Manual de Derecho y sociedad en América Latina

Rachel Sieder
Karina Ansolabehere
Tatiana Alfonso
(editoras)

David Ricardo Luna
(traductor)

Universidad de los Andes / Facultad de Derecho
Universidad del Rosario
Dejusticia
siglo EDITORIAL

DERECHO Y SOCIEDAD

Manual de derecho y sociedad en América Latina

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Ciencias Sociales y Humanidades

Colección
DERECHO Y SOCIEDAD

Director
Libardo José Ariza Higuera

Universidad de los Andes/Facultad de Derecho
Bogotá, Colombia

Manual de derecho y sociedad en América Latina

Rachel Sieder
Karina Ansolabehere
Tatiana Alfonso
Editoras

David Ricardo Luna Vinueza
Traductor

siglo EDITORIAL
Universidad de los Andes Colombia | Facultad de Derecho
Universidad del Rosario
Dejusticia

Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Sieder, Rachel, autora
Manual de derecho y sociedad en América Latina / Rachel Sieder [y otros] ; editoras, Rachel Sieder, Karina Ansolabehere, Tatiana Alfonso ; traductor David Ricardo Luna Vinueza. -- Bogotá : Siglo Editorial : Universidad de los Andes : Universidad del Rosario : Dejusticia, 2024.

páginas. -- (Biblioteca universitaria Ciencias Sociales y Humanidades. Derecho y sociedad)

Título original: Routledge Handbook of Law and Society in Latin America -- Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN 978-958-665-831-7 (impreso) -- 978-958-665-832-4 (pdf) -- 978-958-665-833-1 (epub)

1. Derecho - América Latina - Manuales 2. Instituciones públicas - América Latina - Manuales 3. Movimientos sociales - América Latina - Manuales 4. América Latina - Derecho constitucional - Manuales 5. América Latina - Política y gobierno - Manuales I. Ansolabehere, Karina, editora II. Alfonso, Tatiana, editora III. Luna Vinueza, David Ricardo, traductor

CDD: 349.8 ed. 23 CO-BoBN-00045

Traducción del *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, publicado en inglés en 2019 por Routledge, Nueva York

La presente edición, 2024

© Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso, editores

© David Ricardo Luna Vinueza, traductor

© Siglo del Hombre Editores S.A.
Siglo Editorial
Carrera 31A n.° 25B-50, Bogotá, D. C.
PBX: 601 337 77 00
http://libreriasiglo.com

© Universidad de los Andes-Facultad de Derecho | Vigilada Mineducación
Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964
Reconocimiento personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949 Minjusticia
Cra. 1 n.° 18A-10, Bogotá, D. C.
PBX: 601 339 49 49, ext. 2382
www.uniandes.edu.co

© Editorial Universidad del Rosario
Calle 12C n.° 8-40, piso 8, Bogotá, D. C.
Tel.: 601 297 02 00, ext. 3113
https://editorial.urosario.edu.co

Imagen de portada de
Juan Pablo Velasco. El título de la imagen es: Promesas

Diseño de carátula
Alejandro Ospina

Diseño de la colección y armada electrónica
Precolombi EU-David Reyes

ISBN: 978-958-665-831-7
ISBN EPUB: 978-958-665-833-1
ISBN PDF: 978-958-665-832-4
DOI: http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324

Impresión
Panamericana Formas e Impresos S.A.
Calle 65 N° 95-28, Bogotá, D.C.

Impreso en Colombia-*Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

Agradecimientos 17

Lista de recursos gráficos 19

Derecho y sociedad en América Latina.
Una introducción 21
Rachel *Sieder, Karina Ansolabehere* y *Tatiana Alfonso*

Momentos clave en el estudio del derecho en acción
en la academia latinoamericana de derecho y sociedad 23
Tendencias contemporáneas en los estudios sobre derecho
y sociedad en América Latina 27
Estructura del libro 33
Reflexiones finales 43
Notas 44
Referencias 45

Parte I
Derecho, política y sociedad

Capítulo 1. Las contribuciones latinoamericanas
al constitucionalismo 53
Roberto *Gargarella*

Introducción 53
Constitucionalismo experimental (1810-1850) 54
El período fundacional y la consolidación del (hiper)presidencialismo
(1851-1917) 55
La era del constitucionalismo social (1917-1950) 57
Del antipresidencialismo a los derechos humanos (1980-2000) 58
Derechos multiculturales y derechos indígenas. Constitucionalismo
en el siglo xxi 60
Conclusiones 62
Notas 63
Referencias 66

Capítulo 2. Estado y derecho en América Latina.
Una valoración crítica 69
Lisa *Hilbink* y *Janice Gallagher*

Introducción 69
Fuentes institucionales y barreras para la efectividad legal 70
La movilización social por una mayor respuesta legal 75
Conclusiones 79
Notas 80
Referencias 81

Capítulo 3. Pluralismo jurídico y soberanías fragmentadas.
Legalidad e ilegalidad en América Latina 89
Rachel *Sieder*

Pluralismo jurídico y legalidades subalternas en América Latina 90
Legalidad, ilegalidad y constelaciones plurales de gobierno 95
Formas plurales de gobierno: soberanías fragmentadas y traslapadas 99
Conclusiones 102
Notas 103
Referencias 104

Capítulo 4. La cultura del incumplimiento de reglas
en América Latina 109
Mauricio *García-Villegas*

Perspectivas del incumplimiento en América Latina 111
Conclusiones 120
Notas 121
Referencias 123

Capítulo 5. Derecho y violencia en América Latina 131
Julieta *Lemaitre*

Introducción 131
Civilización o barbarie 132
La inversión socialista de los términos 135
La Guerra Fría 136
El nuevo constitucionalismo y los nuevos bárbaros 139
Estudios sociojurídicos en contextos violentos 142
Conclusiones 144

Notas 145
Referencias 146

Capítulo 6. Etnografía, burocracias y conocimiento jurídico en las instituciones estatales latinoamericanas. Las dimensiones materiales y técnicas del derecho 151
Leticia *Barrera y Sergio Latorre*

Introducción 151
El Estado y sus espectros: viejas preguntas y problemas emergentes 153
El derecho en los libros vs. el derecho en acción. Los tecnicismos jurídicos que se encuentran en esa brecha 157
Los archivos jurídicos como espacios de saber, agencia y autoridad 159
Las tecnologías jurídicas: relaciones de propiedad, saber jurídico y burocracia 161
Conclusiones: la compartimentación de la política y los instrumentos jurídicos en el ámbito del Estado 164
Notas 166
Referencias 167

Capítulo 7. Teoría jurídica feminista en América Latina. Una aproximación a múltiples formas de subordinación 171
Isabel C. *Jaramillo Sierra*

Esclavas de los esclavos: la reforma legal como estrategia en el feminismo solidarista 172
Feminismo radical "a lo latinoamericana": los derechos humanos como significantes totales 175
Feminismo político: el análisis distributivo y la posibilidad de tomarnos un descanso del feminismo 179
Temas para una nueva agenda 182
Conclusiones 183
Notas 184
Referencias 185

Capítulo 8. Pueblos afrodescendientes, derecho y raza en América Latina 189
Tanya *Katerí Hernández*

Los límites de las reformas constitucionales multiculturales 189
Los límites del énfasis en el derecho penal para reparar las acciones discriminatorias 192

Reparaciones y acción afirmativa 195
La resistencia de los sistemas jurídicos a la aplicación de las leyes contra la discriminación: el caso de la violencia racial 197
Referencias 199

Capítulo 9. Una agenda para los proyectos de "derecho y desarrollo" en América Latina 205
Pedro *Fortes*

Más allá de la autoalienación 205
La educación legal y la profesión jurídica 207
Las enseñanzas de los estudios de derecho y desarrollo 209
Constitucionalismo, Estado de derecho y democracia 211
Mercados regulados, regímenes proteccionistas y desarrollo industrial 214
Conclusiones: concepciones de desarrollo e indicadores jurídicos 216
Referencias 217

Capítulo 10. Perspectivas marxistas sobre el derecho y el Estado en América Latina 223
Carlos *Rivera Lugo*

Las dos caras de la crisis actual 224
El nudo gordiano de la transición a una nueva sociedad 226
La *normatividad de lo real* del marxismo 228
Sobre la aparente autonomía relativa del Estado y el derecho 231
El impulso normativo alternativo de la forma comunal 235
El espectro del comunismo normativo 238
Referencias 241

Parte II
Nuevos modelos constitucionales y diseño institucional

Capítulo 11. Política judicial en América Latina 247
Juan *F. González Bertomeu*

Introducción 247
Conceptos 248
Empoderamiento 249
Toma de decisiones 252
La toma de decisiones y el derecho 257

Activación y cumplimiento 261
Conclusiones 262
Notas 263
Referencias 265

Capítulo 12. Cortes Supremas y Cortes Constitucionales. Tendencias en el ámbito de la justicia constitucional 271
Francisca *Pou Giménez*

Introducción 271
El diseño institucional: una nueva mirada al mosaico 273
Las cortes latinoamericanas y la gente: la construcción de la legitimidad a través de la acción social y judicial 277
Las cortes latinoamericanas y sus pares: la "comunidad judicial" 281
Decisiones constitucionales, eficacia y transformación social 285
Conclusiones 288
Nota 288
Referencias 288

Capítulo 13. Las fiscalías en América Latina 297
Verónica *Michel*

"¿Qué hay en un nombre?" Los orígenes de los órganos fiscales en América Latina 297
Los órganos fiscales en la América Latina contemporánea 302
La importancia de los órganos fiscales 307
Comentarios finales y sugerencias para investigaciones futuras 311
Notas 312
Referencias 313

Capítulo 14. Las defensorías del pueblo en América Latina 321
Fredrik *Uggla*

La historia de las defensorías del pueblo en América Latina 322
¿Qué es la Defensoría del Pueblo? 325
La estructura de la Defensoría del Pueblo 326
¿Qué hace la Defensoría del Pueblo? 327
Las defensorías del pueblo en la sociedad 331
Debates alrededor de las defensorías del pueblo 334
Temas para las futuras investigaciones 338
Conclusiones 339

Notas 340
Referencias 340

Capítulo 15. Captura de prisionerosBienestar, guerra jurídica y conflicto en las hacinadas cárceles latinoamericanas 345
Fiona *Macaulay*

Introducción 345
Las prisiones y los estudios sociojurídicos latinoamericanos 347
Captura de prisioneros por parte del Estado 349
La captura del espacio carcelario por parte de los presos 357
Conclusiones 361
Notas 361
Referencias 362

Capítulo 16. Los desafíos de la reforma policial en América Latina 367
Lucía *Dammert*

Introducción 367
La policía en América Latina 369
El populismo punitivo 371
Las reformas policiales 373
La creciente participación del sector privado en la provisión de seguridad 380
Reformas con resultados limitados 381
Las agendas futuras de investigación 383
Notas 385
Referencias 385

Capítulo 17. Profesionales del derecho en América Latina en el siglo XXI 391
Manuel *A. Gómez*

I. La influencia de los profesionales del derecho latinoamericanos 391
II. Profesionales del derecho en América Latina: Una definición plagada de obstáculos 393
III. Redibujando el paisaje de los profesionales del derecho en América Latina 394
IV. Conclusión 405
Referencias 406

Capítulo 18. Las instituciones jurídicas como arenas para la promoción de los derechos humanos 413
Karina *Ansolabehere*

Introducción: las instituciones jurídicas como arenas para promover los derechos humanos 413
Los poderes judiciales como arenas para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos 415
Las instituciones jurídicas y la rendición de cuentas por las violaciones de derechos humanos 418
Las instituciones jurídicas como arenas para la justicia social 422
Las lecciones de las tres agendas de investigación 424
Conclusiones 426
Notas 428
Referencias 428

Capítulo 19. Desglobalización y sistemas regionales de derechos humanos 435
Alexandra *Huneeus*

Los derechos humanos en la Guerra Fría y en la época de las dictaduras (1948-1990) 437
Globalización, democratización, judicialización (1990-2016) 440
Derechos humanos, nacionalismo y desglobalización (2017 en adelante) 443
Conclusiones 448
Notas 448
Referencias 450

Parte III
Derecho y movimientos sociales

Capítulo 20. La judicialización de la política en América Latina 455
Bruce M. *Wilson* y *Camila Gianella*

Introducción 455
La judicialización de la política 456
El lugar de la política en las cortes: pesos y contrapesos de la judicialización 461
Reacción 467

Conclusiones 469
Notas 470
Referencias 471

Capítulo 21. La sociedad, el Estado y el reconocimiento del derecho a la identidad de género 477
Laura *Saldivia Menajovsky*

Introducción 477
Sobre la Ley DIG y algunas de sus insubordinaciones 478
El camino hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género 480
La identidad de género en América Latina 486
El carácter democrático del reconocimiento de los derechos LGBT 488
Reflexiones finales 490
Notas 491
Referencias 496

Capítulo 22. Derecho, género y movimientos sociales en América Latina. Negociaciones morales y victorias desiguales en la movilización legal feminista 501
Marta *Rodriguez de Assis Machado, Ana Luiza Villela de Viana Bandeira y Fernanda Emy Matsuda*

Movilización legal, encuadres, y política cultural 504
Dos subcampos de la movilización feminista: la violencia doméstica y el aborto 506
Una pendiente resbaladiza: de la protección a la mujer a la protección a la familia 510
El aborto: los usos contrapuestos del marco de la familia y el marco de protección 512
Conclusiones: encuadres, negociaciones estratégicas y ambivalencias 515
Notas 517
Referencias 521

Capítulo 23. La justicia transicional y la persecución de las graves violaciones de derechos humanos en América Latina 525
Elena *Martínez Barahona y Martha Gutiérrez*

Introducción 525
Tipos de transición y mecanismos de justicia transicional 525
El desarrollo de los estudios sobre justicia transicional en América Latina 531

Los desafíos de los estudios sobre justicia transicional 537
Conclusiones 539
Notas 539
Referencias 541

Parte IV
Temas EMERGENTES

Capítulo 24. La regulación urbanística y las ciudades latinoamericanas 549
Rodrigo *Meneses Reyes*

La regulación de los espacios residenciales urbanos 550
La regulación de las calles 553
Conclusiones 556
Notas 556
Referencias 557

Capítulo 25. Territorios de la propiedad. Perspectivas sociojurídicas desde América Latina 561
Tatiana *Alfonso*

Introducción 563
El primer territorio: derecho, desarrollo y derechos de propiedad 564
El segundo territorio: la dicotomía formalidad-informalidad 567
El tercer territorio: no es informalidad; es un sentido diferente de la propiedad 569
El cuarto territorio: la propiedad como un espacio y una institución liminar en medio de la globalización económica 570
Los derechos territoriales colectivos como una herramienta de redistribución en medio de la violencia jurídica sobre los derechos de propiedad 571
Territorios fragmentados y lagunas empíricas: pistas para futura agendas de investigación 575
Notas 576
Referencias 578

Capítulo 26. Los nuevos desafíos de la legalidad y la justicia en América Latina. La corrupción y el crimen organizado 583
Linn *Hammergren*

Lo que sabemos sobre las nuevas tendencias del crimen y la corrupción..... 583
Cómo han abordado estos temas las investigaciones sobre América Latina..... 588
Los impactos de la corrupción y el crimen organizado sobre la legalidad, el buen gobierno y la justicia: las nuevas agendas de investigación 592
Notas..... 596
Referencias 597

Capítulo 27. El "nuevo militarismo" y el Estado de derecho en las democracias latinoamericanas 603
Julio *Ríos-Figueroa*

Las fuerzas armadas en las constituciones y en los Gobiernos 604
La jurisdicción militar..... 609
La supervisión judicial de las fuerzas armadas..... 611
Conclusiones 615
Notas..... 616
Referencias 618

Capítulo 28. Drogas y derecho en América Latina. Los costos jurídicos, institucionales y sociales de la política de drogas 621
Alejandro *Madrazo Lajous* y *Catalina Pérez Correa*

Introducción..... 621
El régimen jurídico de las drogas en América Latina: la criminalización de los usuarios, la centralización y los regímenes excepcionales 622
Las leyes y las instituciones de la política de drogas en la práctica 628
Conclusiones 636
Notas..... 637
Referencias 639

Índice 645

Sobre los autores..... 661

AGRADECIMIENTOS

La traducción de este libro al español fue posible gracias al apoyo económico de LawTransform, el Centro para el Derecho y Transformación Social y el Chr. Michelsen Institute, de Bergen, Noruega, y el Consejo Noruego de Investigación. Las editoras agradecen a la profesora Siri Gloppen, directora de LawTransform, por su apoyo constante para este proyecto editorial. También agradecen a David Ricardo Luna Vinueza, por su excelente traducción al español, y a Magnolia Prada Rivas, de la Universidad de los Andes, por su apoyo con el proceso editorial.

LISTA DE RECURSOS GRÁFICOS

Gráfico 8.1. El derecho como un fenómeno cultural complejo 176
Gráfico 17.1 Porcentaje que está de acuerdo en que las Fuerzas Armadas deben combatir el crimen, 2014 379
Gráfico 28.1. Participación de los militares en el Gobierno, 1978-2013 608
Gráfico 28.2. Alcance *de jure* de la jurisdicción militar, 1978-2013..... 609

Tabla 8.1. Esclavas de las esclavas..... 175
Tabla 14.1. Comparación de los sistemas inquisitivos y acusatorios..... 300
Tabla 14.2. Diversidad en el diseño institucional de los órganos fiscales latinoamericanos 304
Tabla 14.3. Fallas sistémicas de la justicia penal en la etapa de instrucción..... 307
Tabla 15.1. Nombre, fecha de creación y estatus ante el Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (CIC) (2014) de las defensorías del pueblo latinoamericanas..... 323
Tabla 15.2. Derechos y temas más frecuentes en las quejas que reciben las defensorías latinoamericanas (porcentajes entre paréntesis) 330
Tabla 15.3. Confianza popular (en una escala de 1-7) en la Defensoría del Pueblo, el sistema judicial y la Policía Nacional (desviaciones estándar entre paréntesis) 331
Tabla 15.4. Explicaciones para la confianza en la Defensoría del Pueblo. Los datos son coeficientes no estandarizados de una regresión lineal múltiple (desviaciones estándar entre paréntesis) 333
Tabla 16.1. Niveles y tasas de encarcelamiento en América Latina, 1992-2017 346
Tabla 19.1 Tensiones y desafíos de los poderes judiciales como escenarios para la promoción de los derechos humanos 427
Tabla 21.1. Ejemplos de estudios que analizan la judicialización de la política en América Latina..... 469
Tabla 24.1. Variaciones entre los mecanismos de justicia transicional..... 529
Tabla 29.1. Tipificación del consumo o posesión de sustancias ilícitas 624

Tabla 29.2. Número de personas encarceladas por delitos relacionados con las drogas, porcentaje de personas encarceladas por delitos de drogas en la población carcelaria total, aumento del encarcelamiento por delitos de drogas y aumento de la población carcelaria total 631
Tabla 29.3. Malos tratos por tipo de delito 636

DERECHO Y SOCIEDAD EN AMÉRICA LATINA*
UNA INTRODUCCIÓN

Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso

Las investigaciones sobre derecho y sociedad en América Latina comparten con los estudios de otras regiones la preocupación por la relación entre el derecho (entendido en términos generales como normas, instituciones y prácticas) y los patrones de desarrollo a largo plazo, el ambiente político, las formas institucionales y las especificidades culturales. Sin embargo, como argumentamos en esta introducción, aunque es imposible caracterizar una región tan diversa, podemos delimitar los contornos distintivos de la investigación sociojurídica en América Latina a partir de los cambios que tuvieron lugar en la academia sociojurídica y a partir de la identificación de coyunturas políticas e históricas claves[1]. Como era de esperar, los estudios sobre derecho y sociedad a finales del siglo XX estuvieron marcados por los cambios en la historia política de la región: desde el optimismo que generaban los trasplantes jurídicos durante el período de la Alianza para el Progreso, pasando por el pesimismo durante los años de dictaduras en los que se consolidaron regímenes jurídicos autoritarios, hasta el papel que han jugado los derechos humanos y las reformas constitucionales en los contextos de transición a la democracia. Recientemente, los estudios se han concentrado en temas como la justiciabilidad de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes, la relación entre el derecho, las instituciones jurídicas y el cambio social, o la judicialización de la corrupción gubernamental, que ha llevado a fuertes confrontaciones entre las ramas del poder público en muchos países de la región.

Aunque es más pequeña y está menos institucionalizada que la academia sociojurídica estadounidense y europea, la academia sociojurídica latinoamericana también se ha desarrollado durante las últimas décadas. Sus miembros tienden a involucrarse de forma más directa en las iniciativas que buscan un cambio social progresista a través del derecho dentro de sus países (y cada vez más en toda la región). La academia latinoamericana también se caracteriza por un alto grado de heterogeneidad metodológica, así como por los diálogos interdisciplinarios entre el derecho, la filosofía del derecho, la sociología, la ciencia política, la historia, la antropología y los estudios culturales. En comparación con Estados Unidos y Europa, se llevan a cabo menos investigaciones

* Cómo citar la Introducción: Sieder, Rachel, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso. 2024. Derecho y sociedad en América Latina. Una introducción. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 21-50. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.1

cuantitativas de gran escala como resultado de las limitaciones en la financiación y la relativa falta de expertos en análisis jurídicos cuantitativos interregionales[2]. A pesar de que la división entre los enfoques marxistas y liberales no ha estado presente en la historia de los estudios de derecho y sociedad en América Latina, las investigaciones sociojurídicas empíricas se desarrollan alrededor de temas o problemas concretos, en lugar de partir de tendencias teóricas o metodológicas específicas (como sucede con sus contrapartes europeas y estadounidenses); por ejemplo, la discriminación de género o la violencia policial han sido objeto de numerosos estudios en los últimos años. Los enfoques multidisciplinarios, que incluyen análisis históricos, teórico-jurídicos, etnográficos e institucionales, son cada vez más una característica estándar de estos estudios. Este libro tiene como objetivo mapear los contornos emergentes de la investigación de derecho y sociedad en América Latina y sostiene que comprender cómo se ha estudiado el derecho en la región puede contribuir a una comprensión más amplia del derecho.

"Derecho y sociedad" es un campo de estudio con fronteras móviles; por esa razón, cualquier intento de definir sus límites y contornos es una empresa intrincada y controversial. En Estados Unidos y Europa las trayectorias históricas del desarrollo del campo han estado asociadas a algunas organizaciones, universidades y centros de investigación, tales como la Law and Society Association en Estados Unidos[3], la University of Wisconsin, el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati en el País Vasco[4], el Center for Social Studies (CES) en Coimbra y programas de derechos humanos en el Institute of Latin American Studies en Londres o el Chr. Michelsen Institute en Noruega. Por el contrario, en América Latina el campo no ha estado estrechamente vinculado al desarrollo de organizaciones particulares, aunque, como señalamos en esta introducción, una diversidad de instituciones en diferentes países ha jugado un papel clave en su formación en distintos momentos[5].

Usamos dos criterios para identificar el campo de los estudios de derecho y sociedad en América Latina. El primero es pragmático: América Latina como lugar de interés y lugar de producción de los estudios. El segundo criterio pretende superar el hecho de que los contornos del campo son difusos en la región, principalmente porque no existe una asociación o publicación que articule la producción académica. De ese modo, consideramos que hacen parte del campo los estudios que comparten un interés por el "derecho en acción". Más allá de perspectivas metodológicas o teóricas específicas, esto es lo que define los estudios de derecho y sociedad en la región. Así, contribuciones muy diferentes comparten la preocupación por entender cómo funciona el derecho en la práctica: cómo diferentes grupos lo representan e imaginan, las distintas formas en que el derecho se usa y se invoca, y los efectos que produce. Como consecuencia de estos dos puntos de partida, y en contraste con intentos anteriores de examinar el campo de los estudios sociojurídicos en la región (véase la importante contribución de García Villegas y Rodríguez Garavito 2003), no intentamos caracterizar el derecho o el derecho y la sociedad en América Latina. La diversidad de trayectorias legales, sociales y políticas de 17 países hace que esta sea una tarea inabarcable y, en última instancia, con un poder analítico limitado, pues muchas características del derecho (entendido como una construcción

social) en América Latina ahora son comunes al derecho en todas partes. Aunque uno de nuestros puntos de partida es la profunda brecha entre el derecho en acción y el derecho en los libros en toda la región, no podemos dejar de destacar que la idea de que las normas jurídicas regulan de hecho la vida social o pueden llegar a hacerlo es cuestionada en la mayoría de los estudios sociojurídicos. Adicionalmente, no solo en el Sur Global, sino en todo el Globo se desdibujan las fronteras entre lo legal y lo ilegal (Comaroff y Comaroff 2006, 2016). América Latina ha sido caracterizada por mucho tiempo como una región que fetichiza la ley al otorgarle un gran poder simbólico, al mismo tiempo que ofrece el panorama de un Estado de derecho débil o incluso de "ausencia de ley". Ahora bien, incluso si estas características estuvieran presentes de manera uniforme en toda la región, actualmente parecen definir las realidades sociojurídicas en la mayor parte del mundo.

