigue siendo de difícil y costoso acceso para la mayoría de la población, y presenta altos índices de morosidad, congestión e impunidad (en más del 90% de los casos).

En los últimos años se ha pensado que la forma de tramitar los conflictos de las colombianas y los colombianos es mejorar la justicia del país, pero se ha descuidado la raíz del problema, esto es, la injusticia, la desigualdad social y la exclusión, las cuales deben ser enfrentadas principalmente por medio de políticas sociales y económicas. Bajo esta tendencia, la justicia penal ha jugado un papel determinante en el manejo del orden público.

El Acto Legislativo 03 de 2002 reforma los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución. Con la reforma, la Fiscalía General de la Nación pierde las facultades de juez de instrucción, centrándose en la acusación. Sin embargo, se le dejó por la vía de la excepción la posibilidad de ordenar y realizar capturas, allanamientos o registros domiciliarios, e interceptar comunicaciones.

Reforma en el sector educativo

Las reformas educativas en el país se han dirigido principalmente sólo a tocar algunas variables del marco de la política. Es un hecho que a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 se inauguró una nueva etapa para nuestro país, y la educación en Colombia reafirmó el proceso de descentralización iniciado en 1986 que se

ha desarrollado de forma progresiva; posteriormente se dio el desarrollo legal de la Ley 115 de 1994 o Ley General de Educación, la cual tiene como objeto contrarrestar el bajo nivel de educación que tiene el país, y así poner la educación como eje del desarrollo, mediante el fortalecimiento de un desenvolvimiento integral y autónomo de los establecimientos educativos.

La diversidad de leyes aprobadas y en trámite en materia educativa ha promovido una verdadera cultura de la “colcha de retazos”. Esta situación se analiza siguiendo el orden cronológico de aprobación de las leyes, que ha sido diferente al orden que sugiere la sana lógica.

Si la expedición de las normas que desarrollan la Constitución hubiera sido ordenada en forma lógica, la primera ley debiera haber sido la estatutaria: aquella que regula el derecho y que señala las orientaciones globales para toda la educación colombiana. Acto seguido debiera haberse promulgado la Ley General, como un desarrollo específico de la estatutaria, y luego la Ley de Educación Superior, también en congruencia y coordinación con las anteriores. Adicionalmente, la Ley de competencias y recursos debiera responder a las leyes anteriores y orientar también la ley de reestructuración del Ministerio de Educación, encargada de llevar a cabo todo lo anterior; sin embargo, la realidad fue exactamente la inversa (Téllez, 1994).

El conflicto armado y los derechos humanos de las mujeres

La sanción, protección, promoción y restitución de los derechos de las mujeres colombianas se da en el contexto de la cultura patriarcal y de agudización del conflicto armado interno. En este contexto, las mujeres y las niñas sufren los efectos directos e indirectos, ellas han sido víctimas de la violación de sus derechos humanos por motivos diferentes: por residir en las zonas de conflicto armado, por tener relaciones afectivas o familiares con algún actor armado, por ser líderes comunitarias, por trabajar a favor de las víctimas, porque son obligadas a albergar o a alimentar a los actores armados, o por otras razones relacionadas con su condición de mujeres.

En la guerra los valores femeninos están heridos de muerte, los valores relacionales construidos por las comunidades afectadas por el conflicto armado son destrozados por la lógica de la lucha armada, se siembra la desconfianza y el temor, con el fin de borrar todo lo que pueda ser interpretado como apoyo a uno u otro bando. La solidaridad y el cuidado por los otros valores ligados a lo femenino son condenados por los actores armados, porque todo ejercicio de solidaridad es interpretado como una amenaza para el afianzamiento del poder de uno u otro actor armado en las regiones en disputa (Mendoza, 2002: 73).

REFLEXIONES FINALES

El sistema de justicia ocasiona un impacto diferenciado en hombres y mujeres, y reproduce la discriminación que las afecta obstaculizando –por acción u omisión– las posibilidades de hacer real, en la práctica, el principio de igualdad.

El poder simbólico de la Constitución de 1991, y de la tutela en el tema de los derechos humanos, ha logrado un salto cualitativo y cuantitativo al poner en manos de muchas más personas la posibilidad de acudir a la justicia y obtener alguna respuesta. Para las mujeres, la tutela ha significado la posibilidad de exigir derechos históricamente vulnerados; así, la restricción que se está promoviendo en el seno del actual gobierno las dejaría nuevamente sin instrumentos de exigibilidad. Los avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional –excepto en el tema de la despenalización del aborto– han tenido una importancia fundamental, por esta razón, los retrocesos que se prevén serán graves. Por otra parte, para que esta jurisprudencia pueda arraigarse en la vida real, es necesario que encuentre asidero en jueces y juezas sensibles frente a las condiciones de desigualdad y discriminación que enfrentan las mujeres. La satisfacción de la justicia de género pasa por eliminar las dificultades de todo tipo que encuentran las mujeres al momento de demandar justicia, pasa porque tanto legisladores/as como operadores/as de justicia asuman que sobre los cuerpos de las mujeres somos nosotras quienes decidimos.

La complejidad del sistema de justicia en Colombia, a la que se enfrentan particularmente las mujeres que por alguna razón acuden a ella en las grandes ciudades, fue evidente durante la realización del presente trabajo, cuando después de adentrarse en el tema, casi al final, todavía había lugar a la pregunta: si yo fuera víctima de violencia intrafamiliar, o de actos sexuales abusivos, dónde debería acudir primero, ¿a la policía, a la Fiscalía, a medicina legal, a un centro de atención, a una casa de la justicia o a una comisaría de familia?

La información que brindan las entidades oficiales para el conocimiento público es muy deficiente y, lo que es más grave aún, la desagregación por sexo es prácticamente inexistente. Ésta no es sólo una dificultad en términos de acceso a información precisa sino que, además, imposibilita develar los sesgos de género en la administración de justicia y esclarecer la impunidad de los delitos cometidos contra las mujeres.

Por otra parte, la concepción de justicia plasmada en las reformas que se adelantan es preocupante para las mujeres. La noción eficientista expresada en las limitaciones a la Corte Constitucional, los recortes a la tutela, el principio de oportunidad, los preacuerdos y ne-

gociaciones, y la prevalencia de la prueba física, se constituyen en filtros cada vez más difíciles de pasar en aras de que los juicios sean pocos y más rápidos. El criterio empleado al considerar como delitos de alto impacto los económicos y de bajo impacto los que vulneran la dignidad de las personas, muestra una administración de justicia alejada de una concepción humanista en la que el bien protegido por excelencia es el patrimonio y no la persona. Las posibilidades de que a partir de las reformas un asunto de violencia intrafamiliar o inasistencia alimentaria llegue a ser judicializado son menores que antes. Será necesario evaluar si la eficiencia, desde el punto de vista de tiempo, en casos de sentencias ejemplarizantes, logrará un efecto disuasivo.

En materia de justicia de género, la administración de justicia en Colombia será, en muchos aspectos, similar a la de otros países de la región. Sin embargo, en Colombia ésta se encuentra atravesada fundamentalmente por la incapacidad del Estado de garantizar los derechos humanos de la población en medio del conflicto armado.

Históricamente, las dificultades de las mujeres para acceder a la justicia en caso de delitos cometidos en los conflictos armados han sido enormes. En Colombia, si bien la legislación prevista se ha ido ajustando a los estándares internacionales, los obstáculos se encuentran fundamentalmente en la debilidad o falta de voluntad política del Estado para aplicarla. El registro oficial de las violencias contra las mujeres en el conflicto colombiano es inexistente, han sido las organizaciones de mujeres quienes se han preocupado por denunciarlas; al respecto se destaca el esfuerzo de la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, del Observatorio de Derechos Humanos de las Mujeres en Colombia: “En situaciones de conflicto armado, las mujeres también tienen derechos”, y los de diversas organizaciones regionales. La reciente publicación del Informe de Amnistía Internacional visibiliza nacional e internacionalmente lo que les está ocurriendo a las mujeres en el conflicto colombiano, y pone al descubierto una realidad de total impunidad.

En Colombia, la justicia de género es aún una construcción pendiente, que se hace más compleja por el conflicto armado, por lo que se debe avanzar en el reconocimiento de los derechos de las mujeres en el marco de una justicia transicional, introduciendo los importantes avances dados por el Estatuto de Roma. El desafío será aprobar una normativa para los procesos de negociación que, más allá de la discusión sobre la legitimidad del actual proceso, garantice verdad, justicia y reparación para las víctimas tomando en cuenta la especificidad de las mujeres.

Como se ha podido observar en este recorrido por la realidad nacional en materia de justicia de género, en muchos aspectos existen

normativas para modificar dicha realidad y pasar de lo formal al ejercicio real. Las herramientas existen, la duda es si los tomadores/as de decisión en nuestro país, y la sociedad colombiana, están preparados/as para reconocer, asumir el reto y avanzar en garantías efectivas para la materialización de la justicia de género tanto en tiempos de guerra como de “paz”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2002), *Los derechos humanos como marco de unión*, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y seguimiento de la Conferencia Mundial sobre derechos humanos, presentado a la Comisión de Derechos Humanos, documento E/CN.4/2002/18, 27 de febrero de 2002.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2000), *Bitácora informativa 1999-2000*, Bogotá, mayo de 2000.
- FRASER Nancy (1997), *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición postsocialista*. Universidad de los Andes. Siglo Hombre Editores. Bogotá, Colombia.
- INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI y Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria (Corpoica) (2002), *Zonificación de los conflictos de uso de las tierras en Colombia*, Bogotá.
- MENDOZA Balcázar, Úrsula (2002), *Tras el velo de las violencias contra las mujeres en el conflicto armado colombiano: una reflexión sobre sus posibles causas*. Trabajo final de grado. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- SARMIENTO, Libardo y Hernán Vargas (2002), *El trabajo de las mujeres en Colombia*, Bogotá, Casa de la Mujer, Corporación Región, Escuela Nacional Sindical, Corporación Viva la Ciudadanía, Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas.
- TÉLLEZ Fuentes, Jorge (1994), “Claves de lectura y proyección de la Nueva Ley General de Educación”, revista *Consigna*, núm. 544, Bogotá, Fundación Universitaria del Área Andina, Editorial Gente Nueva.
- VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA de Colombia (2002), Programa Presidencial de los Derechos Humanos, *Observatorio de los Derechos Humanos en Colombia*, Boletín núm. 22, Bogotá.

Panorama de las organizaciones de servicios legales en Colombia

LUISA FERNANDA GARCÍA*

JORGE ENRIQUE CARVAJAL**



El presente artículo tiene como objetivo presentar un panorama de las organizaciones de servicios legales en Colombia. Para ello hemos dividido el texto en tres partes: en primer lugar, se presenta un contexto regional y colombiano que busca señalar las dinámicas de los servicios legales en el marco de la democratización que se presentó a lo largo de la última década del siglo XX y que generaron nuevos mecanismos y agendas en las organizaciones que prestan servicios legales; en segundo lugar, se establece una tipología de las actuales organizaciones que en Colombia están dedicadas al apoyo jurídico y se presentan algunas formas de articulación constituidas con el propósito de intercambiar experiencias y desarrollar acciones conjuntas; por último, se aborda el papel de los consultorios jurídicos en el país y sus dinámicas en la prestación de la asesoría legal. Para el desarrollo del presente texto se elaboró una entrevista implementada con algunas de las organizaciones más representativas que prestan sus servicios legales en el país y, adicionalmente, se utilizó información de las páginas Web de algunas instituciones y se revisó la documentación bibliográfica en este campo.



A landscape of legal services organizations in Colombia

The paper has the aim of provide a landscape of Legal Services Organizations in Colombia. This article has three sections. In the first one, we present the Colombian and regional context in order to show the dynamics of the legal services in the frame of the democratisation process that took place in the last decade of the twentieth century, which created new mechanisms and agendas in the organizations that provide legal services. In the second one, we present an ideal typology of the current Colombian organizations working on legal support, as well as we propose some forms of articulation between

* Abogada Universidad Santo Tomás.

** Abogado Universidad Nacional de Colombia, Licenciado en Ciencias Sociales.

those, aiming to build common actions and seeking the sharing of common experiences. Finally, we analyse the role of legal clinics in the country and their engagement in the provision of legal services. We developed structured interviews with some of the leading legal services organizations of the country; also, we used the information and data provided by the web pages of those institutions and reviewed the literature in this field.

PRESENTACIÓN

En América Latina las organizaciones de la sociedad civil que prestan servicios legales se han renovado, ampliando su marco de acción, lo anterior como efecto de las reformas políticas, económicas y jurídicas que fortalecieron los marcos democráticos y que se generaron en la última década del siglo XX. Uno de los aspectos más relevantes de estos cambios fue la creación de un nuevo sentido en el uso y entendimiento del derecho por parte de los servicios legales. Hoy las áreas de trabajo jurídico se han ampliado considerablemente y cubren temas de género, étnicos, generacionales, ambientales y de derecho público. De igual manera, la forma de trabajo ha cambiado: de la asesoría legal tradicional se pasó a un mayor acompañamiento por parte de los servicios legales a los actores sociales, hecho que se ve reflejado en los procesos de formación en derechos y de fortalecimiento jurídico de las plataformas de las organizaciones sociales.

En Latinoamérica se han constituido nuevas redes que tiene como finalidad articular los procesos y generar un mayor intercambio de experiencias en la manera como prestan los servicios legales. Algunos de estos procesos han dado una fuerza importante a los centros educativos que han implementado las llamadas Clínicas Legales, espacios de trabajo jurídico que privilegian las acciones de tipo colectivo o de grupo y que al mismo tiempo buscan renovar las viejas prácticas del derecho presentes en las universidades del Cono Sur (Abramovich, 1999: 61). Otras redes hacen énfasis en los trabajos de las organizaciones no gubernamentales que apoyan y acompañan el trabajo de los movimientos de base, al tiempo que superan las dinámicas tradicionales de los servicios legales, de modo que al acompañamiento legal se le ha sumado la construcción de agendas desde las cuales los derechos se convierten en reivindicaciones sociales y políticas.

LAS DINÁMICAS DE LOS SERVICIOS LEGALES

Hasta la década del ochenta los servicios legales en buena parte de la América Latina estuvieron orientados a la defensa de los derechos civiles y políticos de millares de personas que estuvieron sometidas

a regímenes dictatoriales o de corte autoritario. De esta defensa de los derechos humanos surgió un importante número de organizaciones no gubernamentales cuyo trabajo fue apoyado por fundaciones y agencias de cooperación de Norteamérica y de Europa.

A partir de los años noventa las organizaciones de servicios legales se enfrentaron a los procesos de transición hacia la democracia de los países de América Latina, lo que ocasionaría una redefinición del quehacer de las mismas. Por un lado, algunas ONG continúan haciendo el trabajo de defensa de los derechos humanos, esta vez enmarcados en procesos posconflicto, lo que las lleva a ubicar en la agenda demandas de exigibilidad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; por otro lado, la mayoría de los procesos de transición a la democracia se acompañaron de reformas constitucionales que ampliaron las titularidades de la población, particularmente en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), lo que modifica el trabajo y la agenda de las organizaciones que prestan apoyo legal; finalmente, los procesos de globalización profundizaron el uso de tribunales internacionales. Particularmente, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, ligado a las nuevas demandas sociales por los DESC.

En el caso colombiano, que nos interesa presentar, se hallan algunas semejanzas y diferencias con los actuales procesos regionales. Los servicios legales que promueven las organizaciones no gubernamentales y consultorios jurídicos intervienen en aspectos relacionados con la promoción, difusión y acceso a la justicia; sin embargo, el quehacer de los servicios legales que prestan se tiene que analizar a la luz de dos elementos: en primer lugar, considerando los cambios ocurridos en toda la región relacionados con las reformas a los sistemas judiciales; en segundo lugar, en la óptica del conflicto armado interno, que ubica a Colombia como el único país en la región en el cual persiste una situación de enfrentamiento interno, lo que ha hecho que las organizaciones hagan un énfasis especial en el tema de la defensa de los derechos civiles y políticos. Estos dos elementos han incidido en el papel y objetivo de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la promoción de la justicia.

El primer aspecto, relacionado con las reformas institucionales a la administración de justicia, representó para Colombia, como para América Latina, importantes cambios que fortalecieron el sistema judicial. En el caso colombiano, los cambios más relevantes son: la creación del Consejo Superior de la Judicatura, institución que dotó de autonomía presupuestal y administrativa al sistema judicial; la instauración del sistema acusatorio con la Fiscalía General de la Nación, que busca

la implementación de un nuevo modelo de justicia penal; el Tribunal Constitucional, que pretende dar un nuevo sentido al papel del derecho y de la justicia a través de la implementación y desarrollo de los nuevos principios consagrados en la Constitución de 1991. Muchas de estas reformas institucionales fueron auspiciadas en la década de 1990 por importantes fondos provenientes de la banca multilateral y de organismos de cooperación (Carvajal, 2004; Burgos, 2000; Rodríguez, 2000).

Los anteriores cambios institucionales vinieron acompañados de nuevos mecanismos y herramientas para acceder a la justicia y del incremento de los derechos, tanto en el campo de los derechos civiles y políticos, como en materia de lo social, económico y cultural. Producto de esta ampliación de normas constitucionales, se ha dado en el país un importante aumento de la demanda social por la justicia, proveniente de personas, grupos y organizaciones sociales que reclaman la realización de sus derechos individuales y de tipo económico, social y colectivo. Algunas organizaciones de la sociedad civil han hecho uso de acciones públicas de orden constitucional que pretenden, por vía de la exigibilidad jurídica, la materialización de los derechos.

La acción de tutela se convirtió en un medio de exigibilidad jurídica interiorizada por la población por su eficacia en el reclamo de sus demandas sociales. En Colombia esto ha generado arduos debates en torno a la validez de la realización de los derechos por la vía judicial, ya que la misma ha generado el enfrentamiento entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia y entre el tribunal constitucional y el poder Ejecutivo, pues un buen número de las demandas por acción de tutela obligan al Estado a la ejecución de un gasto público no previsto.

En lo jurídico, se plantea el acceso a la administración de justicia a través de nuevas acciones de carácter público, como la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de inconstitucionalidad y la acción de grupo. Estas acciones públicas tienen tres características: primero, su carácter constitucional; en segundo lugar, que el ejercicio de estas acciones no está mediado de forma exclusiva por un abogado, y, por último, que son acciones de carácter perentorio, lo que da una salida rápida a la petición. La sociedad en su conjunto ha utilizado constantemente estas acciones, en particular la acción de tutela, fenómeno que se ve reflejado en la respuesta que la Corte Constitucional viene dando a una enorme demanda de tutelas interpuestas por organizaciones de la sociedad civil y personas naturales, que tienen relación con sus derechos humanos fundamentales y con la petición de cumplimiento de los derechos sociales y económicos, como la salud, la educación y la vivienda (Dueñas, 2001).

Un último aspecto, relacionado con los cambios institucionales y los nuevos escenarios de intervención social, es el de la implementación en la Constitución de 1991 de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Al respecto, se crearon y fortalecieron figuras como el arbitramento, la conciliación y los jueces de paz, instituciones que abren nuevos ámbitos de administración de justicia. La mayoría de estas figuras –desarrolladas en la legislación colombiana para la resolución de los conflictos sociales sin acudir a recursos de orden litigioso– han sido igualmente promovidas por agencias de cooperación internacional y puestas en marcha por organizaciones de la sociedad civil.

Otro elemento, relacionado con el papel de las organizaciones de la sociedad civil y la justicia es el atinente al conflicto armado interno que presenta Colombia. Sin duda, por las repercusiones que el enfrentamiento tiene para la sociedad, este tema ha captado el trabajo de las ONG. Se calcula que desde 1995 hasta la fecha han sido desplazados por causa de la guerra cerca de tres millones de colombianos y que alrededor de cuatro millones de hectáreas de tierra han sido abandonadas. Adicionalmente, el conflicto ha ocasionado innumerables violaciones de los derechos humanos, representadas en masacres, asesinatos colectivos, detenciones arbitrarias y desapariciones. Como es obvio, estos asuntos ha concentrado el interés de un buen número de ONG, que se han dedicado a prestar atención jurídica a la población en lo relacionado con asistencia legal, educación y promoción de los derechos civiles y políticos.

En el actual contexto de negociación en Colombia, el trabajo de los servicios legales se ha volcado en la defensa de los derechos que tienen las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Para ello, se viene haciendo uso de los tribunales nacionales y se están diseñando estrategias de trabajo legal en los tribunales internacionales.

A continuación, presentaremos un perfil de las principales organizaciones no gubernamentales cuyo objetivo es el desarrollo de un trabajo jurídico. Como criterio de selección, se consideró el tiempo de servicio de la institución, el reconocimiento en el campo y las áreas de trabajo. Las fuentes utilizadas para el presente trabajo fueron prioritariamente medios virtuales, y se realizaron algunas visitas institucionales y se implementó una encuesta que se encuentra al final del documento.

ORGANIZACIONES DE SERVICIOS LEGALES EN COLOMBIA

En Colombia las organizaciones de servicios legales se agruparon en cuatro categorías: en primer lugar, están las instituciones que trabajan en la defensa de los derechos humanos desde una perspectiva

integral. En este grupo se encuentran las organizaciones que trabajan en la defensa de los derechos civiles y políticos y aquellas que promueven la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales; en segundo lugar, las instituciones que impulsan el desarrollo de la justicia comunitaria y el tratamiento alternativo de resolución de conflictos; y un tercer grupo, conformado por las organizaciones que promueven el mejoramiento de la administración de justicia; después están las organizaciones que apoyan causas específicas, ligadas al trabajo de las defensas de derechos de sectores, como las mujeres, los indígenas y los afrodescendientes; y por último, cabrían las llamadas estructuras de articulación, cada una de las cuales busca la promoción de trabajos en áreas específicas del derecho. A continuación se presentan las dinámicas que caracterizan cada uno de los escenarios de trabajo de las organizaciones que prestan un servicio legal.

Servicios legales de derechos humanos integrales

En Colombia existe un grupo importante de organizaciones que trabajan desde la perspectiva de los derechos humanos y se caracterizan porque en su trabajo prestan atención jurídica, promueven la defensa de los derechos y realizan procesos de formación de líderes de las organizaciones en el conocimiento y ejercicio de derechos. La mayoría de ellas comparten los criterios de integralidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humano y promueven procesos de litigio, educación y difusión de los derechos humanos. La particularidad de estas organizaciones radica en el enfoque y la especialización que desarrollan. Así, existen organizaciones que tienen un como objetivo principal la investigación sociojurídica, acompañada de la promoción de los derechos humanos integrales y la formación de líderes de movimientos o grupos sociales en conocimientos jurídicos.