Dada la diversidad antes mencionada, nuestra revisión es necesariamente parcial. Por lo tanto, en esta revisión pretendemos mapear las tendencias. Las tendencias que identificamos no son factores causales, sino el producto de un contexto histórico compartido específico, el cual está definido por dos elementos. El primero de ellos es la superposición de nuevas realidades constitucionales, el pluralismo jurídico, la espiral de violencia y el aumento de la importancia de las narrativas de derechos humanos. El segundo consiste en la consolidación tanto en América Latina como fuera de ella de una academia sociojurídica cada vez más profesionalizada y conectada internacionalmente. Esto se traduce en una agenda en la cual el interés clásico por la eficacia simbólica del derecho se combina con una preocupación por las instituciones jurídicas y las convergencias entre legalidad e ilegalidad en una región con desigualdades socioeconómicas, raciales y de género agudas y duraderas. ¿Qué procesos históricos de formación del Estado explican las violaciones persistentes de los derechos humanos y los niveles extremadamente altos de violencia? ¿Cuál es el papel del derecho y las instituciones jurídicas en perpetuar o transformar estos patrones? ¿Es posible hacer valer nuevos derechos constitucionales de tal manera que alteren patrones históricos arraigados de desigualdad socioeconómica y racial? Estas preguntas han sido el núcleo de la reciente expansión de las investigaciones sociojurídicas en América Latina, la cual ha tomado forma gracias a la tensión entre la imperfección e indeterminación de la ley y las instituciones jurídicas, por un lado, y el uso cada vez mayor de esas instituciones por parte de una gran gama de actores, por el otro.

En el siguiente apartado mostramos los momentos clave en el desarrollo de los estudios de derecho y sociedad en la región y trazamos sus principales focos temáticos y perspectivas. Como mostraremos, el campo se ha vuelto más complejo y rico en los últimos años, y se caracteriza actualmente por una gran diversidad de temas y una masa crítica de estudios sobre problemas específicos.

Momentos clave en el estudio del derecho en acción en la academia latinoamericana de derecho y sociedad

Aunque no es fácil identificar todos los estudios sobre el derecho en acción en América Latina, existe un consenso en la literatura que indica que el movimiento de Derecho y Desarrollo, vinculado a la Alianza para el Progreso en la

década de los sesenta del siglo pasado, marcó el punto de partida de un interés creciente en el vínculo entre el derecho y el cambio social en la región (García Villegas y Rodríguez Garavito 2003). Un camino largo se ha recorrido desde ese momento; podemos identificar cambios a largo plazo en las perspectivas que signaron estas preocupaciones. En primer lugar, se pasó de pensar en el derecho en acción como el "incumplimiento" o la falta de cumplimiento de unas normas jurídicas susceptibles de transformación por medio de reformas "apropiadas" a pensarlo como un proceso complejo en el que la brecha entre el derecho en acción y el derecho en los libros es una característica constitutiva del derecho mismo. Este cambio en la perspectiva también ha permitido reconocer que los efectos "benevolentes" de las reformas judiciales dependen de una multitud de procesos jurídicos, políticos y sociales. En segundo lugar, las investigaciones se han alejado de los enfoques que conciben al Estado como un actor unificado y homogéneo para abrazar una comprensión en la que se lo piensa como un espacio fragmentado que contiene múltiples legalidades y poderes. En tercer lugar, mientras en los años sesenta se pensaba que la producción del derecho estaba centrada en el Estado, con el tiempo ha sido entendida como un fenómeno cada vez más internacional y subnacional que involucra, por un lado, diferentes dinámicas entre las estructuras estatales formales, los organismos internacionales y una gran variedad de actores políticos y sociales y, por el otro, procesos de disputa que ocurren en diferentes escalas espaciales. Además, podemos observar que la academia se ha vuelto más robusta a medida que aumentan tanto el número de estudios realizados por académicos que trabajan en América Latina y fuera de la región como los vínculos entre ellos. Temáticamente, el campo de estudio en sí también se ha ampliado: el derecho en general, los profesionales del derecho y la reforma legal ya no están en el centro del análisis y las agendas más específicas se han multiplicado. Podemos mencionar como ejemplos los diferentes estudios relacionados con la movilización legal en torno a una variedad de temas o el crecimiento de las investigaciones sobre actores e instituciones judiciales. A continuación presentamos una breve descripción general de los momentos y temas clave.

Los orígenes de la preocupación por el derecho en acción en América Latina se remontan a la década de los sesenta con el surgimiento del movimiento de Derecho y Desarrollo (Trubek y Santos 2006). Este movimiento, que estaba comprometido con modernizar los países considerados "subdesarrollados", entendió al derecho como una herramienta privilegiada para transformar lo tradicional en moderno; en particular, los trasplantes jurídicos y la reforma de la profesión jurídica eran el núcleo de la transformación que promovían. De este modo, el Estado (concebido como una entidad unitaria) tendría las herramientas necesarias para lograr el desarrollo económico y la modernización política. Las categorías binarias tradición/modernidad y cumplimiento/incumplimiento de normas y leyes constituyeron el marco analítico de un movimiento cuyo objetivo central era establecer los fundamentos jurídicos del Estado desarrollista a través de medidas como las reformas agrarias, entre otros ejemplos. Los estudios críticos que cuestionaron la supuesta relación entre las reformas legales, la profesión jurídica y su influencia en el desarrollo fueron realizados en gran parte fuera de América Latina, específicamente por los fundadores del movimiento de Derecho y Sociedad en Estados Unidos, David Trubek y Marc Galanter (1974).

Otro momento importante en la evolución temática de las perspectivas sobre el derecho en acción en América Latina estuvo relacionado con el surgimiento de regímenes autoritarios desarrollistas. Las influyentes publicaciones de Guillermo O'Donnell *Modernización y autoritarismo* (1972) y *El Estado burocrático autoritario* (1982) cuestionaron la relación entre democracia y desarrollo que asumía la teoría de la modernización (que era el paradigma que sustentaba el movimiento de Derecho y Desarrollo) y se centraron en las formas de dominación estatal que se creaban para restringir la participación política popular en favor de los intereses económicos. Estos estudios postularon que tales tendencias eran constitutivas de las dinámicas sociopolíticas y económicas modernas en América del Sur, especialmente en Argentina y Brasil. Sin embargo, las dimensiones jurídicas del gobierno autoritario no fueron tan centrales para las teorías regionales del Estado como lo fueron, por ejemplo, en Asia (Ginsburg 2003). En el contexto latinoamericano, los estudios sobre derecho y sociedad se organizaron en torno a dos cuestiones o ejes: por un lado, el (no) funcionamiento de las instituciones jurídicas y el poder judicial y, por otro, el inicio de la tradición marxista de estudios jurídicos críticos, que cuestionó el poder del derecho para transformar la sociedad y enfatizó, en cambio, su naturaleza como mecanismo de dominación.

Con las medidas de independencia judicial y control constitucional de Estados Unidos como estándares de comparación, el primer grupo de estudios se concentró en analizar las deficiencias en la independencia y funcionamiento judicial en la región. Estos estudios descriptivos y comparativos fueron realizados por académicos de Estados Unidos, como Carl Schwarz (1973), Joel Verner (1984) y David Clark (1975), y se destacaron por no contextualizar históricamente la relación entre el poder judicial y el poder político en América Latina. El segundo grupo de estudios fue desarrollado por abogados marxistas latinoamericanos que buscaron desafiar las perspectivas jurídicas hegemónicas y promover usos alternativos del derecho. Bajo el nombre de "Crítica jurídica", estas perspectivas fueron promovidas por académicos mexicanos, brasileños y argentinos, como Óscar Correas (un argentino que desarrolló su carrera académica en México) y Carlos Cárcova (también de Argentina). Aunque sus estudios fueron en gran medida teóricos y filosóficos en lugar de empíricos, no debe subestimarse la importancia de este movimiento que cuestionaba la naturaleza progresista del derecho. Por ejemplo, estas perspectivas críticas contribuyeron al concepto de "derecho alternativo", que estuvo en la base de la fundación del Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativo (ILSA) en Colombia en 1978. Esta entidad ha impulsado hasta la actualidad la investigación-acción colaborativa con movimientos sociales y populares con la finalidad de apoyar acciones jurídicas contrahegemónicas "desde abajo". Estos grupos de académicos del derecho estaban compuestos, en gran parte, por profesores universitarios que capacitaron a generaciones futuras comprometidas con estas perspectivas críticas; también crearon espacios para el intercambio y la difusión intelectual, como la revista marxista *Crítica Jurídica*, publicada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y publicaciones como *El otro Derecho* o *Beyond Law* en el caso del ILSA. Esta corriente de investigación construyó una crítica mordaz al derecho estatal y también priorizó formas alternativas de entender y concebir el derecho.

En este sentido, su preocupación por el incumplimiento se canalizó hacia prácticas y formas de regulación social o derecho alternativo.

Las transiciones hacia regímenes democráticos en el Cono Sur y Centroamérica marcaron el tercer momento en la trayectoria histórica de los estudios de derecho y sociedad en la región. En un contexto en el que era latente el desafío de responder a las violaciones masivas de derechos humanos que cometieron los regímenes anteriores, la preocupación por el Estado de derecho y la relación entre democracia y desarrollo planteó nuevas expectativas y preguntas sobre el papel que el derecho y las instituciones jurídicas podrían desempeñar en las nuevas democracias. Las transiciones a la democracia también les dieron un nuevo impulso a las reformas legales para fortalecer el Estado de derecho, el cual fue entendido en dos registros: como seguridad jurídica para la inversión y como igualdad ante la ley y búsqueda de justicia por las violaciones de derechos humanos cometidas por los gobiernos autoritarios. Los académicos legales y los intelectuales públicos, como Carlos Nino en Argentina, desempeñaron un papel central en el desarrollo de una agenda legal progresista en el contexto de la transición que inspiró a una generación de académicos de derecho y sociedad en toda la región. A partir de este período, los regímenes internacionales de derechos humanos desempeñaron un papel cada vez más importante a medida que los actores locales invocaban instrumentos internacionales para presionar por un cambio en sus países (Keck y Sikkink 2001). Al mismo tiempo, la agenda por la reforma judicial fue apoyada por agencias multilaterales, lideradas por el Banco Mundial. En este marco, incluso se habló de una segunda ola del movimiento de Derecho y Desarrollo, preocupada por consolidar la transición hacia economías de mercado abierto a través del "Estado de Derecho" (Dezalay y Garth 2002). En ese momento, un conjunto relativamente homogéneo de trasplantes jurídicos fue promovido en toda la región, entre los que se incluyen los consejos de la judicatura para la selección de jueces y las escuelas de capacitación judicial para profesionalizar a los abogados en la carrera judicial (Carothers 2001). Simultáneamente, se produjeron los primeros enjuiciamientos contra los perpetradores de violaciones de derechos humanos, entre ellos el juicio emblemático a los exlíderes de la junta militar en Argentina, junto con los primeros intentos de revocar democráticamente las leyes de amnistía que impidieron el enjuiciamiento de los responsables de violaciones graves de derechos humanos, como fue el caso de Uruguay en 1989. En los años posteriores, los procesos de justicia por las violaciones graves de derechos humanos que tuvieron lugar después de las transiciones tanto en el Cono Sur como en América Central se convirtieron en un campo clave de estudio comparativo y aumentaron el interés académico en las instituciones jurídicas y las movilizaciones sociojurídicas en América Latina. Fue tal la importancia de la experiencia regional que se estima que más de la mitad de todos los juicios de derechos humanos que se han llevado a cabo en el mundo han sucedido en América Latina (Payne *et al.* 2015). Posteriormente, el campo de los estudios de justicia transicional, como parte de la agenda global de derecho y sociedad, creció exponencialmente. Dentro de él, ha sido indiscutible el papel protagónico que han desempeñado los estudios sobre América Latina, muchos de ellos realizados por académicos que trabajan en la región. Este tipo de investigaciones se preguntan principalmente

por las relaciones entre los procesos de justicia transicional, la democracia y los derechos humanos y por la combinación más adecuada de mecanismos de justicia transicional para lograr condenas efectivas por violaciones de derechos humanos, la verdad y las reparaciones para las víctimas (véanse el capítulo de Martínez y Gutiérrez en este volumen y Skaar, García-Godos y Collins 2016). Esta área de investigación está marcada por un intercambio particularmente fluido entre académicos de la región y sus contrapartes en Estados Unidos y Europa, como también por un alto grado de colaboración y el diálogo entre la academia, organizaciones no gubernamentales (ONG) y centros de pensamiento. En la siguiente sección identificamos un cuarto momento en el campo, aquel que da forma a las diferentes agendas presentadas en este volumen.

Tendencias contemporáneas en los estudios sobre derecho y sociedad en América Latina

El cuarto momento que identificamos en el campo de los estudios sobre derecho y sociedad en América Latina está anclado en la crítica a la gobernanza y el desarrollo neoliberal, que cobró fuerza a finales de la década de 1990. El momento está marcado por la tensión (productiva) entre un gran número de estudios que se preocupan por el funcionamiento óptimo de las instituciones jurídicas y aquellos que se centran en las formas en que las desigualdades socioeconómicas y raciales, que son sistémicas en la región, se relacionan con los fenómenos sociojurídicos.

Una primera ola de reformas constitucionales expandió las cartas de derechos, aumentó la autonomía y el poder de las instituciones jurídicas y consagró las expectativas crecientes de la comunidad sobre el derecho y las instituciones legales (véanse los capítulos de Gargarella, Pou, González-Bertomeu, Uggla y Michel en este volumen). El llamado "nuevo constitucionalismo" se extendió por toda América Latina en los años que siguieron a la reforma constitucional de 1988 en Brasil. Al incorporar amplias declaraciones de derechos y revisar, en muchos casos, la estructura del Estado, la mayoría de las nuevas cartas buscaban instaurar ordenamientos jurídicos que reflejaran los proyectos sociopolíticos que resultaron de los procesos de transición (Negretto 2013). De esta forma, la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas merece una mención especial dentro de los nuevos reconocimientos. Esto se dio como respuesta a las demandas del movimiento indígena de todo el continente, que comenzó a desarrollarse en la década de 1980. Las transformaciones de mayor alcance en este sentido ocurrieron en Ecuador y Bolivia con la aprobación de las llamadas "constituciones plurinacionales" en 2008 y 2009, respectivamente. Estas constituciones aparentemente tenían como objetivo reconocer las especificidades y reclamos de los pueblos indígenas y —en menor medida en el caso de Ecuador— afrodescendientes, con lo que introdujeron perspectivas diferentes sobre la política, el derecho y la sociedad en los ordenamientos jurídicos de esos Estados nacionales (Sousa Santos 2005; Yrigoyen 2011). La ola regional de ingeniería constitucional multicultural y plurinacional implicó el reconocimiento formal del pluralismo jurídico y de espacios de autonomía para el gobierno indígena, lo que representa una ruptura radical con las tradiciones republicanas monistas. Las redes de activistas y académicos como la Red

Latinoamericana de Antropología Jurídica (Relaju) desempeñaron un papel fundamental en la circulación regional de las investigaciones locales alrededor del constitucionalismo multicultural y la jurisprudencia innovadora sobre los derechos de los indígenas (Chenaut, Gómez, Ortiz y Sierra 2011), al mismo tiempo que académicos de Europa y Estados Unidos desarrollaban estudios comparativos relevantes sobre estos temas (Van Cott 2000, 2008; Sieder 2002; Schilling-Vacaflor y Kuppe 2012; Yashar 2005).

Muchas de las nuevas constituciones incorporaron el derecho internacional de los derechos humanos en el bloque de constitucionalidad, con lo que abrieron oportunidades sin precedentes para la innovación judicial y propiciaron relaciones más estrechas entre los tribunales nacionales e internacionales (el doble movimiento de constitucionalización del derecho internacional e internacionalización del derecho constitucional). Además, estas reformas constitucionales fortalecieron, al menos en el papel, el poder de los tribunales constitucionales de la región al generar las condiciones de posibilidad para su desarrollo institucional y su participación en la resolución de conflictos políticos y sociales (Helmke y Ríos-Figueroa 2011). Sin embargo, así como el giro hacia modelos más democráticos de organización estatal parecía generar nuevas expectativas sobre el derecho, también reveló, por un lado, las inmensas dificultades para construir fuerzas de seguridad y sistemas jurídicos respetuosos de los derechos humanos y, por otro, los desafíos que un aumento masivo en la violencia social y criminal representa para una forma de gobierno democrática. Aunque las desapariciones en masa, ejecuciones y masacres cometidas por los regímenes militares autoritarios quedaron atrás, el giro a un gobierno elegido democráticamente sucedió en un contexto signado por una persistente debilidad institucional, la pobreza generalizada y la aguda desigualdad socioeconómica y racial. En ese contexto, tanto ese giro como la promesa de las constituciones liberales y protectoras de derechos fallaron en garantizarle a la mayoría de los ciudadanos sus derechos humanos fundamentales. Los agentes del Estado persistieron en sus prácticas autoritarias, las detenciones arbitrarias y las ejecuciones extrajudiciales. Además, los niveles consistentemente altos de violencia social afectan a grandes sectores de la población. Aproximadamente un tercio de todos los homicidios que se registran en el mundo ocurre en América Latina y algunas de las peores tasas de homicidios en el mundo aparecen entre los jóvenes urbanos, pobres y no blancos en ciudades como San Salvador, Río de Janeiro o Caracas. Las actitudes sociales predominantes refuerzan el mensaje de que ciertos sectores no "merecen" la protección de la ley. Además, la arraigada discriminación racial y de clase desempeña un papel central en el debilitamiento de los lazos sociales, la solidaridad y el sentido de obligación moral de los ricos y poderosos hacia los pobres y excluidos (Vilhena Vieira 2011; Méndez, O'Donnell y Pinheiro 1999). Al mismo tiempo, estos sectores a menudo son vistos por las élites como poblaciones peligrosas que es necesario contener, y, por lo tanto, son penalizados desproporcionadamente por el derecho penal; de hecho, el sistema penal funciona en gran medida para proteger a las élites de los pobres. Si bien este no es un fenómeno puramente latinoamericano y ha sido ampliamente documentado en Estados Unidos por los estudios de derecho y sociedad, el uso excesivo de la fuerza y los asesinatos ilegales

por parte de las fuerzas policiales, junto con los altos niveles de violencia social que desembocan en el vigilantismo y la llamada "limpieza social", constituyen una preocupación central para los estudios de derecho y sociedad en la región (Brinks 2006; Snodgrass Godoy 2006).

En los años que siguieron a las transiciones y la promulgación de nuevas constituciones, gran parte de los estudios sobre el derecho en acción en América Latina se han centrado en la violencia, las relaciones entre legalidad e ilegalidad, así como en la responsabilidad de los actores estatales, en general, y las fuerzas militares y de seguridad, en particular. También los estudios críticos de raza que han sido centrales para las investigaciones sobre la violencia institucional en Estados Unidos son un área de interés creciente en América Latina y su influencia es cada vez más visible en los análisis de derecho y sociedad en la región.

Las nuevas constituciones no solo han sido estudiadas como procesos de reforma institucional, sino también como cambios doctrinales que le plantearon complejos dilemas jurídicos al poder judicial (Negretto 2013). Los diferentes procesos de transformación constitucional y su influencia en la doctrina jurídica emergente llevaron a los estudiosos del derecho a pasar de su enfoque tradicional en el derecho civil (y penal) a una nueva preocupación por el estudio del derecho constitucional (Couso *et al.* 2010). Por ejemplo, los estudios sobre el "constitucionalismo en acción" han sido dominados por dos preguntas: cómo incorporar los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las decisiones internas y cómo los actores judiciales se apropian de las normas internacionales y las traducen al lenguaje jurídico local (véase el capítulo de Pou en este volumen). Muestra de esto es el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (Sela). Este seminario, que es auspiciado por la Escuela de Derecho de Yale y se celebra anualmente desde mediados de la década de 1990, ha sido un importante centro para los estudios regionales de derecho y sociedad sobre el nuevo constitucionalismo[6]. El interés se refleja, también, en un número creciente de estudios de derecho constitucional comparado a partir de la década de 1990 no solo en América Latina, sino también entre los países del Sur Global (Bonilla 2013). Esto, a su vez, implicó una transformación en las comunidades sociojurídicas y una ampliación de las conversaciones e interacciones; ambos efectos trajeron nuevas perspectivas al análisis del cambio constitucional en la región. Lo anterior se evidencia por la circulación de la preocupación por el constitucionalismo progresista o el rol de los tribunales activistas que actúan en favor de los derechos sociales (Yamin y Gloppen 2011; Langford, Rodríguez-Garavito y Rossi 2017).

Al concentrarse en la reforma y el diseño de las instituciones jurídicas, así como en su funcionamiento y consecuencias políticas y sociales, muchos académicos tradujeron las nuevas dinámicas sociopolíticas de América Latina en agendas de investigación de derecho y sociedad. A principios de la década de 1990, gran parte de los estudios tenía un carácter marcadamente normativo e instrumentalista; en efecto, los estudios participaban en la construcción ideológica del Estado, el "efecto Estado" descrito tan incisivamente por Timothy Mitchell (1991). Nociones abstractas como el "Estado de derecho" y el *dictum* weberiano del monopolio estatal sobre los medios de coerción fueron invocadas por los académicos para contrastar, en todos los casos, las formas

de derecho idealizadas en el Norte con su ausencia en el Sur (Rodríguez Garavito 2011a, 13). A raíz de una ola inicial de estudios que se enfocaba en la reforma judicial y señalaba los vínculos entre el derecho, la democracia y la promoción internacional del Estado de derecho (Domingo y Sieder 2001; Dakolias 1996; Pásara 2007), una línea de investigación, cuyos métodos se identifican con los de la ciencia política norteamericana, desarrolló estudios empírico-causales sobre las instituciones estatales existentes. Al concentrarse en el diseño institucional y el comportamiento judicial (inspirándose, de hecho, en los estudios sobre el comportamiento judicial en Estados Unidos), estos estudios fortalecieron el campo de la política judicial comparada (Ansolabehere 2007; Hilbink 2007; Helmke 2005; Finkel 2008; Domingo 2000; Ríos-Figueroa y Staton 2012; Kapiszewski 2012). El legado de los estudios pioneros que examinaron la relación entre la justicia y la política en contextos de autoritarismo y en las democracias emergentes se observa en las nuevas investigaciones que se centran en los factores que explican los diferentes roles que asumen las instituciones judiciales y su capacidad para generar transformaciones sociales mediante la (re)distribución del poder y los recursos (Gloppen *et al*. 2010; Gauri y Brinks 2010). El poder judicial ha sido concebido como un foro para los reclamos de justicia social y responsabilidad, particularmente con respecto a los estándares y normas internacionales de derechos humanos (véase el capítulo de Ansolabehere en este volumen). Las particularidades de la política internacional, la difusión de las ideas jurídicas y las relaciones entre las instituciones jurídicas, la sociedad civil y los movimientos sociales que promueven ciertas causas se constituyeron como temas centrales en el campo de estudio. En términos generales, estos temas fueron abordados desde dos perspectivas: la de la movilización legal y la del cambio constitucional, entendido este como un proceso de movilización legal (véanse los capítulos de Saldivia, Wilson y Gianella y Machado *et al*. en este volumen). El derecho a la salud y la movilización en favor de los derechos sexuales y reproductivos han sido algunos de los temas que han generado una gran cantidad de estudios comparativos y de caso en la región (Albarracín 2011; Bergallo y Michel 2016; Yamin y Gloppen 2011). La asistencia regular de académicos latinoamericanos a los congresos de redes académicas estadounidenses como la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA, por sus siglas en inglés) o la American Political Science Association (APSA) ha hecho que los estudios circulen[7]. Además, junto con los estudios sobre el funcionamiento de las cortes, también han aumentado las investigaciones sobre las instituciones jurídicas, su reforma y los desafíos que enfrentan. En particular, han aumentado los trabajos sobre los órganos de investigación penal (véase el capítulo de Michel en este volumen), la policía (véase el capítulo de Dammert en este volumen), las cárceles (véase el capítulo de Macaulay en este volumen) y las instituciones nacionales de derechos humanos creadas en la década de 1990 como resultado de un proceso de difusión e innovación legal (véase el capítulo de Uggla en este volumen). Como la ciencia política y la sociología, la antropología jurídica también ha proporcionado análisis etnográficos críticos sobre las instituciones penales, las burocracias judiciales y los procesos de reforma legal —por ejemplo, el trabajo de académicos argentinos y brasileños como Sofía Tiscornia, María Victoria Pita, María José Sarrabayrouse, Josefina

Martínez y Roberto Kant de Lima (Tiscornia 2004; Tiscornia, Kant de Lima y Eilbaum 2009)—. Lo anterior refleja una tendencia en los estudios sobre derecho y sociedad hacia una investigación que ya no tiene por centro al Estado, sino que se enfoca en la micropolítica, las subjetividades y las prácticas materiales que sustentan la realización del derecho (véase el capítulo de Barrera y Latorre este volumen)[8]. Dado que las perspectivas constructivistas les han ganado terreno a los enfoques prescriptivos en las investigaciones de derecho y sociedad en América Latina, la preocupación por el pluralismo jurídico se ha extendido más allá del interés inicial en los pueblos indígenas. Mientras las aproximaciones iniciales defendían el carácter emancipatorio del pluralismo jurídico, los nuevos trabajos analizan la naturaleza fragmentada del poder estatal explorando, por ejemplo, el papel de las organizaciones paramilitares y paraestatales en las formaciones estatales contemporáneas. En términos generales, los enfoques etnográficos y antropológicos para el estudio del derecho y la justicia en América Latina están ganando terreno (Brunnegger y Faulk 2016).