Un ejemplo de este tipo de trabajo es el ejercido por el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), aunque ILSA incursiona en otros temas, como el litigio impacto o en demandas emblemáticas (este litigio es ocasional), y además promueve el desarrollo y mejoramiento de la justicia. Otra organización del mismo tipo es el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, cuyo objetivo principal es el desarrollo del litigio por la violación de los derechos humanos –y son numerosas las demandas contra el Estado que promueve–. Su trabajo lo desarrolla en cortes nacionales y/o internacionales, aunque, así mismo, esta organización trabaja de forma esporádica en temas de formación y educación en derechos. La Comisión Colombiana de Juristas, por su parte, trabaja el tema de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, pero hace énfasis en la recolec-

ción y análisis de la información y en el cabildeo ante organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA).

Hoy en día, estas organizaciones no gubernamentales que trabajan el tema de acceso a la justicia lo hacen desde una mirada integral de los derechos humanos y se especializan en activismo jurídico, estudios y análisis de la situación de los derechos humanos y capacitación, difusión y promoción de los mismos.

Organizaciones de la sociedad civil y mecanismos alternativos de resolución de controversias

En Colombia, la Constitución de 1991 estableció modos alternativos para resolver conflictos, como mecanismos que se encuentran por fuera del aparato judicial. Gracias a ellos, los particulares pueden ejercer funciones jurisdiccionales como conciliadores, árbitros o jueces de paz. Tales figuras han presenciado importantes avances legales y constitucionales. Dentro del marco legal que reglamentan, encontramos las leyes 270 de 1996; 446 de 1998, y 640 de 2001 que en su conjunto permiten el ejercicio jurisdiccional a los particulares y otras autoridades.

Para implementar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos se vienen promoviendo diversas iniciativas. Las universidades y las cámaras de comercio abrieron diversos centros de conciliación; el Estado capacitó a un importante número de funcionarios, y las ONG han tenido como función la promoción y la capacitación de líderes comunitarios.

En lo atinente al trabajo realizado por las ONG en materia de promoción y capacitación de líderes comunitarios, los trabajos han sido auspiciados por el Estado colombiano y por algunas agencias de cooperación. En primer lugar, se promovió la figura de la conciliación en equidad. Se calcula que para finales de los años noventa se habían capacitado cerca 1.500 conciliadores en equidad que atendieron alrededor de 92.700 casos¹. Posteriormente, la figura de la conciliación perdió protagonismo y se impulsó la figura de los jueces de paz, reglamentada en la Ley 497 de 1999. En esta ocasión fue el Consejo Superior de la Judicatura, perteneciente al poder judicial, la entidad encargada de promover los jueces de paz, al igual que las organizaciones de la sociedad civil son las encargadas de promover la institución de la conciliación en la comunidad.

¹ Véase informe del Ministerio de Justicia y del Derecho (1999), "Análisis estadístico y cualitativo de la gestión de los programas y su impacto. División de conciliación y soluciones extrajudiciales".

Finalmente, la política de alternatividad judicial, con la que se promueven las figuras de la conciliación, los jueces de paz y el arbitramento, ha sido complementada con las casas de justicia: centros de prestación de servicios para la solución de controversias. Para el año 2006 se han creado más de 10 casas de justicia, ubicadas en las zonas marginales de las principales ciudades del país, como una apuesta estratégica de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés) en la implementación del Plan Colombia. Liliana Halladle, su directora en Colombia, ubica este como uno de los logros más importantes de USAID en el país, y dice al respecto:

Bajo nuestro programa de fortalecimiento de la democracia, en conjunto con el Ministerio del Interior y de Justicia, se han establecido 40 casas de justicia en el país, a través de las cuales se han proveído servicios jurídicos a más de tres (3) millones de colombianos de las áreas más vulnerables de ciudades como Cali, Buenaventura, Cartagena, Yopal, Pasto, Puerto Asís y Bogotá (Halladle, 2005).

El trabajo de las ONG en temas de promoción de mecanismos alternativos de resolución de controversias es diferente del de las organizaciones de la sociedad civil que prestan servicios legales de derechos humanos integrales. Las organizaciones que impulsan los mecanismos alternativos de solución de controversias hacen un trabajo localizado, que se articula a procesos comunitarios, y no existe en ningún momento litigio contra el Estado.

Organizaciones que promueven el mejoramiento de la administración de justicia

En el país son escasas las organizaciones que se dedican a la promoción y al desarrollo de la justicia, porque la administración de justicia es considerada como un espacio de confrontación y resolución de controversias, mirada que impide ver más allá y ubicar el desarrollo y mejoramiento de la justicia como un objetivo estratégico en el trabajo de las organizaciones y como un aspecto fundamental para el cumplimiento de los derechos humanos. En segundo lugar, no existe un escenario de articulación y promoción del tema, y, por último, las organizaciones que se acercan lo hacen de forma muy focalizada, trabajando por la promoción de ciertos derechos o áreas de la administración.

Sin embargo, existen dos organizaciones que promueven el desarrollo y mejoramiento de la justicia, ambas con perfiles, formas de trabajo y orígenes diferentes: el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) y la Corporación Excelencia en la Justicia. ILSA promueve temas como la independencia judicial, la judicatura democrática y la participación de la sociedad civil, áreas que quiere im-

pulsar a través del observatorio a la administración de justicia. El objetivo de ILSA es la defensa y promoción de la justicia para fortalecer la democracia del país, y el cumplimiento de los derechos humanos, para lo cual tiene un equipo de trabajo permanente y además establece alianzas con universidades y organizaciones de la sociedad civil. Por su parte, la Corporación Excelencia en la Justicia –creada a finales de la década del noventa con el fin de construir una justicia gerencial y eficiente– no cuenta con un equipo permanente, así que su trabajo es desarrollado por consultores. Ambas organizaciones, desde diferentes enfoques teóricos y metodológicos, promueven el fortalecimiento de la justicia y una mayor independencia y consolidación del sistema judicial colombiano.

Organizaciones que defienden causas específicas

En Colombia existen organizaciones especializadas en la defensa de causas específicas, particularmente en temas relacionados con la defensa de los derechos de las mujeres, derechos ambientales, derechos de comunidades étnicas (indígenas y afrodescendientes) y derecho al acceso y tenencia de vivienda. Cada uno de estos temas ocupa la atención de grupos y organizaciones de abogados especializados en la materia. Los temas y las dinámicas de trabajo son especiales y dependen del abordaje jurídico y de la orientación de la organización.

En relación con la defensa de los derechos de la mujer, las agencias de cooperación y un importante número de ONG se ocupan en aplicar una perspectiva de género a sus diferentes actividades, de tal manera que un importante número de organizaciones mencionadas anteriormente tienen trabajo de género o incluyen una perspectiva de género en sus proyectos. En la actualidad, se presentan dos escenarios en materia de defensa de los derechos de la mujer: en primer lugar, existe un importante número de organizaciones feministas y mixtas que trabajan en la defensa de los derechos de la mujer afectadas por causa del conflicto armado interno, cuyo trabajo implica asistencia legal, formación en derechos y cabildeo nacional e internacional. Este grupo de organizaciones está articulado en la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, que tiene su sede en ILSA, de la que hacen parte más de 25 organizaciones de la sociedad civil, entre las que se cuentan la Asociación Juana de Arco; la Asociación de Mujeres Campesinas e Indígenas de Colombia; la Fundación Sí Mujer, de Calí; la Liga de Mujeres Desplazadas; la Comisión Colombiana de Juristas; el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Un segundo grupo de organizaciones se dedica al trabajo jurídico y psicológico en temas relacionados con violencia intrafamiliar; a él pertenecen organizaciones como Sisma Mujer; la Corporación Casa de la Mujer, y Profamilia.

A finales de la década del noventa, el país sufrió una crisis económica y el aumento del desempleo, hecho llevó a la pérdida de su vivienda de un elevado número de colombianos que habían solicitado crédito hipotecario ante instituciones bancarias. En este escenario emergieron organizaciones de abogados que acompañaron la defensa de un amplio sector de la sociedad colombiana.

En el caso de los derechos de los indígenas y de grupos de afrodescendientes, la Constitución de 1991 reconoció importantes titularidades a estas comunidades, como la titularidad colectiva, y creó la jurisdicción especial indígena. En el país existen organizaciones sociales, como la Organización Indígena de Colombia (ONIC) y un importante número de organizaciones indígenas de orden regional, como la Organización Indígena de Antioquia (OIA) o el Comité Regional Indígena del Cauca (CRIC), que se ocupan de la defensa de los intereses de la población indígena. En materia legal y de acceso a la justicia, estas organizaciones recurren a los abogados que tienen en sus organizaciones y/o realizan convenios con ONG para la protección y exigibilidad de derechos. En el mismo sentido, las organizaciones de población afrodescendiente trabajan los temas más acuciantes relacionados con problemas de titulación de tierras, discriminación y desplazamiento.

Estructuras de articulación

En el país se han creado tres estructuras de articulación: la Coordinación Colombia-Europa Estados Unidos; la Plataforma Colombiana Democracia, Derecho y Desarrollo, y La Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto. Cada una busca la promoción de trabajos en áreas específicas del derecho. La Coordinación aglutina las organizaciones sociales que trabajan los derechos civiles y políticos, promueve procesos de interlocución con los gobiernos de Europa y Estados Unidos y hace seguimiento a las violaciones de los derechos humanos. Por su parte, la Plataforma articula las instituciones que trabajan temas relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales y en sus trabajos promueve la realización de informes sobre estos temas ante el Comité DESC de las Naciones Unidas y desarrolla campañas por la defensa de los derechos sociales. Por último, la Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto promueve iniciativas relacionadas con éste.

El papel de estas estructuras no es del todo positivo, ya que al reproducir el trabajo que realizan sus miembros genera divisiones y confrontaciones entre la estructura y las ONG que las integran, y, en ocasiones, compiten por recursos e intervienen en los mismos espacios que intervienen sus afiliados. Por las anteriores circunstancias, su papel es

muy cuestionado; sin embargo, se mantienen con la perspectiva de superar los anteriores inconvenientes.

SERVICIOS LEGALES Y CONSULTORIOS JURÍDICOS

Los consultorios jurídicos fueron originalmente diseñados en el Estatuto de Ejercicio de la Abogacía (Decreto 196 de 1971) como una labor de extensión de las universidades realizada por estudiantes de últimos años de las facultades de derecho, con el fin de brindar posibilidades de acceso a la administración de justicia a personas de escasos recursos económicos y de contribuir a la formación profesional, prestando un servicio gratuito a la comunidad. En un ejercicio de práctica, los estudiantes desempeñan funciones propias de los abogados, asumen casos donde representaban clientes de escasos recursos económicos, como asesorías o asistencias ante el sistema judicial en litigios de mínimas cuantías.

Actualmente, a través de la Ley 583 de 2000, se determinan sus competencias y su forma de acción, en virtud de las cuales los estudiantes de derecho litigan en causa ajena, actuando como abogados de pobres, en los asuntos judiciales y administrativos “menores”, siempre bajo la supervisión, la guía y el control de las instituciones educativas a las cuales pertenecen.

La atención que se realiza en los consultorios jurídicos abarca las diferentes áreas del derecho, de forma tal que los estudiantes, siempre bajo la guía y supervisión de un docente, asumen litigios en materia penal, laboral y civil. Por lo general, los juzgados y las fiscalías envían a los directores de los consultorios jurídicos solicitudes para estos asuman la defensa de casos, que son asignados a los estudiantes, quienes se posesionan e inician un proceso de defensa técnica gratuita.

Recientemente, existe una tendencia renovadora que procura ampliar el área de acción de los consultorios jurídicos; ejemplo de ello es la creación de los centros de conciliación, que para el año 2002 ya se contaban en cerca de 50 en universidades de todo el país.

Adicionalmente, acciones públicas como la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular y de grupo, abren la posibilidad a los consultorios jurídicos de asumir una respuesta diferente a las problemáticas sociales vigentes y urgentes que vive la realidad nacional. Las acciones públicas permiten una apreciación diferente de lo público, porque estos escenarios propenden por cambios significativos en el acceso a la justicia de grupos menos favorecidos y por un aporte en el mejoramiento de los sistemas legales y en la promoción de una judicatura democrática, es decir, en la adopción de decisiones judiciales progresistas que buscan una transformación en la forma de interpretación

de las normas, y por un cambio en las relaciones sociales a partir del abordaje de casos específicos. Un ejemplo significativo es el trabajo que viene realizando el consultorio jurídico de la Universidad del Rosario a través del Grupo de Acciones Populares.

Existe la tendencia en algunos consultorios jurídicos a desarrollar un trabajo interdisciplinario con otros estamentos universitarios cuyas disciplinas aporten en el análisis de la problemática (ciencias sociales, médicas, trabajo social, psicología, etc.), no solamente para cualificar su atención comunitaria y lograr mejores niveles de eficiencia en la exigibilidad judicial de los derechos, sino con el propósito de propender por soluciones legales eficaces, adecuadas y convenientes, desde diferentes perspectivas, tanto económicas y culturales como políticas y técnicas, entre otras.

El papel que hoy en día cumplen los consultorios jurídicos en temas de acceso a la justicia es significativo, y es indudable que las universidades tienen la capacidad de ofrecer una importante cobertura en temas de asistencia legal. Sin embargo, hay que señalar que no todas las universidades tienen la misma calidad en cobertura y atención, esto por la proliferación de facultades de derecho que existen en la actualidad.

CONCLUSIÓN

Existe en Colombia un amplio número de organizaciones de servicios legales que trabajan desde diversos enfoques y perspectivas. La mayoría de las veces, la diversidad de trabajo y de enfoque es invisibilizado por la dinámica del conflicto armado interno presente en el país, hecho que privilegia el trabajo de aquellas organizaciones que prestan asesoría legal en derechos humanos.

En la década de 1990, en particular con la Constitución de 1991, surgieron nuevas dinámicas y propuestas de trabajo dentro de las ONG que prestan asistencia legal. El trabajo se diversificó, y de la asistencia jurídica se avanzó a nuevas formas de relación, entre las que destaca el acompañamiento y la formación a las organizaciones de la sociedad. Desde la figura del acompañamiento, el objetivo es fortalecer las agendas de las organizaciones con la perspectiva de la exigibilidad de los derechos; en relación con los procesos de formación, se desarrollan los contenidos que tienen como objetivo una comprensión integral de los derechos humanos.

Existe en el país una dinámica de expansión de los servicios legales en temas relacionados con nuevas agendas, en particular, con la defensa de causas específicas en temas como la defensa de los derechos de las mujeres y minorías étnicas, del medio ambiente y de los niños, entre otros. Esta dinámica crea nuevas perspectivas en el campo de las organizaciones que prestan apoyo jurídico.

ANEXO.

Encuesta realizada a ONG que prestan servicios legales

	Comisión Colombiana de Juristas	Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo	Corporación Sisma Mujer	Fundación Comité de Solidaridad con Presos Políticos (FCSP)	Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto
Servicio legal presta	- Asesoría - Educación	- Formación - Asesoría - Litigio - Acompañamiento	- Asesoría - Litigio	- Asesoría - Litigio	- Asesoría - Educación
Tipos de derechos que protegen	- Civiles y políticos - DESC	- Derechos económicos, sociales, culturales, civiles, políticos y derechos de los pueblos	- Civiles y políticos - DESC	- Civiles y políticos	
Fortalecimiento de acceso a la justicia	Sí. La reclamación de protección de derechos humanos gira alrededor del funcionamiento de la administración de justicia, de manera que los casos que se litigan a nivel internacional en general están sustentados en las deficiencias del funcionamiento de los órganos que administran justicia; en ese sentido, las decisiones internacionales están orientadas a superar esos inconvenientes y	Sí. La labor de defensa de los derechos humanos que desarrolla la organización busca el fortalecimiento del Estado de derecho, cuyos postulados básicos son la separación de poderes, el principio de legalidad y el respeto de los derechos fundamentales. Cada una de las acciones que se realizan responde al mandato del CAJAR, cual es la lucha contra la impunidad, solo posible en un	Sí, pues se promueve el fortalecimiento de una administración de justicia que les sirva a las ciudadanas. En esa medida, ese es el enfoque de fortalecimiento que manejamos, que no es el de fortalecer la justicia por fortalecerla, sino nuestro interés es que se fortalezca un buen servicio para las ciudadanas.	Claro, nosotros creemos que al actuar como parte de la sociedad civil, señalando la necesidad del cumplimiento de los compromisos y acuerdos internacionales en materia de justicia y exigiendo la aplicación de la Constitución y la ley, estamos fortaleciendo el proceso de depuración del sistema de justicia.	Sí. Dado que si la justicia es apropiada por sectores de las comunidades organizadas, esta gana en legitimidad y en equidad; no solo se favorecen los grandes capitales sino las poblaciones menos favorecidas.

Anexo (Continuación)

	Comisión Colombiana de Juristas	Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo	Corporación Sisma Mujer	Fundación Comité de Solidaridad con Presos Políticos (FCSP)	Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto
	mejorar la administración de justicia.	contexto en el que se garantice un poder judicial independiente e imparcial que proteja efectivamente los derechos de los individuos.			
Corrientes que promueve para el desarrollo de la administración de justicia	<ul style="list-style-type: none"> - Independencia judicial - Acceso a la justicia - Participación de la sociedad civil, entendida como la participación de la víctima con todas las garantías del proceso 	<ul style="list-style-type: none"> - Acceso a la justicia - Todas, de algún modo, pero bajo otros conceptos 	<ul style="list-style-type: none"> - Independencia judicial - Judicatura democrática - Participación de la sociedad civil - Acceso a la justicia 	<ul style="list-style-type: none"> - Independencia de la justicia - Participación de la sociedad civil 	Participación de la sociedad civil
¿Cuáles?		Todas, de algún modo, sino pero bajo otros conceptos	Yo te diría que todas. No manejamos ninguna en particular, porque todas: independencia judicial, judicatura democrática, participación de la sociedad civil y acceso a la justicia, acercan y promueven una administración de justicia que les pueda servir a las ciudadanas. Por medio de todas se puede lograr este	En materia de independencia de la justicia, al exigir permanentemente que los procesos, tanto de defensa como los de parte civil, que llevamos tengan una vigilancia especial de la autoridad interna competente y de la comunidad internacional, tratando de que eso obligue a (...) tener mínimo unos niveles de indepen-	La base del desarrollo de la justicia comunitaria está en la comunidad

Anexo (Continuación)

Comisión Colombiana de Juristas	Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo	Corporación Sisma Mujer	Fundación Comité de Solidaridad con Presos Políticos (FCSP)	Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto
		objetivo, incluso muchas veces hasta se podría combinar el trabajo.	dencia importantes. En cuanto a la participación, lo que hacemos es promover que la comunidad y las organizaciones sociales que trabajan con la Fundación activen el aparato de justicia, que lo muevan, que denuncien, que le hagan seguimiento, que periódicamente muevan el aparato de justicia, y nosotros asesoramos estos procesos.	

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor (1999), “La enseñanza del derecho en las Clínicas Legales de Interés Público. Materiales para una agenda temática”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago de Chile, Escuela de Derecho Diego Portales.
- BURGOS, Germán (2000), “El Banco Mundial y su análisis del derecho y el poder judicial”, *El Otro Derecho*, núm. 24, Bogotá, ILSA.
- CARVAJAL, Jorge (2004), “Los nuevos actores de la reforma a la justicia en América Latina”, *Nueva Época*, Bogotá, Universidad Libre.
- _____ (2002), “La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia”, *El Otro Derecho*, núm. 28, Bogotá, ILSA.
- DUEÑAS, Óscar (2001), *Acción y procedimiento en la tutela*, Bogotá, Librería del Profesional.
- FAJARDO, Alfonso (2005), “la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, DECS, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *IUSTA*, núm. 23, Bogotá, Universidad Santo Tomás.
- HALLADLE, Liliana (2005), “Talking Points”, ponencia como directora en Colombia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) al II Congreso Colombiano de Cooperación Internacional, Cali, 13 de octubre.
- RODRÍGUEZ, César (2000), “Globalización, reforma judicial y Estado de derecho: El regreso de los programas de derecho y desarrollo”, *El Otro Derecho*, núm. 24, Bogotá, ILSA.
- ROJAS, Fernando (1988), “Comparaciones entre las tendencias de los servicios legales en Norte América, Europa y América Latina”, *El Otro Derecho*, núm. 1, Bogotá, ILSA.

Servicios legales universitarios en Brasil: Breve cotejo de dos paradigmas

VLADIMIR DE CARVALHO LUZ*

TRADUCCIÓN DEL PORTUGUÉS: ANA MARÍA URBINA CAYCEDO



En Brasil, desde hace algún tiempo, se están estructurando dos modelos de servicios legales gratuitos en el ambiente universitario, tanto en la esfera pública como en la red de enseñanza superior privada. El primer modelo, vinculado a la estructura curricular mínima de los cursos jurídicos, es el denominado “oficinas-modelo”. Paralelamente, en los últimos treinta años se formaron de manera autónoma servicios legales de cuño innovador, de iniciativa estudiantil, los cuales constituyen en el presente la Red Nacional de Asesoría Universitaria.

Partiendo de la tipología de los servicios legales innovadores y tradicionales, el cotejo entre estos modelos revela importantes experiencias: una, de forma más tradicional, de cuño institucional, vinculada a la actividad de enseñanza, y otra, con amplio espectro institucional, vuelta a la extensión e investigación, formada por entidades autónomas de perfil estudiantil.



Brazil law faculties legal services: A short overview of the main paradigms

In Brazil, two models of free legal service are being structured in public and private universities. The first model, directly connected to the minimum curricular structure of law degree, is entitled “law offices”. In parallel, during the last thirty years, another kind of free legal assistance with innovative characteristics was developed in an autonomous way, mainly through

* Maestro en filosofía y teoría del derecho (CPGD/UFSC); doctorado en derecho en la Universidad del Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); profesor de historia del pensamiento y de las instituciones jurídicas (Unesc); investigador del Núcleo de Investigación en Derechos Humanos y Ciudadanía (Nupec). vladimirluz@hotmail.com

student's initiative, which constitutes, in the present, the national network of university legal advisory groups. Considering innovative free legal service x traditional free legal service, the comparison between such models reveals important experiences: one with a more traditional format, with an institutional characteristic, related to teaching, and another one, with a more broad institutional aspect, including research and extension, constituted of student organizations.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca describir y cotejar, breve y puntualmente, dos modelos (paradigmas) de servicios legales universitarios presentes en el contexto brasileiro.

El análisis emprendido de los modelos universitarios de apoyo jurídico gratuito, aunque sintético, revela variables importantes acerca de la concepción del derecho implícito en la praxis de tales instituciones, en la relación de la universidad con las demandas de la comunidad, pero sobre todo, puede dar visibilidad a importantes prácticas de emancipación en el ambiente formativo de los operadores jurídicos.

Es cierto que un primer paso para un estudio más profundo de esos modelos de apoyo jurídico pasa por una percepción preliminar de sus formas estructurales de organización. El objetivo de este artículo es ver la instrumentación de tales modelos, sin la pretensión de agotar el tema en cuestión, y teniendo en cuenta la ausencia de fuentes directas.

Para abordar el objeto de estudio señalado, el punto de partida será, primero, la apreciación de los marcos teóricos relevantes para el análisis de los servicios legales populares, sobre todo la tipología "innovadora frente a tradicional" utilizada como referencia para el entendimiento de los modelos analizados. A continuación serán descritos en forma detallada los modelos de servicios universitarios, y ante todo, las oficinas-modelo teniendo como fuente principal la legislación referida a la organización específica de la práctica jurídica en los cursos de graduación en derecho en Brasil.

De manera paralela, serán descritos en líneas generales los servicios incluidos en el movimiento de asesoría estudiantil, entendidos para efectos de este trabajo como servicios legales innovadores. Así, en un breve balance prospectivo de tales experiencias, será puesto a guisa de conclusión.

SERVICIOS LEGALES POPULARES EN BRASIL: MARCOS TEÓRICOS

En Brasil, a diferencia de algunos países de América Latina y del escenario angloamericano, por lo general la literatura disponible no trabaja con una noción clara del término “servicio legal” ni tampoco de “asesoría jurídica popular”, siendo esta última una expresión diaria y más corriente en las entidades brasileñas.

De otra parte, tales conceptos fueron constituidos a lo largo del tiempo y no siempre de una manera clara, partiendo de la praxis de sus actores y de los estudios en el campo de la sociología del derecho en diversos momentos y contextos diversificados. Criterios como gratuidad, tipos de demanda, asistencia judicial, entre otros, constituyen algunas de las variables que no siempre indican al investigador lo que será, en teoría, una “asesoría jurídica popular”. Desde el comienzo, y siendo así, es importante delimitar algunos marcos teóricos fundamentales para la comprensión del tema.

Verificando rápidamente el estado del arte, y teniendo en cuenta los estudios sobre las entidades no estatales de apoyo jurídico gratuito, tiene especial visibilidad una pléyade de autores latinoamericanos vueltos hacia la realidad específica de los servicios legales de los países de la periferia del capitalismo.

Entre estos trabajos, en 1988 se realizó un amplio estudio sobre los servicios legales en países de América Latina, condensado en el artículo titulado “Comparación entre las tendencias de los Servicios Legales en Norteamérica, Europa y América Latina”, de Fernando Rojas Hurtado (1988-1989).

En estudios posteriores, principalmente en Brasil, y teniendo como base el trabajo de Rojas, se popularizó la denominación “servicios legales alternativos” o “innovadores”, denominaciones que resultaron de la observación del apoyo jurídico popular realizado en países andinos, específicamente en Chile, Ecuador, Colombia y Perú.

En ese contexto, el citado autor buscó comprender lo que podía unificar las prácticas de los servicios legales latinoamericanos, o cuáles serían las variables que formarían la especificidad de tales servicios. La hipótesis más destacada fue la que se tenía desde la década de los setenta, por la que los servicios legales latinoamericanos no podían ser analizados sin una diferenciación de las experiencias ocurridas en los países centrales.

Así, factores obvios diferencian el contexto donde toman forma los servicios legales latinoamericanos del contexto de los países de economía avanzada donde se conformó un tipo distinto de servicio legal. El

factor más evidente tiene que ver con características de países subdesarrollados. De tal manera, esto ayuda a explicar las diferencias entre los servicios legales de los países con desarrollo económico avanzado y los países menos desarrollados (Rojas, 1989:7).

Tal estudio se mostró como una gran, sino la mayor investigación, amparada en datos empíricos sobre los servicios legales en países latinoamericanos. Las características de esos servicios podrían ser enumeradas así:

1) Eran formados sin la intervención del Estado y, a veces, eran críticos de la actuación estatal.

2) El público blanco de los servicios, de sello gratuito, eran poblaciones pobres, mujeres, grupos indígenas, trabajadores rurales u otros sectores sociales oprimidos.

3) Su actuación buscaba el cambio social, la organización comunitaria, la defensa legal y la oferta de cursos de capacitación.

En Brasil, basándose en el cúmulo de estudios realizados por Fernando Rojas Hurtado y ya empezando la década de los noventa, Celso Fernandes Campilongo emprendió una tipología que logró notoriedad en los medios académicos. La materialización de la propuesta teórica de Campilongo partió de las investigaciones realizadas en la Facultad de Derecho de São Bernardo do Campo en un estudio titulado “Justicia en São Bernardo do Campo”, trabajo publicado después bajo el título “Asistencia jurídica y abogacía popular: servicios legales en São Bernardo do Campo” (Campilongo, 2000). El texto en cuestión esbozó, partiendo de los criterios ya desarrollados por Rojas, una propuesta dicotómica de la tipología de los servicios legales, basada en la relación opuesta entre servicios legales innovadores y tradicionales.

Los servicios legales tradicionales serían aquellos vueltos hacia una microética, en la cual el problema presentado por el usuario está siempre comprendido en una óptica individual. Tal patrón establece también criterios rígidos de “pobreza” en la atención, una vez que su operatividad está centrada en la asistencia judicial gratuita, instrumento de carácter procedimental, y que no tiene en cuenta criterios orientados, por ejemplo, hacia la tutela específica del interés puesto en cuestión.

Por el contrario, los servicios legales innovadores parten, en su operatividad, de una macroética en la cual el litigio es visto como un fenómeno social mayor, fruto de otras contradicciones sociales, sin que de esta forma sea un hecho aislado. Generalmente, los servicios innovadores trabajan menos en la óptica judicial y más en el ámbito de la formación para la ciudadanía y la organización comunitaria. Mientras tanto, los servicios tradicionales sacralizan la figura del operador jurídico y los innovadores tienden a desacralizar tal personaje, de tal

forma que el derecho también pierde su aura de magia y de inaccesibilidad (Campilongo, 2000).

Dentro de la visión de Campilongo, que corre todos los riesgos de una reducción heurística típica de los esquemas tipológicos, se comprende que en Brasil existan dos ámbitos generales de actuación de los servicios legales gratuitos.¹

Un ámbito denominado grupo de entidades “militantes” (Luz, 2006) fue formado por organizaciones no gubernamentales constituidas en la época de la posapertura militar, siendo sus ejemplos más paradigmáticos el Instituto de Apoyo Jurídico Popular (AJUP) en Río de Janeiro, y el Gabinete de Asesoría a las Organizaciones Populares (GAJOP) en Pernambuco. El segundo ámbito de apoyo jurídico gratuito es aquel compuesto por los servicios legales gratuitos universitarios, los cuales serán explicados específicamente en este trabajo.

A su vez, los servicios legales universitarios, dentro de la propuesta analítica del presente trabajo, constituyen dos grandes grupos de entidades: el primero está compuesto por formas tradicionales de apoyo jurídico, vinculadas a las prácticas curriculares de los cursos jurídicos brasileros, los cuales en su mayor parte trabajan en una óptica de atención individual, poniendo el foco en la práctica forense. Un segundo grupo de apoyo jurídico, marcado inicialmente por la acción pionera de los estudiantes de las universidades federales de Río Grande do Sul y de Bahía, amplía en la actualidad el número de entidades en acción aglutinadas en una red nacional de asesoría. De forma general, tales modelos pueden ser vistos según el siguiente cuadro:

Cuadro 1.

Modelos generales de apoyo jurídico universitario

Modelos	Servicios legales universitarios
Modelos innovadores	Ejemplos paradigmáticos: <ul style="list-style-type: none"> • Servicios de Apoyo Jurídico Gratuito de la Universidad Federal de Bahía • Servicios de Apoyo Jurídico Gratuito de la Universidad Federal de Río Grande do Sul • Núcleos de extensión (RENAJU)
Modelos tradicionales	<ul style="list-style-type: none"> • Oficinas-modelos (nivel curricular obligatorio) • Núcleos de práctica jurídica.

¹ No hace parte de este estudio el que se refiere a los servicios legales estatales (Defensorías Públicas), los cuales exigen otro análisis. Sin embargo, como será abordado a lo largo del trabajo, los servicios legales universitarios que actúan en universidades públicas, en función de la inmensa variación de su perfil institucional, serán abordados como servicios legales no estatales en un sentido estricto.

El perfil tradicional o innovador de esas formas universitarias que prestan apoyo jurídico gratuito, parte no sólo de aquellos elementos citados por Campilongo como la microética, los criterios de atención, el foco judicial o educativo. Además de estos aspectos, la hipótesis que se tomará es la de que los servicios legales universitarios brasileros poseen prácticas innovadoras o no, pues dependen de la relación que mantienen con las actividades fundamentales de los centros universitarios (enseñanza, investigación y extensión) a que están vinculados.

De esa forma, se ve que la Renaju, aún siendo heterogénea con relación a la instrumentación de sus entidades, posee como marca una mayor unión con las actividades universitarias de la investigación y de la extensión, en cuanto las entidades concebidas como tradicionales (oficinas-modelo) tienen como eje fundamental la actividad curricular de la enseñanza y la enseñanza de carácter preprofesional (práctica).

SERVICIOS UNIVERSITARIOS TRADICIONALES: OFICINAS-MODELO

La oficina-modelo es una denominación muy común en Brasil y está dada genéricamente a las estructuras universitarias responsables de los cursos jurídicos por la organización y puesta en marcha de la práctica jurídica real, curricular, de cuño obligatorio.

Tales estructuras, cambiantes en forma y denominación, están vinculadas a la autonomía pedagógica y administrativa de las instituciones de enseñanza superior, respetadas las directrices mínimas establecidas en el ámbito federal.

Las fuentes normativas federales que determinan la obligatoriedad y reglamentan la práctica jurídica (aprendizaje curricular obligatorio)² no se valen de la denominación "oficina-modelo", la cual no obstante es de uso corriente y se consolidó en el vocabulario de las facultades de derecho tradicionales. Aún sin denominación, y sin forma definida en el nivel normativo federal, tales oficinas-modelo funcionaban de una forma muy variada hasta la vigencia de la Disposición Ministerial núm. 1886 del 30 de diciembre de 1994 del Ministerio de Estado de la Educación y del Deporte (de ahora en adelante sólo disposición 1886/94), la cual lanzó directrices generales para los cursos jurídicos con especial énfasis en la práctica jurídica, y que se reveló al final de la década de los noventa³ como un divisivo de aguas.

² Existe otra modalidad de nivel extracurricular de práctica de la abogacía, establecida por la Ley 8.906 del 4 de julio de 1994 (Estatuto de la abogacía y de la Orden de los Abogados de Brasil).

³ Su vigencia tuvo inicio para los alumnos matriculados en 1997.

En relación con la práctica jurídica, tal disposición establecía:

Artículo 10. El aprendizaje de la práctica jurídica, supervisado por la institución de enseñanza superior, será obligatorio e integrante del currículo pleno por un total mínimo de 300 horas de actividades prácticas simuladas y reales, desarrolladas por el alumno bajo el control y la orientación del núcleo correspondiente.

§ 1º el núcleo de la práctica jurídica, coordinado por los profesores del curso, dispondrá de instalaciones adecuadas para el entrenamiento de las actividades profesionales de la abogacía, la magistratura, el Ministerio Público y demás profesiones jurídicas y de atención al público.

§ 2º Las actividades de la práctica jurídica podrán ser complementadas mediante convenios con la Defensoría Pública y otras entidades públicas, judiciales, empresariales, comunitarias y sindicales que posibiliten la participación de los alumnos en la prestación de los servicios jurídicos y de asistencia jurídica, o en juzgados especiales que sean instalados por la dependencia de la propia institución de enseñanza superior.

Tal disposición creó la figura del “núcleo de práctica jurídica” que pasó a ser un ente que debía ser implantado obligatoriamente en el sitio de funcionamiento de las facultades de derecho. Una de las numerosas cuestiones que se discutía en la época de la edición de tal disposición era si la figura del núcleo de práctica era, *mutatis mutandis*, la misma estructura que se denominaba tradicionalmente como oficina-modelo, la cual ya funcionaba en la atención al público en la esfera de la organización de las prácticas curriculares en varias facultades del país.

En esa transición curricular, el simple aprovechamiento de las oficinas-modelo ya existentes en las facultades de derecho, situadas en el puesto de los núcleos de práctica, no modificó en esencia las actividades de sello individual, cuando no asistenciales, que ya se venían desarrollando históricamente en los cursos jurídicos. Por ello es cierto que la redacción pormenorizada de la disposición 1886/94 amplió la carga horaria mínima a 300 horas, y determinó el ejercicio de la práctica real y simulada en el campo de la acción profesional de la magistratura, del Ministerio Público y de la abogacía. De cualquier forma, la práctica real establecida en la normativa referida quedó a cargo en innumerables casos de las oficinas-modelo ya establecidas.

Pasada la euforia (y las resistencias) que la disposición 1886/94 causó en el mundo jurídico brasileiro, recientemente también fue editada en el plano federal la resolución núm. 9 del 29 de septiembre de 2004 del Consejo Nacional de Educación “Cámara de Educación Superior-, homologada y en vigencia ya que es tangencial a las directrices curriculares mínimas de los cursos jurídicos en Brasil. Tal normativa revocó expresamente la disposición 1886/94.

Además de la citada resolución, sin mencionar la carga horaria mínima de práctica jurídica como disponía la regla anterior, fueron creados tres ejes de formación: el de formación fundamental, el de formación profesional y el de formación práctica. En este último eje están insertadas las directrices del aprendizaje curricular obligatorio y el núcleo de la práctica jurídica.

Artículo 7°. El aprendizaje supervisado es el componente curricular obligatorio, indispensable para la consolidación de los desempeños profesionales deseados inherentes al perfil del alumno, con lo cual cada institución debe aprobar por sus propios colegiados, el reglamento correspondiente con sus diferentes modalidades de operación.

§ 1° El nivel de que trata este artículo será efectuado en la propia institución, a través del *Núcleo de Práctica Jurídica*, que debe estar estructurado y operativo de acuerdo con la reglamentación propia, aprobada por el consejo competente, pudiendo en parte contemplar convenios con otras entidades o instituciones y oficinas de abogacía; en los *servicios de asistencia judicial* implantados en la institución, en los órganos del Poder Judicial, del Ministerio Público, de la Defensoría Pública o todavía más en departamentos jurídicos oficiales, subrayando en cualquier caso la supervisión de las actividades y la elaboración de informes que deben ser dirigidos a la Coordinación de Aprendizaje de las IES para la evaluación pertinente.

§ 2° Las actividades de aprendizaje podrán ser programadas de nuevo y reorientadas de acuerdo con los resultados teórico-prácticos revelados gradualmente por el alumno, en la forma definida por la reglamentación del Núcleo de Práctica Jurídica hasta que se lo pueda considerar concluido, resguardando, como patrón de calidad, con los dominios indispensables para el ejercicio de las diversas carreras contempladas en la formación jurídica. (Cuestiones ausentes en el original).

Tomando en cuenta tales orientaciones normativas para obtener una mejor comprensión de los modelos de servicios legales universitarios tradicionales, en un ámbito formal es fundamental enterarse de los presupuestos que orientan tales prácticas y niveles preprofesionales, sobre todo las estrechas relaciones del aprendizaje con los límites de la asistencia judicial. Aún dándose cuenta de que la revocada disposición 1186/94 prescribía una apertura de las “modalidades” de aprendizaje curricular que serían reglamentadas por el núcleo de la práctica jurídica, sin embargo la resolución núm. 9 de 2004 establece precisamente la práctica jurídica curricular como aquella aprovechada bajo la forma de asistencia judicial.

La asistencia jurídica tiene prescripción genérica en el artículo 5°, LXXIV de la Constitución de la República Federativa de Brasil del 10 de octubre 1988 (en adelante CF/1988) y tiene un anticipo autónomo en la Ley Federal 1.060 de 1950 (amparada por la CF/1988).

Empero, hay cierta confusión acerca de los institutos de asistencia judicial de justicia gratuita, tomando en cuenta que la expresión legal que reglamenta tales institutos revela cierta ambigüedad.

En Brasil, por justicia gratuita se entiende el conjunto de exenciones para el litigante que declara en un proceso que no tiene condiciones económicas para soportar el gravamen pecuniario de éste, sin perjuicio propio o de su familia. Tales exenciones engloban: costos judiciales, emolumentos, gastos de publicaciones, indemnizaciones provenientes de los testigos, honorarios de peritos y abogados.

La asistencia judicial es el derecho del litigante (también sin condiciones económicas) a tener el servicio de un profesional habilitado (para el caso, un abogado) cedido por el Estado directamente de las Defensorías Públicas, o por entes no estatales que posean (por delegación) tal *munus*. A pesar de que la CF/1988 prescribió como deber del Estado prestar “asistencia jurídica integral” (en lugar de asistencia judicial), históricamente cuando tal apoyo es efectivamente materializado se ha limitado a la postulación o a la defensa forense.

Con estas referencias, aunque de carácter normativo, se puede inferir como mínimo que las oficinas-modelo (o núcleos de práctica jurídica) parten de una matriz conceptual vinculada, de un lado, a la práctica jurídica identificada como “práctica forense”, como un trabajo ya dirigido a la demanda o a la defensa frente al poder judicial, y de otro lado, como una matriz curricular obligatoria no vinculada a la investigación o a la extensión.

Mientras existan posiciones que interpreten la práctica jurídica de los aprendizajes curriculares como una especie de actividad universitaria de extensión visto que, en ese tipo de acción hay una atención externa, un servicio prestado a la comunidad, y entendiéndose que esa forma de actuar no está alineada con la idea de extensión conducida por el Forum de Prorectores de Extensión de las Universidades Públicas Brasileñas, en este sentido la extensión es:

... un proceso educativo, cultural y científico que articula la enseñanza y la investigación de una forma indisoluble y hace viable la relación transformadora entre universidad y sociedad. La extensión es un sendero de doble vía: con tránsito asegurado para la comunidad académica que encontrará en la sociedad, la oportunidad de elaborar la praxis de un conocimiento académico. Retornando a la universidad, los docentes y el alumnado traerán un aprendizaje que sometido a la reflexión teórica, aumentará aquel conocimiento.

... Ese flujo que establece el intercambio del saber sistematizado, académico y popular tendrá como consecuencia la producción del conocimiento resultante de la confrontación con la realidad brasileña y regional, la democratización del conocimiento académico y la partici-

pación efectiva de la comunidad en la actividad universitaria. Además de instrumentar este proceso dialéctico de teoría/práctica, la extensión es un trabajo interdisciplinar que favorece la visión integrada de lo social.

La práctica jurídica, real o simulada, tiene en las normativas vigentes el nítido carácter de un entrenamiento preprofesional, restringido a las profesiones tradicionales del mundo jurídico (y no interdisciplinarias) sin ser efectivamente una actividad de extensión plena tal cual definen las directrices antes citadas, las cuales digamos de paso, se caracterizan como actividades facultativas de los estudiantes, lo que no sucede en las oficinas-modelo que materializan actividades curriculares obligatorias del currículo mínimo.

Así, es creíble promover que los servicios legales establecidos, a menos que se repita esto en el plano formal, sean como núcleos de práctica o como oficinas-modelo ya establecidas, que posean un modelo o presupuestos de cuño tradicional aproximándose a la tipología hecha por Campilongo.

Vista apenas como una tendencia formal, sólo trabajos empíricos específicos podrán, cualitativamente, cotejar el grado de “tradicción” de esos servicios legales universitarios curriculares que funcionan en Brasil. Sin embargo no se puede, a un nivel de problemática preliminar, despreciar el perfil general de los cursos jurídicos en Brasil, los cuales desde el siglo XIX hasta hoy, salvo raras excepciones, están apegados al paradigma positivista (si se quiere pospositivista) y al formalismo jurídico extremo.

Desde ese punto de vista se debe ponderar, aún hipotéticamente, que medida una práctica curricular de atención gratuita, y realizado como aprendizaje curricular obligatorio, orientado en líneas generales por la asistencia judicial gratuita, el modelo coimbrano antes mencionado podría desentonar (o hasta consolidar).

Lo que todo indica es que la práctica jurídica real, en el nivel curricular, no se ha apartado de esas determinaciones epistemológicas, históricamente arraigadas en los cursos jurídicos brasileiros.

SERVICIOS UNIVERSITARIOS INNOVADORES: LA RED DE ASESORÍA JURÍDICA POPULAR UNIVERSITARIA (RENAJU)

Al lado de las oficinas-modelo (núcleos de práctica) desde hace por lo menos tres décadas atrás se han venido desarrollando otras experiencias de apoyo jurídico gratuito, de cuño popular, en el campo de los servicios legales típicamente universitarios. Los marcos históricos de tales experiencias paradigmáticas de servicios legales innovadores

parten de las experiencias de dos entidades de Río Grande do Sul y de Bahía en universidades públicas federales que hoy han creado la Red Nacional de Asesoría Jurídica Universitaria (RENAJU).

Dentro de otras variables, sorpresivamente de origen estudiantil, tales servicios surgieron a partir de la crítica o del agotamiento del modelo de práctica jurídica tradicional. En ese sentido, aún entendiendo la práctica jurídica como una forma de extensión, desde un punto de vista diferente adoptado en otro lugar, vale la pena transcribir el registro de José Geraldo de Sousa Júnior hecho a finales de la década de 1990:

La experiencia de la asesoría jurídica, especialmente en el marco de la realización de los derechos humanos y en el contexto de la formación jurídica en la universidad brasilera, se caracterizó de manera general como estrategia relevante de la extensión universitaria.

En la tradición de los cursos jurídicos brasileros, esa estrategia respondió invariablemente como expectativa de adiestramiento para la práctica profesional a la llamada demanda de la asistencia judicial.