Sin embargo, a pesar de la tendencia hacia una comprensión descentrada del Estado y la preocupación creciente de la antropología jurídica y la sociología por los procesos de formación y transmutación del Estado, el eje sociedad civil/Estado (o movimientos sociales/Estado) sigue siendo fundamental para los estudios de derecho y sociedad en América Latina, incluso más que para los estudios que se llevan a cabo en otras regiones. Junto con el análisis de las instituciones jurídicas señaladas anteriormente, se ha producido un gran número de investigaciones sobre los procesos de movilización legal por parte de diferentes movimientos sociales. A su vez, estas investigaciones están vinculadas a un cuerpo de literatura más amplio que analiza el papel de los diversos grupos de la sociedad civil en el logro de mayores garantías de derechos y responsabilidad estatal (Mainwairing y Welna 2003; Peruzzotti y Smulovitz 2006; Isunza y Olvera 2010). En América Latina, los movimientos sociales han enmarcado sus demandas en el lenguaje de los derechos y han usado la reforma legal y el litigio estratégico como herramientas centrales en sus esfuerzos para lograr transformaciones socioeconómicas, políticas y culturales. Los académicos de derecho y sociedad han analizado la naturaleza y los efectos de estas estrategias, a menudo con referencia a una literatura internacional de derecho y sociedad que se centra en los procesos, prácticas y subjetividades a través de los cuales se produce la transnacionalización de los derechos humanos (Keck y Sikkink, 1998; Risse, Ropp y Sikkink 1999; Merry 2006; Merry y Goodale 2007; en Colombia véase Sousa Santos y García Villegas 2001; en México véase Hernández 2016). La teoría de los movimientos sociales ha moldeado los estudios regionales de derecho y sociedad con un énfasis teórico y metodológico en conceptos y herramientas como el enmarcamiento, el análisis del discurso, el análisis de redes, los estudios de caso y los estudios causales comparativos (véase Lemaitre y Sandvik 2015 para una crítica a la aplicación de la teoría de los movimientos sociales a contextos violentos). De particular interés ha sido el análisis de los procesos emancipatorios o contrahegemónicos de movilización sociojurídica, lo que Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez-Garavito (2005) llamaron "globalización legal desde abajo".

En comparación con lo que sucedía a principios de la década de los noventa, la movilización

sociojurídica vinculada a cuestiones de gobernanza y justicia social ocupa ahora un lugar más destacado en las agendas de investigación en América Latina. Muchos académicos son intelectuales públicos, figuras importantes en los debates nacionales, los procesos de reforma legal y la promoción de una comprensión de lo jurídico basada en los derechos humanos, liberal y "emancipatoria". Aunque la educación legal en toda la región sigue siendo muy formalista, existen centros importantes que fomentan el litigio en derechos humanos y la perspectiva del derecho en acción, por ejemplo, la Universidad de los Andes en Bogotá o el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) (véanse los capítulos de Fortes y Gómez en este volumen). También le han dado forma al campo varias ONG y organizaciones de la sociedad civil que participan en el litigio estratégico y la investigación sociojurídica, tales como Dejusticia en Colombia, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en Argentina, Fundar en México o el Instituto de Defensa Legal en Perú. De esa manera, las investigaciones de derecho y sociedad en América Latina se caracterizan por un diálogo constante en el que la academia, la sociedad civil y (cada vez más) las instituciones jurídicas nacionales y regionales participan conjuntamente en la producción de conocimiento. Para proporcionar solo un ejemplo de este tipo de diálogo: el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG) fue fundado por exalumnos de Alberto Binder, académico argentino y activista de derechos humanos, a principios de la década de 1990. El ICCPG ha llevado a cabo investigaciones sociojurídicas empíricas aplicadas en Guatemala y ha desempeñado un papel clave en la promoción de una reforma al sistema de justicia penal guatemalteco que se adecúe a los estándares internacionales de derechos humanos. La exdirectora del ICCPG, Claudia Paz y Paz Bailey, encabezó la lucha nacional contra la impunidad durante su cargo como fiscal general y, posteriormente, como parte del grupo interdisciplinario de expertos designados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para investigar la desaparición forzada de 43 estudiantes en Ayotzinapa (México). Se pueden encontrar ejemplos similares en muchos países de la región. Del mismo modo, las pasantías y prácticas en la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, junto con el trabajo de organizaciones tales como el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), que se involucra en el litigio estratégico en el Sistema Interamericano, y otras que trabajan desde Estados Unidos, como el Centro de Derechos Reproductivos en Nueva York, han desempeñado un papel vital en la consolidación de comunidades epistémicas transregionales de derecho y sociedad caracterizadas por la perspectiva del litigio internacional.

Por último, pero no menos importante, todos estos cambios en el papel del derecho y las relaciones entre política y derecho, combinados con la diversificación de las aproximaciones académicas que se interesan por comprender el derecho en acción, implican una revisión de los marcos y presupuestos teóricos. La incorporación de perspectivas históricas a largo plazo, las reflexiones sobre las fronteras entre lo legal y lo ilegal, el interés en la tensión constitutiva entre derecho, civilización y barbarie en América Latina, los estudios de derecho y raza y derecho y género, las relaciones internacionales y el cumplimiento legal son importantes para reteorizar las aproximaciones al estudio del derecho y la sociedad en la región y otros

lugares del Globo. La primera parte de este libro se dedica precisamente a ello. Subrayamos la necesidad de cuestionar las dicotomías persistentes en el estudio del derecho, tales como cumplimiento/incumplimiento, legal/ilegal o estatal/no estatal. Cuestionar estas dicotomías tan asentadas a la luz de los nuevos desarrollos en América Latina y el diálogo con académicos de otras regiones del mundo abre la posibilidad de nuevas agendas críticas para los estudios sobre derecho y sociedad.

Estructura del libro

Los capítulos que siguen se dividen en cuatro partes: Parte I: Derecho, Política y Sociedad; Parte II: Nuevos modelos constitucionales y diseño institucional; Parte III: Derecho y movimientos sociales; y Parte IV: Temas emergentes. En conjunto, los capítulos proporcionan una visión general de las preocupaciones de larga data y las innovaciones recientes en los estudios de derecho y sociedad en América Latina. Los capítulos también evidencian la rica tradición interdisciplinaria del campo, que va desde la filosofía del derecho, la política comparada y los enfoques sociológicos hasta las aproximaciones etnográficas y de pequeña escala usadas en las investigaciones de derecho y sociedad en Estados Unidos y Europa para analizar la realización del derecho. Al mismo tiempo, muchos de los problemas que han analizado los estudios regionales de derecho y sociedad, tales como la indeterminación del derecho y las fronteras entre lo legal y lo ilegal o las dimensiones sociales y políticas de la eficacia y el cumplimiento, están siendo estudiados cada vez más por la academia global de derecho y sociedad. A medida que el campo de los estudios de derecho y sociedad adquiere una naturaleza más global, las dicotomías Norte-Sur, que han sido alimentadas por el perenne provincianismo de la academia del Norte Global, se vuelven cada vez más difíciles de sostener.

Los capítulos de la parte I de este libro, "Derecho, Política y Sociedad", presentan una serie de debates teóricos y conceptuales que han tomado protagonismo en las investigaciones de derecho y sociedad en América Latina. Entre esos debates se incluyen discusiones sobre la naturaleza del Estado y la relación entre la formación del Estado, el derecho y el cambio legal; el papel que juega la cultura en el cumplimiento o el incumplimiento del derecho; las relaciones entre el derecho, las arraigadas y complejas desigualdades de raza, género y clase y los niveles persistentemente altos de violencia social que caracterizan a la región; el pluralismo jurídico y la relación entre legalidad e ilegalidad. Desde una perspectiva de larga duración, el teórico jurídico argentino Roberto Gargarella reflexiona en su capítulo sobre las especificidades del desarrollo constitucional en América Latina y destaca lo que la experiencia regional tiene para ofrecerle a la teoría política y constitucional en general. Identifica cinco fases distintas en el constitucionalismo latinoamericano desde la fundación de las repúblicas, que se reflejan en las relaciones cambiantes entre el derecho, la política y las diferentes configuraciones institucionales y normativas. A partir de allí, concluye que en las constituciones latinoamericanas las estructuras del poder del Estado (lo que el autor llama la "sala de máquinas") siguen estando altamente concentradas, a pesar de las declaraciones de derechos relativamente amplias y una larga tradición en el constitucionalismo de los derechos sociales. El análisis de Gargarella se opone, entonces, a los análisis optimistas sobre

el "neoconstitucionalismo" que sobrestiman el poder transformador del derecho.

En su capítulo sobre derecho y Estado en América Latina, las politólogas Lisa Hilbink y Janice Gallagher revisan las tendencias recientes en la literatura y evalúan sus implicaciones para futuras investigaciones. Identifican dos enfoques generales que estudian el problema de los Estados débiles y del Estado de derecho débil en la región: por un lado, aquellos que se centran en las barreras institucionales, como la falta de independencia judicial o acceso a la justicia y la falta de integración entre el Estado y la sociedad; y, por otro, aquellos que enfatizan el papel que juegan actores externos al poder judicial en la configuración del Estado y el derecho. Aunque estos dos enfoques están estrechamente relacionados y son complementarios para nuestra comprensión actual del derecho y el Estado, han alcanzado niveles de especialización altos por sí mismos y, en cierta medida, un nivel de independencia importante[9]. De hecho, la revisión de Hilbink y Gallagher y el capítulo de González-Bertomeu muestran que el análisis de las características institucionales tiende a teorizar sobre los factores internos que explican cómo funcionan los tribunales. Por el contrario, como lo muestra el capítulo de Wilson y Gianella, para el caso de los movimientos sociales, los académicos que analizan los procesos de judicialización tienden a prestarle más atención al papel de los actores fuera de los tribunales. Hilbink y Gallagher destacan que entre las tendencias recientes se encuentran un interés creciente en el estudio de los tribunales inferiores, un aumento en los estudios que comparan unidades, instituciones y temas subnacionales y un análisis sobre las actitudes de los ciudadanos frente al derecho y, en general, su experiencia con el Estado. Su capítulo señala la creciente complejidad y riqueza de la investigación comparativa sobre derecho y Estado en América Latina.

En su capítulo, Rachel Sieder analiza el concepto y la práctica del pluralismo jurídico —una preocupación central de los estudios de derecho y sociedad— y hace dialogar a la literatura regional sobre el pluralismo jurídico (que ha tendido a centrarse principalmente en los pueblos indígenas y las luchas para reconocer formalmente sus derechos y su autonomía) con la extensa literatura sobre la legalidad, la ilegalidad y la violencia en América Latina. Ella reseña las contribuciones más importantes y las aproximaciones conceptuales al pluralismo jurídico en la investigación regional y ofrece una tipología de los diferentes tipos de ilegalidad. Al destacar los aportes que los enfoques antropológicos y constructivistas le han hecho a la academia regional, Sieder subraya la compleja interacción entre diferentes regímenes legales, cuasilegales e ilegales (lo que ella denomina "soberanías fragmentadas") en la conservación del orden y la consolidación de una "constelación plural de formas de gobierno".

Por otro lado, a partir de una amplia gama de alusiones al incumplimiento de normas en obras históricas y literarias españolas y portuguesas, Mauricio García-Villegas se detiene en las raíces históricas de la "cultura de incumplimiento" en América Latina. Como subraya el autor, mientras las investigaciones de derecho y sociedad en Estados Unidos y Europa manifiestan un interés marginal por el incumplimiento, ese fenómeno es un aspecto central (aunque aún poco estudiado) de la vida social y política en América Latina. García-Villegas identifica tres enfoques en la literatura: el incumplimiento como elección racional, como resistencia a la autoridad política (sobre la base de la tradición

marxista y la tradición del derecho natural) y como respuesta tanto de los poderosos como de los desposeídos a las especificidades del contexto. El autor señala que existe una "práctica de excepción" normalizada en la región y subraya la importancia de su análisis para la comprensión de la aparente expansión del incumplimiento, la violencia y la ilegalidad en el mundo contemporáneo.

En su capítulo, Julieta Lemaitre aborda la tensión de larga data entre civilización y barbarie en América Latina, en la que el derecho ha sido históricamente constituido por las élites civilizadoras y la barbarie representa a aquellos que viven en regiones "sin Dios ni ley", es decir, más allá de la legalidad estatal. Contra la idea simplista según la cual esas regiones y sectores carecen de la presencia del Estado y el derecho, Lemaitre argumenta que la violencia es un problema central del derecho en América Latina que las perspectivas liberales, marxistas y posmarxistas no han teorizado adecuadamente. La autora enfatiza la necesidad de construir teorías del derecho sustentadas en las realidades de la región y aboga por un enfoque social constructivista para explorar la regulación del orden social en zonas "sin ley" y descubrir lo que se considera legítimo y lo que está normalizado en ellas.

En el siguiente capítulo, Leticia Barrera y Sergio Latorre consideran las dimensiones técnicas y materiales del conocimiento burocrático y jurídico y las formas en que los enfoques etnográficos y antropológicos han explorado en los últimos años los procesos a través de los cuales se realiza el concepto de Estado en América Latina. Ellos argumentan que el funcionamiento del derecho, su "vida interior", se constituye a partir de los aspectos técnicos (incluyendo las doctrinas, las regulaciones, los expedientes y protocolos junto con las rutinas y procedimientos legales) que estructuran formas de experticia, gobierno y relaciones de conocimiento. A partir de ejemplos de su propio trabajo (en el campo de la práctica judicial en Argentina y las disputas sobre la tenencia de la tierra en Colombia), Barrera y Latorre abogan por una línea de investigación que tome en serio a la burocracia estatal y sus tecnologías legales. En otras palabras, en lugar de tomar la brecha entre el derecho en acción y el derecho en los libros como punto de partida, Barrera y Latorre sostienen que un análisis detallado de los aspectos materiales de la creación de derecho en las instituciones ofrece una manera diferente de conocer cómo funciona el derecho y cómo diversos actores lo experimentan como "prácticas de conocimiento" diferentes.

Isabel Jaramillo presenta el desarrollo de la teoría jurídica feminista en América Latina y muestra sus contribuciones al campo transnacional de los estudios de derecho y género. En ese desarrollo, la autora identifica tres grandes enfoques (el feminismo solidarista, el feminismo radical y el feminismo político) que surgen después de hacer un recuento de tres tensiones que confrontan las académicas jurídicas feministas latinoamericanas, a saber: entre la academia feminista transnacional y la local, entre las formas de organización transnacionales y locales y entre la desigualdad sexual y otras formas de opresión. Jaramillo analiza los diferentes agentes y grupos de interés, temas, premisas conceptuales, innovaciones doctrinales y productos académicos que han marcado estas tres corrientes. A partir de allí, la autora concluye que los estudios feministas de la región se caracterizan por abordar múltiples formas de subordinación y analizar la interseccionalidad de las desigualdades de raza, clase, etnia y género.

Seguidamente, Tanya Hernández examina las dinámicas entre raza y derecho en América Latina. En su capítulo, la autora mapea los temas de investigación recurrentes en la literatura sociojurídica sobre la raza, que se ha centrado principalmente en los pueblos afrodescendientes y las formas en que los Estados de la región han abordado las ideas de raza y discriminación racial. En particular, Hernández explora tres debates sociojurídicos: los límites de la reforma constitucional multicultural para la plena participación política, los límites del derecho penal para abordar la discriminación y los retos de los recientes intentos de implementar políticas de acción afirmativas inspiradas en la experiencia de Estados Unidos. Al subrayar la separación tradicional entre indígenas/etnias y afrodescendientes/razas, Hernández termina insistiendo en la necesidad de especificar la naturaleza racial de la violencia estructural con el fin de dilucidar la naturaleza de la formación del Estado y su poder en América Latina, algo que está ganando más fuerza no solo en los estudios regionales de derecho y sociedad, sino también en las ciencias sociales en general.

Los dos capítulos finales de esta sección analizan la relación entre derecho y desarrollo en la región. Desde un enfoque liberal, Pedro Fortes revisa la accidentada historia del movimiento de Derecho y Desarrollo en América Latina; para ello describe sus diferentes fases, marcos conceptuales y actores principales. Tras observar desde una perspectiva innovadora el proyecto de desarrollo legal a través de la transformación de la educación y la profesión jurídica, Fortes concluye que, en efecto, se crearon en la región centros educativos de alta calidad que han movilizado enfoques novedosos y agendas empíricas de investigación sobre el derecho. En ese sentido, el desafío actual consiste en extender esos enfoques y agendas de investigación más allá de esos centros. Adicionalmente, el autor insiste en la necesidad de contar con un concepto de desarrollo basado en las capacidades o las necesidades y aboga por una aproximación empírica e incremental al problema.

Por el contrario, Carlos Rivera Lugo presenta las perspectivas marxistas sobre la relación entre derecho y economía y hace hincapié en la importancia del "esfuerzo disidente, descolonizador y creativo" de los académicos latinoamericanos por desarrollar el pensamiento marxista más allá de sus orígenes europeos. Rivera Lugo considera la relación entre el derecho, entendido como una herramienta para la dominación y la reproducción del capital, y el estado actual de la manera en la que la economía política neoliberal global se refleja en los contextos latinoamericanos. El autor expone su prevención frente a las perspectivas que enfatizan demasiado la autonomía relativa del derecho y subraya la necesidad de analizar el derecho y la economía en conjunto. Finalmente, Rivera Lugo destaca el gran potencial que tiene para el pensamiento marxista el diálogo actual entre las experiencias históricas de lo comunitario y aquellas de los pueblos indígenas de América Latina. Este diálogo promete romper con la visión eurocéntrica sobre el desarrollo histórico de la región y apunta al potencial radical de las expresiones jurídicas autóctonas.

La parte II, "Nuevos modelos constitucionales y diseño institucional", destaca el crecimiento en la región de los estudios sobre el derecho en acción centrados en las instituciones jurídicas, un área que hace dos décadas solo despertaba un interés marginal en los estudios de derecho y sociedad. Esta sección del libro se

centra en la investigación sobre los defensores del pueblo, la policía, las instituciones judiciales, los tribunales constitucionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Si bien el contenido de los capítulos es diverso, comparten una preocupación por la relación entre independencia y responsabilidad, la eficacia, las tensiones entre el mejoramiento de la justicia penal y los abusos de ella, la difusión de los derechos humanos y las transformaciones de la profesión jurídica. Los estudios que se interesan por la independencia y la responsabilidad del poder judicial, los defensores del pueblo y la policía se concentran también en el potencial de las instituciones jurídicas para controlar el poder político. Este sigue siendo un tema central en el estudio de las instituciones jurídicas en América Latina. Una historia regional compartida de inestabilidad política, autoritarismo e hiperpresidencialismo no solo ha sustentado estas preocupaciones generales, también ha propiciado debates alrededor del concepto de independencia, las formas en que se puede medir y los mecanismos para hacer responsable al poder político. Ahora bien, junto con la descripción de los determinantes institucionales y extrainstitucionales del comportamiento institucional, los académicos también han analizado el desempeño de esas instituciones.

Estos estudios, siguiendo los enfoques neoinstitucionalistas en la ciencia política, comparten el supuesto de que el desempeño institucional no solo depende de las reglas, sino también de los intereses, las relaciones de poder y las perspectivas de los diferentes actores involucrados. Los estudios sobre las instituciones judiciales y el comportamiento de los jueces subrayan tales preocupaciones; en este sentido, comparten puntos de vista que hacen hincapié en la dinámica y la naturaleza contingente de la independencia judicial, la responsabilidad, el poder y la eficacia. No obstante, es importante enfatizar el hecho de que las reflexiones sobre el poder y la eficacia también implican el estudio de sus consecuencias indeseadas o imprevistas. Se generan múltiples problemas al otorgarles poder a las instituciones jurídicas que muchas veces operan como enclaves autoritarios o que son presa de inercias burocráticas y corrupción. Los estudios sobre las instituciones del sistema de justicia penal (la policía, las fiscalías y las cárceles) muestran, por ejemplo, la tensión entre la mejora y el abuso. En todos estos casos, además del interés en las reformas institucionales y sus potencialidades, la investigación también ha rastreado los procesos y ha identificado las prácticas que violan los derechos humanos o que operan como mecanismos para criminalizar a los grupos que se consideran peligrosos debido a su clase social, su raza o a causa de los vínculos entre las instituciones de seguridad del Estado y las organizaciones criminales.

Además de estas preocupaciones compartidas, podemos identificar dos grandes temas en esta sección del libro. Uno de ellos es la difusión de las ideas, herramientas e instituciones de los derechos humanos, lo que pone en primer plano la difusión de las instituciones doctrinales y legales, la relación entre los tribunales nacionales e internacionales, el papel del Sistema Interamericano, las nuevas demandas a un poder judicial que asume, de hecho, un papel fundamental en el cambio social y la responsabilidad legal por las violaciones de derechos humanos y las tensiones y conflictos que esto implica. El segundo gran tema es la profesión jurídica. Los estudios sobre las instituciones jurídicas indican que los profesionales del derecho, entre los que se incluyen los abogados, jueces, fiscales

y defensores públicos, son actores muy importantes (aunque, de ninguna manera, son los únicos). La relación entre la profesión jurídica y las instituciones jurídicas está marcada por un doble movimiento o tensión: los profesionales del derecho son los principales actores en la implementación de las reformas que tienen un gran efecto sobre su ejercicio profesional.

El análisis de las instituciones que se expone en esta sección hace posible identificar diferentes perspectivas de investigación. Algunas de ellas están más interesadas en ofrecer explicaciones causales y marcos de análisis; otras están comprometidas con aproximaciones más descriptivas o etnográficas. En ambos casos se pueden encontrar perspectivas críticas. De ese modo, los capítulos de la parte II muestran una diversidad de intereses de investigación y perspectivas teóricas y metodológicas (como se indica en la primera sección de esta introducción). Una breve descripción de los capítulos sirve para ilustrar la diversidad de temas, preocupaciones y perspectivas.