Generalmente prestada por las oficinas-modelo de las facultades, la asistencia judicial cumplió siempre la función de dar amparo legal a las personas sin recursos y de realizar casi que una experiencia exclusiva de extensión universitaria de los estudiantes de derecho, en la medida en que proporcionaba un contacto, aunque limitado, con la realidad social mediada por los relatos de los prestadores de esos servicios de asistencia jurídica.

Sin perder de vista la importancia de ese instrumento de participación estudiantil, se constató en una coyuntura reciente de recalificación de la enseñanza jurídica, *el agotamiento funcional del modelo de extensión fundado en la asistencia judicial como elemento curricular, insuficiente en sus presupuestos, pues se mostró inepto para superar el pragmatismo proveniente de un sistema de enseñanza técnica, oficial y conformista* (énfasis agregado) (Sousa Júnior, 1998: 86).

En el contexto actual, aún contestando la perspectiva de entender el aprendizaje curricular como extensión universitaria, Sousa Júnior apunta claramente que la divisa para el surgimiento de otras formas de asesorías jurídicas universitarias estuvo fundada en la superación de las faltas que, en aquel momento, ya se señalaban en el modelo del aprendizaje tradicional. Ese epígrafe surgió junto con el protagonismo de algunos alumnos que hacía tiempo, desde el periodo de la excepción política (1964), ya organizaban servicios legales que fueron paulatinamente rompiendo con los parámetros del apoyo jurídico tradicional de las facultades de derecho de las universidades federales de Río Grande do Sul y de Bahía.

Dichas entidades estudiantiles son: el SAJU –Servicio de Asesoría Jurídica Universitaria (UFRGS)–, creado en 1950, y el SAJU –Ser-

vicio de Apoyo Jurídico (UFBA)–, fundado en la década de los sesenta (Wolkmer, 2002: 86).

A pesar de la identidad de siglas, y de ser entidades creadas por iniciativas estudiantiles, los SAJU no poseen similitud institucional. Lo que los unió a mediados de la década de los noventa, en el Encuentro Nacional de Asesoría Universitaria (ENAJU), fue justamente esa sintonía en relación con la contestación de los modelos tradicionales vigentes. En aquel momento se dio una ruptura paradigmática, cuyo cúmulo teórico y la militancia posibilitaron la creación posterior de la Renaju.

El perfil sajuano de actuar, a pesar de que inicialmente tuvo raíces en la práctica forense, en líneas generales difería de los servicios universitarios tradicionales por las siguientes características fundamentales de las entidades:

- a) Fueron formadas y administradas por una iniciativa exclusiva de los académicos, guardando relativa autonomía de decisión frente a las administraciones de los espacios que ocuparon en los cursos de derecho.
- b) Ocuparon espacios públicos en los recintos de las universidades federales, a tiempo que promovieron actividades de carácter social, interactuando institucionalmente con las administraciones de los cursos de derecho así como con ONG y movimientos sociales.
- c) Invalidaron las actividades permanentes o los proyectos maduros, la mayoría de ellos de extensión universitaria y algunos típicamente de investigación.
- d) Diferenciaban, conceptual e instrumentalmente, la asistencia jurídica de asesoría jurídica siendo, la primera, una forma de apoyo jurídico individual y la segunda un apoyo jurídico colectivo.
- e) Iniciaron sus trabajos con la preocupación vuelta hacia la cuestión de la “práctica jurídica”, por lo que tal concepto fue ampliado para la realización de proyectos no sólo vueltos hacia la práctica forense.

A pesar de que los SAJU ejercieron una importancia central, en función de ser pioneros así como por el hecho de ser catalizadores de la discusión de la práctica jurídica de carácter emancipador en el cuerpo estudiantil brasileiro, actualmente el campo de los servicios legales universitarios engloba a un conjunto de varias entidades, todas estudiantiles, las cuales comparten el mismo concepto ampliado de apoyo jurídico.

Al poseer cierta similitud con el modelo de organización de la Red Nacional de Abogados Populares (Renaap), la Red Nacional de Asesoría Jurídica Universitaria (Renaju) se estableció con nueve entidades nacionales: CAJU/CE, Cajuina/PI, Najuc/CE, Niajup Negro Cosme-MA, SAJU-BA, SAJU-CE, Siajup-PR, SAJU-RS, SAJU-SE. Estas entidades desarrollan trabajos con las comunidades urbanas y rurales, indígenas y negras, cooperativas y escuelas públicas.⁴

Un importante documento de la Renaju, existente en medios electrónicos, es su carta-compromiso, la cual refleja el perfil innovador de esas entidades y su carácter nítidamente de extensión:

Artículo 1º. La Red Nacional de Asesoría Jurídica Universitaria (Renaju) es la unión de las entidades vinculadas a las instituciones de enseñanza superior que prestan asesoría jurídica popular y obedece a los siguientes principios y finalidades:

I. Luchar por una sociedad justa y democrática, valorizando la pluralidad de ideas y la dignidad de la persona humana.

II. Promover la integración de las entidades afiliadas a ella a través del intercambio de ideas y de proyectos de asesoría jurídica popular.

III. Luchar por la discusión y profundidad respecto del ejercicio de los derechos humanos, conduciendo propuestas que busquen la garantía de los mismos.

IV. Fomentar la creación de núcleos que defiendan la eficacia de los derechos mencionados en el inciso anterior y con respaldo para el acceso a la justicia.

V. Funcionar como un instrumento crítico del contenido académico adquirido por el estudiante de derecho y que anhela ser un eslabón entre la universidad y la sociedad.

VI. Desvinculación de cualquier ideología político-partidista.

Parágrafo único – Se considera asesoría jurídica popular la actividad en defensa de las demandas colectivas e individuales y/o el servicio de educación jurídica popular, considerando el acceso a la justicia, a la efectividad de los derechos humanos y de la ciudadanía.

Artículo 2º. Pueden componer la Renaju, las entidades que obedezcan a los principios mencionados y que sean administradas por los propios estudiantes aunque con una orientación del profesor designado por la universidad, así como las que presenten un proyecto con la ejecución iniciada que atienda a los principios y finalidades de este documento.

Como se ha mencionado, las diferentes entidades que componen la Renaju, a pesar de la similitud de principios, no poseen un mode-

⁴ Documento insertado en la página virtual del Proyecto Mandacaru. Disponible en: <http://www.ceut.com.br/mandacaru/renaju.htm>. [Consultado el 1 de diciembre de 2004].

lo institucional único, compartiendo el hecho de que poseen una gestión estudiantil, una orientación docente y una actividad mediante proyectos de diversos tipos (extensión e investigación). Algunas de ellas tienen estatutos formalmente registrados, o que las califican como personas jurídicas de derecho privado (como es el caso del SAJU/UFBA), a pesar de que en ciertos casos actúan en la universidad pública y en otras lo hacen únicamente en forma de proyecto con dirección horizontal, colectiva, con apoyo institucional de profesores contratados y aliñados con las premisas ideológicas del movimiento.

La opción mayoritaria de esos servicios estudiantiles, raros en diversos sentidos al formato tradicional de oficinas-modelo –por el trabajo en capacitación y organización universitaria, por la oferta de cursos, el análisis de demandas colectivas, además de ser servicios de adhesión voluntaria sin adhesión curricular obligatoria–, los vincula directamente a las actividades universitarias de extensión y de investigación.

Esa curiosa simbiosis de protagonismo estudiantil, la extensión y la investigación desvinculadas de las estrategias de asistencia judicial, tan sólo hacen que se pueda percibir un modelo de servicio legal universitario, típicamente innovador.

En el campo de la actividad investigadora, lo que sería impensable en un servicio legal tradicional de tipo asistencial, se destaca el SAJU/UFRGS el cual al incentivar la investigación científica y la extensión universitaria, afirmando la importancia de su interrelación, cumple su función de fomentar por la base el desarrollo de dos importantes áreas del trípode universitario que son poco valoradas y divulgadas en las facultades de derecho del país ... (Jost, 1997: 6).

De forma breve, éstas pueden ser señaladas en líneas generales como los dos paradigmas de servicios legales que históricamente se consolidaron en el campo de las universidades brasileras.

CONCLUSIÓN

Como se dijo al comienzo, el análisis tipológico, más que una suma de características, consiste en un cuadro conceptual que empeora determinadas variables, precario y a veces arbitrario, pero que se muestra como un importante medio para plantear problemas racionalmente, lo mismo que fenómenos sociales complejos.

En ese sentido, como alerta Campilongo, su tipología aplicada a la realidad de los servicios legales brasileros, aún siendo de carácter “teórico-bibliográfico”, fue resultado de la consolidación de otros trabajos sobre todo los de Joseph Thome y Fernando Rojas Hurtado (Campilongo, 2000: 16-46).

No se puede, dentro de las variables anotadas, afirmar que todas las oficinas-modelo en Brasil operan únicamente por una lógica tradicional. Diversos autores ponderan que existe cierta apertura normativa para que en las oficinas-modelo (o núcleo de práctica) sean realizadas distintas actividades, a partir de estrategias no sólo defensivas sino también preventivas, de información a la población mediante proyectos comunitarios (Caovilla, 2003: 193).

Sin embargo, esa posibilidad puede chocar con las directrices y los presupuestos señalados a lo largo de este trabajo, principalmente con la lógica curricular, monodisciplinaria y procesal-formal que sustenta las directrices curriculares mínimas de tales actividades.

Por ello, la hipótesis lanzada para reflexionar es la de que el aprendizaje curricular, a pesar de su necesario contacto externo, guarda dimensiones más próximas de las actividades de enseñanza universitaria, entendiéndose por enseñanza el conjunto de prácticas formativas preprofesionales de entrenamiento, basadas en conductas de los profesionales tradicionales del derecho. Esto se da como consecuencia de una estructura curricular que también, desde el punto de vista general, no es multidisciplinar ni rompe con los signos simbólicos de los operadores tradicionales del derecho.

En efecto, las normativas específicas que dirigen la práctica jurídica real en los cursos jurídicos brasileños, sobre todo con la revocada disposición 1886/94, tuvieron abierto el abanico para convenios de diversos tipos y aún así apuntaron a estructuras de formación tradicional, las cuales fueron entendidas aquí como servicios legales tradicionales a veces ya establecidos con el formato de oficinas-modelo, y en otros momentos armados como núcleos de práctica jurídica.

La práctica jurídica no tradicional se insinúa por caminos no curriculares estrictos en el campo de los servicios legales universitarios, pero sí por vía de la extensión universitaria (voluntaria) conjugada, en ciertos casos, con proyectos de investigación. Por eso, el criterio que sirve como variable capaz de indicar en el campo de los servicios legales universitarios su perfil innovador está en la proximidad de la investigación y la extensión que tales entidades mantienen. Si en un comienzo, el modelo sajuano que originalmente surgió en las universidades federales de Río Grande do Sul y de Bahía tenía una preocupación “forense”, a mediados de la década de los noventa hubo una extensa ampliación de esa forma innovadora de entender la práctica jurídica universitaria de autogestión estudiantil que se extendió por todo el país.

Como se mencionó, el ápice de ese proceso de acumulación de discusiones y experiencias resultó en la Renaju, la cual divulga y amplía ese paradigma de actuación.

Entonces, la contribución de las asesorías universitarias brasileiras de sello innovador parece radicar no sólo en la posibilidad concreta de hacer la extensión y la investigación “dentro” de los cursos jurídicos, sino también en la posibilidad abierta de construir un nuevo concepto de extensión universitaria en que esa función sea para la universidad un enlace vivo de saber y no sólo una actividad restringida a los cursos pagados, los cuales colaboran tan sólo en la formación endógena de los propios cuadros de la universidad.

De manera evidente, tales conclusiones necesitan de la problemática de otros trabajos empíricos. Mientras tanto, traen a discusión esos modelos como parámetros para pensar en estrategias concretas de modificación teórico-práctica de los cursos jurídicos brasileiros.

Al final, basándose en tales ponderaciones, se tiene la percepción preliminar de que los modelos (paradigmas) de los servicios legales universitarios brasileiros revelan la punta de un *iceberg* en el campo de la educación jurídica.

De otra parte, están inmersos los presupuestos epistemológicos y éticos que orientan tales prácticas y que pueden, obviamente, servir de un lado a la reproducción de los valores y las concepciones del derecho apegadas al formalismo, o de otro, propiciar la emancipación social.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMPILONGO, Celso Fernandes (2000), “Asistencia jurídica y abogacía popular: servicios legales en São Bernardo do Campo”, en *El derecho en una sociedad compleja*, São Paulo, Max Limonad.
- CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca (2003), *Acceso a la justicia y a la ciudadanía*, Chapecó, Argos.
- ROJAS, Fernando (1988-1989), “Comparación entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina”, *El otro derecho*, Bogotá.
- JOST, Lucas Aurélio (1997), Periódico del SAJU. Periódico del Servicio de Asesoría Jurídica Universitaria de la UFRGS, Año I, num. 1.
- LUZ, Vladimir de Carvalho (2006), *Asesoría jurídica popular en Brasil: paradigmas, formación histórica y perspectivas*. Investigación inédita, Rio de Janeiro, Lúmen Júris.
- SOUSA Júnior, José Geraldo de (1998), “La asesoría jurídica en el marco del cincuentenario de la edición de los derechos humanos”, *Revista del SAJU*, Vol. 1, núm. 1, Porto Alegre, Facultad de Derecho de la UFRGS.
- WOLKMER, Antonio Carlos (2002), *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, 4 edición, São Paulo, Saraiva.

Documentos electrónicos

Cartilla de la Renaju. Documento insertado en la página virtual del Proyecto Mandacaru. Disponible en: <http://www.ceut.com.br/mandacaru/renaju.htm>. [Consultado el 1 de diciembre de 2004].

Plan Nacional de Extensión. Documento del Forum Nacional de Prorectores de Extensión de las Universidades Públicas Brasileñas. Disponible en: <http://www.renex.org.br/arquivos/pne/oqueeaext.htm>. [Acceso el 1 de diciembre de 2004].

Legislación

BRASIL, Constitución de la República Federativa del Brasil, texto constitucional promulgado el 5 de octubre de 1988 con alteraciones adoptadas por las Enmiendas Constitucionales num. 1/92 a 43/2004, y por las Enmiendas de Revisión num. 1 a 6/94. Brasília, Senado Federal, Subsecretaría de Ediciones Técnicas, 2004.

_____, Ley 1.060 del 5 de febrero de 1950 (Ley de Asistencia Judicial Gratuita). Establece normas para la concesión de la asistencia judicial a los necesitados. Código de Procedimiento Civil, 19 edición, São Paulo, Saraiva, 1989.

_____, Ministerio de Educación. Disposición 1886 del 30 de diciembre de 1994. Fija las directrices curriculares y el contenido mínimo del curso jurídico. Disponible en: http://www.cbfdmg.com.br/Port_1886.htm. [Consultado el 10 de enero de 2003].

_____, Ley 8.906 del 4 de julio de 1994 (Estatuto de la abogacía). Disponible en: http://www.oab.org.br/busca_resultado.asp?cdchave=47&palavra1=estatuto&palavra2=advocacia. [Consultado el 10 de agosto de 2006].

_____, Resolución núm. 9 del 29 de septiembre de 2004 del Consejo Nacional de Educación de la Cámara de Educación Superior. Disponible en: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. [Consultado el 9 de agosto de 2006].

Acceso a la justicia y servicios jurídicos no estatales en Venezuela*

SONIA BOUEIRI BASSIL**



Este trabajo analiza los servicios jurídicos no dependientes del Estado en Venezuela a la luz de sus aportes a la problemática del acceso a la justicia. Se parte de una elaboración teórica del significado e importancia del acceso en la dinámica social, sus principales obstáculos y las respuestas frente a ellos. A través de un estudio socio-jurídico fundamentado en un trabajo de campo, se describen aspectos concretos de estas organizaciones muy poco conocidas hasta ahora en nuestro país: su configuración, funcionamiento, tipo de casos atendidos y usuarios, ubicación geográfica, alcance y limitaciones, soporte económico, motivaciones en su labor, entre otros aspectos. El estudio evidencia el importante aporte que ellas han brindado para satisfacer necesidades jurídicas, especialmente de la población más pobre, a la vez que representan una experiencia enriquecedora para estudiantes y profesionales desde la perspectiva del trabajo comunitario y el “aprendizaje en acción”.

* Este artículo es el resultado de una serie de investigaciones y experiencias personales, estas últimas se produjeron tanto en la administración de justicia formal como en servicios jurídicos ubicados en comunidades pobres de Venezuela. Específicamente tuvimos la oportunidad de fundar el Programa de Asesoría Jurídica Comunitaria de Fundimma –El Bufete Popular–, el cual coordinamos durante varios años en Mérida, también trabajamos por varios años en la Asociación Civil de Estudiantes de Derecho para la práctica Forense (Acedepraf), adscrita a la Asociación Nacional de Clínicas y Asistencia Jurídica Voluntaria de Venezuela (Asocliva). Gran parte de la información descriptiva se extrajo de un estudio de naturaleza socio-jurídica que realizamos en la década de los noventa con el título original “Acceso a la justicia y servicios jurídicos en Venezuela” (Boueiri, 1994), el cual hizo parte de nuestra tesis de maestría durante la formación en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate, España, y cuyos resultados no habían sido publicados hasta ahora. Más adelante, participamos en la elaboración del Directorio Latinoamericano de Servicios Legales dirigido por el Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA), para el caso venezolano, lo cual nos permitió seguir interactuando y conociendo de cerca estas organizaciones.

** Profesora e investigadora en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes de Mérida, Venezuela. Actualmente realiza una investigación sobre el desarrollo histórico de las políticas públicas en materia de acceso a la justicia en Venezuela. sboueiri@ula.ve



Access to justice and informal legal services in Venezuela

This paper analyses legal services independent from the State in Venezuela with the aim of shed new light on their contributions to access to justice. It starts from a theoretical reflection about the meaning and salience of access to justice in the social dynamics, its mains shortcomings and the answers presented before this problems. Through a socio legal study, grounded on a field work, the paper describes particular features of these almost unknown organizations of our country: their configuration, functioning, type of cases attended and users, geographical localization, scope and limitations, economic support, working motivations, among other aspects. The paper shows their significant contribution to the satisfaction of public needs, specially those of the poorest sectors, and their character as an enrichment experience for students and professionals in communitarian work and from the perspective of "learning through action".

EN TORNO AL ACCESO A LA JUSTICIA¹

"Como por mucho tiempo pensé que el derecho era sólo un mecanismo de dominación o una forma social capitalista a veces prefería aceptar los postulados vulgares del saber común jurídico que aunque no explican nada dicen algo, entre cierto o irónicamente grotesco: 'una cosa es el derecho otra la realidad'; o 'hecha la ley hecha la trampa' o 'la ley es un perro que sólo muerde a los de ruana'. En todo caso estas percepciones eran verdaderamente insatisfactorias. El derecho a veces no le sirve al capitalismo; el derecho, en parte también es la realidad y en parte ficción; el perro también a veces muerde a los de corbata...El derecho es más complejo, no se explica con un sólo principio...

¹ La voz castellana "acceso a la justicia" se encuentra traducida a varios idiomas de la siguiente forma: *zugang zum Recht* (alemán), *access to justice* (inglés), *accesso alla giustizia* (italiano), *accès à la justice* (francés). Del latín *accessus*, la palabra acceso, en sentido general, es indicativa de llegada o acercamiento a algo, el lugar por el que se llega o se entra a un sitio, o la posibilidad de tratar a alguien o de alcanzar algo (Clave, 1997). Por su parte, el término "justicia" es utilizado aquí en el sentido que expresan normalmente los juristas para referirse al conjunto de instituciones, procedimientos y operadores que intervienen en la dinámica de resolución de conflictos legales dentro del aparato jurídico formal, valga decir, los tribunales y órganos administrativos, los jueces, abogados y las leyes en general. El acceso a la justicia implica no sólo la posibilidad de accionar una serie de recursos, hay que entenderla como un camino, un recorrido, una dirección, una estrategia, una interacción y un resultado. Visto así, el término "acceder a la justicia" implicaría una actividad compleja en la que los ciudadanos tienen el derecho, y la posibilidad real, de utilizar el sistema jurídico estatal con el propósito de hacer valer los derechos legalmente reconocidos y obtener una respuesta oportuna y satisfactoria.

¿Cómo se pueden construir los derechos de aquellos a los que no se les reconoce derecho? ¿Es posible hacer un contraderecho? ¿Otro derecho, un derecho de los pobres?

Decidí que el camino antagónico de los sacolevas, de las pelucas, de las corbatas, de los birretes, de los juramentos en nombre de Dios y de la Patria no era únicamente el que me ofrecían las mochilas, las artesanías, el lenguaje informal, el desprecio por los expedientes, los articulados y los párrafos (incluidos los transitorios). Pensé que también podía decir algo. Pero antes tenía que comprender mejor:

Del libro de Germán Palacios,
El derecho alternativo.

El acceso efectivo a los derechos y las garantías ciudadanas se reconoce como el elemento que da vida al establecimiento formal de los nuevos derechos individuales y sociales, ya que la posesión de los mismos carece de absoluto sentido si no existen mecanismos para su aplicación real. Algunos llegan a afirmar que el acceso efectivo a la justicia se puede considerar como el requisito más básico –el “derecho humano” más fundamental– en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos (Cappelletti y Garth, 1996: 12-13). Bajo esta óptica podríamos definir el acceso a la justicia como una “corriente de pensamiento que se interroga sobre las condiciones de paso de un estado formal a un estado real de derecho en que la causa de uno sea escuchada por las cortes y los tribunales” (Balate, 1993: 215; traducción propia del francés). Este autor también propone una segunda acepción que concibe el acceso como una teoría crítica, frente al centralismo jurídico planteado, que busca ampliar su campo de investigación y aplicación, concentrado este último particularmente en el mejoramiento de la solución de litigios y transacciones fuera de las cortes y los tribunales.² Sin duda alguna, ambos tipos de planteamientos resultan de mucha utilidad en muchos países como Venezuela en donde ha sido extremadamente difícil tener acceso

² Se postulan aquí las llamadas vías alternas o informales de resolución de conflictos que autores como Mauro Cappelletti (1978; 1993; 1996) llamarán “derecho coexistencial”. No obstante el reconocimiento de estas prácticas jurídicas, nos enseñará Boaventura de Sousa Santos que a pesar de que el derecho oficial no es sino una forma más de juridicidad de las tantas que circulan en la sociedad, “es importante reconocer que el derecho estatal continua siendo, en el imaginario social, un derecho central, un derecho cuya centralidad, a pesar de ser crecientemente cuestionada, es aún un factor político decisivo. Es, tendencialmente, la forma más importante de derecho” (Santos, 1991: 35).

eficiente³ a la administración de justicia. Uno de los elementos que da fe de esta dramática realidad es que sólo un 7% de los venezolanos cree en una de sus piezas claves: el poder judicial; ello puede deberse a que éste sólo da respuesta al 14% de los casos llevados a tribunales (Ponce, 1995: 295).

No obstante esta lucha a favor del acceso *de todos*, hay que recordar que el derecho es un mecanismo de redistribución de riquezas importante en la sociedad,⁴ y que el no acceso a los recursos jurídicos que éste ofrece, o el acceso deficiente dentro del aparato formal de justicia (en el caso de los pobres), se convierte en un mecanismo que permite la perpetuación de una situación socialmente injusta. El no acceso afecta particularmente a los pobres porque ellos ya se encuentran en situación de desventaja socioeconómica, y el hecho de no acceder a la justicia genera, a su vez, un aumento de esta desventaja o al menos la perpetúa. Recordemos que, además, son ellos los portadores de los casos de menores cuantías que resultan ser, casi siempre, proporcionalmente más caros a la hora de una reclamación.⁵ Además, la lentitud de los procesos produce costos adicionales para los usuarios y esto, en el caso de los pobres, es más grave por la misma situación de carencia a la que están sometidos.⁶ Desde esta visión podríamos postular una definición más ajustada a la realidad latinoamericana (y venezolana), marcada por la pobreza de sus habitantes y la inequidad en la repartición de los recursos. Así, el acceso a la justicia puede definirse como la acción afirmativa del Estado, con preferencia en los sectores económicamente pobres, dirigida a producir la disponibilidad real de medios o recursos necesarios para hacer valer los derechos y las garantías contenidas en la Constitución, y de-

³ La eficiencia se refiere a la relación medios-fines. Una organización o sistema es eficiente en la medida que realice los fines que se ha propuesto con la mayor economía de medios. Con frecuencia se distingue de la eficacia, que se refiere sólo a la realización de los fines (Pérez, 1995: 14).

⁴ La tendencia natural es que el derecho opere como un factor de distribución negativa, es decir, de concentración de la riqueza y el poder, en aquellos que ya disponen de ellos (o en ciertos sectores de éstos). Los propósitos de redistribución tienden a verse frustrados por este elemento estructural de la sociedad (Pérez, 1985).

⁵ Cappelletti y Garth (1978) corroboraron esta afirmación en el Proyecto Florencia. En algunos países como Italia, los costos de los litigios en materia civil podían alcanzar el 8,4% del valor de la causa en los procesos de valor elevado, mientras que en las causas de valor mínimo ese porcentaje podía elevarse a 170%.

⁶ En un estudio realizado en Perú, un recurrente en el consultorio jurídico gratuito de Carmen de la Legüa contó lo siguiente: "un abogado me dijo que podía llevar mi caso en un juicio, pero la primera cuota de sus honorarios significa para mí el mismo dinero que uso para comer en un mes. Es imposible ir a juicio. Es mejor acostumbrarme al problema. ¿Qué puedo yo hacer?" (Armas, 2002: 11).

más leyes que la desarrollan, con resultados individual y socialmente justos. Con esta orientación el Estado no sólo debe asumir que en la tarea de ofrecer oportunidades de acceso existe una masa social dispar, cuya carencia material no debería representar un obstáculo para acceder al sistema jurídico y recibir satisfacción de igual calidad que el resto de los participantes, también debe asumir que los pobres representan una prioridad en sus políticas. Así, aunque siempre se nos recuerde que la igualdad absoluta en el plano real es un imposible, lo que no puede negarse, en definitiva, es la igualdad de oportunidades para acceder a las instituciones, órganos o poderes del Estado que generan, aplican o interpretan las leyes y regulaciones normativas que con certeza tendrán especial impacto en el bienestar social y económico de las personas de escasos recursos (Bates, 1992: 156). En indudable, por tanto, que el acceso a la asistencia legal constituye uno de los medios de complemento en una política de distribución de ingresos.⁷

Algunos autores, por el contrario, sugieren que es poco lo que el acceso, así concebido, puede cambiar en la sociedad si no se producen cambios estructurales (es decir, profundamente políticos) relacionados con una redistribución más justa de la riqueza. En un estudio titulado *Les méandres juridiques de l'accès à une justice "alternative" dans les pays en voie de développement*, Jean-Denis Archambault nos aporta la siguiente reflexión: el acceso a la justicia no es, en primer lugar, un asunto de derecho, sino más bien de cosas y hechos materiales. Piensa que la primera justicia que falla cruelmente en los pueblos de los países en vía de desarrollo (PVD) es la de la auténtica riqueza, es decir, esa suficiencia de bienes sin la cual cada día es más engañoso afirmar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; es así que afirma "la libertad o la igualdad en la pobreza son un absurdo, en efecto, el hambre constituye una traba para la libertad del individuo y un extremo de la negación de justicia, hechos a los que sólo la alimentación puede poner remedio. *En los PVD, la justicia (entiéndase acceso a la) pasa necesariamente por la creación de la abundancia o, bien si como ocurre a menudo la riqueza está concentrada, por la distribución equitativa de dicha abundancia*" (Archambault, 1990: 436-437; traducción propia del francés, énfasis agregado). En efecto, la riqueza (entendida como distribución equitativa) si bien no garanti-

⁷ Algunos reivindican la relación entre el grado de desarrollo de un país y el nivel de acceso de la población a la asistencia jurídica. Según Bates, dado que el desarrollo no es otra cosa que un medio para mejorar el bienestar de la población, estas políticas de asistencialidad son complementarias y perfectamente pueden considerarse como insumos demandados por el mismo proceso (Bates, 1992: 178).

za un acceso a la justicia, es una condición que la precede.⁸ En todo caso, es esta inequidad o desigualdad de posibilidades de acceder, lo que lleva a incluir el aspecto socio-político al concepto, “de ahí entonces que se hable de derecho de acceso a la justicia como una forma de acción jurídico-política”⁹ (Begala y Lista, 1999-2000: 408).

LA PROBLEMÁTICA DEL ACCESO

Aunque con nuestras especificidades, los obstáculos más frecuentes reconocidos a nivel mundial para acceder a la justicia¹⁰ no le son ajenos a nuestro país, y pueden agruparse en tres bloques que tratan básicamente aspectos relativos a la carencia de recursos, el tema del procedimiento y, por último, las dificultades que producen una serie de factores culturales, geográficos, etc., que interactúan en la dinámica del acceso y que obligan a abordar este tema de manera integral. Veamos.

⁸ Hay que mirar con cuidado las tesis que enfatizan en que “el derecho de acceso a la justicia connota los medios gracias a los cuales los derechos se hacen efectivos”, refiriéndose, casi siempre, a la necesidad de reformas que dejan intactas las estructuras de poder y promueven cambios operativos en la administración de justicia (por lo demás necesarios, pero no suficientes) para “vencer las barreras a un acceso efectivo”. Algunas de ellas ni siquiera cuestionan el tipo de derecho por el cual se lucha por acceder, como si éste gozara de neutralidad en la dinámica socioeconómica.

⁹ Valdría la pena preguntarse, por ejemplo, ¿hasta qué punto pueden igualarse las oportunidades de acceso a la justicia en países de extrema desigualdad social?, o ¿qué sentido tiene obtener satisfacción de un derecho que perpetúa, a la larga, una situación socioeconómica injusta? Como bien nos recuerda Boaventura de Sousa Santos (1989: 56) “la desigualdad de la protección de los intereses sociales de los distintos grupos sociales está cristalizada en el mismo derecho sustantivo, por lo que la democratización de la administración de la justicia, aunque plenamente realizada, no logrará más que igualar los mecanismos de reproducción de la desigualdad”.

¹⁰ El estudio denominado Proyecto Florencia para el acceso a la justicia es, a nivel de trabajos comparados y multidisciplinarios, la investigación más importante para el análisis de este tema; en él se estudiaron unos treinta países y contribuyeron más de un centenar de personas, entre juristas, sociólogos, economistas, politólogos, antropólogos y psicólogos de los cinco continentes. Publicado en 1978-1979 en seis tomos. El “Proyecto Florencia para el acceso a la justicia”, desarrollado durante cuatro años, fue recogido de la siguiente forma: Volumen I (en dos libros que suman un total de 1.037 páginas), *Access to Justice: A World Survey* (compilado por Cappelletti y Garth); Volumen II (también en dos libros), *Access to Justice: Studies of Promising Institutions* (compilado por Cappelletti y Weisner); Volumen III, *Access to Justice: Emerging Perspectives and Issues* (compilado por Cappelletti y Garth), y Volumen IV, *Patterns in Conflict Management: Essays in the Ethnography of Law. Access to Justice in an Anthropological Perspective* (compilado por Koch). Esta obra fue seguida en 1981 por el volumen *Access to Justice and Welfare State*, en inglés, y publicada en francés en 1984 con el título *Accès a la Justice et Etat-Providence*. Luego Cappelletti dicta unos seminarios que tuvieron lugar en la Universidad Autónoma de México (UNAM) en 1990, y cuyos contenidos fueron posteriormente recogidos en el libro *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* (Cappelletti, 1993). Más recientemente, en 1996, se publica en castellano la parte introductoria del “Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia” bajo el título *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*.

Los obstáculos relacionados con lo económico

Los obstáculos relacionados con lo económico tienen que ver principalmente con el costo de los litigios, y muy especialmente con los honorarios de los abogados. Este problema no afecta solamente a los países pobres, en países como España, por ejemplo, las llamadas costas procesales y los honorarios del abogado cuentan con respuestas como la función del turno de oficio, no obstante, autores como Robles cree que aunque éste es un paliativo del problema, es inevitable (aunque no en todo caso justificable) que quien acuda al privilegio de pobreza tenga el sentimiento de que va a ser peor atendido (Robles, 1993: 238-240). En los países pobres, la carencia de recursos dificulta lógicamente la contratación de un abogado privado, el pago de los aranceles judiciales,¹¹ entre otros gastos. Las llamadas reclamaciones pequeñas son, en general, las que más sufren por la barrera del costo haciendo casi inútil su reclamación.¹² La relación tiempo-reclamación incrementa el costo para las partes si se toma en cuenta el elemento inflacionario, y ejerce gran presión sobre la parte económicamente débil para que abandone su reclamación o acepte una cantidad (o solución) desmejorada en relación con aquélla a la que tiene derecho (Bates, 1992; Cappelletti, 1993; Armas, 2002).

En cuanto a las barreras económicas centradas en la administración pública, no sólo resultan insuficientes y débiles los programas de ayuda legal en términos que contribuyan a mejorar los niveles de vida de sus clientes, sino que el ciudadano común está desprotegido

¹¹ Son tributos que se le pagan al Estado para hacer uso del poder judicial. Normalmente se cancelan durante todo el proceso y el monto depende de cada actuación; por ejemplo, en Perú para apelar una sentencia se pagan aproximadamente 35 pesos; por actuaciones fuera de la sede del juzgado el costo es de aproximadamente 44 pesos y una fotocopia cuesta 1.77 pesos, siendo que en cualquier tienda del país costaría de 0,014 a 0,029 dólares (Armas, 2002: 16-19).

¹² La información obtenida para el Proyecto Florencia muestra claramente que la proporción del costo frente a la cantidad en disputa se incrementa cada vez más conforme baja el valor económico de la demanda. Por ejemplo, en Alemania, el costo de un juicio por unos 100 dólares en el sistema regular de tribunales llega aproximadamente a 150 dólares, aun cuando solo participe un tribunal de primera instancia, mientras que el costo de una demanda por 5000 dólares norteamericanos que incluirá dos instancias sería de aproximadamente 4200 dólares, que sigue siendo muy alto, pero menor al valor de la reclamación. No es necesario multiplicar estos ejemplos; es claro que los juicios de menor cuantía requieren una atención especial si se quiere obtener un acceso real (Cappelletti, 1993: 16). En el caso de los países pobres, por ejemplo en Perú, en un estudio que describe los consultorios gratuitos para personas pobres, se encontró que el 29% de los casos tratan materias de alimentos (normalmente madres solteras desempleadas o subempleadas que quieren ir a juicio en representación de sus hijos). Como vemos, las recurrentes luchan por la posibilidad de atender su propia subsistencia, y la de las personas que dependen de ellas. Los abogados de oficio que ofrece el Estado para esta materia no dan abasto, y el funcionamiento de este sistema de atención es, en general, completamente inadecuado (Armas, 2002: 16-19).

frente a los abusos e ilegalidades de la administración (Bates, 1992: 190). En Venezuela, por ejemplo, algunos autores han afirmado que la burocracia tribunalicia es atrasada y carente de recursos técnicos y administrativos. El control manual de los expedientes produce dilación en los juicios y propicia las “gestiones personales” (amistad, tráfico de influencias, etc.), para “mover los expedientes” (Delgado, 1994: 33).

Los obstáculos relacionados con los procedimientos

Los obstáculos relacionados con los procedimientos, muy comunes en todos los países, hablan de las excesivas complicaciones que envuelven los procesos judiciales. En esta afirmación coinciden abundantes autores y estudios, claro está, con sus matices propios para cada país (Cappelletti, 1978, 1993, 1996; Robles, 1993; Pérez Perdomo, 1985, 1995; Santos, 1991; Boueiri, 1994, 2003; Ponce, 1995; Bates, 1992; Begala y Lista, 1999-2000; Armas, 2002). Algunos afirman que la imagen colectiva de la judicatura, y de los abogados, ha llegado a ser considerada como un verdadero “síndrome kafkiano” (Robles, 1993: 238-240).¹³ En Venezuela, por ejemplo, el promedio de días laborables para que termine un proceso civil es de 783, es decir, más de cuatro veces el tiempo que debería durar (Ponce, 1995: 294-296). Otro aspecto importante que suele mencionarse como factor que contribuye a la marginación legal y judicial, es la presencia de un alto grado de incoherencia interna en los sistemas legales. Ello se ha manifestado, por una parte, a través de la coexistencia de cuerpos jurídicos con distintas orientaciones dentro del mismo sistema. Por otra parte, la incoherencia interna se manifiesta en la exuberancia legislativa, que crea serios problemas interpretativos y de aplicación (Bates, 1992: 180).

Especial mención merece la problemática que se genera cuando se intenta dar respuesta a los casos de intereses colectivos o difusos,¹⁴ ya que los litigios se han considerado, tradicionalmente, como asuntos entre dos partes con la finalidad de resolver una controversia que tiene que ver con sus propios intereses individuales.¹⁵ Los intereses colectivos se diferencian de los intereses personales, ya que no constituyen una simple suma de éstos, sino que son cualitativamente

¹³ Agrega además que “ir ante un tribunal es, por lo menos, tan desagradable como ir a la consulta del dentista”. La duración del proceso, que produce de entrada el desánimo en quien pudiera tener la intención de iniciarlo, y la complejidad de su regulación normativa unida a la dificultad del lenguaje jurídico, echa para atrás a las personas que no tienen especial formación jurídica ni contactos con el mundo del derecho (Robles, 1993: 238-240).

¹⁴ Cappelletti (1993) denomina a este obstáculo “pobreza organizativa” de las partes.

¹⁵ Bates afirma que, en general, los jueces también poseen una filosofía predominantemente individualista de los derechos (Bates, 1992: 190).

diferentes, pues afectan por igual y en común todos los miembros del grupo y pertenecen por entero a todos ellos. Ejemplo de interés colectivo es el del grupo de personas que padece una enfermedad, como por ejemplo el caso de los enfermos de SIDA. Esas personas tienen intereses comunes y pueden aspirar, por tanto, a obtener una sentencia de amparo que los proteja a todos en su exigencia de recibir un tratamiento oportuno por parte de las autoridades encargadas de la salud, como lo sentenció en más de una oportunidad el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (TSJ) (Zambrano, 2004: 395). Dice una sentencia del TSJ que el interés colectivo, en cuanto a su naturaleza, es mucho más concreto para un grupo humano determinado, mientras que el de los difusos es mucho más abstracto, no sólo para quien los detenta sino para el obligado.¹⁶ En estos dos casos, además de las dificultades procedimentales al aplicar el modelo de juicios tradicionales (notificaciones, representación, restauración del daño, identificación del “ganador”) la persona que ha sentido lesionado un derecho o sufrido un daño se vería “sin fuerza” para llevar a feliz término una reclamación de esta categoría, más tomando en consideración que normalmente se lucha contra el Estado o grupos económicamente poderosos. Si los afectados *en grupo* no están organizados, este interés precisamente difuso o fragmentado tendrá pocas posibilidades de ser tutelado o reclamado. A nivel mundial se han ido introduciendo paulatinamente reformas legislativas que permiten la actuación efectiva en este tipo de defensa. No obstante, en los resultados aportados por el Proyecto Florencia, se evidenció que a pesar de las diversas respuestas estatales para combatir esta problemática, han resultado más eficaces las que han dado las asociaciones privadas que se han formado con el fin de tutelar, por ejemplo, determinados intereses difusos o colectivos tales como las organizaciones no gubernamentales de defensa del ambiente, asociaciones de consumidores, etc. Cappelletti los denomina “actores ideológicos”, pero advierte que, aunque por regla general la protección privada de estos intereses requiere de una acción de grupo o concertada, es difícil asegurar que estos movimientos tengan éxito si el gobierno mismo no

¹⁶ En efecto, los intereses colectivos se asemejan a los intereses difusos en que pertenecen a una pluralidad de sujetos, pero se diferencian de ellos en que se trata de un grupo más o menos determinado de ciudadanos, perseguible de manera unificada, por tener dicho grupo unas características y aspiraciones sociales comunes. Así, cuando un río está contaminado o cuando miles de consumidores o usuarios son afectados estamos en presencia de intereses “difusos”, que son intereses colectivos en los que, las varias partes afectadas, aunque se les permita organizarse y demandar colectivamente, pueden no necesariamente ponerse de acuerdo en la estrategia, pueden carecer de información, estar dispersas. En Venezuela, la diferencia entre estas dos categorías ha sido aclarada en sentencia 230, de julio 4 de 2001, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

actúa en bien de estos intereses, aunque es evidente que no se puede depender de él¹⁷ (Cappelletti, 1993: 21).

Del problema económico de la representación legal, y los obstáculos procedimentales, a la más amplia concepción del acceso a la justicia

Cappelletti planteará dentro de su estudio la necesidad de “un nuevo enfoque del acceso a la justicia” que tome en cuenta multiplicidad de factores en esta compleja tarea de satisfacer las necesidades jurídicas. Nos referiremos en esta oportunidad a una serie de obstáculos relacionados con factores culturales, psicológicos, geográficos, etc., que dificultan este proceso. Veamos.

Uno de los aspectos de mayor relevancia está representado por el hecho de la predisposición o falta de confianza, en especial de los pobres, para acudir ante los cuerpos oficiales de administración de justicia, aún reconociendo la naturaleza jurídica de su conflicto. Este factor tiene su fundamento especialmente en la percepción del sistema legal como un mundo ajeno a su realidad. En este sentido, en Latinoamérica, algunos lo relacionan con la existencia de “barriadas”, “favelas”, que generan un conjunto de normas y valores particulares, necesarios para que el grupo pueda subsistir en esas condiciones de miseria (Bates, 1991: 180). Generalmente, este conjunto de valores no se encuentran impregnados en la mentalidad de los que generan y materializan el sistema legal formal, puesto que, en primer lugar, ellos no pertenecen a dichos estratos, y en segundo lugar, la formación jurídica formalista de los legisladores les impide captar la existencia de valores diferentes a los de su grupo social. Así, dichos valores no se encuentran incluidos en las legislaciones aplicadas “para toda la población nacional”, sino que corresponden, más bien, a un modelo de valores de la población más favorecida que en el caso de los países latinoamericanos resulta minoritaria. Es así como las conductas de las personas, sus actitudes hacia las leyes, lo que de ellas piensan y sienten, su uso o no uso, su obediencia, su “cultura legal”, constituye otro importante componente del sistema legal¹⁸ (Bates, 1992: 155).

¹⁷ En cuanto a las respuestas estatales a esta problemática, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), vigente desde 1999, encomienda a la Defensoría del Pueblo esta tarea, pero no se trata de un monopolio exclusivo, como nos aclara una sentencia dictada por la Sala Constitucional del TSJ que señala que las acciones de amparo constitucional, sosteniendo un interés colectivo o difuso, pueden ser intentadas por cualquier persona natural o jurídica, venezolana o extranjera domiciliada en el país y por la Defensoría del Pueblo (Zambrano, 2004: 396).

¹⁸ Robles, para el caso de España, se refiere a la angustia que produce acudir ante un tribunal producto de la incertidumbre del resultado que ocasiona costes psicológicos y sociales que hacen

Siguiendo con esta idea, son los pobres, en especial, quienes sienten poca confianza porque parecen tener la certeza de que recibirán un mal trato y un servicio de mala calidad. Especialmente en materia penal, algunos estudios dan fe de que esta percepción tiene fundamento en una real discriminación (Bates, 1992; Delgado, 1994; Van Groningen, 1980). En Venezuela, un estudio afirmó que las sentencias penales objetos de investigación se pronunciaban con un carácter absolutorio en el 60,4% de los casos pertenecientes a la clase alta y condenatorio para la totalidad de los casos de clase baja, siendo el promedio de años de condena de 5,1 años para la clase alta y de 17 años para los de clase baja (Van Groningen, 1980). Delgado reafirmará esta idea diciendo que el control penal venezolano recae en gran medida en las mayorías marginadas, portadores por excelencia de la “negatividad social” (Delgado, 1994: 34).