El capítulo de Juan González-Bertomeu se concentra en el campo de la política judicial en América Latina. En su estudio, identifica los temas principales del campo (independencia, poder, conducta judicial, ideas y cultura jurídica, y activismo judicial y cumplimiento de sentencias), en lo que constituye uno de los campos más prolíficos en los estudios sobre el derecho en acción en la región. El capítulo organiza la multiplicidad de perspectivas sobre el análisis de la política judicial sin tratar de integrarlas en un solo enfoque. En cambio, el capítulo de Francisca Pou se centra en los tribunales superiores desde un punto de vista diferente. Tras analizar las características de la justicia constitucional en la región, Pou destaca las principales contribuciones de América Latina en el campo del derecho constitucional, tales como los modelos híbridos de control constitucional que superan la dicotomía entre los modelos europeos y el estadounidense. La autora también subraya, por un lado, los esfuerzos de los tribunales superiores de la región para desarrollar políticas de comunicación que faciliten los vínculos con el público en general, y, por otro, la importancia de las relaciones entre los tribunales superiores y otros tribunales para la circulación de las ideas jurídicas.

El capítulo de Verónica Michel está dedicado a un nuevo objeto de estudio en la región: los órganos de persecución penal. La autora presenta los estudios más relevantes sobre el tema y hace explícitos los tres enfoques de investigación que los sustentan: la política judicial (en particular, con referencia a las teorías de la independencia judicial, el poder y la rendición de cuentas); los estudios sobre el funcionamiento de los sistemas de justicia penal, con énfasis en los abusos y el uso represivo del derecho penal; y, por último, los estudios que examinan la responsabilidad legal por violaciones de derechos humanos y la importancia de los órganos de persecución en esos procesos. Por su parte, Fredrik Uggla rastrea en su capítulo la difusión y evolución de las defensorías del pueblo en América Latina desde la década de 1990 y ofrece una perspectiva novedosa sobre la relación entre independencia y eficacia. Uggla subraya la importancia de las interacciones entre la Defensoría del Pueblo y otras instituciones y destaca los resultados positivos en la experiencia comparada.

En su capítulo sobre la policía, Lucía Dammert muestra el déficit de investigación sobre estas instituciones en América Latina y pasa a revisar los procesos de reforma, la conducta de los actores y las tendencias generales de

política observadas, tales como la militarización de la policía. Fiona Macaulay, por su parte, analiza los sistemas penitenciarios y desarrolla el concepto de "captura de prisioneros", un proceso que implica un uso generalizado de la detención preventiva, la hiperpenalización de delitos menores y el consiguiente aumento de la población carcelaria, y el autogobierno de las instituciones carcelarias por parte de grupos organizados de prisioneros. Para Macaulay, el retroceso generalizado de los programas de asistencia social y la ausencia de políticas para la integración social explican la excesiva dependencia de la región en el derecho penal.

El capítulo de Karina Ansolabehere se centra en las formas en que los poderes judiciales internos sirven como arenas en que se disputan los derechos humanos. La autora presenta tres agendas de investigación que han marcado el campo en América Latina en los últimos años: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad legal por violaciones de derechos humanos y la justicia social. Ansolabehere concluye que si bien estas líneas de investigación examinan la relación entre el poder judicial y los derechos humanos en la región, no siempre dialogan entre sí.

Teniendo en cuenta las prospectivas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Alexandra Huneeus subraya la importancia de un análisis geoestratégico de los regímenes de derechos humanos en un contexto global marcado por el avance de los discursos antiglobalización, la decadencia de la hegemonía de Estados Unidos y el auge de los populismos autoritarios. Con esto en mente, Huneeus estudia la literatura jurídica y sociojurídica sobre el Sistema Interamericano y los derechos humanos en la región para examinar cómo puede ser reformulada con el fin de responder las nuevas preguntas que plantea el orden mundial cambiante. Finalmente, Manuel Gómez considera los cambios en las agendas de investigación sobre los profesionales del derecho en América Latina y subraya la importancia de la profesión jurídica, especialmente el papel de los abogados en los procesos de reforma judicial. A partir de este capítulo se hace evidente la escasa investigación sobre el tema y las nuevas posibilidades para agendas de investigación futuras.

La parte III del libro pone de relieve la relación entre "Derecho y movimientos sociales" en América Latina. Mientras la sección anterior se centra en las instituciones y las constituciones, esta, su contraparte, enfatiza las dos principales formas en las que se ha problematizado la relación entre derecho y sociedad en los últimos años: por un lado, un enfoque en las instituciones y, por otro, una preocupación por la igualdad y el potencial transformador del derecho y las instituciones jurídicas. Un buen ejemplo de la relación complementaria entre el énfasis en las instituciones y el papel de los actores sociales en su transformación es el diálogo entre los estudios sobre política judicial y las investigaciones sobre la judicialización de la política. El primer campo, como lo explica González-Bertomeu en su contribución en este volumen, se basa en la idea de que las características institucionales de los poderes judiciales, la política interna y el grado de integración de las instituciones pueden explicar el desempeño y los resultados institucionales. Por su parte, los estudios que se centran en los movimientos sociales como agentes del proceso de judicialización de la política (como lo ilustra el capítulo de Wilson y Gianella en esta sección) explican los procesos a través de los cuales las quejas y reclamos sociales se transforman en reclamos jurídicos, se dirigen a instituciones específicas

y, en última instancia, juegan un papel en la configuración de las respuestas institucionales. El rompecabezas empírico alrededor del funcionamiento de las instituciones está compuesto por las dos partes y, aunque los dos campos comparten muchos debates teóricos, cada línea de investigación produce su propio conjunto de estudios[10]. El denominador común de esta parte del libro radica tanto en la forma en que el derecho ha sido usado para promover reclamos de justicia social como en el análisis de las respuestas judiciales, políticas y sociales que han generado tales reclamos.

En síntesis, esta sección se enfoca en las formas en que los actores de la sociedad civil han usado el derecho para buscar el cambio social. Estas preocupaciones comprenden la judicialización de la política como un proceso complejo que va más allá de recurrir a los mecanismos de control constitucional. ¿Cuáles son los factores que conducen a la judicialización de la política? ¿Por qué algunas causas son más exitosas en los tribunales que otras? ¿Qué procesos de difusión legal y política ocurren para facilitar la judicialización? Los capítulos de la parte III consideran estas cuestiones y se preguntan por las formas en que la movilización de los mecanismos y discursos jurídicos generan procesos transformadores. Aunque los autores reconocen perspectivas más optimistas o pesimistas sobre estos temas (Rosenberg 2008), en general optan por no ofrecer respuestas generales y, en cambio, subrayan la importancia de comprender los contextos y procesos específicos. Quizás por esta razón, los estudios de caso detallados sobre un país o un tema específico se complementan cada vez más con análisis comparativos que buscan descubrir los factores causales detrás de los casos exitosos de judicialización. Los capítulos de esta sección son conformados por diversas preocupaciones y problemas, entre ellos los factores que contribuyen a la judicialización, la justicia transicional, los movimientos sociales y los procesos de enmarcamiento, la circulación del conocimiento jurídico y el constitucionalismo democrático. Esta diversidad de enfoques ilustra los múltiples puntos de entrada al análisis del derecho y los movimientos sociales en América Latina, aunque de ninguna manera cubrimos todos los movimientos sociales que han recurrido a la movilización legal en la región (por ejemplo, no cubrimos en detalle en esta sección los movimientos indígenas y ambientales).

En su capítulo, Bruce Wilson y Camila Gianella presentan la evolución de la literatura sobre judicialización de la política en América Latina. Los autores identifican diferentes momentos en este proceso, entre ellos una preocupación inicial por cuestiones de responsabilidad y un giro posterior hacia el uso de la arena judicial como un medio para promover diferentes causas sociales. Su revisión subraya algunas de las causas que han tenido un mayor eco en los procesos de judicialización en América Latina, entre las que se incluyen el derecho a la salud, los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos LGBTI. En paralelo con este último tema, el capítulo de Laura Saldivia analiza los procesos de cambio legal vinculados al derecho a la diversidad sexual, un área que ha avanzado significativamente en algunos países de la región. Saldivia sustenta su análisis en el caso de Argentina, el primer país del mundo en aprobar una legislación que reconoce el derecho a la identidad sexual. De ese modo, la autora analiza, por un lado, las formas en que este avance legal se difundió desde un país periférico hasta el núcleo de las

agendas globales sobre estos derechos y, por otro, cómo el movimiento a favor del derecho a la diversidad sexual contribuyó a generar nuevas interpretaciones constitucionales.

En su capítulo, Marta Machado de Assis, Ana Luiza Villela de Viana Bandeira y Fernanda Matsuda consideran los avances del movimiento de mujeres en la lucha por el derecho al aborto legal y los obstáculos que ha enfrentado. Sobre la base de un estudio del caso brasileño, las autoras comparan la lucha contra la violencia doméstica con la agenda de los derechos reproductivos. Así, exploran las razones que explican los avances de ambos movimientos y subrayan el papel clave que juega el enmarcamiento en la movilización legal y las formas en que las luchas de los movimientos están vinculadas a diferentes disputas morales y discursivas sobre los derechos de las mujeres. Finalmente, Elena Martínez Barahona y Martha Liliana Gutiérrez consideran la importancia de los estudios de justicia transicional en América Latina y señalan los avances recientes en el campo y las futuras agendas de investigación.

La parte IV de este volumen se centra en lo que hemos denominado "Temas emergentes", entre los que se incluyen la corrupción, la impunidad, el tráfico de drogas, la jurisdicción militar y los conflictos sobre la tierra. Estas preocupaciones representan algunos de los desafíos contemporáneos más importantes para las sociedades latinoamericanas y sus sistemas jurídicos y políticos. Como hemos subrayado en esta introducción, los estudios alrededor de la ineficacia del derecho y los altos niveles de violencia e impunidad han sido una marca distintiva de los estudios de derecho y sociedad en América Latina desde hace mucho tiempo. La relación cambiante entre legalidad e ilegalidad sigue siendo una preocupación central de análisis, al igual que las formas en que las creencias y comportamientos con respecto al derecho cambian a través del tiempo como consecuencia de las interacciones entre las diferentes formas de la agencia, las características estructurales de los contextos y las luchas en torno al poder. Ahora bien, como hemos señalado en esta introducción, la coincidencia entre la hiperlegalidad y la creciente judicialización, por un lado, y el crecimiento masivo de las actividades criminales, por otro, no solo son un fenómeno latinoamericano, sino también global (Comaroff y Comaroff 2006, 2016). De ese modo, los capítulos de esta sección ofrecen nuevas perspectivas sobre la relación entre la corrupción, el crimen organizado, la reforma legal y las formas en que las autoridades hacen cumplir el derecho en América Latina. Lo anterior, a su vez, sugiere nuevas líneas de investigación alrededor de las dimensiones sociojurídicas de los recientes procesos regionales y globales de reconfiguración del orden político y económico.

En el primer capítulo de la sección, Rodrigo Meneses aborda el persistente y todavía novedoso tema de la regulación urbana y la teorización de las ciudades latinoamericanas como objetos específicos de investigación sociojurídica. Revisa las investigaciones sobre la regulación urbana para mostrar la indeterminación de los regímenes de propiedad urbana en la región. Para ilustrar su argumento, analiza y presenta los estudios alrededor de la regulación de las calles y la construcción social del espacio público a través de la interacción constante entre las autoridades y la población. El capítulo de Tatiana Alfonso Sierra muestra las maneras en que la investigación sociojurídica latinoamericana ha contribuido a la comprensión de una institución jurídica clásica: la propiedad.

Alfonso Sierra argumenta que los estudios de derecho y sociedad en la región se han acercado a la propiedad desde diferentes perspectivas y marcos teóricos. Esta diversidad, argumenta la autora, ha creado un paisaje fragmentado que se hace visible por las conversaciones paralelas alrededor de la institución. Su capítulo identifica cinco contribuciones teóricas en la literatura sociojurídica sobre la institución y muestra las formas en que el interés común por el derecho en acción alrededor de la propiedad ha evolucionado hacia diferentes subcampos. El primero de ellos, derecho y desarrollo, ha hecho énfasis en las formas alternativas a la propiedad privada individual y, sobre esa base, ha sostenido una conversación fluida con las agencias de desarrollo y los encargados de formular políticas públicas. La segunda línea de investigación ha explicado los rápidos procesos de urbanización de las ciudades latinoamericanas con el binario formalidad/informalidad; de ese modo, se ha involucrado en un diálogo con los estudios urbanos y las herramientas de planificación urbana, en el que se piensa en la propiedad como un conjunto posible de relaciones para organizar la ciudad. La tercera contribución es un enfoque más antropológico basado en la pluralidad de formas legales, mientras la cuarta se refiere a las ideas alrededor de los derechos de propiedad en una era globalizada. Finalmente, el capítulo presenta una quinta línea de investigación en la que el estudio y la defensa de los derechos territoriales de los grupos étnicos se acerca cada vez más a los debates sobre la propiedad. La autora aboga por un análisis integrado de la propiedad (y de las instituciones jurídicas en general) que haga explícito su carácter multifacético y nos permita comprender cómo el derecho media entre los procesos sociales y económicos, los resultados sociales y las luchas de poder.

A partir de estudios y múltiples fuentes periodísticas y oficiales, Linn Hammergren presenta en su capítulo el estado actual del conocimiento sobre el comportamiento regional de la corrupción y el crimen organizado. Tras revisar los estudios y datos de cuatro países (Brasil, Colombia, Guatemala y México) e identificar las características comunes y específicas de cada uno de ellos, la autora ofrece una visión de conjunto de las investigaciones pertinentes y sus limitaciones. Al final de su capítulo, resalta la necesidad de asumir un enfoque de construcción de teoría y desarrollar más estudios de inferencia causal que exploren los impactos que tienen la corrupción y el crimen organizado sobre los planes de consolidar la legalidad y la justicia en la región.

En su contribución, Julio Ríos-Figueroa analiza el "nuevo militarismo", esto es, el auge de la participación de las fuerzas militares en los asuntos de seguridad interna de América Latina, entre ellos la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo e incluso las protestas masivas que son consideradas una amenaza para la seguridad nacional. En particular, revisa tres áreas en las que este nuevo militarismo está en conflicto con el Estado de derecho y la democracia: el choque entre las constituciones y la misión de las fuerzas militares, el alcance y la naturaleza de la justicia militar y las interacciones entre los tribunales nacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con respecto a la supervisión judicial y los límites del poder militar. Dado que el nuevo militarismo es uno de los aspectos que les darán forma a las democracias frágiles de la región, Ríos-Figueroa hace hincapié en la necesidad de

contar con más estudios sociojurídicos sobre el fenómeno.

En la misma línea, Alejandro Madrazo y Catalina Pérez Correa subrayan la necesidad de más análisis sociojurídicos de la llamada "guerra contra las drogas" en América Latina, un fenómeno que, como lo señalan, ofrece la posibilidad de estudiar el derecho penal en acción. Argumentan que el énfasis (liderado por Estados Unidos) en el tratamiento de los narcóticos como un problema penal y de seguridad, más que como un asunto de salud y seguridad ciudadana, ha sido desastroso para las perspectivas regionales para el Estado de derecho democrático. Madrazo y Pérez Correa muestran cómo una aplicación cada vez más punitiva de las leyes sobre drogas ha llevado a la militarización del orden público, la hiperpenalización de los delitos relacionados con las drogas, la criminalización de los consumidores, la frecuente violación de las garantías procesales y el aumento en la corrupción, la tortura y el uso de fuerza letal por parte de las autoridades estatales. Para concluir, destacan la necesidad de llevar a cabo más análisis etnográficos de los procesos de criminalización con el fin de revelar las consecuencias de las políticas de drogas. Igualmente, argumentan que es necesario prestarles más atención a los impactos que tienen esas políticas y al nuevo militarismo sobre el derecho en acción y los órdenes constitucionales de América Latina.

Reflexiones finales

Este libro intenta ofrecer un amplio panorama de la investigación de derecho y sociedad en América Latina. Para ello señala las preocupaciones regionales, presenta las trayectorias y hallazgos de investigación y destaca las contribuciones de los estudios sobre América Latina a los debates de la academia global de derecho y sociedad. Probablemente, la característica más prominente de los estudios contemporáneos de derecho y sociedad en América Latina es el cuestionamiento de las dicotomías que han caracterizado las narrativas dominantes sobre el derecho y la sociedad, a saber: cumplimiento/incumplimiento, legalidad/ilegalidad y derecho en los libros/derecho en acción. Hemos identificado en la literatura dos ejes principales: el marcado por la diferencia entre los análisis teóricos y empíricos de las prácticas e instituciones jurídicas latinoamericanas y el caracterizado por la oposición entre las aproximaciones normativas y constructivistas al derecho. Estos ejes continúan estructurando el campo al posibilitar lo que llamamos "tensiones productivas".

Sin embargo, muchas de las áreas que no se abordan en este volumen requieren ser exploradas para enriquecer las investigaciones futuras. En primer lugar, es necesario realizar más estudios históricos a largo plazo y dialogar con los historiadores del derecho y la sociedad en América Latina. Los historiadores de la Colonia y la República han documentado y analizado las formas en que el derecho, el litigio y las disputas sobre la justicia han estructurado las relaciones entre los gobiernos y las poblaciones tanto en el pasado como a largo plazo (véase, por ejemplo, Salvatore y Aguirre, 1990; Cutter 1995; Carey 2013). Los analistas del período contemporáneo deben considerar el papel histórico de los tribunales en las luchas políticas en América Latina, así como la historia legal de los compromisos y reclamos particulares. La larga tradición, destacada por los historiadores, de recurrir a los tribunales por reclamos individuales o colectivos rutinarios contrasta con

el énfasis de los análisis de derecho y sociedad en el litigio de derechos constitucionales, las estructuras de apoyo para la judicialización estratégica y las transformaciones jurídicas y políticas de largo alcance. El contraste entre lo que Rodrigo Uprimny ha denominado justicia "protagonista" y justicia "rutinaria" (2016), esto es, entre los desarrollos jurisprudenciales constitucionales y los encuentros cotidianos de los ciudadanos con la justicia ordinaria, requiere una mayor reflexión por parte de la academia de derecho y sociedad con el fin de producir una teoría sustentada en las particularidades de la región.

En segundo lugar, temas importantes como "derecho y migraciones" y "derecho comercial y globalización legal desde arriba" no han sido incluidos en este volumen. Una reflexión sobre estos y otros temas es vital para el desarrollo futuro del campo. En tercer lugar, las contribuciones en este libro señalan el desbalance en la producción de estudios sociojurídicos e información estadística en toda la región. Mientras algunos países ocupan un lugar destacado en la literatura (aunque esto varía según los temas), otros están notablemente ausentes. Una mayor atención a los casos atípicos y los "casos menos similares" solo puede enriquecer nuestra comprensión de las relaciones entre derecho y sociedad en Latinoamérica. En conclusión, esperamos que este libro estimule una conversación más amplia sobre derecho y sociedad en América Latina y destaque las formas en que los estudios regionales pueden contribuir a los estudios globales de derecho y sociedad.

Notas

1. Un tercer factor, que no exploramos en detalle aquí, es la manera en la que la intervención de los abogados en la esfera pública ha cambiado en la región.
2. Otro factor importante es el hecho de que la calidad y la disponibilidad de las estadísticas oficiales cambian a lo largo de la región. De la misma manera, el acceso a las decisiones de las altas cortes de los 17 países no es homogéneo.
3. En Estados Unidos, la definición del campo se ha vinculado con la aparición, los cambios y las fracturas de la Law and Society Association y los programas de derecho y sociedad en las universidades.
4. El Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati ha sido un centro de producción de investigación sociojurídica de alcance mundial, tal y como sus fundadores (el País Vasco, el Research Committee on Sociology of Law y la International Sociological Association) pretendieron en 1989. El Instituto de Oñati ha cumplido esta misión a través de conferencias académicas, publicaciones y una variada oferta de programas de formación. Como lo ha demostrado Ibarra (2018), por una parte, un análisis de la producción de Oñati revela algunas de las principales características y temas de la investigación sociojurídica en América Latina y sobre la región, y, por otra, el campo de los estudios de derecho y sociedad en América Latina se puede rastrear a través de la producción académica de exalumnos de Oñati y académicos vinculados al Instituto.
5. Estos centros y asociaciones del Norte Global han sido puntos de encuentro importantes para el desarrollo de los estudios de derecho y sociedad en América Latina. En particular, han permitido la interacción y el intercambio Norte-Sur y Sur-Sur. El inglés ha sido el idioma dominante de las publicaciones, aunque el español y el portugués también son

importantes para la circulación transnacional del conocimiento.

6. Entre las instituciones que patrocinan el Sela se incluyen la Universidad de Palermo y la Universidad de Buenos Aires (Argentina); la Fundación Getulio Vargas (Brasil); la Universidad Adolfo Ibáñez, la Universidad de Chile y la Universidad Diego Portales (Chile); la Universidad de los Andes (Colombia); el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), el ITAM y la UNAM (México); el Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional; la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; la Universidad de Puerto Rico y la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. Para una historia del Sela, consulte https://law.yale.edu/centers-workshops/yale-law-school-latin-american-legal-studies/sela/history-sela. Consultado el 20 de noviembre de 2017.
7. Una buena parte de los académicos de derecho y sociedad que trabajan en la región se formaron en la década de 1990 en Estados Unidos (y en menor medida en Europa). Esta tendencia continúa. Por su parte, proyectos de investigación financiados por los gobiernos de Argentina, México y Brasil han promovido desde hace varios años la "internacionalización" de los estudios que se producen a escala nacional. Una de sus estrategias ha sido apoyar a los académicos que trabajan en esos países para que publiquen sus trabajos en inglés.
8. En contraste con los estudios de derecho y sociedad en Estados Unidos y Europa, las aproximaciones centradas en los litigantes han ganado terreno recientemente en América Latina, aunque existe una larga tradición regional de estudios de antropología jurídica sobre la justicia indígena y las estrategias de litigio que se usan en ella. Véanse, por ejemplo, Nader (1990), Collier (1973) y Sierra (2004).
9. Este volumen incluye un capítulo sobre cada una de las tendencias que identifican Hilbink y Gallagher: el primero, de González-Bertomeu en la parte II, revisa las investigaciones sobre los principales problemas que examinan los estudiosos de la política judicial; el segundo, de Wilson y Gianella, analiza el lado externo de las relaciones entre la judicatura y la sociedad, esto es, la manera en la que los movimientos sociales impulsan las causas sociales ante los jueces.
10. Por esa razón, este volumen incluye dos capítulos diferentes que revisan los desarrollos recientes y las agendas futuras de cada una de las líneas de investigación. Véase el capítulo de González-Bertomeu sobre política judicial en la parte II y el de Wilson y Gianella sobre el proceso de judicialización de la política en esta sección.

Referencias

Albarracín, Mauricio. 2011. Corte Constitucional y movimientos sociales: El reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia. *Revista Sur*, vol. 8 (14): 7-33.

Ansolabehere, Karina. 2007. *La política desde la justicia: Cortes Supremas, Gobierno y Democracia en Argentina y México*. México: FLACSO.

Bergallo, Paola y Agustina Ramón Michel. 2016. Abortion. En Juan González-Bertomeu y Roberto Gargarella, eds., *The Latin American Casebook: Courts, Constitutions and Rights*. Londres y Nueva York: Routledge: 36-59.

Bonilla, Daniel. 2013. *Constitutionalism of the Global South*. Nueva York: Oxford University Press.

Brinks, Daniel. 2006. *The judicial response to police killings in Latin America. Inequality and the rule of law*. Nueva York: Cambridge University Press.

Brunnegger, Sandra y Karen Faulk (eds). 2016. *A sense of justice. Legal knowledge and lived experience in Latin America*. Stanford, CA: Stanford Universtiy Press.

Carey, David. 2013. *I ask for justice. Maya women, dictators and crime in Guatemala, 1898-1944*. Austin, TX: University of Texas Press.

Carothers, Thomas. 2001. The many agendas of rule-of-law reform in Latin America. En Rachel Sieder y Pilar Domingo (eds.), *Rule of law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. London: Institute of Latin American Studies: 4-16.

Chenaut, Victoria, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra. 2011. *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos Indígenas ante la Globalización*. México: CIESAS/FLACSO Ecuador.

Clark, David. 1975. Judicial protection of the constitution in Latin America. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 2: 405-42.

Collier, Jane. 1973. *Law and social change in Zinacantán*. Stanford, CA: Stanford University Press.

Comaroff, Jean y John Comaroff. 2006. Law and disorder in the postcolony: an introduction. En Jean y John Comaroff (eds.), *Law and Disorder in the Postcolony*. Chicago, IL: University of Chicago Press.

Comaroff, Jean y John Comaroff. 2016. *The truth about crime: Sovereignty, Knowledge, Social Order*. Chicago, IL: University of Chicago Press.

Couso, Javier, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder (eds.). 2010. *Cultures of legality. Judicialization and political activism in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.

Cutter, Charles. 1995. *The legal culture of Northern New Spain, 1700-1810*. Santa Fe: University of New Mexico Press.

Dakolias, María. 1996. *The judicial sector in Latin America and the Caribbean: Elements of Reform*. Washington, DC: World Bank.

Dezalay, Yves y Bryant Garth. 2002. *The internationalization of Palace Wars. Lawyers, economists and the contest to transform Latin American States*. Chicago, IL: Chicago University Press.

Domingo, Pilar. 2000. The independence of the supreme court in Mexico. *Journal of Latin American Studies*, vol. 32 (3): 705-35.

Domingo, Pilar y Rachel Sieder (eds.). 2001. *Rule of law in Latin America: The international promotion of judicial reform*. Londres: Institute of Latin American Studies.

Finkel, Jodi. 2008. *Judicial reform as political insurance. Argentina, Peru and Mexico in the 1990s*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press.

García Villegas, Mauricio. 2002. *Normas de papel: La cultura de incumplimiento de las reglas*. Bogotá: Dejusticia/Siglo del Hombre Editores.

García Villegas, Mauricio y César A. Rodríguez Garavito (eds.). 2003. *Derecho y sociedad en América Latina: Un Debate Sobre los Estudios Jurídicos Críticos*. Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia.

Gauri, Varun y Dan Brinks (eds.). 2010. *Courting social justice: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. Nueva York: Cambridge University Press.

Gloppen, Siri, Bruce Wilson, Roberto Gargarella, Elin Skaar y Morten Kinander. 2010. *Courts and power in Latin America and Africa*. Nueva York: Palgrave Macmillan.

Helmke, Gretchen. 2005. *Courts under constraints: Judges, generals, and presidents in Argentina*. Nueva York: Cambridge University Press.

Helmke, Gretchen y Julio Ríos-Figueroa (eds.). 2011. *Courts in Latin America*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Hernández, Aida Rosalva. 2016. *Multiple injustices: Indigenous women, law, and political struggle in Latin America*. Tucson, AZ: Arizona University Press.

Hilbink, Lisa. 2007. *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: Lessons from Chile*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Ibarra Rojas, Lucero. 2018. América Latina y la mirada socio-jurídica del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (IISJ). *Oñati Socio-legal Series* [online]. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=3124993. Consultado en diciembre 10 de 2018.

Isunza Vera, Ernesto y Alberto Olvera (eds.). 2010. *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: Participación ciudadana y control social*. Ciudad de México: CIESAS.

Kapiszewski, Diana. 2012. *High courts and economic governance in Argentina and Brazil*. Nueva York: Cambridge University Press.

Keck, Margaret y Kathyrn Sikkink. 1998. *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*. Ithaca: Cornell University Press.

Langford, Malcolm, César Rodríguez-Garavito y Julieta Rossi (eds.). 2017. *Social rights judgements and the politics of compliance. Making it stick*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Lemaitre, Julieta. 2011. ¿Constitución o barbarie? Como repensar el derecho en las zonas 'sin ley'. En *El Derecho en América Latina*, ed. César Rodríguez Garavito: 47-68.

Lemaitre, Julieta y Kristin Sandvik. 2015. Shifting frames, vanishing resources, and dangerous political opportunities: legal mobilization among displaced women in Colombia. *Law & Society Review*, vol. 49 (1): 5-38.

Mainwairing, Scott y Christopher Welna (eds.). 2003. *Democratic accountability in Latin America*. Oxford: Oxford University Press.

Méndez, Juan, Guillermo O'Donnell y Paulo Pinheiro (eds.). *The (un)rule of law & the underprivileged in Latin America*. South Bend, IN: University of Notre Dame Press.

Merry, Sally Engle. 2006. *Human rights and gender violence: Translating international law into local justice*. Chicago, IL: University of Chicago Press.

Merry, Sally y Mark Goodale (eds.). 2007. *The practice of human rights: Tracking law between the global and the local*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Mitchell, Timothy. 1991. Society, economy and the state effect. En George Steinmetz (ed.) *State/Culture: State formation after the cultural turn*. Ithaca, Cornell University Press: 76-97.

Nader, Laura. 1990. *Harmony ideology*. Stanford, CA: Stanford University Press.

Negretto, Gabriel. 2013. *Making constitutions: Presidents, parties, and institutional choice in Latin America*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Pásara, Luis (ed.). 2007. *Los actores de la justicia latinoamericana*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

Payne, Leigh A., Francesca Lessa, y Gabriel Pereira. 2015. Overcoming barriers to justice in the age of human rights accountability. *Human Rights Quarterly*, vol. 37 (3): 728-54.

Peruzzotti, Enrique y Catalina Smulovitz (eds.). 2006. *Enforcing the rule of law. Social accountability in the new Latin American Democracies*. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press.

Ríos-Figueroa, Julio y Jeffrey Staton. 2012. An evaluation of cross-national measures of judicial independence. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 30 (1): 104-37.

Risse-Kappen, Thomas, Stephen Ropp y Kathryn Sikkink. 1999. *The power of human rights: International norms and domestic change*. Nueva York: Cambridge University Press.

Rodríguez Garavito, César (ed.). 2011a. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Rodríguez-Garavito, César. 2011b. Global governance, indigenous peoples, and the right to prior consultation in social minefields. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18 (1): 263-305.

Rosenberg, Gerald N. 2008. *The hollow hope: Can courts bring about social change?* Chicago, IL: University of Chicago Press.

Salvatore, Ricardo y Carlos Aguirre (eds.). 2001. *Crime and punishment in Latin America: Law and society since late colonial times*. Durham, NC: Duke University Press.

Sousa Santos, Boaventura de. 1995. *Towards a new commonsense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*. Nueva York: Routledge.

Sousa Santos, Boaventura de y Mauricio García Villegas (eds.). 2001. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes/Siglo del Hombre.

Sousa Santos, Boaventura y Rodríguez-Garavito, César (eds.). 2005. *Law and globalization from below: Towards a cosmopolitan legality*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Schilling-Vacaflor, Almut y René Kuppe. 2012. Plurinational constitutionalism: a new era of indigenous-state relations? En Detlef Nolte y Almut Schilling-Vacaflor (eds.), *New constitutionalism in Latin America – Promises and practices*. Burlington, VT: Ashgate: 347-70.

Schwarz, Carl. 1973. Judges under the shadow: judicial independence in the United States and Mexico. *California Western International Law Journal*, vol. 3: 260-332.

Sieder, Rachel (ed.). 2002. *Multiculturalism in Latin America: Indigenous rights, diversity and democracy*. Nueva York: Palgrave Macmillan.

Sierra, María Teresa (ed.). 2004. *Haciendo justicia: Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*. Ciudad de México: CIESAS/ Porrúa.

Skaar, Elin, Jemima García-Godos y Cath Collins. 2016. *Transitional justice in Latin America: The uneven road from impunity to accountability*. Nueva York: Routledge.

Snodgrass Godoy, Angelica. 2006. *Popular injustice: Violence, community, and law in Latin America*. Stanford, CA: Stanford University Press.

Tiscornia, Sofía (ed.). 2004. *Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica*. Buenos Aires: Antropofagia.

Tiscornia, Sofía, Roberto Kant de Lima y Lucía Eibaum (eds.). 2009. *Burocracias penales, administración institucional de conflictos y*

ciudadanía. Experiencia comparada entre Brasil y Argentina. Buenos Aires: Antropofagia.

Trubek, David y Marc Galanter. 1974. Scholars in self-estrangement: Some reflections on the crisis in law and development studies in the United States. *Wisconsin Law Review* 1062-1102.

Trubek, David M. y Álvaro Santos. 2006. *The new law and economic development: A critical appraisal*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Uprimny, Rodrigo. 2016. Justicia rutinaria y protagónica: una caracterización de la justicia colombiana. En Mauricio García Villegas y María Adelaida Ceballos Bedoya (eds.), *Democracia, justicia y sociedad: Diez años de investigación en DeJusticia*. Bogotá: Dejusticia: 181-91.

Van Cott, Donna Lee. 2000. *The friendly liquidation of the past: The politics of diversity in Latin America*. Pittsburgh, PA: Pittsburgh University Press.

Van Cott, Donna Lee. 2008. *Radical democracy in the Andes*. Cambridge: Cambridge University Press.

Verner, Joel. 1984. The independence of supreme courts in Latin America: a review of the literature. *Journal of Latin American Studies*, vol. 16 (2): 463-506.

Vilhena Vieira, Óscar. 2011. Desigualdad estructural y estado de derecho. En *El Derecho en América Latina*, ed. César Rodríguez Garavito: 27-46.

Yamin, Alicia Ely y Siri Gloppen (eds.). 2011. *Litigating health rights. Can courts bring more justice to health?* Harvard, MA: Harvard University Press.

Yashar, Deborah. 2005. *Contesting Citizenship in Latin America: The Rise Of Indigenous Movements*. Nueva York: Cambridge University Press.

Yrigoyen, Raquel. 2011. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En *El derecho en América Latina*, ed. César Rodríguez Garavito: 139-59.

Parte I
Derecho, política y sociedad

Capítulo 1
LAS CONTRIBUCIONES LATINOAMERICANAS AL CONSTITUCIONALISMO*

Roberto Gargarella

Introducción

Dado que ha enfrentado desafíos y problemas que no han aparecido en otros contextos, el constitucionalismo latinoamericano es un terreno fértil para reflexionar sobre la teoría constitucional y política contemporánea. La historia del constitucionalismo latinoamericano se caracteriza, entre otros, por el surgimiento de constituciones igualitarias en sociedades no igualitarias, las discusiones sustanciales sobre los trasplantes constitucionales y el valor de "importar" instrumentos jurídicos extranjeros, un ejercicio de larga data alrededor de los derechos socioeconómicos (que apenas se está iniciando en otras áreas del mundo), cuestiones sobre el multiculturalismo y los derechos indígenas, la experiencia sustancial con versiones "desequilibradas" del sistema de "frenos y contrapesos" (debido a la presencia de los llamados "regímenes hiperpresidencialistas"), y la sucesión de numerosos y frecuentes cambios constitucionales.

A pesar de su riqueza y su potencial para los estudios sociojurídicos, la historia constitucional de América Latina, que abarca más de dos siglos, no ha sido objeto de una reflexión académica y pública sistemática, al menos hasta hace poco. En este capítulo, examino cinco aspectos distintivos de la tradición constitucional de la región. Sostengo que estos aspectos corresponden a las cinco "olas constitucionales", períodos, que han surgido en la región en sus más de 200 años de existencia:

1. El primero, *experimentalismo constitucional*, que surgió en los años posteriores a la independencia.
2. El segundo, *fundacional*, que tuvo lugar a mediados del siglo XIX (particularmente entre 1850 y 1890), cuando se estableció la estructura básica de la organización de poderes.
3. El tercero, *constitucionalismo social*, que fue inaugurado por la Constitución mexicana de 1917, en la que se estableció la estructura básica de la organización de derechos.
4. El cuarto, *posdictatorial*, que surgió después de la violación masiva de derechos humanos cometida por los Gobiernos latinoamericanos a fines del siglo XX.

* Cómo citar este capítulo: Gargarella, Roberto. 2024. Las contribuciones latinoamericanas al constitucionalismo. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 53-68. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.2

5. El quinto, *multicultural*, que se consolidó a principios del siglo XXI y se expresó en constituciones que se abrían por primera vez a las necesidades e intereses de los grupos marginados, particularmente de las comunidades aborígenes e indígenas.

De ese modo, el capítulo presenta una periodización de la historia constitucional de América Latina y destaca cómo las circunstancias y necesidades políticas de cada período enmarcaron demandas jurídicas específicas y generaron, a su vez, rasgos institucionales distintos. Al concentrarme en varios países, analizo las contribuciones más importantes de los principales académicos del derecho en cada uno de los períodos históricos y muestro las tendencias regionales y las diferencias significativas entre los países. Sostengo que, a pesar de las diferencias y las contribuciones específicas, la historia constitucional latinoamericana muestra dos continuidades principales: una estructura de poder políticamente concentrada y territorialmente centralizada, y declaraciones de derechos generosas y amplias que consagran tanto derechos individuales como sociales.

Constitucionalismo experimental (1810-1850)

En el segundo capítulo de su trabajo más influyente, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1852), el teórico jurídico y político más importante de Argentina, Juan Bautista Alberdi, definió las primeras constituciones de la región así:

> ¿Cuáles son, en qué consisten los obstáculos contenidos en el primer derecho constitucional? Voy á indicarlos. Todas las constituciones dadas en Sud-América durante la guerra de la Independencia fueron expresion completa de la necesidad dominante de ese tiempo. Esta necesidad consistia en acabar con el poder político que la Europa habia ejercido en este continente, empezando por la conquista y siguiendo con el coloniaje; y como medio de garantir su completa extincion, se iba hasta arrebatarle cualquier clase de ascendiente en estos países. La independencia y la libertad exterior eran los vitales intereses que preocupaban á los legisladores de ese tiempo. (Alberdi 1858, 3).[1]

El período inicial del constitucionalismo tuvo como objetivo fundamental la consolidación de la independencia. Esto explica la gran cantidad de formas institucionales que concentraron el poder con el fin de asegurar el orden y la estabilidad. Este fue, sin duda, el momento de mayor experimentación en la historia constitucional de la región: aunque había una gran diversidad en las instituciones, todas buscaban recuperar el poder y lograr el orden. Entre las estrategias se incluyeron propuestas atípicas y efímeras como el "Poder Moral", que Simón Bolívar presentó en el Congreso de Angostura en 1819 (invocado luego por la Constitución venezolana de 1999); el enfoque del "Poder Moderador" al estilo de Benjamin Constant en Brasil en 1824, en Nicaragua en 1826, en México en 1836 e implícito en el Código Moral; y el "Senado Conservador" (guardianes morales) propuesto en 1823 por Juan Egaña en Chile. Entre otras estrategias se encuentran: 1. Incursiones decididamente corporativistas (por ejemplo, un Senado compuesto por clérigos, militares, grandes propietarios e industriales), como la propuesta de Lucas Alamán en México (1834)

o la que incorporó la Constitución argentina de 1919; 2. Experimentos monárquicos como el que promovió Manuel Belgrano en Argentina o el que llevó a cabo Agustín Iturbide en México en 1821 (México experimentaría un régimen similar en 1863); 3. El sistema ejecutivo de "tres cabezas" estudiado en una etapa inicial en Venezuela y Perú; y 4. Intentos ultrafederalistas como la Constitución colombiana de 1863.

En suma, este período se caracterizó por una serie de propuestas constitucionales que resultaron más ambiciosas, imaginativas y variadas que las que vendrían después.

El período fundacional y la consolidación del (hiper) presidencialismo (1851-1917)

A mediados del siglo XIX, las fuerzas liberales y conservadoras, que, hasta entonces, habían librado batallas sangrientas entre sí en la mayoría de los países de la región, empezaron a acercarse de forma gradual y decidida. Este acercamiento marcó un movimiento político crucial en América Latina[2]. En algunos países, como Argentina, Brasil o México, el acercamiento ocurrió con ocasión de la negociación de una nueva constitución. En otros, como Chile, el pacto adquirió un carácter "diferido" cuando el conservadurismo constitucional "duro" plasmado en la Constitución de 1833 comenzó a "relajarse" para darle paso a una progresiva liberalización. En Colombia ocurrió lo contrario: el liberalismo constitucional "duro" impuesto por las constituciones sucesivas de 1853, 1858 y 1863 comenzó a perder fuerza y abrió el camino para la consolidación del conservadurismo en la Constitución de 1886 (Gargarella 2010, 2013).

En este período, los principales órdenes constitucionales de la región establecieron la estructura de organización del poder, organización territorial y reconocimiento de derechos que perdura en algunos casos hasta el presente. Tan pronto como se consolidó el pacto liberal-conservador, gran parte de la experimentación inicial terminó: los intentos corporativistas de ingeniería constitucional fueron abandonados, los experimentos monárquicos disminuyeron, los poderes ejecutivos de "Tres cabezas" desaparecieron e instituciones como el "Poder Moral", el "Poder Moderador" y el "Senado Conservador" se esfumaron del mapa constitucional.

A partir de mediados del siglo XIX, las propuestas constitucionales se volvieron más definidas y menos abiertas a la experimentación estructural; de hecho, los márgenes de experimentación se hicieron mucho más estrechos con el tiempo. Independientemente de los arreglos institucionales específicos de cada país, todos surgieron de la tensión y negociación entre liberales y conservadores. El pacto liberal-conservador determinó así la estructura general del poder constitucional. Aunque esta estructura se estabilizó a través del sistema de pesos y contrapesos, en última instancia desequilibró las relaciones a favor del Ejecutivo.

Algo similar se puede ver en el ámbito de la organización territorial con la tensión entre centralismo y federalismo. Además, en materia de derechos, la cuestión principal era cómo integrar las demandas de liberales y conservadores, históricamente opuestos por el factor religioso. Las fórmulas de integración que se eligieron en ese momento fueron diversas y en la mayoría de los casos dejaron mucho que desear. Estas demandas se extendieron desde mantener silencio sobre el asunto, que fue la opción que

tomó la asamblea constituyente mexicana en 1857 al omitir las demandas de ambos grupos, hasta invocar y superponer las demandas de ambos bandos, como la Constitución argentina de 1853, que incluyó la tolerancia religiosa (art. 14) y un estatus especial para la Iglesia católica (art. 2).

Tanto los liberales como los conservadores temían por encima de todo la anarquía y el mayoritarismo descontrolado, por lo que no fue difícil para las dos partes ponerse de acuerdo sobre la necesidad de aprobar disposiciones constitucionales que frenaran el poder (cada vez más) amenazante de la mayoría. Esta desconfianza permite explicar la naturaleza y los motivos de algunos de los arreglos institucionales del período, entre los que se incluye una organización contramayoritaria del poder que concentró la autoridad en el poder ejecutivo e implementó mecanismos elitistas para seleccionar los miembros del poder legislativo y el poder judicial.

Una dinámica similar resurgió en el área de los derechos. Liberales y conservadores coincidieron en la necesidad de limitar los derechos políticos, al menos por el momento, con el objetivo de preservar otros derechos, particularmente los relacionados con la propiedad, los contratos y el libre comercio, que consideraban amenazados por la expansión del gobierno de la mayoría. En su obra *Sistema económico y rentístico*, Alberdi reclamó libertades "ilimitadas y abundantísimas para nuestros pueblos", "*libertades civiles*, a cuyo número pertenecen las *libertades económicas*, de *adquirir, enajenar, trabajar, navegar, comerciar, transitar y ejercer toda industria*" (Alberdi 1920, 64-5). Demandas similares fueron promovidas por el liberal colombiano José María Samper, especialmente en la época de la Constitución de 1886 (Samper 1861, 1893), y por el chileno Andrés Bello. Este jurista, que se dedicó principalmente a la redacción del Código Civil, justificó su posición argumentando que

> [L]os pueblos son menos celosos de la conservación de su libertad política, que la de sus derechos civiles […]. Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que prefiera el ejercicio de cualquiera de los derechos políticos que le concede el código fundamental del Estado al cuidado y a la conservación de sus intereses y de su existencia, y que se sienta más herido cuando arbitrariamente se le priva, por ejemplo, del derecho del sufragio, que cuando se le despoja violentamente de sus bienes. (Jaksic 2001, 212)

Es importante destacar también la curiosa fórmula que los arquitectos del pacto liberal-conservador eligieron para organizar el poder; en ella se superpusieron parcialmente las demandas de los liberales (un sistema de *pesos y contrapesos* que sigue el estilo norteamericano) y las de los conservadores (un sistema organizado en torno al Ejecutivo). El esquema elegido le abrió una herida profunda a un modelo que se basaba en el equilibrio como principio organizador[3]. Dado que se rompió el equilibrio desde el principio al inclinar la organización del poder a favor del Ejecutivo (siguiendo la propuesta de Alberdi, que defendía la combinación del modelo estadounidense y el chileno), la lógica del sistema de pesos y contrapesos, que le dio al sistema su significado y atractivo, fue comprometida desde el primer momento. Muchos de los problemas persistentes que afectan la salud de las instituciones latinoamericanas están relacionados con esa decisión inicial normativamente dudosa y tan difícil de justificar.

A pesar de sus deficiencias, esta estructura general ha ofrecido varias lecciones que los teóricos constitucionales posteriores han ignorado de manera sistemática. En particular, la organización latinoamericana mostró que la preocupación por ciertos derechos fundamentales (como la propiedad privada o la libertad contractual) no implica necesariamente la consagración de largas listas de derechos en la Constitución, más bien exige ciertas garantías en cuanto a la organización del poder que restrinjan las capacidades políticas de las mayorías que atentan contra esos derechos.

En suma, este modelo peculiar y desbalanceado de pesos y contrapesos, que quería combinar el modelo constitucional monárquico/conservador español con el modelo liberal estadounidense, es la principal contribución de América Latina al constitucionalismo.

La era del constitucionalismo social (1917-1950)

Entre 1850 y 1890 el constitucionalismo latinoamericano se definió no solo por lo que se incluía explícitamente en las cartas, sino también por lo que quedaba por fuera. La exclusión o relegación de la "cuestión social" es central para cualquier análisis del primer período del constitucionalismo latinoamericano. Las desigualdades políticas coloniales y poscoloniales produjeron lo que el historiador argentino Tulio Halperin Dongi definió como un modelo dominante de "autoritarismo progresista", una "mezcla de rigor político y activismo económico" (1980, xxxi). Este "autoritarismo progresista" se reflejó en los crecientes niveles de coerción y represión política que comenzaron a caracterizar a la región a finales del siglo xix. Estas tensiones estallaron a principios del siglo siguiente, lo que obligó a la élite gobernante a dar respuestas inmediatas a las demandas que hasta ese momento había pospuesto. Las respuestas, que se volverían más explícitas y enfáticas con la *crisis de 1930*, tomaron formas diferentes y muy significativas, que fueron desde el paso del "Estado regulador" al "Estado del bienestar" en algunos países hasta la adopción de sistemas políticos más abiertos en otros (los gobiernos de Juan Domingo Perón en Argentina y Getulio Vargas en Brasil son los principales ejemplos del desarrollo de un estado de bienestar fuerte en América Latina). En el plano constitucional, la respuesta más contundente fue la aparición del *constitucionalismo social* y la consiguiente consagración en las constituciones de listas completas de derechos sociales, políticos, culturales y económicos.

El ejemplo más temprano y significativo del constitucionalismo social tuvo lugar en México, donde la crisis alcanzó niveles dramáticos y se expresó, primero, en un movimiento revolucionario exitoso y, poco después, en la promulgación de la Constitución de 1917. Esta Constitución era excepcionalmente larga y sólida en su declaración de derechos y estuvo fuertemente comprometida con los derechos sociales, lo que en ese momento fue una completa novedad. De hecho, la Constitución mexicana fue una pionera global del *constitucionalismo social* y se anticipó a la promulgación de la Constitución de la República de Weimar en 1919, la creación de la Organización Internacional del Trabajo (oit) en 1919, el desarrollo del estado de bienestar y el modelo económico keynesiano. Entre muchas otras cláusulas, el artículo 27 de la Constitución mexicana declaró que "la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la

Nación". Asimismo, el artículo 123 incorporó un régimen amplio de protección a los trabajadores, reconoció el papel de los sindicatos y reguló las relaciones laborales de una forma tan detallada que incluso llegó a cubrir temas que distinguirían al derecho laboral moderno, a saber: la jornada laboral, el trabajo infantil, los derechos de las mujeres embarazadas, el salario mínimo, el derecho a vacaciones, el derecho a salarios iguales, las condiciones de salud y seguridad en el trabajo, los accidentes laborales, el derecho de huelga y el cierre patronal, los arbitrajes, los despidos sin justa causa, la seguridad social, y el derecho de asociación. La Constitución mexicana de 1917 cambió de manera decisiva la historia del constitucionalismo latinoamericano. Desde su promulgación, la mayoría de los países de la región comenzaron a cambiar gradualmente su estructura constitucional básica. En particular, Bolivia (1938), Cuba (1940), Uruguay (1942), Ecuador (1945), Guatemala (1945) y Costa Rica (1949) siguieron el ejemplo de México e incluyeron largas listas de derechos sociales en sus constituciones.