Por otra parte, un estudio en Argentina precisó elementos bien importantes por valorar sobre la percepción general que tenían los residentes de un sector urbano marginado sobre el acceso, que merece la pena referir. Una amplia mayoría de ellos percibe que los trámites y procedimientos judiciales necesarios para asegurar sus derechos son complicados, caros y engorrosos. Perciben que conocen poco o nada sobre sus propios derechos y sobre los medios para hacerlos valer y proteger. En relación con los llamados operadores jurídicos, se observó que la percepción sobre los abogados, la policía y los jueces, en general, es regular, aunque específicamente mostraron un alto grado de desconfianza hacia los abogados.¹⁹ En lo referente a la “neutralidad” de la ley y la justicia, afirmaron que no creen en su “universalidad”, por el contrario creen que benefician y protegen a algunos pocos y que discriminan a los pobres. Sin embargo, fue reveladora y destacable la actitud hacia la obediencia de las leyes, la cual es objeto de un fuerte consenso (Begala y Lista, 1999-2000: 412-413). El estudio afirma que la sensación de impotencia de los sectores populares en Argentina, que es percibida como desfavorable, condiciona la participación y afecta las creencias y expectativas que tienen con relación al sistema jurídico, al que ven como parte de la estructura política dominante.

Es importante hacer una reflexión particular sobre el tema de la educación legal como una de las causas de este diagnóstico que pare-

que no compense acudir al juez. Piensa que juega un rol de peso (sobre todo, en las sociedades en las que existe el crimen organizado) el temor a las represalias o a la venganza de la contraparte en el proceso; o también en el caso de las corporaciones o empresas de gran poder económico que tienen a su disposición equipos de abogados especializados (Robles, 1993: 238-240).

¹⁹ La mayor parte sostuvo que “cobran demasiado por sus servicios”, “que atienden mejor cuanto más se les paga”, que muchas veces “arreglan con la otra parte y perjudican a su cliente” y que “demoran las cosas para sacarle más plata a la gente”.

ce generalizado. Aunque no resulta un problema exclusivo de nuestra región, algunos autores (Bates, 1992) resaltan el hecho de que el pensamiento legal dominante en América Latina, identifica al derecho con un sistema de normas escritas, concebidas en órganos formales y concretadas en leyes, pero sin relacionarlas con la noción de justicia. Este pensamiento legal influye, y al mismo tiempo se refuerza, en la educación legal que no contempla, por regla general, cursos que enseñen los procesos de aplicación del derecho en el medio social y las destrezas requeridas para ello. Ajeno a los reales problemas de la justicia y de sus usuarios, el carácter marcadamente estático y conservador del derecho no ha permitido históricamente ni la permeabilidad, ni la flexibilidad necesarias para integrar al sistema legal los distintos grupos sociales emergentes. La denominada subcultura de la pobreza implica valores y normas tan ajenos a los imperantes en el sector “civilizado” o “moderno”, que los sistemas legales concebidos por estos últimos normalmente también son ajenos a los pobres (Bates, 1992: 190-191).²⁰

Esta realidad sugiere en los abogados no solamente falta de preocupación y reflexión sobre lo que hace o puede hacer la profesión legal en el campo social, sino que la destreza y el conocimiento para desempeñarse eficientemente en el manejo de tales problemas, no están debidamente desarrolladas, especialmente en los problemas derivados de la pobreza (Bates, 1992: 197). En el caso de Venezuela, algunos profesores e investigadores describen de forma poco alentadora nuestra propia realidad educativa. En tal sentido piensan que la formación jurídica limita intelectualmente a los estudiantes y los incapacita para una auténtica práctica profesional (Delgado, 1994).²¹ El perfil del profesional del derecho está prefigurado por las expectativas de un oficio liberal que fundamentalmente se aprende en la “práctica”, una vez que se conocen los “atajos” funcionales del sistema. Se enseña la técnica del derecho sin discutir sus fundamentos, ni los bienes y necesidades que materializa o tutela (Delgado, 1994: 35-36). Especial mención merece el tema del lenguaje que utilizan los profesionales del derecho, que se constituye en una forma de disociación importante que impide o dificulta el diálogo

²⁰ En el caso de países como Perú, además del elevado desconocimiento de los derechos, sus conceptos y el lenguaje jurídico, ni siquiera existe un conocimiento adecuado de las redes de ayuda social. Además, la sociedad peruana es fragmentaria, pudiendo coexistir diversos grupos étnicos en un mismo espacio geográfico (Armas, 2002: 16-19).

²¹ Agrega Delgado que la función primaria del entrenamiento jurídico es preparar y socializar a los estudiantes para servir a necesidades del interés privado, con una visión decimonónica del mercado y del orden económico. Por otra parte, existe un aprendizaje tácito de que el “oficio” de abogado no implica habilidad, ni preocupación para la discusión o el análisis de una organización social y política intrínsecamente buena; por tanto, menos aún sobre el cambio social.

entre quienes prestan y reciben un servicio y, por tanto, perjudica la dinámica del acceso.²²

Otro problema importante se refiere al aspecto geográfico como factor relacionado con una adecuada asistencia legal. El ciudadano no viene hasta la justicia porque ésta se encuentra normalmente distante del centro geográfico donde él habita (Bates, 1992; Boueiri, 1994; Armas, 2002). Esto impide o dificulta el traslado del pobre desde su hogar hasta las oficinas de un abogado, o de los tribunales, que generalmente se encuentran en la zona céntrica de la ciudad. Describiendo un poco el caso venezolano, la ubicación del hogar del pobre es casi siempre hacia la periferia implicando esto dificultades en su traslado. En Caracas, por ejemplo, el 60% de los habitantes vive en ranchos,²³ los cuales se ubican normalmente en los cerros (pequeñas montañas en la periferia de la ciudad). Según algunos autores, los pobres que habitan allí (para salir o entrar a sus casas) tienen que subir o bajar –en promedio– el equivalente de 27 pisos de un edificio, es decir, que entre la puerta de la casa y la calle (vía vehicular más cercana) existe una distancia vertical equivalente a 27 pisos de un edificio (Sosa, 1993: 436). Esto genera problemas a la hora de realizar gestiones en la administración de justicia, en donde la característica más usual es el “papeleo” abundante y el retardo procesal. Recordemos que la mayoría de estos ciudadanos trabaja en la economía informal, por lo que las posibilidades de perder sus ingresos diarios son grandes.

Después de comentar este cúmulo de dificultades, parece evidente que una buena política de acceso a la justicia debería estar orientada a vencer no sólo las barreras relativas a la carencia económica, sino también estos muchos otros obstáculos.²⁴ Hay que advertir, además, que un factor que complica aún más los esfuerzos por abatir las dificultades en el acceso, es el hecho de que estas barreras no se pue-

²² En el caso venezolano el lenguaje representa un problema de no fácil solución, no sólo porque se ha demostrado el excesivo uso del lenguaje técnico-legal con los usuarios, sino, también, por las enormes deficiencias en el uso mismo del castellano. Un estudio recogió que en su lenguaje se advierte en el venezolano una pobreza alarmante, el número de palabras que usa es escaso, está lejos de un nivel aceptable, y en los casos extremos apenas rebasa los límites del español básico (Cadenas, 1997).

²³ Viviendas muy precarias que normalmente no gozan de servicios públicos o son muy deficientes. A menudo poseen piso de tierra y se fabrican con material de zinc, bloques u otros (a veces de desecho). Es el equivalente a las “chabolas” en el Cono Sur o a las “favelas” en Brasil. La unión de muchos ranchos forma un cúmulo residencial denominado “cerros”, caracterizados por poseer muchas entradas peatonales y pocas, o ninguna, vehicular.

²⁴ En este sentido nos recuerda un autor que una de las fallas que se le atribuyen al sistema *judicare* aplicado en algunos países fue la de que se limitaba a vencer los obstáculos económicos, tarea de por sí difícil, dejando por fuera los obstáculos sociales y culturales (Santos, 1991: 159).

den simplemente eliminar una a una, muchas de ellas están interrelacionadas y los cambios tendientes a mejorar el acceso de una manera pueden incrementar las barreras del acceso en otra, por lo que un estudio serio del acceso a la justicia no puede dejar de considerar la vinculación entre todos estos obstáculos (Cappelletti, 1993: 20-22).

Antes de comenzar con nuestra descripción sobre los servicios jurídicos no estatales en Venezuela, consideramos importante reseñar que, históricamente, el Estado ha tratado de implementar (aunque con poco éxito) algunas acciones y figuras institucionales, a través de su sistema de asistencia jurídica.²⁵ Para el momento en que realizábamos nuestro estudio, analizamos un trabajo que describía tanto la atención estatal sectorizada (o dividida en áreas jurídicas), como la atención no sectorizada (entiéndase la figura de la declaratoria de pobreza y algunos centros de asistencia jurídica dependientes del Estado) (Pérez, 1985). El coordinador de esta investigación afirmó que si bien las deficiencias encontradas se debían, en parte, a la estructura misma del aparato judicial y a la complejidad del ordenamiento jurídico (p. 18), no obstante, otras razones eran atribuibles al mismo sistema de asistencia jurídica estatal. Ejemplo de ello lo constituye el hecho de que la dilación procesal es una de las características del aparato judicial, pero en los casos en donde los defensores eran públicos (asistencia sectorizada), parecía haber un mayor retardo. En cuanto a la asistencia no sectorizada, en el caso de la declaratoria de pobreza, no parecía ser un recurso “viable” para la defensa de un pobre por la complejidad de su solicitud y las desventajas procesales que conllevaba para el que lo solicitara. Por último, el estudio afirmó que las fallas de los centros de asistencia jurídica estatal eran atribuibles, principalmente, a la limitación del campo de actuación de sus funcionarios.²⁶ En el caso de los centros dependientes

²⁵ Para la época del estudio, la asistencia jurídica en Venezuela tenía su fundamento constitucional en el artículo 68 de la anterior Carta Magna de 1960, en ella se expresaba: “Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes”.

²⁶ Esta deficiencia viene desde sus propios orígenes: el 29 de noviembre de 1952, la Junta de Gobierno crea por Decreto 462, *Gaceta Oficial*, No. 24.000, la “Oficina de Asistencia Jurídica” dependiente del Ministerio de Justicia, la cual tendría por objeto asesorar a las personas titulares de derechos que así lo requirieran; esto bajo la consideración de que existían numerosas personas que no ejercían ni defendían sus derechos debidamente por falta de recursos. No obstante, una de las limitaciones más grandes de estas oficinas era que los abogados que allí laboraban tenían la prohibición de representar en juicio a los usuarios o ante autoridades administrativas. Prácticamente su actividad se reducía a establecer la categoría o área jurídica del problema y remitirla a otras instancias, aunque también redactaban documentos susceptibles de ser notariados siempre que se contara con el dinero para hacerlo (Ministerio de Justicia, 1952).

del Ministerio de Justicia, por ejemplo, además del bajo presupuesto se encontró que los locales donde funcionaban eran normalmente incómodos y mal ubicados para el usuario. Se constató, además, que no existían políticas informativas para dar a conocer la existencia de estos servicios. La mediación y la conciliación se daban en porcentajes mínimos, a excepción de uno de los centros dependientes de la Sindicatura Municipal del Distrito Federal, que se encontraba además en el centro de Caracas, en un sector de fácil acceso en transporte colectivo, y contaba con amplias oficinas; aunque este centro tenía la misma limitación de no poder representar en juicio a los usuarios, el estudio reflejó el enorme uso del recurso conciliatorio para resolver conflictos, y su personal parecía estar más motivado que el de las oficinas del Ministerio de Justicia, a pesar de que éstos recibían también un salario fijo (Pérez, 1985: 180).

LOS SERVICIOS JURÍDICOS²⁷ NO ESTATALES EN VENEZUELA

Posterior a muchos años de trabajo como activistas de estos servicios, nos preocupamos en indagar sobre qué rol social (político), cumplíamos en esa convulsionada Venezuela de los años noventa; en el plano teórico, no encontrábamos antecedentes que recogieran de manera reflexiva el trabajo que hacíamos más allá de ciertas referencias a experiencias en el seno de algunas universidades y muy contados Colegios de Abogados.²⁸ Decidimos, por tanto, y pese a nuestras limitaciones materiales, utilizar una metodología muy variada para recabar la mayor información posible sobre quiénes éramos, qué hacíamos, cómo funcionábamos y qué aporte estábamos dando. Para responder esto, diseñamos en primer lugar un cuestionario que repartimos a cada uno de los servicios cuya existencia pudimos conocer, y que contenía un total de

²⁷ El término "servicio jurídico" hará las veces de cualquiera de las siguientes expresiones: bufete de abogados, consultorio jurídico, clínica jurídica, servicio de asistencia jurídica gratuita, servicio jurídico comunitario, centro de asistencia legal-social u otros similares. ¿Por qué utilizamos el término jurídico y no legal? Nótese que los conceptos "jurídico" y "legal" no se usan indistintamente. El significado de "lo jurídico" está referido a todo tipo de contenido normativo que goza de respaldo coactivo, independientemente de la instancia que produzca tal normatividad, pudiendo tratarse de normas del Estado así como también de normas que generan grupos sociales y organizaciones. En cambio, "lo legal" es un concepto ubicado dentro de la categoría general de "lo jurídico", y se define como un contenido normativo respaldado coactivamente por la instancia productora: el Estado (Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992). Nosotros preferimos utilizar la acepción genérica de servicios jurídicos puesto que creemos que existe una tendencia de estos servicios a tratar todo tipo normativo y no sólo el que se desprende directamente del Estado.

²⁸ Por el contrario, logramos encontrar numerosas publicaciones de casi todos los países latinoamericanos relativas a experiencias de asistencia jurídica no estatal.

11 preguntas (cerradas y abiertas), mediante las cuales obtuvimos información importante respecto al número de miembros del servicio, su profesión u oficio, el tipo de casos que recibían y las áreas jurídicas más trabajadas, también sobre el nivel socio-económico de la comunidad en donde se ubicaban, el recurso utilizado frecuentemente para la resolución de casos, la forma de financiamiento del servicio y otros aspectos referentes a la motivación, trato al usuario, etc. Igualmente utilizamos el método documental de investigación, en especial, analizamos una serie de material escrito que publicaban los propios servicios tales como trípticos, folletos informativos, informes estadísticos, etc. Por otra parte, visitamos algunas de las oficinas donde laboraban y realizamos entrevistas a algunos de sus coordinadores o miembros. Las entrevistas fueron de carácter no estructurado pero focalizadas hacia los puntos concretos que más nos interesaban. Nos fue difícil cubrir la información referente a la opinión de los usuarios lo cual hubiese sido de gran interés, pero ameritaba de toda una logística de la cual no disponíamos para el momento. Los cuestionarios fueron repartidos en más de doce servicios ubicados en diferentes regiones de Venezuela. La elección fue al azar con base en la información inicial con que contábamos, pero tratamos de razonarla. En principio quisimos que hubiese muestras del interior del país ya que conocíamos de antemano que gran parte de estos servicios se ubicaban en la región capital; en segundo lugar, intentamos tomar muestras de servicios distintos a los de la Asociación Nacional de Clínicas y Asistencia Jurídica Voluntaria (Asocliva), puesto que a ésta estaban afiliadas gran parte de los mismos. Queríamos indagar si, por ejemplo, existían diferencias entre los servicios que fueron creados por ella (o se afiliaron luego), y los servicios que le eran independientes. Al final, se logró una muestra de ocho servicios de los cuales seis pertenecían a asocliva.

Servicios jurídicos pertenecientes a la Asociación Nacional de Clínicas y Asistencia Jurídica Voluntaria (Asocliva).

Asocliva es una asociación civil sin fines de lucro fundada en 1985. Coordina diversos grupos de abogados, educadores, trabajadores sociales, psicólogos, estudiantes y personas de la comunidad, que prestan un servicio voluntario y gratuito de naturaleza socio-legal y educativa en barrios y otros sectores pobres del país. Sus beneficiarios son básicamente personas de escasos recursos económicos y las organizaciones comunitarias sin fines de lucro, y su objetivo podría resumirse en “hacer accesible la protección jurídica a las diversas capas de la población que no se benefician de ella”. Entre sus actividades también están la de difundir y capacitar a sus beneficiarios en la defensa de sus

derechos esenciales, a la vez que promueven, especialmente entre los estudiantes de derecho, un aprendizaje basado en “casos vivos y reales”. Sus principios esenciales son la gratuidad absoluta de su trabajo y la atención a personas de escasos recursos o entes sin fines de lucro (Asocliva, 1993). Según las estimaciones de la Asociación, para la fecha del estudio existían 40 servicios jurídicos y 5 corresponsalías adscritas a ella en toda nuestra geografía; no obstante, nosotros pudimos constatar que muchos de los servicios ya no funcionaban en la práctica o lo hacían de manera ocasional, otros simplemente se encontraban ya desactivados. La mayor parte de estos servicios fueron creados por la misma Asociación, aunque otros surgieron independientemente afiliándose a ella luego. Asocliva tenía (tiene) su sede principal en Caracas, en la oficina de uno de los abogados fundadores; contaba con una secretaria nacional, siete coordinadores que correspondían a siete zonas geográficas del país, una coordinadora de cursos, una unidad de apoyo nacional, siete unidades de asesorías por áreas (laboral, administrativa, ecología, etc.) y una biblioteca de derechos humanos. Todos los profesionales que allí laboraban lo hacían sin recibir ninguna contraprestación económica, aunque algunos tenían asignado un sueldo que podríamos calificar como simbólico. En cuanto a sus orígenes, logramos reconstruir buena parte de su historia que resumimos aquí. En 1964, en una cátedra de prácticas de derecho de la Universidad Central de Venezuela (UCV), se inicia una experiencia clínica²⁹ (aprendizaje en acción), que a su vez presta asistencia legal. Servía para que el futuro abogado se entrenara con el “caso real y vivo”; se inicia así esta corriente voluntaria, de corte pedagógico, en el movimiento nacional de asistencia jurídica.³⁰ Luego de su primera experiencia fuera de la Universidad, en el barrio La Vega de Caracas, se crea el Servicio de Asistencia Legal en Campo Rico, Petare (uno de los más grandes de la capital y con muchas carencias), que cubría además aspectos del cooperativismo en materia de consumo y otras áreas. Extiende luego sus servicios al populoso sector de Catia, también en Caracas. Paralelamente, se desarrollaba alrededor de la personalidad de un padre jesuita un servicio en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) (1965-1968), que desistió y se instaló luego (1974-1975) en la Capilla Universitaria de los Chaguaramos en Caracas. Desde 1981 se logra instalar otro servicio en el barrio El Guarataro, luego de varias charlas a la comunidad. Cola-

²⁹ Aunque ni siquiera entre los mismos voluntarios había absoluta claridad sobre el significado de este término, se le relacionaba con la noción de “praxis”. Algunos afirmaban que devenía de un movimiento de voluntarios nacido en el Cono Sur con similar objetivo e igual denominación.

³⁰ Tiene reglamento en el Departamento de Trabajos Prácticos de la UCV en 1975, y sus normas internas de funcionamiento en 1977.

boraron con esta labor varias educadoras y trabajadoras sociales de la comunidad lo que constituyó una rica experiencia para todas las partes intervinientes. Esta ubicación geográfica, y su realidad socioeconómica, obligaba, sin duda, a afinar las estrategias para el logro de soluciones satisfactorias haciendo uso de prácticas distintas a la clásica solución legal que enseñaban en los salones de clase. Por otra parte, en el interior del país también iban apareciendo servicios de este tipo. En 1983, un grupo de catorce estudiantes constituían la Asociación Civil de Estudiantes de Derecho para la Práctica Forense (Acedepraf), que funcionaba en la parroquia jesuita San José Obrero, en Mérida, cabecera de tres barrios marginados. Se realiza allí también un trabajo semanal en la cárcel de mujeres, entre otras actividades. En Maracaibo, Estado Zulia, aparece otro grupo: el Servicio Jurídico Social integrado por abogados, estudiantes de derecho y de trabajo social. En Mérida aparece otro en 1986, integrado al Programa de Pastoral Social que funciona en la Arquidiócesis. En el mismo año se conoce en Maracay, Estado Aragua, un movimiento denominado Abocat (abogados católicos) que presta servicios en barrios marginados. En 1986, se inicia en la Vicaría del Carmen, en la Vega, Caracas, el Instituto de Servicios Clínicos Jurídico-Social de ese barrio. En noviembre de 1985, los grupos de la Universidad Central de Venezuela, Capilla Universitaria, Guarataro, Campo Rico, Catia, y Acedepraf de Mérida, celebran en Caracas (El Hatillo), el Primer Encuentro Nacional de Servicios Clínicos. Allí se constituye la Asociación Nacional de Servicios Clínicos y de Asistencia Legal Gratuita y Voluntaria que se denomina Asocliva (Santana 1986: 33-41). Con este recuento se puede observar que lo que comenzó siendo un movimiento de corte pedagógico en una universidad, se convirtió luego en un movimiento que pretendía tener un trabajo mucho más activo e integral en los sectores populares.

El perfil de un abogado clínico es inseparable de los elementos que constituyen la naturaleza de la clínica (servicio jurídico) y su labor. Así, la clínica jurídica es una escuela activa, uno de sus objetivos fundamentales es capacitar a los usuarios para que defiendan sus derechos y en donde la investigación social es un componente básico de su trabajo legal. La práctica clínica es interdisciplinaria y el trabajo en equipo es vital (Perdomo, 1990). A medida que pasaba el tiempo, la Asociación reafirmó la necesidad de preparar mejor a su voluntariado. En tal sentido se comenzó la tarea de dictar los “cursos del abogado clínico” que daban los miembros más expertos a los principiantes. Allí se intentaba preparar al personal que laboraba en los servicios en cuanto a la atención al usuario (trato, lenguaje que se debía utilizar), destreza en la resolución de casos, etc. Más tarde se elaboró el *Manual del abogado clínico* y se decidió realizar encuentros anuales para intercambiar información y experiencias entre

los distintos servicios y dictar los cursos de derecho actual que, a la vez, servían para recolectar fondos. Hasta la fecha en que se recolectó la información, se habían realizado nueve encuentros nacionales y cinco jornadas de derecho actual. En el último encuentro nacional se detectaron deficiencias de recursos materiales y bajas en cuanto a recursos humanos. Igualmente se puso en evidencia que la relación entre los servicios era casi inexistente y la comunicación con la secretaría, o ente central, no era recíproca o muy fluida. Como se evidenció que uno de los problemas claves era la carencia de soporte económico, se decidió, entre otras medidas, hacer un presupuesto estimado de gastos para determinar si éstos podían ser cubiertos por vía de autofinanciamiento (y de los donativos selectivos que se lograran), o si bien necesitaban buscar financiamiento de organismos nacionales o internacionales.

Como lo mencionamos, de los ocho servicios analizados en nuestro estudio, seis en concreto estaban adscritos a Asocliva. Tres de ellos estaban ubicados en la región capital de Caracas: la Clínica Jurídica de La Pastora, el Servicio Jurídico Caricuao y el Servicio Jurídico de El Cementerio II. Otros dos servicios estaban ubicados en el interior del país: la Clínica Jurídica de Apure, en el Estado Apure y el Servicio Clínico de Barinas, en el Estado Barinas; por último, analizamos la Unidad de Apoyo Legal de Asocliva que, aunque no era propiamente un “servicio”, representaba una instancia de invaluable aporte a nuestra investigación. Creemos importante describir a continuación, de manera un poco detallada aunque breve, aspectos importantes de la estructura y el funcionamiento de cada uno de los servicios estudiados de Asocliva.

a) *Clínica Jurídica La Pastora*: fundada en 1989, contaba con cinco miembros activos. Trabajaban o colaboraban allí tanto abogados como profesionales de otras carreras, estudiantes y miembros de la comunidad. Recibían aportes económicos de la comunidad y, en general, de los usuarios del servicio. Recibían un aproximado de sesenta casos mensuales laborando tan sólo tres horas semanales. También dirigían labores de capacitación tanto hacia sus propios miembros como hacia la comunidad. El área jurídica más trabajada era el derecho civil. Los cinco casos más comúnmente atendidos eran la redacción de títulos supletorios, divorcios, repartición de bienes, herencia y casos de menores. El 95% de los casos eran de tipo individual. Aunque nos pareció elevado el número de casos recibidos en comparación con las horas de trabajo, pudimos explicar esto con el hecho de que la gran parte de los casos se referían a redacción de documentos de mero trámite, que normalmente no ameritan mucho tiempo.

b) *Servicio Jurídico Caricuao*: fundado en 1988, tenía su sede en la iglesia La Resurrección de Caricuao, contaba con cuatro miembros

activos siendo en su totalidad abogados de profesión. En cuanto al financiamiento del servicio, el párroco de la iglesia cedía el local de atención y los abogados costeaban lo referente a gastos de oficina y transporte. Igualmente, capacitaban a algunos estudiantes de derecho que asistían al mismo. Trabajaban las áreas civil, penal y laboral, y los cinco casos más atendidos fueron las pensiones de alimento, divorcios, casos laborales, condominios y diferimientos militares. El 70% de los casos eran de tipo individual y el resto (30%), de tipo grupal (asociaciones de vecinos, etc.).

c) *Servicio Jurídico El Cementerio II*: fundado en 1987, se ubicaba en un sector de clase media cuya sede estaba en la Avenida Principal Prado de María, en la iglesia Prado de María de El Cementerio. Contaba con tres miembros activos y tres asesores, siendo todos ellos abogados, ellos mismos corrían con los gastos. Recibían un aproximado de 25 casos al mes y laboraban cinco horas a la semana, sin incluir las horas de estudios de casos. Las áreas jurídicas más trabajadas eran civil, familia y laboral, y los cinco casos más comúnmente atendidos se referían a divorcios, títulos supletorios, estabilidad laboral, rectificación de partidas y recursos de amparo. El 97% de los casos eran de carácter individual.

d) *Clínica Jurídica Apure*: funcionaba desde 1989 en el módulo de una fundación estatal, Fundacomun, del barrio Luis Herrera en San Fernando de Apure, Estado Apure. Contaba con seis miembros activos y dos asesores. Los gastos se cubrían gracias a las aportaciones que hacían instituciones públicas nacionales, el propio servicio a través de actividades especiales y los mismos miembros que prestaban el servicio. El Colegio de Abogados del Estado Apure daba también algunos aportes. Recibían 15 casos mensuales aproximadamente, y laboraban hora y media a la semana. Desarrollaban también actividades de orientación e información hacia la comunidad sobre los derechos y deberes del ciudadano. Las áreas jurídicas más tratadas fueron civil, familia y laboral, y los casos más atendidos eran divorcios, pensiones de alimentos, rectificación de partidas, casos laborales, agresiones a la mujer y el niño. El servicio lo coordinaba un juez que trabajó en la Clínica Jurídica de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, desde 1977.

e) *Servicio Clínico Barinas*: fundado en 1989, se ubicaba en la calle 5 de Julio, en la sede de la Pastoral Social de Barinas, Estado Barinas. Contaba con cuatro miembros activos que eran abogados. Al momento del estudio el Colegio de Abogados de Barinas aportaba una cantidad simbólica para gastos de funcionamiento. Atendían un promedio de cincuenta casos al mes y laboraban en total tres horas semanales. Las áreas más atendidas fueron civil, penal y familia, siendo los

casos más frecuentes: divorcios no contenciosos, pensiones de alimentos, títulos supletorios, rectificación de partidas de estado civil, y la guarda y custodia de menores. Sólo recibían casos individuales.

De la investigación realizada en todos estos servicios pudimos conocer que la mayor parte tiene una forma similar de recepción y tramitación de casos: el usuario acudía (sin previa cita) y planteaba su problema, el prestador del servicio escuchaba, hacía las preguntas pertinentes a la vez que iba anotando ciertos datos importantes.³¹ Luego, se le daba al usuario una respuesta o asesoría inicial, citándolo para otro día ya que la mayoría de los asuntos atendidos así lo ameritaban, por ejemplo, se requería que trajeran ciertos documentos para entender mejor el caso, conversar con la “contraparte”, hacer gestiones en la administración pública, etc.

f) *Unidad de Apoyo Legal Nacional de Asocliva (UALN)*: a medida que pasaron los años, los miembros de la Asociación sintieron la necesidad de poner en funcionamiento un cuerpo especializado que se ocupara de asuntos que, por su complejidad legal y social, no podían ser atendidos por sus servicios regulares, los casos comunitarios o grupales tendrían aquí especial atención. Así, la UALN-Asocliva, tenía por objetivos el asesoramiento y consulta en diferentes barrios, la formación en centros clínicos comunitarios, labores informativas y de denuncias ante la opinión pública nacional e internacional de aquellos casos de violaciones de los derechos humanos, mantenimiento de relaciones internacionales con organismos calificados de defensa de los derechos humanos como Amnistía y Survival, así como también la realización de actividades para generar fondos. El equipo de la UALN estaba integrado por tres abogados, una educadora, una trabajadora social y una estudiante. Lo coordinaba un abogado y profesor universitario de derecho procesal quien fuera uno de los fundadores de la Asociación desde el año 1964. El 95% de los casos que recibían era de índole grupal o colectiva.³²

³¹ De suma importancia es para ellos la condición socioeconómica del usuario puesto que si tienen recursos para costear los servicios de un abogado privado no le tramitan el caso. Esto se logra determinar, en parte, con la misma conversación y el contacto con el usuario; le preguntan datos sobre sus ingresos mensuales, cargas familiares, el sector en donde vive (si no es de la zona). Algunos servicios, además, realizan una “visita domiciliaria” inesperada (le indican al usuario que irán pero no cuándo) y a partir de ese momento le indican si le tramitarán el caso. Paralelamente ellos ya han hecho gestiones e indagado sobre las tácticas que se deben utilizar con los asesores del servicio.

³² Se han ocupado de juicios y situaciones complejas como el llamado “homicidio de la Esquina de Chorros”, la reclamación de las obreras de los barrios La Vega y 23 de Enero, en Caracas; también asumieron el caso de los campesinos del Mercado Popular y el de los Artesanos del Pico del Águila del Estado Mérida. Otros problemas tratados fueron los referentes a las tribus indígenas Yukpas, en Aroy y Sirapta, el de las comunidades Bari centradas en Bohxi y la reclamación del homicidio de los indios Wayúu (Fuente: tríptico informativo de Asocliva).

Hasta aquí hemos descrito algunos de los servicios pertenecientes a Asocliva. Veamos a continuación dos independientes de ella, uno ubicado en la región capital y el otro en el interior del país.

Servicios independientes de Asocliva

a) *Servicio Jurídico-Social La Silsa*: funcionaba desde el año 1983 en el barrio La Silsa, una comunidad muy pobre ubicada en el sector popular de Catia, Caracas, específicamente en la escuela “Fe y Alegría” (Movimiento de Educación Popular Integral). Según su folleto informativo, los objetivos de este servicio jurídico se resumían así: prestar servicio jurídico en forma gratuita, presentar una alternativa popular brindando un servicio profesional interdisciplinario en forma óptima tanto a particulares como a grupos y asociaciones organizadas de la comunidad, ser una instancia organizativa dentro de la comunidad en que se encuentra vinculado, profundizar sobre la praxis de un “derecho alternativo”, entre otros. Según el Informe Estadístico Clínico La Silsa (1987-1988), el primer caso registrado debidamente se hizo el 13 de marzo de 1987. En dicho informe se registraron un total de 99 casos en el periodo comprendido entre marzo de 1987 y febrero de 1988, de los cuales 52 fueron resueltos, 24 estaban en proceso, 20 fueron abandonados y 3 fueron remitidos a otras instancias. El informe reflejó también el uso del servicio por personas de otras comunidades tales como “23 de Enero”, Caricuao, Petare, Guarataro, Cementerio, La Vega, y 21 comunidades más en su mayoría ubicadas en barrios pobres cercanos. Los casos atendidos en ese periodo eran en su mayoría: justificativos militares (16 casos), títulos supletorios (15 casos), pensiones de alimento (5 casos), justificativos de soltería (5 casos), divorcios, algunos casos penales, entre otros. Para ese entonces, el equipo que prestaba el servicio estaba constituido por cuatro estudiantes de derecho, un estudiante de sociología y educación popular, un educador popular, una trabajadora social, un psicólogo social y tres abogados. Existía además un psicólogo asesor y un miembro de la comunidad dentro del equipo. Como nos llamó mucho la atención esta composición multidisciplinaria, decidimos hacer una entrevista a la coordinadora del servicio. Ella nos explicó que si bien el trabajo comenzó tratando de asesorar y resolver casos de índole jurídica, a medida que se recibían los casos se daban cuenta de las numerosas carencias materiales que tenían los habitantes del barrio, a la vez, sintieron que al satisfacer una necesidad jurídica inmediata no se resolvía el conflicto social que le daba origen,³³ el contra-

³³ Así, por ejemplo, la mayoría de las separaciones entre parejas se debían fundamentalmente a discusiones por incomodidades derivadas de una vivienda precaria, o por problemas de desempleo, y no tanto por incompatibilidades o problemas propios de la pareja.

rio, muchas veces aplicando una solución jurídica estos se agravaban. La entrevistada indicó que ellos querían, además, tener un trabajo integral en el barrio; así se iniciaron programas de carácter socioeconómico destinados principalmente al mejoramiento y construcción de viviendas y a la creación de empleos, todo esto paralelo al servicio jurídico y dentro del marco de un proceso de estímulo organizacional de los miembros de la comunidad, orientado a la “concienciación de los problemas del barrio como problemas colectivos y no individuales”.³⁴

Según la información obtenida en nuestro estudio, el servicio seguía funcionando luego de muchos años de fundado y seguía conformado por un equipo multidisciplinario al igual que en sus orígenes: abogados, estudiantes de derecho, paralegales y miembros de la comunidad, algunos con distintas profesiones. Trabajaban un promedio de cuatro horas semanales y recibían un aproximado de veinte casos por mes; el 90% de los mismos eran casos individuales. Las áreas más trabajadas eran: civil, familia y laboral, siendo los cinco casos más comunes las pensiones de alimentos, prestaciones sociales, denuncias ante la fiscalía, casos de familia como los maltratos de menores y, en general, redacción de documentos de mero trámite. Comprobamos además el enorme uso que le daban a los recursos conciliatorios, la mediación, las denuncias públicas con participación de la comunidad. Periódicamente, se dictaban allí talleres al público sobre temas de actualidad jurídica y otros de su interés general. Resulta interesante destacar que lo que comenzó siendo un servicio jurídico de ayuda legal, dio pie a la constitución posterior de la “Fundación para el Desarrollo de la Economía Popular” (Fudep), que se ocupaba de todo el trabajo comunitario en interacción con el servicio jurídico. Poco antes de finalizar nuestro trabajo descriptivo, nos llegó de buena fuente la información de que la Alcaldía de Caracas acababa de aprobar un proyecto piloto para rehabilitar los barrios de Caracas denominado “Proyecto piloto experimental de Catuche” en el que Fudep era la unidad jurídica-administrativa del proyecto. También sería la unidad encargada de desarrollar el programa de viviendas (los profesionales y técnicos forman la unidad de proyectos urbanísticos). Esto con el apoyo de recursos provenientes de la Alcaldía, otros de la misma Fudep, y de “Fe y

³⁴ Cuenta la entrevistada: “al transcurrir un tiempo instalamos con ayuda de la comunidad una ferretería popular, cuyo fin era el de proveer de materiales de construcción a muy bajo costo a los miembros del barrio para la construcción y reacomodo de sus viviendas. Igualmente se estableció un programa de créditos a trabajadores para que iniciaran su ‘microempresa’ o actividad laboral; ambos programas tuvieron mucho éxito, así mismo implementamos otros programas más. Todo esto se proyectaba desde la Escuela de Fe y Alegría la cual representaba para la comunidad su principal instancia organizativa”.

Alegría”.³⁵ Hoy en día el denominado “Consortio Catuche” lleva en su haber numerosos reconocimientos nacionales e internacionales por ser una de las experiencias más exitosas de reordenamiento urbano (o como ellos prefieren llamarla “humanización” de barrios).

El Bufete Popular de Fundimma

El Bufete Popular de Fundimma fue fundado en 1993, funcionaba en la casa comunal del barrio Loma de los Maitines del Sector La Pedregosa de Mérida, Estado Mérida. Estaba conformado por tres estudiantes de derecho, asesorados por igual número de abogados. Recibían un promedio de cuatro a siete casos mensuales trabajando tres horas semanales. Las áreas más atendidas eran civil y familia, y los casos más frecuentes eran la redacción de documentos de propiedad (viviendas, en especial), la rectificación de partidas y documentos de identidad, divorcios y algunos casos penales. El 90% de los casos eran de tipo individual y el procedimiento de recepción y tramitación era similar al de los servicios jurídicos de Asocliva, pero no hacían tanto énfasis en determinar la condición económica del usuario puesto que el servicio se ubicaba en el mismo barrio³⁶ y, para subir la cuesta y llegar a la casa comunal, se requería un tiempo aproximado de 25 minutos a pie desde la vía vehicular más cercana con transporte público.

El Bufete Popular tiene sus orígenes en un grupo de estudiantes universitarios y profesionales de distintas carreras que, aunque no eran del barrio, habían iniciado allí (muchos años atrás) un trabajo comunitario de base promovido por un padre jesuita que apostaba por una “opción preferencial por los más pobres”. El problema inicial que dio pie a todo un proceso organizativo fue el tema del agua, la gente tenía que caminar muchísimo para recoger agua del río y llevarla a su casa; con el trabajo en equipo (voluntarios externos, comunidad y un poco de ayuda estatal) se logró construir el acueducto y los habitantes

³⁵ Además de los representantes de Fudep, integran el equipo rector del proyecto, un representante de la Alcaldía quien es el responsable de la unidad de contraloría, un representante de la comunidad quien es responsable de la relación entre las organizaciones vecinales y este “consorcio social”; el movimiento de educación popular Fe y Alegría es el responsable de la unidad de educación para la participación ciudadana (Apolinar, 1994: 215).

³⁶ Para la fecha del estudio el barrio Loma de los Maitines tenía un aproximado de 2000 habitantes y 200 viviendas, lo que arrojaba una cifra de 10 habitantes promedio por casa. La Loma se ubica a lo largo de una fuerte pendiente y alcanza, en su parte más alta, una altura de 900 metros sobre el nivel del mar. El Bufete tenía su sede en la parte alta del barrio, específicamente en la sede de la Casa Comunal. Por la forma como están construidas las viviendas, y por las características del terreno, muchas de ellas se encontraban en estado de alta peligrosidad. Un 30% de las personas en edad de saber leer y escribir eran analfabetas (Osorio y Chacón, 1993).

comenzaron a creer en esta dinámica de lucha. Años más tarde se creaba la Fundación Cristiana para la Liberación Popular (Fundimma), inspirada en un trabajo eclesial de base vinculado, al menos en sus inicios, a la Teología de la Liberación. Estaba conformada básicamente por estos mismos voluntarios que iniciaron los primeros esfuerzos organizativos en el barrio, además de miembros de la comunidad y otras personas independientes que aportaban dinero o conocimientos técnicos para cada frente de trabajo. Además del Bufete Popular, Fundimma contaba con otros programas tales como la consultoría técnica comunitaria dirigida a la construcción de viviendas con materiales muy económicos y en “convite” (sistema grupal), el programa de becas escolares, el programa de préstamos rotatorios, el programa de apoyo a pequeñas unidades de producción y el programa de salud. Para el momento de nuestro estudio la Fundación contaba con un equipo interdisciplinario conformado por economistas, arquitectos, ingenieros, abogados y estudiantes. En muchas ocasiones los programas se prestaban colaboración entre sí.³⁷ Pudimos constatar el enorme uso del recurso conciliatorio en el Bufete, esto se debía, en parte, a que las vías formales no ofrecían salidas viables al problema (costo, tiempo, procedimiento). Los recursos de la Fundación provenían, en general, de los aportes de sus propios miembros y de las donaciones que daban personas que simpatizaban con algún proyecto. El alquiler de la casa comunal, por ejemplo, se pagaba conjuntamente entre Fundimma y la comunidad del barrio.³⁸ Hoy en día existe un Centro Educativo Comunitario que promueve la educación alternativa, con sede propia, y en la misma línea fue creada la Escuela Integral “Fe y Alegría” que lleva por nombre “Padre Juan José Madariaga”, en honor de aquel jesuita que inició el trabajo comunal de base. Hasta el día de hoy, y después de décadas, la comunidad realiza todos los años una celebración en el sector en donde se construyó el acueducto que tiene un significado especial ya que reafirma su confianza en el trabajo de equipo y la creencia en sus propias capacidades organizativas.

³⁷ Por ejemplo, cuando el Bufete Popular tenía que realizar una declaración de mejora vivienda, el equipo del programa de consultoría técnica realizaba los avalúos de las mismas, al igual que los planos que hicieran falta.

³⁸ Para el momento del estudio la Fundación iniciaba un proceso de búsqueda de financiamiento internacional, en especial de recursos provenientes de la Comunidad Económica Europea; esto a través del proyecto de cofinanciamiento que se ofrecía por medio de la Cámara de Comercio del Estado Mérida, que ameritaba, además, la intervención de una organización no gubernamental (ONG), con sede en algún país europeo miembro de la Comunidad Europea que sirviera de enlace.

ANÁLISIS DE ESTA DESCRIPCIÓN

Motivaciones de los voluntarios

Responder a la pregunta sobre qué los impulsaba a realizar una actividad no lucrativa, y que no proporcionaba, además, ningún prestigio profesional aparente, no era cosa fácil. Aunque las motivaciones podían haber sido muy variadas, habría que reconocerles sí, y por lo menos, un alto grado de conciencia y sensibilidad social. Nosotros incluimos dentro del cuestionario una pregunta referente al punto de la motivación, con variadas opciones para seleccionar y con grados de puntaje entre 1 y 5 (siendo 1 ninguna motivación y 5 mucha). La respuesta “dar asistencia a los pobres”, representó una de las principales motivaciones para todos los servicios, y “el ganar dinero”, ninguna. En muchas conversaciones con ellos se podía captar que les movía este sentimiento de solidaridad y de “hacer justicia” con los más pobres. Además, la relación con principios y organizaciones cristianas resultó evidente cuando construíamos la historia de muchos servicios; en este sentido pudimos observar los frecuentes aportes de algunos párrocos al ceder sus locales y cubrir gastos de funcionamiento. Otros religiosos eran los mismos formadores de servicios, como es el caso del padre jesuita Luis María Olasso, quien siendo abogado y decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, fundó varios de ellos. Aunque no todos, muchos otros centros tuvieron sus orígenes o se vinculaban al trabajo eclesial de base, y a movimientos de laicos comprometidos, muy extendidos en Latinoamérica. No obstante, del cuestionario también se desprende que la mayoría consideraba una motivación importante el hecho de adquirir experiencia o especializar sus conocimientos. Esto último no es de extrañar, más cuando muchos de los estudiantes de derecho y abogados parecían estar muy conscientes de que la formación recibida en la universidad no les preparaba para la práctica, así que el aprendizaje “en acción” parecía ser un estímulo muy fuerte. Uno de los miembros que llenó el cuestionario añadió a las opciones la motivación de “vivir el voluntariado”, resaltando la experiencia del trabajo comunitario como más enriquecedora para quienes aportaban su servicio que para quienes lo recibían.

Necesidades jurídicas atendidas

En general, las necesidades jurídicas más comunes fueron las pensiones de alimentos, los divorcios, los títulos supletorios, las rectificaciones de partidas de estados civiles y los justificativos. Esto confirmó nuestra tesis de que gran número de necesidades jurídicas de los venezolanos poseen un nivel de complejidad jurídico-procesal elemental

dentro del sistema de justicia formal y no cuentan con adecuada protección estatal. En cuanto a las áreas jurídicas de atención, el estudio reflejó la tendencia a tratar principalmente dos: el área civil (en especial asuntos de familia), y el área laboral. Ningún servicio manifestó haber trabajado asuntos mercantiles de importancia, lo cual puede explicarse a partir de la condición económica precaria de los usuarios (que no suelen realizar normalmente grandes transacciones), o por el frecuente uso de prácticas jurídicas de negociación oral, basadas en la cultura de la confianza que suele estar presente en las comunidades como las descritas, en donde la palabra dada es uno de los valores más preciados entre los vecinos. Los casos penales resultaron ser tratados en menor medida, lo que puede deberse a la limitada capacidad material (personal suficiente, dinero para gastos, especialización) de estos centros para atender casos normalmente complejos como los penales. Algunos miembros dejaron ver razones éticas para rechazar alguno de estos casos. Por otra parte, notamos el gran uso del recurso de la mediación, lo que podría interpretarse de dos formas, o los servicios están convencidos de las ventajas que este recurso brinda a las partes, o muchas veces, por no tener capacidades reales para litigar, preferían acudir a esta vía de solución de conflictos que resulta más expedita y económica.³⁹ En todo caso, les quedaba siempre abierta la vía jurisdiccional que también utilizaban, puesto que tenían capacidad para litigar, a diferencia de los centros de asistencia jurídica estatales que, por decreto, no podían hacerlo.