Entre las nuevas expresiones del constitucionalismo social latinoamericano, los ejemplos de Argentina y Brasil fueron especialmente influyentes. Ambos casos ilustran adecuadamente el carácter peculiar de esta nueva ola constitucional: la combinación de cláusulas sociales generosas con una organización del poder altamente concentrada. En Argentina, el líder político Juan Domingo Perón se convirtió en el principal impulsor del constitucionalismo social. Fue una de las figuras clave durante el Gobierno del general Farrell, que había llegado al poder en 1943 mediante un golpe militar. Perón se convirtió en el secretario de Trabajo del dictador Farrell, cargo desde el que fortaleció sus contactos con los sindicatos y promovió numerosas leyes laborales que favorecieron los intereses de la clase trabajadora y el movimiento obrero. Posteriormente fue elegido presidente. Durante su mandato, que se caracterizó por la concentración de poderes y el autoritarismo, insistió en la importancia de garantizar que los "económicamente desfavorecidos" fueran "protegidos del egoísmo, la prepotencia y la explotación de los económicamente fuertes" (Sampay 1975, 478; Perón 2008). Esos compromisos sociales fueron incorporados en la Constitución de 1949, que, a pesar de su corta vida, tuvo una enorme influencia en la región.

En Brasil, el presidente Getulio Vargas le dio un fuerte impulso al constitucionalismo social. Durante sus años en el gobierno, promovió la promulgación de dos constituciones. La primera, promulgada en 1934, fue la más innovadora de las dos porque representó una ruptura significativa con la estructura político-constitucional tradicional brasileña (Bercovici 2009). La segunda, sancionada en 1937, acompañó la creación del *Estado Novo* y contribuyó a fortalecer los poderes del Ejecutivo. Como en Argentina, el constitucionalismo social llegó a Brasil de la mano de un régimen fuertemente presidencialista y autoritario.

Las nuevas constituciones sociales de América Latina fueron una de las expresiones de los cambios sociales que tuvieron lugar en la región en la primera mitad del siglo XX; en particular, las nuevas constituciones fueron el resultado de la participación de la clase obrera como un actor político y económico decisivo. La innovación constitucional correspondiente fue la incorporación de listas generosas, detalladas y robustas de derechos sociales.

Del antipresidencialismo a los derechos humanos (1980-2000)

Durante la década de los setenta, numerosos países latinoamericanos perdieron su carácter democrático y cayeron bajo el dominio de gobiernos dictatoriales. La democracia volvería a prevalecer solo después de una década o más[4]. El largo período de gobierno dictatorial tuvo dos importantes consecuencias constitucionales: la primera, relacionada con una discusión constitucional en torno al *hiperpresidencialismo* y la extensión de los poderes ejecutivos; la segunda, por su parte, con el *derecho internacional de los derechos humanos* y, en particular, con la importancia que adquieren los tratados de derechos humanos en los entornos políticos.

La discusión alrededor del hiperpresidencialismo surgió al final de la ola autoritaria. Por primera vez durante esos años, muchos académicos jurídicos y de la ciencia política parecían estar de acuerdo en un punto básico: existe una relación causal entre el hiperpresidencialismo y el patrón de inestabilidad política que había caracterizado la vida pública de la región durante todo el siglo. Por primera vez, activistas y académicos de diferentes países y posiciones coincidieron en criticar un aspecto central de la organización dominante del poder (Nino 1987; Linz y Stepan 1978; Linz y Valenzuela 1994). Según Carlos Nino, por ejemplo, "el diagnóstico que se hizo es que un factor importante, aunque por cierto no el único, de la labilidad institucional argentina estuvo constituido por la formación de un presidencialismo hipertrofiado" (Nino 1992, 38). Para Nino, como para muchos otros, estaba claro que en un régimen hiperpresidencialista, el presidente concentra en un período determinado demasiado poder, demasiadas responsabilidades y demasiadas expectativas sobre su figura. En consecuencia, cualquier cambio repentino en las actitudes de la gente hacia el presidente o su popularidad, así como cualquier crisis significativa, tendía a poner todo el sistema político bajo estrés. De ese modo, cualquier crisis política o económica se transformaba en una crisis sistémica. Peor aún, dada la falta de "válvulas de escape" en el sistema, la remoción del presidente aparecía como la única salida a la crisis. Frente a esta situación, la alternativa parlamentaria parecía plantear una distribución alternativa del poder político y diferentes "válvulas de escape" (Ackerman 2000; Linz y Valenzuela 1994). Aunque estas reflexiones teóricas recibieron mucha atención en los círculos académicos, desafortunadamente fueron abandonadas rápidamente[5].

Mientras esta discusión constitucional se centró en la parte orgánica de la Constitución, la segunda se dirigió hacia la parte dogmática: las declaraciones de derechos. Luego de las atrocidades cometidas por los regímenes militares, los políticos y juristas latinoamericanos empezaron a pensar seriamente en reformar los regímenes de derechos humanos de sus respectivos sistemas jurídicos[6]. Por una variedad de razones, las reformas se han retrasado o descartado por décadas: para muchos, las discusiones sobre los derechos humanos eran una pérdida de tiempo, ya que no eran más que cuestiones superestructurales. Sin embargo, como consecuencia de las crueldades infligidas por los regímenes militares, muchas personas comenzaron a reconocer la importancia de establecer barreras jurídicas contra la tortura o los asesinatos en masa (véanse, por ejemplo, las reformas constitucionales de 1980 en Chile y de 1988 en Brasil).

Tales iniciativas marcaron la reconciliación de algunos sectores de la izquierda con el discurso de los derechos, en particular, y el derecho constitucional, en general. Por otra parte, muchas constituciones les concedieron a los derechos humanos un nuevo estatus jurídico. Lo anterior produjo un efecto interesante entre los sectores conservadores del poder judicial: muchos jueces conservadores comenzaron a tomar en serio los argumentos basados en el valor de los derechos humanos.

Durante estos años de transición a la democracia, varios países empezaron a investigar, enjuiciar y castigar a los responsables de las graves violaciones de derechos humanos cometidas por los gobiernos dictatoriales (Sikkink 2012; Acuña y Smulovitz 1996). Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile y El Salvador estuvieron entre los muchos países que siguieron esa ruta; con ello intentaron proteger con mayor rigor los derechos más afectados por los recientes gobiernos autoritarios. Además, muchos países latinoamericanos decidieron incorporar el derecho internacional a sus sistemas internos al otorgarles un estatus especial a dichas normas. En algunos de ellos, como Argentina y Bolivia, los tratados de derechos humanos obtuvieron explícitamente el rango de disposiciones constitucionales. En otros, como Costa Rica o El Salvador, se otorgó a los tratados un estatus supralegal (Rossi y Filippini 2010). Algunas constituciones, como las de Perú o Colombia, incluyeron cláusulas interpretativas en sus textos que incorporaron referencias específicas al derecho internacional. La Constitución brasileña de 1988 se refiere a la existencia de derechos no enumerados, entre los que se encuentran aquellos que se relacionan con principios y tratados ratificados por Brasil. La Constitución de Guatemala de 1985 hace referencia al derecho internacional de los derechos humanos al establecer lineamientos para la política exterior del país, mientras que la Constitución de Chile les asigna deberes especiales en el área de los derechos humanos a todas las agencias estatales (sobre estas y otras alternativas de incorporación, véase Dulitzky 1998).

Derechos multiculturales y derechos indígenas. Constitucionalismo en el siglo XXI

La fase más reciente en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano se produjo a finales del siglo XX. En esta sección me concentro en las constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), que son casos particulares dentro del universo de reformas que se aprobaron en el período. Aunque estas constituciones no introdujeron modificaciones sustanciales, si se las compara con las cartas que las precedieron, sí ampliaron significativamente las listas de derechos. En ellas se manifestó una gran preocupación por los derechos de los sectores más desfavorecidos de la sociedad: las minorías sexuales, las minorías étnicas y, en particular, las comunidades indígenas[7]. Si la primera ola de reformas constitucionales en el siglo XX se distinguió por su énfasis en la "cuestión social", esta última ola de reformas se caracterizó por enfatizar la "cuestión indígena". Por primera vez, el constitucionalismo latinoamericano abordó un tema que había permanecido en las sombras desde la fundación de las repúblicas poscoloniales[8]. Un paso hacia la constitucionalización de los derechos indígenas se produjo en 1987 en Nicaragua, tras el conflicto en el que se enfrentaron el gobierno sandinista y los indígenas misquito[9].

La Constitución de Nicaragua se modificó para incluir numerosas referencias a los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a mantener, explotar y disfrutar de los frutos de las propiedades comunales. La sección III de la Constitución de Guatemala de 1985 está dedicada a las comunidades indígenas y hace referencia al respeto de las lenguas indígenas, los usos y las tradiciones (art. 66); asimismo, consagra el derecho a la no discriminación (art. 69) y ordena la protección de los territorios y las cooperativas agrarias (arts. 67 y 68). La Constitución de Brasil de 1988 también mostró cierta apertura hacia la "cuestión indígena" al incluir en su capítulo VIII una serie de medios de protección reservados para los grupos indígenas. A estos casos pioneros se sumó la promulgación del Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169 no solo se convirtió en el principal instrumento internacional para la defensa de los grupos indígenas, sino que también modificó sustancialmente la discusión jurídica sobre el tema. El Convenio incluyó cláusulas que garantizan el respeto a la cultura, la forma de vida y las instituciones de los pueblos indígenas, y consagró el derecho a la consulta previa frente a cualquier medida legal o administrativa que pudiera afectarlos.

Después de la promulgación del Convenio 169 surgió una nueva ola de constituciones que abordaron la cuestión indígena. Las nuevas cartas favorecieron el pluralismo jurídico e incluyeron listas completas de derechos para los pueblos indígenas. Entre estas nuevas constituciones se encuentran las de Colombia (1991), Paraguay (1992), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador (1996 y 1998), México (1992 y 2001) y Venezuela (1999). Estos documentos definieron al Estado como multicultural o pluricultural (como en los casos de Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador), garantizaron el derecho a la diversidad cultural (Colombia y Perú) o proclamaron la igualdad cultural (Colombia y Venezuela). De esta manera, las nuevas constituciones desafiaron el modelo monocultural que había predominado en la región desde el siglo XIX (Yrigoyen Fajardo 2011, 132).

A partir de esta ola constitucional, varios movimientos sociales iniciaron luchas significativas por la implementación de los nuevos derechos. Además, la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007 por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas les dio un gran impulso a esas luchas y se convirtió en un acontecimiento crucial y fundamental en el derecho internacional. La Declaración estableció de forma detallada tanto los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas (tales como el derecho a la identidad cultural, la educación, el trabajo, el lenguaje, la diferencia y el desarrollo social, económico y cultural), como los estándares mínimos básicos que todos los Estados se comprometieron a respetar. Las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) incorporaron esos derechos y estándares y codificaron avances adicionales[10]. Dichas cartas incorporaron numerosos artículos que tratan de abordar los problemas que afectan a las comunidades indígenas en sus respectivos países. Ambos países se declararon "Estados plurinacionales" (art. 1 de cada Constitución); reconocieron el derecho de los pueblos indígenas a utilizar su propio idioma (el art. 5 de la Constitución de Bolivia reconoce las lenguas de las minorías étnicas como lenguas oficiales); hicieron referencia a los derechos colectivos, como el derecho de los pueblos indígenas a "mantener la posesión de las tierras y los territorios ancestrales" (Constitución de

Ecuador, art. 57.5); reconocieron el derecho de las comunidades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales de acuerdo con sus tradiciones (Constitución de Ecuador, art. 171), entre otros. Notablemente, ambas constituciones incorporaron el principio indígena del "buen vivir" o *sumak kawsay* (Bolivia, art. 8; Ecuador, arts. 275-279) como un principio interpretativo que se dirige a la construcción de una relación nueva y respetuosa entre los seres humanos y la naturaleza que se oponga a la alternativa occidental dominante, consumista y orientada por el lucro.

Si bien la región se ha caracterizado durante los últimos años por un énfasis excesivo en la incorporación de nuevos derechos, este hecho no marca el amanecer de un "nuevo tipo" de constitucionalismo latinoamericano. Por el contrario, el llamado "nuevo constitucionalismo" simplemente refuerza ciertos rasgos que han estado muy presentes en el marco constitucional de América Latina[11]. De hecho, después de las últimas olas de reforma encontramos que i) la parte orgánica de las nuevas constituciones todavía se caracteriza por una estructura de poder políticamente concentrada y territorialmente centralizada; y, al mismo tiempo, ii) la parte dogmática de las nuevas constituciones aún se caracteriza por sus generosas y amplias declaraciones de derechos que combinan derechos individuales y sociales de diversos tipos. En suma, aunque hay que resaltar los aportes que ha hecho el pensamiento constitucional latinoamericano contemporáneo, especialmente en lo que respecta a los derechos indígenas, es importante subrayar que, en última instancia, los dos rasgos principales que han caracterizado al constitucionalismo latinoamericano desde principios del siglo XX gozan aún de buena salud.

Conclusiones

En las páginas anteriores identifiqué los rasgos distintivos del constitucionalismo regional. El corto período inicial de "experimentación" fue abandonado en favor del consenso liberal-conservador de mediados del siglo XIX, un pacto que se manifestó claramente en la organización constitucional del poder. Desde entonces, la estructura institucional de los países latinoamericanos se ha caracterizado por la centralización territorial del poder y su concentración en la rama ejecutiva. Este esquema parece basarse, sobre todo, en una desconfianza generalizada hacia la población en general. Precisamente, esta desconfianza, que fue el punto de encuentro que facilitó el pacto liberal-conservador, ha posibilitado la aparición de sistemas políticos que, salvo algunas excepciones, desalientan la participación ciudadana, la veeduría popular y las formas democráticas de toma de decisiones. Al mismo tiempo, el modelo liberal-conservador ha minado la independencia del poder legislativo y el poder judicial, que se ve amenazada con frecuencia por la enorme capacidad de intervención del partido gobernante (generalmente expresada en el Ejecutivo).

Un siglo después, particularmente a mediados del siglo XX, algunas de las demandas asociadas a la "cuestión social" que los líderes del pacto liberal-conservador habían ignorado se integraron a la estructura institucional existente. De ese modo, se introdujeron cambios significativos a las declaraciones de derechos típicas del siglo XIX: hoy en día, las viejas listas de "los derechos liberales clásicos" se han ampliado para incluir derechos sociales, económicos y culturales más amplios.

Sin embargo, las reformas de este siglo no han podido cambiar los rasgos fundamentales

del constitucionalismo latinoamericano: una estructura de poder anticuada y concentrada que restringe considerablemente la participación popular en la política. Precisamente en este marco se produjo el "nuevo" constitucionalismo regional. Una vez más, las continuidades se destacan. A pesar de las reformas, las constituciones latinoamericanas persisten en su estructura tradicional básica: una organización altamente centralizada del poder, como la que se estableció durante el "período fundacional", que se conjuga con largas y potentes declaraciones de derechos, como las que se introdujeron durante el período del "constitucionalismo social". En otras palabras, la "sala de máquinas" de la mayor parte de las constituciones latinoamericanas, esto es, su organización de los poderes, ha permanecido prácticamente intacta después de más de 200 años de constitucionalismo y la incorporación de novedades significativas en el campo de los derechos[12]. Más específicamente, las "nuevas" preocupaciones por los derechos sociales, los derechos humanos, los derechos multiculturales, la participación y la democracia no han permeado la "vieja" distribución y organización del poder. En consecuencia, los académicos y activistas que promueven cambios constitucionales sustantivos en América Latina deberían concentrarse más en reformar la "sala de máquinas" de las constituciones. ¿Cómo podría y debería modificarse la organización de los poderes para hacerla compatible con la preocupación actual por los derechos humanos y la democracia?

A pesar de las críticas que podemos formularle al constitucionalismo regional, también es claro que su desarrollo ha sido rico y fructífero. Aunque se han aprobado más de 200 reformas constitucionales en los últimos 200 años, el resultado no ha sido un "caos constitucional" en el que cada Constitución establece un paradigma completamente nuevo. Por el contrario, cada Constitución hace parte de un conjunto que se mueve de forma creativa a innovadora a través de canales que se remontan a los proyectos constitucionales que inauguraron la historia del constitucionalismo en la región.

Notas

1. Alberdi reconoció que estas primeras constituciones fueron adecuadas para formular aquello *contra lo cual* debían concebirse las constituciones: "Se hacia consistir y se definia todo el mal de América en la dependencia de un gobierno conquistador perteneciente á Europa; se miraba por consiguiente, todo el remedio del mal en el alejamiento del influjo de la Europa" *(ibid.)*.
2. Es necesario abordar con precisión las razones que llevaron a un pacto liberal-conservador (el proceso de su confluencia progresiva o *fusión*) después de décadas de conflicto armado. Algunos podrían afirmar que el cambio se debió a la presencia amenazante (aunque fugaz) de grupos radicalizados (sobre todo en Colombia, Perú y Chile) tras las "revoluciones rojas" de 1848 en Europa; otros podrían enfatizar, sin embargo, la preocupación por la autosuficiencia y la conciencia de los costos que la hostilidad continua les imponía a ambas partes. Por el momento, dejaré abierta esta pregunta para concentrarme directamente en las formas a través de las cuales el pacto se trasladó al ámbito constitucional. El pacto, en cualquier caso, se extendió gradualmente por la región entre 1850 y el cierre del siglo.

3. Aunque es posible plantearle muchas objeciones al esquema de organización del poder que propuso James Madison, tal esquema pretendía seguir la virtud distintiva del equilibrio de poderes al atribuirle relativamente el mismo poder a cada una de las ramas del gobierno.
4. En Argentina, el general Jorge Rafael Videla dirigió un gobierno militar que permaneció en el poder entre 1976 y 1983. Brasil sufrió un golpe militar en 1964 y el nuevo gobierno dictatorial estuvo en el poder hasta 1985. En Chile, el general Augusto Pinochet llevó a cabo un golpe militar contra el gobierno socialista de Salvador Allende y gobernó el país entre 1973 y 1984. En Bolivia, el general Hugo Banzer dirigió un gobierno militar entre 1971 y 1978. Uruguay también tuvo gobiernos militares y cívico-militares durante el período, al menos entre 1973 y 1984. El general Alfredo Stroessner gobernó Paraguay bajo un régimen militar durante 35 años, entre 1954 y 1989. En Nicaragua, Anastasio Somoza y sus sucesores gobernaron el país hasta su derrocamiento, en 1979. Con una orientación más "social", el general Juan Velasco Alvarado gobernó Perú entre 1968 y 1975.
5. El movimiento contra el sistema hiperpresidencialista comenzó a perder fuerza después de la década de 1980, cuando numerosos académicos cuestionaron el supuesto vínculo entre el hiperpresidencialismo y la inestabilidad democrática (Cheibub y Limongi, 2002; Eaton, 2000; Linz y Valenzuela 1994; Nino 1987, 1992; Przeworski *et al.* 2000; Samuels y Eaton, 2002; Shugart y Carey 1992; Shugart y Mainwaring 1997). El otro elemento, probablemente más significativo, que explica la desaparición gradual del impulso antipresidencialista es la dura crisis económica que siguió a un período de "ajustes estructurales" (o neoliberales) durante la década de los noventa. En efecto, la crisis que dominó la región durante esos años no terminó con los clásicos golpes militares de las décadas anteriores; de hecho, provocó una profunda crisis institucional que despertó la angustia colectiva y propició una masiva movilización social. Paradójicamente, sin embargo, muchas personas leyeron esto de una manera opuesta: consideraron que los latinoamericanos por fin habían aprendido a hacerles frente a las crisis profundas a través de la política democrática y no a través de la intervención militar. Al mismo tiempo, muchos comenzaron a exigir un fortalecimiento de la autoridad presidencial ante el "vacío de autoridad" o el "caos político" que parecía afectar a tantos países de la región a raíz de la crisis. Aunque la política democrática no había logrado abordar la crisis social, los acontecimientos sirvieron, en última instancia, para reivindicar una autoridad presidencial fuerte.
6. Aunque la sistematicidad de las violaciones a los derechos humanos estaba relacionada con muchos factores, la denominada "Doctrina de Seguridad Nacional" jugó un papel particularmente importante. La Doctrina fue impulsada durante la Guerra Fría por Estados Unidos y fue una parte importante del entrenamiento que recibieron en la Escuela de las Américas muchos de los hombres fuertes de los ejércitos de la región. La Doctrina llamó a las fuerzas armadas a centrar su trabajo en la seguridad nacional para evitar el crecimiento y la expansión de las ideologías de izquierda. Esto, a su vez, contribuyó a que nuevos gobiernos militares utilizaran los poderes coercitivos del Estado contra su propia población en nombre de una guerra contra el comunismo.

7. La tendencia en toda la región ha sido ampliar la protección constitucional de los derechos. Según un estudio reciente realizado por Gargarella, Filippini y Cavana (2011), las constituciones latinoamericanas contemporáneas protegen la igualdad de género (Argentina, art. 37; Bolivia, arts. 11, 15 y 26; Colombia, art. 40; Costa Rica, art. 95; Ecuador, art. 65; Nicaragua, art. 48; Paraguay, art. 48; República Dominicana, art. 39; y Venezuela, art. 88); afirman la existencia de un Estado o identidad plurinacional o multicultural (Bolivia, Colombia, Ecuador y Paraguay, art. 1 en todos los casos; México, art. 2; Nicaragua, art. 5; Perú, art. 2 inc. 19; y Venezuela, art. 6); protegen el medio ambiente (Argentina, art. 41; Bolivia, art. 33; Brasil, art. 22; Chile, art. 19 inc. 8; Colombia, art. 79; Costa Rica, art. 50; Ecuador, art. 14; El Salvador, art. 117; Guatemala, art. 97; Honduras, art. 143; México, art. 4; Nicaragua, art. 60; Panamá, art. 118; Paraguay, art. 7; Perú, art. 2; República Dominicana, art. 66; Uruguay, art. 47; y Venezuela, art. 117); protegen la cultura (Argentina, art. 75 inc. 22; Bolivia, arts. 21 y 30; Brasil, art. 23; Chile, art. 19 inc. 10; Colombia, art. 70; Costa Rica, art. 77 y siguientes; Ecuador, art. 21; El Salvador, art. 53; Guatemala, art. 57; Honduras, art. 151; México, art. 4; Nicaragua, art. 58; Panamá, art. 80; Paraguay, art. 73; Perú, art. 2; República Dominicana, art. 64; y Venezuela, art. 101); consagran el derecho a la salud (Argentina, art. 75 inc. 22; Bolivia, art. 18; Brasil, art. 6; Chile, art. 19 inc. 10; Colombia, art. 49; Costa Rica, art. 46; Ecuador, art. 32; El Salvador, art. 1; Guatemala, art. 93; Honduras, art. 145; México, art. 4; Nicaragua, art. 59; Panamá, art. 109; Paraguay, art. 68; Perú, art. 7; República Dominicana, art. 61; y Venezuela, art. 83); consagran el derecho a la educación (Argentina, art. 75 inc. 22; Bolivia, art. 17; Brasil, art. 6; Chile, art. 19 inc. 9; Colombia, art. 67; Costa Rica, art. 77 y siguientes; Ecuador, art. 27; El Salvador, art. 53; Guatemala, art. 71; Honduras, art. 153; México, art. 3; Nicaragua, art. 58; Panamá, art. 91; Paraguay, art. 73; Perú, art. 13; República Dominicana, art. 63; Uruguay, arts. 70 y 71; y Venezuela, art. 102); consagran el derecho a la alimentación (Argentina, art. 75 inc. 22; Bolivia, art. 16; Brasil, art. 6; Colombia, art. 44; Costa Rica, art. 82; Ecuador, art. 13; Guatemala, art. 99; Honduras, art. 123; México, art. 4; Nicaragua, art. 63; Panamá, art. 56; Paraguay, art. 57; República Dominicana, art. 54; Uruguay, art. 46; y Venezuela, art. 305); y protegen el derecho a la vivienda (Argentina, art. 75 inc. 22; Bolivia, art. 19; Brasil, art. 6; Colombia, art. 51; Costa Rica, art. 65; Ecuador, art. 30; El Salvador, art. 119; Guatemala, art. 118; Honduras, art. 178; México, art. 4; Nicaragua, art. 64; Panamá, art. 117; Paraguay, art. 100; República Dominicana, art. 59; Uruguay, art. 45; y Venezuela, art. 82).
8. Según la investigadora Raquel Yrigoyen Fajardo, históricamente el derecho constitucional ha ofrecido tres respuestas principales a la "cuestión indígena ", a saber: "a) asimilar o convertir a los *indios* en *ciudadanos* […] para evitar levantamientos indígenas; b) reducir, civilizar y cristianizar […] a quienes las Constituciones llamaron "salvajes", para expandir la frontera agrícola; y c) hacer la guerra ofensiva y defensiva contra las naciones indias […] para anexar sus territorios al Estado" (Yrigoyen Fajardo 2011, 140).
9. Sin embargo, hubo un primer movimiento en esa dirección en la Constitución de Guatemala de 1985, que hizo referencia a

los derechos que los pueblos y comunidades tienen a su identidad cultural.