Ubicación geográfica

La mayoría de estos servicios se encontraban dentro de la comunidad para la cual trabajaban, o en la misma zona, lo que consideramos una gran ventaja puesto que no sólo resuelve el problema de transporte y de costos para el usuario (aunque no así para los prestadores del servicio), sino también les desarrolla a estos últimos una conciencia sobre “el otro país” (el que no parece existir en los salones de clase), motivándolos a generar capacidades y respuestas en la resolución de casos normalmente complejos. Este aspecto resultó ser una diferencia

³⁹ Hay que advertir, sin embargo, que este afán por descongestionar los tribunales no puede pasar por la desviación de casos que les son fundamentalmente inherentes. Tampoco se debe considerar que las “pequeñas reclamaciones”, por serlo, pierden su importancia o son fáciles de resolver ante cualquier instancia informal. Es de aclarar que las “bondades” de estas fórmulas de resolución de conflictos, catalogados como mecanismos alternativos, han sido cuestionadas –y lo están aún– debido a que no siempre resultan más baratas y mejores. Es más, algunos catalogan a los mecanismos alternativos como sistemas de segunda clase y prefieren ocuparse de las deficiencias cotidianas de la *justicia real* (la propiamente oficial) (Fix-Fiero, 1993: 34).

notable si lo comparamos con los centros de asistencia jurídica estatales que se ubican, normalmente, lejos de los núcleos urbanos más necesitados.

Lenguaje jurídico utilizado por los servicios

Con respecto a si el lenguaje utilizado era demasiado técnico o, en general, poco comprensivo para el tipo de usuario con el cual trabajaban, hay algunos aspectos que resaltar. Aunque no éramos expertos en la materia, nos atrevimos a incluir en el cuestionario una pregunta en la cual presentábamos un caso imaginario que llegaba al servicio, dejando unas líneas para que escribieran lo que le dirían a esa usuaria si la tuvieran al frente; en verdad, éste fue un caso real que personalmente recibí cuando trabajaba en uno de estos servicios en el Estado Mérida. Era una señora muy pobre, de aproximadamente cincuenta años, que vivía en el barrio Mucujún, y que nos planteó el siguiente problema: “yo no tengo cédula de identidad y me deben un dinero. El señor que me lo debe está lejos y me pide un número de cuenta en un banco para hacer el depósito. En el banco me piden la cédula para abrir una cuenta y yo no la tengo. Tampoco tengo la partida de nacimiento porque en el pueblito venezolano donde yo nací, eso no se usaba. Necesito resolver el problema porque vivo sola, no tengo a nadie que me ayude y no tengo ni para comer”. Éste era uno de los casos típicos que recibíamos a menudo,⁴⁰ como abogada sabía que regularizar su identidad personal costaría tiempo y dinero; por la necesidad urgida de la señora yo me atreví a ofrecerle una cuenta bancaria personal para resolver temporalmente el problema. Como ven, esto no era ni muy legalista ni, tal vez, muy de “derecho alternativo”, simplemente era una respuesta efectiva.⁴¹ Pero gran parte de las muestras analizadas contenían respuestas complicadas y llenas de palabras técnicas. Casi nos atreveríamos a afirmar que la usuaria no entendió muy bien lo que debía hacer para solucionar su caso. Pero para profundizar un poco más, tomamos al azar una de las respuestas que explicaban cómo resolver el caso y la sometimos a un sencillo análisis. Nos guiamos por un método de lenguaje popular diseñado en Latinoamérica (ALER, 1988), el cual indica, por ejemplo, que mientras más verbos y sustantivos concretos se utilicen en el lenguaje, más entendible se hará. Por lo contrario, mientras más sustantivos abstractos y adjetivos contenga, habrá más posibilidades de “perderse” en

⁴⁰ Aunque parezca un poco surrealista, la señora del caso (a sus cincuenta años) nunca había tenido documento de identidad, ni cuenta bancaria, eso a pesar de ser venezolana y habitar en la ciudad.

⁴¹ Hubo respuestas más interesantes, un miembro fundador de Asocliva (el reconocido abogado y profesor universitario Miguel Santana Mujica) contestó: “lo primero que yo haría sería abrazarla y llevarla a mi casa a comer”, no escribió nada más.

el diálogo. Aplicamos este método a nuestra muestra, sustituyendo los verbos, sustantivos concretos, adjetivos, etc., por símbolos. Así notamos, más claramente, el enorme uso que hacían de sustantivos abstractos, adjetivos y expresiones técnico-jurídicas que, en general, no ayudaban a una fácil comprensión, a pesar de que el uso de verbos fue abundante en nuestra muestra. Aunque es evidente que toda especialidad (como la medicina, la ingeniería, la abogacía) maneja un lenguaje propio el cual se aprende e internaliza desde la academia, a estos “abogados populares” parecía hacérseles muy difícil adaptar su lenguaje al tipo de usuario para el cual trabajaban, aunque afirmaban estar muy conscientes de la importancia de esto y de que sus usuarios normalmente no poseían un nivel de instrucción formal elevado o, a veces, eran simplemente analfabetas.

Financiamiento

Todo parece indicar que los profesionales que allí laboraban tenían su fuente principal de ingreso en los trabajos particulares que realizaban en bufetes privados o en otras actividades lucrativas, lo cual era posible ya que ninguno de los servicios analizados manifestó atender un tiempo mayor de cinco horas semanales, esto sin tomar en cuenta las horas que dedicaban al estudio de los casos, gestiones en los órganos judiciales o administrativos, conversaciones privadas para alcanzar acuerdos, etc. El trabajo voluntario de los estudiantes, básicamente de la carrera de derecho, jugaba un rol vital en esta dinámica. En algunos casos, eran los prestadores mismos del servicio quienes costearon los gastos de oficina, viáticos, etc.⁴² Una de las actividades más frecuentes para recabar fondos eran los eventos académicos que se ce-

⁴² Por otra parte, los usuarios, en casi la totalidad de los casos, debían cubrir los gastos referentes a los aranceles y tasas judiciales. No obstante, algunos servicios como el Bufete Popular de Fundimma, cubrían también algunos de estos aranceles en casos de usuarios considerados de extrema pobreza. Otra cuestión era el pago de las tasas obligatorias que establecen los colegios de abogados a sus propios miembros cada vez que redactan documentos. Al respecto, el Reglamento de Honorarios establecía que quedaban excluidos de este pago las personas que por su manifiesta pobreza sean exoneradas por la junta directiva del respectivo colegio, previa solicitud escrita del abogado; así, esto era un trámite que había que hacer cada vez que se necesitaba, aunque las juntas directivas podían celebrar convenios con instituciones de bienestar social o industrial a los fines de establecer a favor de éstas tarifas especiales. Asocliva, por ejemplo, había solicitado a la Federación de Colegios de Abogados que reconocieran su labor y se le otorgara un sistema de exoneración institucional. Pudimos conocer que el servicio de Fundimma estaba también en este proceso. No obstante, hay que mencionar que el Colegio de Abogados del Estado Mérida, por ejemplo, estuvo a punto de demandar a uno de los servicios adscritos a Asocliva por “ejercicio desleal de la profesión”. Podemos asegurar que, en términos generales, estos servicios no eran bien vistos por los colegios de abogados por considerarlos potenciales competidores que les restaban clientela a los bufetes privados.

lebraban periódicamente pero, no obstante que los gastos de funcionamiento no eran excesivos, pudimos notar las enormes deficiencias que existían a la hora de hacer frente a un caso complejo. El buen ánimo de los voluntarios y su “creatividad” lograban superar buena parte de estos problemas; no obstante, en los últimos encuentros nacionales de Asocliva se discutió la posibilidad de recibir apoyo financiero nacional o internacional,⁴³ pero parecía haber resistencia de algunos de los fundadores que pensaban que la independencia de la organización se podía ver comprometida.

Sobre un derecho alternativo o innovador

Nos llamó mucho la atención el hecho de que casi todos los servicios, incluso en sus propios escritos, utilizaban el término “derecho alternativo”. La Silsa, por ejemplo, hablaba de “profundizar sobre la praxis de un derecho alternativo o derecho diferente”. Asocliva se refería igualmente a la implementación de un “derecho alternativo”. No obstante que pensamos que no existía (o existe aún) mucha claridad sobre el significado y alcance de “lo alternativo” para el mundo jurídico, y de que a veces se utilizan indiscriminadamente términos parecidos para designar nociones diferentes,⁴⁴ quisimos indagar un poco sobre si las características de los servicios estudiados correspondían con alguna de las tipologías de servicios jurídicos denominados “alternativos” o, al menos, “innovadores”. Algunas tipologías para América Latina (Cediso, 1990), por ejemplo, caracterizan unos servicios legales que denominan como innovadores, diferenciándolos de los tradicionales de la siguiente forma. Veamos. Uno de los criterios que distingue a los servicios tradicionales de los innovadores es que los primeros atienden esencialmente casos de tipo individual y no de intereses colectivos. En cuanto a su postura, los tradicionales son más paternalistas o asistencialistas, mientras que los innovadores mantienen una relación de concienciación y organización comunitaria más horizontal. La relación abogado/cliente en los servicios tradicionales es de subordinación, jerarquización, con una clientela nor-

⁴³ Merece la pena destacar que dos de los servicios, el Bufete Popular y La Silsa (no adscritas a Asocliva), recibían, o estaban en trámites de recibir apoyo internacional indirecto. El primero proveniente de la Comunidad Económica Europea hacia la Fundación en la que estaba inserta (Fundimma), el segundo, de diversos organismos internacionales que financian a la Asociación Fe y Alegría conocida y expandida en toda Latinoamérica. Pudimos conocer, por ejemplo, que en el País Vasco (España) existe una asociación denominada “Fe y Alegría de Euzkadi” que actúa como ente de enlace en Europa para conseguir el apoyo económico proveniente de la CEE, la Secretaría de Estado para la Cooperación con Iberoamérica (Secipi), la Secretaría de Acción Exterior del Gobierno Vasco, los Consorcios con ONG internacionales, y otros más.

⁴⁴ Para una mejor comprensión acerca de las terminologías “derecho alternativo” y “uso alternativo del derecho” recomendamos la reflexión propuesta por Roberto Bergalli (1991).

malmente apática, con tendencia a sacralizar el derecho, mientras que en los innovadores (que parten de cierto desencanto con respecto a la ley), se practica una educación jurídica popular, hay menos dogmática jurídica y verticalidad en el trato. En cuanto a las estrategias utilizadas, los servicios tradicionales son legalistas, formalistas o tecnicistas, despolitizados y reactivos, mientras que los innovadores tratan de evitar muchas de estas formas y, además, se intenta practicar un derecho preventivo. Los servicios tradicionales utilizan básicamente la arena jurídica (mucho litigio), con tipos de adjudicaciones clásicas, mientras que en los otros hay mayor uso de técnicas de negociación que pueden evitar litigios, y sus acciones pueden alcanzar, incluso, el ámbito de las políticas públicas ya que su lucha se orienta a alcanzar la justicia social. Por último, los servicios tradicionales están conformados normalmente por juristas, guiados por una ética liberal cuyo objetivo central es la búsqueda de la certeza jurídica, mientras que en los otros existe un equipo multidisciplinario que realiza demandas de impacto social, cuya ética está inspirada en una ideología comunitaria. Otro trabajo importante (Rojas, 1989), afirma que, “contrario a lo que sucede en Europa y Estados Unidos, los servicios legales latinoamericanos han crecido dentro de las organizaciones no gubernamentales...” (Rojas, 1989: 9), y que los “nuevos” servicios jurídicos en países latinoamericanos son el lugar de encuentro de varias fuerzas y fenómenos sociales peculiares de la historia reciente del subcontinente, siendo éstas las grandes tendencias que caracterizan la complejidad de estas fuerzas, a saber: una reubicación de la teoría política y la práctica profesional como parte de lo que ha venido en llamarse “la crisis de la izquierda”, el compromiso de algunos miembros de la iglesia de servir a los pobres y al fortalecimiento de la organización popular, los esfuerzos de las clases subordinadas por lograr una transformación social con el apoyo ideológico y financiero externo (Rojas, 1989: 14).

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como hemos podido apreciar, los servicios jurídicos que describimos en nuestro trabajo poseen determinadas características que pudieran ubicarlos dentro de estas tendencias denominadas en Latinoamérica innovadoras o alternativas. No obstante, no pretendemos aquí dar por sentada ninguna ubicación a categoría determinada sin haber ahondado más al respecto. Nos conformamos por el momento con haber tomado la primera y más cercana fotografía para el caso venezolano. A partir de esta aproximación, podemos avanzar (como en efecto lo hemos hecho ya) en la construcción de una tipología propia tomando en consideración las diferencias y semejanzas que poseen entre sí a

pesar de encontrarse en un mismo país. Lo que sí se puede afirmar es que, desde la perspectiva de sus aportes al problema del acceso, estas organizaciones parecen haber dado respuestas concretas en un área reservada a la responsabilidad del Estado, con éxito considerable.⁴⁵ El proceso formativo “aprendizaje en acción” se constituye, también, en una experiencia rica de abordar desde la perspectiva del trabajo comunitario y del crecimiento personal.

No podemos terminar nuestro trabajo sin comentar antes que hoy en día muchos de estos servicios jurídicos ya no existen. Alguno de los antiguos coordinadores de servicios, como por ejemplo el de La Silsa, nos comentaba que “el voluntariado de antes ha decaído”. En Caracas, por ejemplo, sólo queda el de la Parroquia Universitaria y la Universidad Católica Andrés Bello. Sabemos que en Mérida, el Bufete Popular de Fundimma ya no funciona y Acedepraf está prácticamente desactivado; no obstante, es evidente que una nueva dinámica socio-política ha nacido. Recientemente con la llegada al poder del presidente Hugo Chávez, y la puesta en práctica del proceso constituyente,⁴⁶ se han impulsado intensos cambios. Por ejemplo, en el plano legal, la

⁴⁵ Uno de los estudios más completos con el que nos encontramos fue el de Luis Bates (1992) para el caso de Chile. Allí se describen minuciosamente los orígenes de la asistencia legal, en donde los consultorios jurídicos (o los llamados servicios de asistencia judicial), fueron en su época la acción más importante realizada por el Estado para proporcionar atención legal a las personas de escasos recursos. Divididos en secciones para atender asuntos civiles, sociales y criminales, los servicios de asistencia judicial conformaron una estructura legal e institucional original, y tal vez única en América Latina, y contribuyeron de modo muy importante a resolver el problema del acceso a la justicia para amplios sectores de la población. Cumplieron una importante función asistencial –proporcionar asistencia legal ante los tribunales de justicia–, y una menos importante función docente –crear un canal de práctica profesional para los egresados de las facultades de derecho del país–. El financiamiento de esos servicios provenía de recursos del presupuesto de la nación, que eran recibidos y administrados por el Colegio de Abogados. Su funcionamiento bajo la dependencia de éstos rigió hasta 1981, fecha en que fueron sus continuadores legales las Corporaciones de Asistencia Legal (Bates, 1992: 167-168).

⁴⁶ La Asamblea Nacional Constituyente (ANC) aprobó un decreto de reorganización de todos los órganos del Poder Público atribuyéndose la potestad de intervenir, modificar o suspender a cualquiera de ellos, según su criterio. La primera gran acción se dirigió a decretar la emergencia del poder judicial y se aprobó el nombramiento de una comisión que evaluaría el desempeño de todos los tribunales del país, incluyendo la Corte Suprema (CSJ) que había admitido un importante retardo de 5000 causas; finalmente ésta fue eliminada al igual que el Consejo de la Judicatura. El Decreto se orientaba prioritariamente a garantizar el fácil acceso de la población a un sistema de justicia que actuara con la mayor transparencia, imparcialidad, autonomía, celeridad y simplicidad, para lo cual sería necesario la existencia de controles sociales sobre la administración de justicia con la participación social democrática. También afirmaba que enfrentar la crisis política, económica, social, moral e institucional requeriría tomar medidas impostergables, muchas de las cuales demandaban grandes transformaciones del marco jurídico institucional (Asamblea Nacional Constituyente, 19 de agosto de 1999).

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), en vigencia desde 1999, introdujo un nuevo paradigma al establecer la gratuidad de la justicia como regla y no como excepción (artículo 26 CRBV), incluyó expresamente los medios alternativos como parte del sistema de justicia (artículo 253), estableció el mandato de que las leyes procesales “establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales” (artículo 257), principios todos ellos de importancia en el tema del acceso. De igual forma, en materia de minorías, se les reconoció (por primera vez) a los pueblos indígenas su potestad de aplicar sus instancias de justicia, dentro de su hábitat y con base en sus tradiciones. Por otra parte, se eliminó la utilización de sellos (tasas) en los tribunales, se creó un Instituto Autónomo de Defensa Pública, con abogados en múltiples áreas de atención que pueden defender en juicio a los usuarios, entre otras medidas cuyos alcances aún es pronto para analizar. A nivel de trabajo comunitario existen actualmente infinidad de nuevas organizaciones como los comités de tierras urbanas, los consejos comunales, la asamblea de ciudadanos. Las llamadas “misiones” del Estado han penetrado en los sectores más desfavorecidos atendiendo varios frentes en forma masiva. En esta línea, el presidente del Tribunal Supremo de Justicia llegó a proponer un programa de asistencia legal denominado “justicia adentro” para brindar protección jurídica en las zonas más apartadas, a los más pobres.

A pesar de que existe una dinámica socio-política que ha impulsado abundantes reformas con enorme participación ciudadana, haría falta un análisis detallado y sereno de estas “nuevas fuerzas sociales de cambio y revolución”, y de su interacción con el acceso al nuevo sistema de justicia imperante, que como factor indiscutible que define y sustenta el poder del Estado, será siempre tema obligado.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCHAMBAULT, Jean-Denis (1990), “Les méandres juridiques de l'accès à une justice 'alternative' dans les pays en voie de développement”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*.
- ARMAS, Henry (2002), *Proyección social del derecho. Experiencias uniendo a la universidad y a la comunidad en la promoción del acceso a la justicia en el Perú*, Centro de documentación del IISJ Oñate.
- ALER (1988), “Lenguaje Popular”, en *Manuales de capacitación en educación popular 3*, Quito, ALER.
- ASOCLIVA (1993), *Directorio de servicios, unidades de apoyo, asesorías, centros clínicos y corresponsalías*, Caracas, Asocliva.

- APOLINAR, José (1994), "Sociedad civil en los barrios de caracas", *SIC* 565.
- BALATE, Eric (1988), "Justice, Accès à la", en *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Arnaud Jean (dir.), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- BATES, Luis (1992), "Acceso a la justicia y las personas de escasos recursos". *Cuaderno de análisis jurídico*, núm. 22, 155-206.
- BEGALA, Silvana y Carlos Lista (1999-2000), "Pobreza, marginalidad jurídica y acceso a la justicia: condicionamientos objetivos y subjetivos", *Anuario V*, Universidad Nacional de Córdoba: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.
- BERGALLI, Roberto (1991), "Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión 'uso alternativo del derecho'?", *El Otro Derecho*, núm. 10.
- BOUEIRI, Sonia (2003), "Una aproximación socio-jurídica del acceso a la justicia", *Revista CENIPEC*, núm. 22: 221-252.
- BOUEIRI, Sonia (1994), *Acceso a la justicia y servicios jurídicos en Venezuela*, España, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate (inédito).
- CADENAS, Rafael (1997), *En torno al lenguaje*, Caracas, Monte Ávila Editores Latinoamericana.
- CAPPELLETTI, Mauro y Bryant Garth (1996), *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica.
- CAPPELLETTI, Mauro (1993), "Tercer Seminario", en *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Editorial Porrúa.
- CAPPELLETTI, Mauro y Bryant Garth (eds.) (1978), *Acces to Justice*, vol. I, Dott. A. Giuffrè Editore-Sijthoff and Noordhoff, Milan-Alphenaandenrijn.
- CLAVE (1997), *Diccionario de uso del español actual*, Madrid, Ediciones SM.
- DELGADO, Francisco (1994), *La reforma judicial: modernidad y democracia*, Zulia, LUZ.
- Fe y Alegría de Euzkadi (1993), *Programa de cooperación internacional para el fomento y creación de centros de formación profesional en América Latina*, San Sebastián, País Vasco, Asociación Fe y Alegría de Euzkadi.
- Federación de Colegios de Abogados de Venezuela (1991), *Reglamento de honorarios mínimos de abogados*, Caracas, FEVA.
- Ministerio de Justicia (1952), Revista trimestral (octubre, noviembre, diciembre). Año I, N° 3.
- Osorio, F. y Chacón, R. (1993), *Problema habitacional Loma de los Maitines*, Mérida, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
- PERDOMO, Gloria (1990), "El perfil del abogado clínico", ponencia en el VI Encuentro Nacional de Asoclica, Tovar, Mérida.
- PÉREZ Perdomo, Rogelio (1995), *Políticas judiciales en Venezuela*, Caracas, Ediciones IESA.

- (1985), *Justicia y pobreza en Venezuela*, Caracas, Monte Ávila.
- PONCE, Carlos (1995), “Situación del poder judicial y la justicia de paz”, *SIC* 577.
- Pontificia Universidad Católica del Perú (1992), *Metodología de supervisión de los consultorios jurídicos populares del Ministerio de Justicia del Perú*, Lima, Facultad de Derecho.
- ROJAS Hurtado, Fernando (1989), “Comparación entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica y América Latina”, *El Otro Derecho*, núm. 2.
- ROBLES, Gregorio (1993), *Sociología del derecho*, Madrid, Civitas.
- SANTOS de SOUSA, Boaventura (1989), *Dereito e Justicia*, Atica.
- (1991), *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá, ILSA.
- (1991), “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”, *Nueva Sociedad*, núm. 116: 18-38.
- SANTANA, Miguel (1986), *Programa de formación en los servicios clínicos*, Caracas: Asocliva.
- SILSA (1988), *Informe estadístico La Silsa 1987-1988*, Caracas, Servicio Jurídico La Silsa.
- SOSA, Arturo (1993), “Barrios humanos”, *SIC* 560: 436-439.
- VAN GRONINGER, Karin (1980), *Desigualdad social y aplicación de la ley penal*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- Venezuela (2000), Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Caracas, *Gaceta Oficial*, núm. 5.453, Extraordinario, 24 de marzo de 2000.
- Venezuela (1961), Constitución de la República de Venezuela, Caracas, *Gaceta Oficial*, núm. 662, extraordinario, 23 de enero de 1961.
- ZAMBRANO, Freddy (2004), *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela comentada*, Caracas, Editorial Atenea.