10. Entre otras disposiciones constitucionales relevantes, que tuvieron sus antecedentes en el Convenio 169 de la OIT de 1989, aparecen las siguientes: i) las constituciones de Argentina (art. 75.17), Bolivia (arts. 30-36 y 394 III), Ecuador (art. 57.4), Nicaragua (art. 5), Panamá (art. 123), Paraguay (art. 64), Perú (arts. 88 y 89) y Venezuela (art. 119) reconocen el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad de la tierra que tradicionalmente han habitado. Las de Bolivia (arts. 30.17 y 171.1), Brasil (art. 231.2), México (art. 2. A. VI) y Nicaragua (arts. 89 y 180) consagraron los derechos de uso y goce de los recursos naturales que se encuentren en los territorios indígenas. ii) Las constituciones de Argentina (art. 75.17), Bolivia (arts. 30.16 y 402), Colombia (art. 330) y Ecuador (art. 57.6) afirmaron el derecho de los pueblos indígenas a participar en la explotación de los recursos naturales. iii) Por último, y quizás lo más interesante para los fines de nuestra discusión, algunas constituciones consagraron el derecho a la consulta en relación con los recursos naturales. Tal es el caso de Bolivia para los recursos naturales no renovables (art. 30.15), Brasil para los recursos hidráulicos y mineros (art. 231.3), Ecuador para los recursos naturales no renovables (art. 57.7) y Venezuela para todos los recursos naturales que se encuentren en los territorios de los pueblos nativos (art. 120) (Aguilar *et al.* 2010).
11. Pisarello (2010 y 2011), por el contrario, argumenta que la reciente ola de reformas cambió radicalmente el panorama del constitucionalismo latinoamericano. Para discutir estos puntos de vista, véase Couso (2013).
12. Exploro este tema en Gargarella (2013).

Referencias

Ackerman, Bruce. 2000. The New Separation of Powers. *Harvard L. Rev.* 113: 634-42.

Acuña, Carlos y Catalina Smulovitz. 1996. Adjusting the Armed Forces to Democracy. Successes, Failures and Ambiguities in the Southern Cone. En *Constructing Democracy. Human Rights, Citizenship and Society in Latin America*, eds. Elizabeth Jelin y Eric Herschberg. Nueva York: Routledge.

Aguilar, Gonzalo, Sandra LaFosse, Hugo Rojas y Rébecca Steward. 2010. Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina. *SSRC, Conflict Prevention and Peace Forum*.

Alberdi, Juan Bautista. 1858. Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. En *Organización de la Confederación Argentina, Tomo Primero.* Besanzon: Imprenta de José Jacquin.

Alberdi, Juan Bautista. 1920. *Obras Selectas*, Ed. Joaquín V. González, Buenos Aires: La Facultad.

Bercovici, Gilberto. 2009. "Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes", en: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 725-738.

Cheibub, José Antonio y Fernando Limongi. 2002. Modes of Government Formation and the Survival of Democratic Regimes: Presidentialism and Parliamentarism Reconsidered. *Annual Review of Political Science* 5: 151-79.

Couso, Javier. 2013. Las democracias radicales y el nuevo constitucionalismo latinoamericano,

artículo presentado en el Seminario Latinoamericano SELA, organizado por la Universidad de Yale. https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV _Sp_20130420.pdf. (Consultado el 31 de octubre de 2020).

Dulitzky, Ariel. 1998. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado. En *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, comps. Martín Abregú y Christian Courtis. Buenos Aires: Del Puerto-PNUD.

Eaton, Kent. 2000. Parliamentarism versus Presidentialism in the Policy Arena. *Comparative Politics*: 355-376.

Gargarella, Roberto. 2010. *The Legal Foundations of Inequality*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gargarella, Roberto; Leonardo Filippini y Agustín Cavana. 2011. *Recientes reformas constitucionales en América Latina*. Reporte UNDP.

Gargarella, Roberto. 2013. *Latin American Constitutionalism, 1810-201*. Oxford: Oxford University Press.

Halperin Donghi, Tulio. 1980. *Design and construction of a Nation*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.

Jaksic, Iván. 2001. *Andrés Bello. La pasión por el orden*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.

Linz, Juan y Alfred Stepan. 1978. *The breakdown of Democratic Regimes*. Baltimore: The John Hopkins University Press.

Linz, Juan y Arturo Valenzuela. 1994. *The failure of Presidential Democracy*. Baltimore: The John Hopkins University Press.

Nino, Carlos, ed. 1987. *Presidentialism vs. Parliamentarism*. Buenos Aires: Council for the Consolidation of Democracy.

Nino, Carlos. 1992. ¿Qué reforma constitucional? *Propuesta y control* 21: 37-59.

Perón, Juan Domingo. 2008. "Discurso del General Juan Domingo Perón ante la Asamblea Constituyente Reformadora, 27 de enero de 1949", en *Constitución de la Nación Argentina sancionada por la Convención Nacional Constituyente*. Buenos Aires: Instituto Nacional Juan Domingo Perón.

Pisarello, Gerardo. 2010. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década". http://www.sinpermiso.info/articulos/ficheros/venezuela.pdf

Pisarello, Gerardo. 2011. *Un largo termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

Przeworski, Adam, Michael Álvarez, José Antonio Cheibub y Fernando Limingi. 2000. *Democracy and development*. Cambridge: Cambridge University Press.

Rossi, Julieta y Leonardo Filippini. 2010. El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales: el caso de Latinoamérica. En *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, coords. Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito. Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes.

Samuels, David y Kent Eaton. 2002. *Presidentialism and, or, and versus Parliamentarism: The State of the Literature and an agenda for future research*. Artículo presentado en la Conference on Consequences of Political Institutions in Democracy en la Universidad de Duke.

Sampay, Arturo E. 1975. *Las Constituciones de la Argentina, 1810-1972*. Buenos Aires: EUDEBA.

Samper, José María. 1861. *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas*, París: Imprenta de E. Thunot.

Samper, José María. 1893. *Los partidos en Colombia*. Bogotá: Imprenta Echeverría Hermanos.

Shugart, Matthew y John Carey. 1992. *Presidents and assemblies, constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press.

Shugart, Matthew y Scott Mainwaring. 1997. Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate. En *Presidentialism and Democracy in Latin America*, eds. Matthew Shugart y Scott Mainwaring. Cambridge: Cambridge University Press.

Sikkink, Kathryn. 2012. *The Justice Cascade. How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*. Nueva York: Norton & Company.

Yrigoyen Fajardo, Raquel. 2011. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, coord. César Rodríguez Garavito. Buenos Aires: Siglo XXI.

Capítulo 2
ESTADO Y DERECHO EN AMÉRICA LATINA*
UNA VALORACIÓN CRÍTICA

Lisa Hilbink y Janice Gallagher[1]

Introducción

En términos generales, tanto el Estado como el derecho han sido históricamente débiles en América Latina. Aunque los abogados han jugado un papel fundamental en la construcción del Estado en la región (Dezalay y Garth 2002; Mirow 2004; Pérez-Perdomo 2006), el desarrollo del Estado ha sufrido muchos tropiezos (Centeno 2002). Además, tanto el alcance como la capacidad estatal, al igual que la legalidad, siguen siendo muy desiguales a lo largo de las fronteras geográficas y sociales (O'Donnell 1993; García Villegas y Espinosa 2013). Más aún, la construcción de un *Estado de derecho*, en el que los actores estatales y los ciudadanos estén sometidos por igual al imperio de la ley y en el que el ordenamiento jurídico sea un vehículo para la realización de los derechos[2], ha sido un desafío persistente (O'Donnell 2010)[3].

En los años noventa, después de la caída de los regímenes autoritarios en muchos países de la región, los analistas empezaron a estudiar los fenómenos del Estado débil y el derecho débil. Tanto los defensores de derechos humanos como los reformadores democráticos, los promotores del desarrollo económico neoliberal y aquellos preocupados por las crecientes tasas de delitos violentos buscaron poner al derecho en el centro de la discusión pública (Carothers 2001; Rodríguez-Garavito 2011). Aunque sus preocupaciones y motivaciones eran muy diversas, una amplia variedad de académicos y profesionales unieron fuerzas en torno al objetivo común de entender y responder a la ausencia del Estado de derecho en América Latina (Méndez, O'Donnell y Pinheiro 1999).

En un escrito de 2001, Domingo y Sieder señalaron que los promotores del Estado de derecho en América Latina "adoptaron cada vez más el lenguaje de la reforma estatal" como consecuencia de una "reevaluación necesaria del papel del Estado en términos de su relación con la sociedad" (2001, 149, 151). Convencidos de que los tribunales eran la clave para el "buen gobierno" (tanto político como económico), por cuanto son los principales encargados de mantener a los líderes y los ciudadanos dentro de los límites legales, los profesionales depositaron sus esperanzas en el fortalecimiento de las instituciones judiciales e invirtieron cientos de millones de dólares en ello. En los

* Cómo citar este capítulo: Hilbink, Lisa y Janice Gallagher. 2024. Estado y derecho en América Latina. Una valoración crítica. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 69-88. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.3

años subsiguientes han proliferado los análisis sociojurídicos sobre el Estado y el derecho en América Latina. Ahora tenemos una mejor comprensión de las fuentes, las barreras y los límites de la eficacia judicial, así como de una variedad de alternativas a una comprensión de la legalidad soportada en el Estado. ¿Qué hemos aprendido, qué tendencias se identifican en la literatura y cuáles son las implicaciones para la investigación futura?

Para abordar estas preguntas ofrecemos una presentación general de los trabajos más importantes en la literatura sociojurídica sobre el problema del Estado débil/derecho débil en América Latina. Organizamos la literatura en dos categorías. A la primera pertenecen los trabajos que se centran en las fuentes institucionales de la efectividad legal y las barreras que enfrenta. También incluimos en esta categoría los trabajos que enfatizan el arraigo de las instituciones estatales en contextos sociales y económicos. A la segunda categoría pertenecen las investigaciones que revisan cómo los actores externos al Estado (como los movimientos sociales, la sociedad civil, los movimientos revolucionarios y las redes transnacionales) han presionado la respuesta estatal a los reclamos legales o han eludido o sustituido a las instituciones jurídicas estatales y sus procedimientos. Esta revisión no es de ninguna manera exhaustiva; de hecho, privilegia los trabajos más recientes y aquellos publicados originalmente en inglés. A pesar de lo anterior, nuestra revisión esquematiza un conjunto relevante de libros, capítulos y artículos que estudian las formas en que se mejora, debilita, facilita o cuestiona la relación entre el Estado y la ejecución y cumplimiento de la ley en la América Latina contemporánea.

Fuentes institucionales y barreras para la efectividad legal

Diseño institucional

La vertiente más persistente en la investigación de derecho y sociedad alrededor del problema del Estado débil/derecho débil en América Latina se ha centrado en cómo diseñar y reformar las instituciones judiciales, especialmente los tribunales, para que sean independientes, eficientes, accesibles y, por lo tanto, más efectivas[4]. Históricamente, el poder estatal material y simbólico se ha concentrado en América Latina en la rama ejecutiva. Incluso en lugares donde los líderes gubernamentales han enfrentado con frecuencia procesos de rendición de cuentas "verticales" como consecuencia de la presión popular y la participación democrática, no existen sistemas sólidos de pesos y contrapesos o "rendición de cuentas horizontal" (O'Donnell 1999). Las instituciones de rendición de cuentas horizontal (los tribunales, por ejemplo) están encargadas, por un lado, de garantizar que la ley sea respetada antes, durante y después de los ciclos electorales tanto por gobernantes como gobernados y, por otro, de enmendar las conductas contrarias a la ley y sancionar a los responsables (O'Donnell 1999, 39). Sin embargo, para llevar a cabo estas funciones de manera efectiva y legítima, los funcionarios judiciales y de otras instituciones de rendición de cuentas horizontal deben ser independientes de quienes dictan las leyes o las ejecutan (Shapiro 1981; Domingo 1999; Brinks 2005). En el mismo sentido, las instituciones deben ser accesibles en términos físicos y culturales para todos los ciudadanos (Garro 1999) y deben contar con el personal y los recursos suficientes para tramitar los reclamos legales

de manera oportuna y satisfactoria (Buscaglia y Ulen 1997; Pásara 2014).

Esta lógica institucionalista ha sido impulsada y reforzada por una serie de estudios que argumentan que hay una correlación o una relación causal entre las características institucionales formales, ya sean establecidas previamente o introducidas por reformas, y, entre otros, una mayor cantidad de fallos de responsabilidad y una protección más efectiva de los derechos por parte de los tribunales. Varios estudios han mostrado que la independencia formal de las cortes y los órganos de persecución penal incide en su voluntad y capacidad para responsabilizar a los funcionarios estatales por los abusos legales pasados o presentes (Skaar 2011; Ríos-Figueroa 2012). Partiendo de la premisa de que los fiscales y los jueces de instrucción a menudo enfrentan desincentivos para perseguir a otros funcionarios públicos, Michel y Sikkink (2013) enfatizan el papel facilitador que la *figura del querellante* (un mecanismo de enjuiciamiento privado) ha desempeñado en la investigación y persecución de agentes estatales por violaciones de derechos humanos. Las autoras argumentan que, de hecho, los juicios a agentes estatales son relativamente escasos en los países latinoamericanos que no cuentan con esa institución[5]. En el mismo sentido, académicos de Costa Rica y Colombia han argumentado que los cambios dramáticos que han ocurrido en sus países con respecto a la protección judicial de los derechos y la responsabilidad de los actores estatales se deben a la creación de nuevas cortes constitucionales y a la implementación de acciones judiciales y procedimientos específicos (el amparo y la tutela, respectivamente) que acercan a los ciudadanos a los tribunales (Cepeda Espinosa 2005; Faúndez 2005; Wilson 2005, 2011; Wilson y Rodríguez Cordero 2006)[6]. Couso y Hilbink (2011) argumentan que el incipiente activismo del Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios en Chile después de 2005 puede explicarse, en parte, por reformas institucionales. Del mismo modo, después de comparar el papel de los tribunales constitucionales en Colombia, Perú y México, Ríos-Figueroa (2016) llega a la conclusión de que ciertas condiciones institucionales, tales como la independencia, el acceso a la justicia y los amplios poderes de revisión judicial, influyen en el grado de eficacia de los tribunales para mediar en los conflictos entre las autoridades civiles y militares en torno a cuestiones de seguridad interna.

Entonces, las instituciones formales parecen importar; sin embargo, como lo da a entender la literatura reciente sobre la reforma judicial, los cambios en las reglas organizacionales formales, junto con las inversiones en infraestructura, se traducen con frecuencia en una mejora en el desempeño judicial (Hammergren 2007, 306; Pásara 2014)[7]. Algunos estudios sociojurídicos, particularmente en ciencias políticas, han buscado explicar cuándo y por qué las reformas judiciales tienen éxito o fracasan, así como también ofrecer teorías sobre los determinantes del comportamiento judicial que apuntan a factores que van más allá de las reglas y estructuras institucionales formales.

Fuentes y barreras de la reforma institucional

Varios trabajos parten de la premisa de que los líderes políticos prefieren, en principio, minimizar los posibles controles a su poder a fortalecer la independencia y la eficacia judiciales. Así, los políticos tendrían interés en

fortalecer el poder judicial solo en el marco de una competencia política (Chávez 2004; Beer 2006). Por ejemplo, Finkel (2008) distingue entre la aprobación legislativa de reformas judiciales y su implementación, y argumenta que, incentivados por las instituciones financieras internacionales, los líderes políticos en Argentina, Perú y México aprobaron *leyes* de reforma judicial, pero tendieron a retrasar la *implementación*. Tan pronto como anticiparon que serían derrotados electoralmente, dichos líderes implementaron las reformas con la esperanza de que limitarían el poder de sus sucesores y proporcionarían una forma de "seguro" contra la agenda política de sus rivales[8].

Otros académicos cuestionan esta visión estratégica y, en cambio, enfatizan la importancia de los factores contextuales, las ideas y los procesos de persuasión política para el momento y el contenido de las reformas de fortalecimiento judicial (p. ej., Hilbink 2009; Nunes 2010a). Sobre la base de un análisis multimétodo de las reformas subnacionales en México y Brasil, Ingram (2016) ofrece quizás la evaluación más completa hasta la fecha de los distintos argumentos sobre los orígenes de la reforma judicial. El autor encuentra que las reformas son impulsadas por una serie de compromisos programáticos compartidos por líderes políticos y judiciales, y muestra que, en particular, es más probable que los actores con convicciones liberales de izquierda promuevan y apoyen reformas robustas. En ausencia de tales motivaciones ideacionales, concluye, los incentivos electorales son insuficientes para producir reformas.

Explicaciones de la conducta judicial

Sin embargo, incluso las reformas institucionales exitosas pueden no conducir a la independencia conductual o "positiva" por parte de los jueces. Aunque pocos argumentarían que las garantías formales de independencia judicial, como la larga permanencia en los cargos o los salarios y presupuestos estables, son irrelevantes, los estudios encuentran una correlación débil, incluso negativa, entre la independencia *de jure* (en los libros) y *de facto* (en acción) (Brinks 2005; Ríos-Figueroa y Staton 2012). Por lo tanto, los académicos han buscado proporcionar explicaciones alternativas con respecto a las condiciones que limitan o permiten la asertividad judicial en defensa de las normas y principios jurídicos. De ese modo, algunos académicos se han basado en la literatura norteamericana sobre el comportamiento judicial, cuyo eje principal de debate se sitúa entre el enfoque actitudinal, que sostiene que los jueces deciden los casos en función de sus preferencias políticas personales (Segal y Spaeth 2002), y el de la separación de poderes, que postula que las decisiones judiciales reflejan los cálculos estratégicos de los jueces sobre la respuesta de las otras ramas (Epstein y Knight 1997)[9].

Dado el historial de subordinación política del poder judicial en muchos países latinoamericanos, numerosos analistas se han basado en el enfoque de la separación de poderes para ofrecer explicaciones estratégicas para la independencia judicial positiva. Por ejemplo, Helmke (2005) sostiene que la permanencia inestable de los jueces de los tribunales superiores en Argentina (una institución informal en ese país) ha producido una "defección estratégica": tras anticipar un cambio de gobierno, algunos jueces de la Corte Suprema se apartan de sus colegas indecisos para tener una mejor oportunidad de retener sus cargos en la administración posterior. En una línea similar,

Iaryczower, Spiller y Tommasi (2002) y Ríos-Figueroa (2007) han defendido la importancia de la distribución del poder de las élites (especialmente el gobierno dividido) para establecer las condiciones bajo las cuales los jueces estarían dispuestos y serían capaces de reafirmar cualquier autoridad legal que se les otorgue.

Algunos autores han llamado la atención sobre la dinámica institucional interna, ya sea aislada del contexto político más amplio o en conjunción con él. Su trabajo ilumina cómo la asertividad judicial se fomenta o desalienta a través de estructuras y culturas organizacionales y se reproduce a lo largo del tiempo. Sobre la base de un análisis longitudinal de los regímenes chilenos, Hilbink (2007) demuestra que la estructura institucional y la ideología del poder judicial, sustentada en el ideal del apoliticismo judicial, brindaron incentivos y promovieron formas de entender la función judicial que dejaron a los jueces sin herramientas y poco dispuestos a reafirmar su labor como defensores de los derechos humanos y el Estado de derecho tanto en la democracia como en la dictadura. Tras contrastar el comportamiento de las altas cortes en Argentina y México, Ansolabehere (2007) argumenta que las relaciones entre los jueces superiores, los funcionarios elegidos popularmente y los tribunales inferiores constituyen y refuerzan las preferencias de los magistrados y sus patrones de decisión. Por su parte, Kapiszewski (2012), al comparar el comportamiento de los tribunales superiores en Argentina y Brasil, encuentra que el "carácter de la corte", constituido por un conjunto específico de características institucionales informales (estabilidad, percepción de legitimidad, profesionalidad y cohesión), da cuenta tanto de los patrones de decisión como de las respuestas de los líderes electos a las decisiones judiciales.

Otros autores han ofrecido explicaciones que destacan la capacidad de los jueces mismos para agenciar el incremento de su efectividad para responsabilizar a las otras ramas. Con datos empíricos sobre México, Staton (2010) sostiene que, en un entorno democrático en el que opera una prensa libre y el público tiene los medios para responsabilizar a los políticos que desafían a la autoridad judicial, los jueces tienen la oportunidad de comunicar estratégicamente sus decisiones al público y, con ello, de incrementar su poder frente a las otras ramas del Gobierno. En otras palabras, los jueces pueden construir activamente una mayor autoridad al aprovechar la presión pública para que los políticos cumplan con los estándares legales impuestos en las decisiones judiciales. Landau (2015) sostiene que la Corte Constitucional colombiana ha logrado crear "audiencias" en la sociedad civil, especialmente entre la clase media y a través del mecanismo de la tutela, que aíslan o protegen a la Corte de las represalias políticas. Ingram (2016), por su parte, destaca la forma en que los jueces en México y Brasil han diseñado y promovido una serie de reformas para fortalecer la independencia judicial.

Finalmente, dado que los patrones institucionalizados de comportamiento judicial han empezado a variar en la región, algunos han sostenido que uno de los factores que explican este proceso es el cambio en la manera en que los jueces mismos han entendido la función judicial en el sistema político. Este cambio, a su vez, ha influido en la manera en que los jueces perciben el contexto estratégico (Landau 2005; Nunes 2010b; Couso y Hilbink 2011; Hilbink 2012; Ingram 2016). Estos autores destacan el

impacto transformador de la formación judicial en el extranjero, ya sea en España, Alemania o Estados Unidos, y el viraje de la academia jurídica latinoamericana y la formación judicial hacia el neoconstitucionalismo (Couso 2007, 2010).

El arraigo del derecho y los tribunales

Independientemente de sus diferencias, todos los trabajos que se han discutido hasta este punto centran su análisis en las instituciones y los actores estatales, específicamente los tribunales y los jueces. Esto tiene sentido dado que las personas no tienen un contacto directo con las normas jurídicas, sino con las interpretaciones[10] que formulan los funcionarios públicos (ya sean jueces o responsables ante los jueces). Sin embargo, no todos los analistas institucionales suponen que efectivamente se producen variaciones y cambios significativos dentro de los tribunales y los sistemas judiciales. De hecho, algunos estudios muestran cómo la dinámica institucional refleja y reproduce las relaciones de poder y los patrones de comportamiento que caracterizan a las sociedades en las que la distribución histórica de la riqueza y los recursos ha sido muy desigual.

Por ejemplo, en su libro de 2008 que analiza la respuesta judicial a los asesinatos policiales en Argentina, Brasil y Uruguay, Brinks encuentra una relación inversa entre la tasa de homicidios cometidos por la policía y el porcentaje de esos asesinatos que terminan en una condena. A través de un análisis comparativo de la forma en que se procesa a los supuestos responsables de asesinatos policiales en cinco ciudades, Brinks argumenta que el contexto social de profunda desigualdad y exclusión social, y la dinámica política que esto genera, finalmente perpetúa tanto los altos niveles de asesinatos policiales como la baja respuesta judicial al respecto. Bergman (2009) ofrece un argumento paralelo sobre la relevancia de las instituciones para lograr que los ciudadanos cumplan con la ley tributaria. Encuentra que la efectividad institucional de las agencias nacionales de impuestos se ve fuertemente afectada por el equilibrio social dominante, ya sea de "cumplimiento" (en Chile) o "incumplimiento" (en Argentina). Estos equilibrios, arraigados en las relaciones históricas entre Estado y sociedad, necesariamente limitan las perspectivas de cambio.

Otro grupo de académicos se ha centrado en cómo las reformas judiciales en ocasiones han exacerbado el racismo y la desigualdad y no han logrado mejorar el acceso a la justicia. Brinks y Botero (2014) encuentran que, incluso en contextos en los que los grupos históricamente marginados han sido reconocidos a través de nuevas reglas legales, estas reglas son fácilmente ignoradas debido a la ausencia de los "apoyos laterales" necesarios para su implementación, tales como las reglas auxiliares, las agencias estatales y las organizaciones de la sociedad civil. Gallagher (2015) muestra que los casos de violencia letal en Chihuahua (México) y los casos de "falsos positivos" en Colombia progresan más lentamente en el nuevo sistema de justicia oral que los casos similares que se tramitaron bajo el antiguo sistema escrito. Vieira, en Rodríguez-Garavito (2014), sostiene que, en contextos de gran desigualdad, los esfuerzos para promover la imparcialidad jurídica se ven socavados por los mecanismos a través de los cuales se demoniza e invisibiliza a los pobres y se mantiene la inmunidad para quienes tienen más recursos económicos. Escalante (2015) analiza la criminalización de las prácticas y los pueblos indígenas en el sistema

de justicia mexicano a pesar de las reformas legales. Sieder (2014) sostiene que, a pesar de que las constituciones garantizan la autonomía y los derechos indígenas, ante un choque entre los movimientos por los derechos indígenas y el modelo extractivista respaldado por la lógica del crecimiento económico global, no existe una presión internacional que obligue al Estado a honrar esos derechos. En resumen, cambiar las reglas no cambia necesariamente las asimetrías de poder subyacentes.

La movilización social por una mayor respuesta legal

El lugar de la sociedad civil en la promoción de la rendición de cuentas y la fijación de las agendas

Los estudios institucionalistas presentados anteriormente se centran en gran medida en las elecciones, acciones e interacciones de jueces, políticos y otros actores de la élite. Otra vertiente en la literatura se concentra en los actores no estatales. Particularmente, varios estudios presentan a los actores no estatales ya sea como promotores de la responsabilidad judicial, coproductores de conocimientos, marcos conceptuales e incentivos que impactan de manera significativa el desempeño judicial, o como emprendedores políticos que trabajan para crear alternativas a los fallidos sistemas judiciales estatales.

Muchos académicos latinoamericanos han evaluado el impacto del litigio estratégico y el litigio de interés público basados en la literatura sobre movimientos sociales y movilización legal que surgió en Estados Unidos en los albores del movimiento de los derechos civiles (Meili 2001; Rodríguez-Garavito 2010; Ansolabehere 2016). Muchos estudiosos de la movilización legal que trabajan en América Latina y otras partes del hemisferio sur se han centrado en las formas innovadoras en que los movimientos sociales usan el derecho como parte de proyectos contrahegemónicos que retan al neoliberalismo, especialmente en el ámbito de los derechos sociales, económicos y culturales (Santos y Rodríguez-Garavito 2005; Rajagopal 2006; Hernández, Sieder y Sierra 2013). Rodríguez-Garavito (2009, 2014) explora cómo la presión de los movimientos sociales y la sociedad civil, por un lado, activa las constituciones y los tribunales superiores en la región y, por otro, contribuye tanto a los cambios materiales en las políticas públicas como a los cambios simbólicos en la forma en que la ciudadanía define y percibe la gravedad y la naturaleza de las violaciones de derechos. Lemaitre y Sandvik (2015) desafían el clásico marco de la "estructura de oportunidades políticas" (McAdam, McCarthy y Zald 1996) argumentando que las personas y los movimientos sociales en contextos violentos se enfrentan constantemente a cambios en los marcos jurídicos, los recursos y las oportunidades políticas. A partir de un estudio de caso sobre las mujeres desplazadas en Colombia, muestran que los constantes cambios en el panorama legal, que suponen grandes desafíos para los movimientos sociales, obedecen a la necesidad del Estado de promulgar nuevos marcos jurídicos para reafirmar frente al público su capacidad para responder a la violencia.

Otro grupo de académicos se ha basado explícitamente en el trabajo de O'Donnell para comprender los efectos legales de las nuevas redes de movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales (ONG) y medios de comunicación que surgieron después de la última ola de democratización en América Latina. Ellos

desarrollan un enfoque de responsabilidad social, que considera los medios de comunicación, los movimientos y las asociaciones como formas no electorales de rendición de cuentas vertical. Fuentes, en Peruzzotti y Smulovitz (2006), sostiene que la falta de movilización de los movimientos sociales explica en buena parte por qué la violencia policial ha permanecido impune en Chile; por su parte, Behrend pone de presente el papel que jugaron los sindicatos de prensa en la investigación del asesinato de un periodista argentino. Si bien Brinks (2008) muestra que la desigualdad y la exclusión tienen un efecto negativo en la investigación y enjuiciamiento de los asesinatos policiales en muchos casos, también ilustra cómo las fallas normativas y de información pueden ser mitigadas por características institucionales que les brinden a los actores judiciales los incentivos y herramientas necesarios para llevar a cabo una investigación exhaustiva y un juicio riguroso. Brinks encuentra que en un entorno normativo suficientemente abierto, en el que los jueces analizan la información contenida en los expedientes en lugar de absolver automáticamente a cualquier oficial de policía acusado, la intervención de las ONG en los casos a través de los mecanismos de enjuiciamiento privado y las manifestaciones populares modifica significativamente las tasas de condena. En un trabajo sobre México y Colombia, Gallagher (2017) explora a profundidad las formas en que la sociedad civil activa las investigaciones alrededor de la violencia letal y mejora su calidad. Ella argumenta que los actores de la sociedad civil promueven de forma separada pero sinérgica los procesos de responsabilidad: mientras los activistas le imponen un costo político a la impunidad, los abogados canalizan la presión de los activistas hacia avances judiciales concretos al facilitar el intercambio de pruebas y evidencias entre los familiares de las víctimas y los investigadores estatales.

Varios trabajos argumentan que los actores estatales no solo cambian los incentivos políticos o intervienen directamente en los procesos judiciales, también cambian la forma en que los funcionarios públicos conciben el derecho. Couso, Huneeus y Sieder (2010) examinan cómo los movimientos indígenas, las organizaciones de derechos humanos y los miembros de la sociedad civil moldean la cultura jurídica; con ello rastrean la creciente judicialización de la política en América Latina hasta los cambios en las ideas y creencias sobre el derecho que movilizan los actores no estatales. González Ocantos (2016) sostiene que, en los procesos de justicia transicional, las ONG sirven como vehículos para los estándares jurídicos internacionales. Por medio de las interacciones, conversaciones y capacitaciones con los funcionarios judiciales, las ONG les dan herramientas de derecho internacional a los jueces para que anulen las leyes de amnistía y los regímenes de prescripción cuando se trata de violaciones de derechos humanos. Dancy y Michel (2016) argumentan que las víctimas y los abogados de derechos humanos generan "un impulso en la persecución penal" *(prosecutorial momentum)* cuando actúan como acusadores privados. Ese impulso provoca más denuncias contra los agentes estatales que abusan de los derechos humanos, lo que a su vez alienta a los actores estatales a respaldar dichas denuncias.

La presión transnacional por la responsabilidad judicial

Si bien en muchos de los trabajos anteriores se analiza la participación de los actores

internacionales, dichos estudios se concentran principalmente en los actores y procesos locales. Ahora bien, los académicos provenientes de las relaciones internacionales se han centrado en el papel de los actores transnacionales e intergubernamentales en la configuración del comportamiento nacional e internacional de los Estados en materia de derechos humanos. Los modelos de búmeran y de espiral (Keck y Sikkink 1998; Risse-Kappen, Ropp y Sikkink 1999) teorizan la forma en que los activistas locales de derechos humanos, frustrados por la falta de respuesta por parte de sus propios gobiernos, ejercen presión a través de Gobiernos extranjeros e instituciones intergubernamentales como las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos. Brysk (2000) se centra en los procesos a través de los cuales los movimientos sociales indígenas trabajan juntos y movilizan recursos a través de las fronteras para fomentar el reconocimiento de los derechos indígenas en el derecho internacional. Anaya (2009), por su parte, rastrea las formas en que la presión internacional se traduce en la política externa e interna de derechos humanos en México; en un trabajo posterior (2011), el autor explica los altos niveles de presión transnacional en torno a los asesinatos y desapariciones sistemáticas de mujeres en Ciudad Juárez. Anaya encuentra que la documentación fiable de las lesiones corporales, las redes sólidas de defensa y la resonancia del asunto en las normas internacionales logran despertar una presión internacional robusta. Aunque la efectividad de estas Redes Transnacionales de Defensa (RTD) ha sido ampliamente cuestionada por académicos de las relaciones internacionales, varios académicos de los derechos humanos han ofrecido datos comparativos transnacionales que muestran que la presión de las RTD genera cambios en el comportamiento de los Estados (Simmons 2009; Kim y Sikkink 2010).

Las instituciones y procesos jurídicos estatales frente a las alternativas de la sociedad civil

Hasta este punto de la revisión, los movimientos sociales y las organizaciones de la sociedad civil solo han buscado mejorar el desempeño de las instituciones judiciales y fortalecer la capacidad estatal. Otro grupo de movimientos sociales ha buscado eludir o socavar los sistemas legales formales, a menudo construyendo alternativas informales e independientes de las leyes y tribunales estatales. O'Donnell (1993) señaló que los movimientos sociales construyen con cierta frecuencia sistemas de justicia alternativos y autónomos en las "áreas marrones" de ausencia del Estado. Van Cott (2006) clasificó las instituciones de justicia informal según el grado en que sustituyen (o complementan) al sistema de justicia formal del Estado y si compiten con él (o se adaptan a él).

Los movimientos indígenas, muchos de los cuales se movilizaron como respuesta a las políticas neoliberales de las décadas de los ochenta y los noventa, se han resistido durante mucho tiempo a la imposición, liderada por el Estado mismo, del sistema jurídico estatal en sus territorios (Yashar 2005). En muchos países latinoamericanos, estas luchas han tenido como resultado el reconocimiento legal de la autonomía de la justicia indígena (Cleary 2000). Por ejemplo, los movimientos indígenas en Panamá y Nicaragua lograron una autonomía sustancial después de los alzamientos armados apoyados por Estados Unidos (Van Cott 1994) y en México la "Ley de derechos de los pueblos

y comunidades indígenas del Estado de Oaxaca", o ley de "los usos y costumbres" (Eisenstadt 2007), estableció las zonas en las que las formas indígenas de legalidad son válidas oficialmente. Colombia (1991) y Bolivia (1994-1996) fueron pioneros en el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas, un fenómeno que pronto se difundió por toda la región. Entre esos derechos se incluye el reconocimiento del derecho consuetudinario y el derecho a la propiedad colectiva (Van Cott 2001). ¿Qué efecto han tenido el reconocimiento y la sanción oficial de la autonomía indígena sobre el Estado y, específicamente, los tribunales? Sieder (1999, 2002) destaca las dificultades inherentes a la superposición de soberanías y jurisdicciones entre el Estado y las comunidades indígenas, así como los problemas que surgen entre visiones del mundo y sistemas jurídicos que difieren en cuanto al titular de los derechos: el individuo versus el grupo.

En muchos casos, las instituciones locales de administración de justicia desafían y sustituyen al Estado. Faúndez (2005) describe cómo las instituciones de justicia comunitaria en Perú desafían al Estado al castigar los crímenes usando métodos poco ortodoxos, como los latigazos. Estas mismas instituciones, sin embargo, han hecho presión para ser reconocidas por el Estado y han empezado a sustituir a un sistema de justicia que excluye a las personas que no hablan español y despierta la desconfianza de muchos ciudadanos en las comunidades rurales. Al analizar los linchamientos comunitarios en Guatemala, Godoy (2006) se pregunta por la línea divisoria entre la justicia informal e indígena, por un lado, y la justicia por cuenta propia, por el otro. De ese modo, ella encuentra que la justicia comunitaria funciona mejor entre los miembros cuando la vergüenza es una sanción efectiva. Krupa (2009) advierte que la codificación de la autonomía indígena en el derecho ecuatoriano conduce a la falsa dicotomía entre el derecho estatal y todas las formas alternativas de justicia. Esto lleva a muchos a vilipendiar y deslegitimar la justicia indígena tras asumir erróneamente que castigos extrajurídicos como los linchamientos son característicos de las formas indígenas de administración de justicia.

Así como todas las formas de autogobierno retan por sí mismas la imagen del Estado como la única autoridad que gobierna sus territorios, hay varios estudios de caso que muestran una serie de esfuerzos por hacer retroceder, desmantelar y confrontar la autoridad jurídica del Estado, a menudo por medios violentos. Las insurgencias armadas no solo desafían el monopolio estatal sobre el uso de la fuerza, sino también su papel como el principal proveedor de legalidad; de hecho, muchos grupos insurgentes articulan explícitamente proyectos jurídicos alternativos. Los zapatistas en México, por ejemplo, trabajan con los Consejos Municipales Autónomos en la implementación del derecho consuetudinario (Mattiace 2003; Eisenstadt 2006). En Colombia las comunidades que se niegan a colaborar con cualquier actor armado en medio del conflicto han declarado su autonomía y han implementado sus propios sistemas de justicia; como resultado, han sufrido ataques masivos por parte de las fuerzas del Estado, los paramilitares y las guerrillas (Mouly, Idler y Garrido 2015; Kaplan 2017). Es interesante la manera en que Ernst (2013) encuentra que una de las organizaciones criminales más grandes de México no solo no ataca completamente al Estado, sino que se preocupa por su legitimidad,

de forma tal que construye códigos de conducta que incluyen un sistema cuasijudicial con un procedimiento formalizado para la imposición de castigos. Dado que su objetivo es la supervivencia, la organización criminal busca cooptar a los funcionarios estatales y conquistar a las poblaciones locales. Todos estos actores no estatales tienen el objetivo de proporcionar alguna forma de justicia local que tramite los reclamos y quejas de la población local, reclamos y quejas que han sido ignorados e incluso provocados por el Estado.

Conclusiones

La academia sociojurídica de las Américas se ha bifurcado durante mucho tiempo a lo largo del eje Norte/Sur. Esta distinción se deriva no solo de las diferencias culturales y lingüísticas, sino también de la sensación de que los desafíos son distintos en las dos orillas del río Bravo. En la América anglosajona se supone implícitamente que las instituciones estatales y jurídicas, por imperfectas que sean, gozan de niveles relativamente altos de independencia y legitimidad, mientras que en América Latina con frecuencia están ausentes, son cooptadas, corruptas o perversas. Sin embargo, los últimos acontecimientos políticos en Estados Unidos (y Europa) han puesto al descubierto la naturaleza problemática de este supuesto. De ese modo, la extensa investigación sobre derecho y Estado en América Latina ha empezado a tener una importancia creciente para los académicos de derecho y sociedad en el Norte Global.

Como lo muestra este capítulo, muchos académicos en América Latina han dedicado sus esfuerzos a explorar las potencialidades y obstáculos de la reforma legal institucional para enfrentar las graves deficiencias de los regímenes de legalidad de la región. En su conjunto, los trabajos apuntan a tres formas diferentes de entender, explicar y corregir esas deficiencias: un énfasis en los tribunales inferiores, una perspectiva que compare las experiencias subnacionales y transnacionales y un examen minucioso de las formas en que los ciudadanos del común perciben y responden al Estado y al derecho. Terminaremos el capítulo ampliando estas tres vías y articulando sus implicaciones y sugerencias para futuros estudios.

En primer lugar, mientras que los primeros trabajos institucionalistas tendían a centrarse en la política de los tribunales superiores, los estudios recientes han buscado cada vez más comprender los tribunales locales y otras instituciones jurídicas con las que interactúa la mayoría de los ciudadanos (por ejemplo, Brinks 2008; Ingram 2016). Aunque los tribunales superiores no son perfectos, muchos académicos subrayan el "nuevo orden jurídico" que reina en muchos países latinoamericanos, donde las altas cortes son "más eficientes, más efectivas y mucho más importantes" que nunca (Brinks 2012, 61). Al mismo tiempo, el crimen, la violencia, la corrupción y la impunidad hacen parte de la vida cotidiana de grandes sectores de la población en muchos países, que a menudo se sienten abandonados por el sistema judicial (Davis 2010; Malone 2010; Imbusch, Misse y Carrión 2011). De ese modo, los investigadores que traten de explicar por qué y cómo las normas y las instituciones jurídicas son importantes (o no) en la vida de los ciudadanos del común también deberían analizar con detenimiento los incentivos, las prácticas y los resultados de los procesos legales en el ámbito local y la forma en que los

ciudadanos obtienen ayuda y compensación frente a las reglas arbitrarias y las violaciones de derechos.

En segundo lugar, los académicos han empezado a privilegiar los estudios que asumen una perspectiva comparada para examinar la forma en que operan el Estado y el derecho a lo largo de las unidades subnacionales, los grupos y clases sociales y los asuntos. Brinks y Botero (2014) nos recuerdan que si bien la mayoría de las concepciones, mediciones y explicaciones causales del Estado de derecho todavía se formulan en una escala nacional, sabemos desde hace mucho tiempo que la presencia y la capacidad de un Estado varían drásticamente a lo largo de su territorio (O'Donnell 1993). Sin duda, aunque "en algunos contextos y para algunas personas, el derecho guía eficazmente las interacciones sociales y [sirve como] una fuente tanto de derechos como de responsabilidades", el "Estado de derecho está mal distribuido" en términos geográficos y sociales (Brinks y Botero 2014, 216). Esta disparidad se hace evidente a través de la crisis de violencia en la región, que continúa haciendo estragos en algunas provincias, ciudades y zonas rurales mientras deja a otros prácticamente ilesos (Koonings y Kruijt 2007). Estas experiencias desiguales con el derecho y el Estado exigen un cambio en las unidades predominantes de análisis y el diseño y los temas de investigación.

En tercer lugar, a medida que los estudios se alejan de las perspectivas institucionales y locales sobre el Estado y el derecho, los académicos sociojurídicos han empezado a tomar en serio, por un lado, las formas en que se producen, transmiten, reproducen o cambian las percepciones de los ciudadanos sobre la legitimidad y la capacidad del Estado y, por otro, cómo estas percepciones inspiran y determinan el comportamiento en torno a las normas e instituciones jurídicas (por ejemplo, Bergman 2009; Hilbink y Heimark 2015; Gallagher 2017). Estas dinámicas se reflejan en la reformulación de conceptos clave, el Estado de derecho inclusive, sobre la base de una perspectiva conductual que considera tanto las interacciones entre los ciudadanos como la forma en que los ciudadanos experimentan el Estado (Bergman 2009, 2012). De hecho, la diversidad de enfoques metodológicos y la interdisciplinariedad del campo sociojurídico han fomentado ese giro. Las barreras tradicionales entre los campos de investigación pueden y deben romperse a medida que los investigadores intenten comprender con mayor profundidad la superposición de los sistemas de legalidad estatal y control que estructuran las relaciones, experiencias y percepciones.

Notas

1. Las autoras agradecen a Mateo Ingram, Mariano Sánchez Talanquer, Whitney Taylor y a las editoras de este libro, por sus útiles comentarios y sugerencias durante la preparación de este capítulo.
2. El término "Estado de derecho", el equivalente en español de *rule of law*, puede ser definido en términos procesales o sustantivos. En América Latina, la versión sustantiva a menudo se denomina "Estado social y democrático de derecho".
3. Comúnmente se cita a Uruguay, Costa Rica y Chile como excepciones a esta tendencia general (véase O'Donnell 2010, 148).
4. Kapiszewski y Taylor (2008) también hacen una revisión profunda de la literatura sobre política judicial en América Latina. Un cuerpo

de literatura particular, revisado en Kapiszewski y Taylor, pero que no retomamos aquí, examina la condiciones bajo las cuales las reformas constitucionales alteran la práctica política e inciden en la protección igualitaria de los derechos. Para más información, véase el capítulo de Francisca Pou en este volumen.

5. Sobre el papel del enjuiciamiento privado en el aumento de la respuesta judicial a los asesinatos policiales en América Latina, véase Brinks 2008.
6. Gargarella (2013, 187-90) señala que los casos de Costa Rica y Colombia muestran un fenómeno diferente: cambios modestos en la capacidad legal y los procedimientos judiciales produjeron cambios notables, aunque quizás no intencionales, en la "sala de máquinas de la Constitución", es decir, en la relación entre los ciudadanos y las instituciones.
7. De hecho, el título que Pásara le dio a su libro de 2014 sobre las reformas judiciales en la región fue *Una reforma imposible*.
8. Aunque se suele atribuir a Ginsburg (2003) la idea de los tribunales como seguro político, Finkel la exploró de forma independiente en su tesis doctoral de 2001.
9. Por supuesto, la literatura norteamericana sobre el comportamiento judicial no se limita a estos dos puntos de vista; sin embargo, para los propósitos de este capítulo solo hacemos referencia a estos dos enfoques teóricos principales.
10. O'Donnell (2010, 108, nota 37), citando a Houtzager (2001).

Referencias

Anaya, Alejandro. 2009. Transnational and domestic processes in the definition of human rights policies in Mexico. *Human Rights Quarterly* 31(1): 35–58.

Anaya, Alejandro. 2011. Explaining High Levels of Transnational Pressure over Mexico: The Case of the Disappearances and Killings of Women in Ciudad Juárez. *The International Journal of Human Rights* 15(3): 339-58.

Ansolabehere, Karina. 2007. *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. Ciudad de México: Flacso México.

Ansolabehere, Karina. 2016. One Norm, Two Models: Legal Enforcements of Human Rights in Mexico and the United States. *Mexican Law Review* 8(2): 93-129.

Beer, Caroline. 2006. Judicial Performance and the Rule of Law in the Mexican States. *Latin American Politics and Society* 48(3): 33-61.

Bergman, Marcelo. 2009. *Tax evasion and the rule of law in Latin America: The political culture of cheating and compliance in Argentina and Chile*. University Park: Pennsylvania State Press.

Bergman, Marcelo. 2012. The Rule, the Law, and the Rule of Law: Improving Measurement and Content Validity. *Justice System Journal* 33(2): 174-93.

Brinks, Daniel. 2005. Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The Beginning of a New Millennium? *Texas International Law Journal* 40: 595-622.

Brinks, Daniel. 2008. *The judicial response to Police killings in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.

Brinks, Daniel. 2012. A Tale of Two Cities: The Judiciary and the Rule of Law in Latin America. En *Handbook of Latin American Politics*, editado por Peter Kingstone y Deborah Yashar, 61-75. Nueva York: Routledge.

Brinks, Daniel y Sandra Botero. 2014. Inequality and the Rule of Law: Ineffective Rights in Latin American Democracies. En *Reflections on uneven democracies: The legacy of Guillermo O'Donnell*, editado por Daniel Brinks, Marcelo Leiras y Scott Mainwaring, 214-39. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Brysk Alison. 2000. *From tribal village to global village: Indian rights and international relations in Latin America*. Palo Alto, CA: Stanford University Press.

Buscaglia, Edgardo y Thomas Ulen. 1997. A Quantitative Assessment of the Efficiency of the Judicial Sector in Latin America. *International Review of Law and Economics* 17(2): 275-91.

Carothers, Thomas. 2001. The Many Agendas of Rule of Law Reform in Latin America. En *Rule of law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*, editado por Pilar Domingo y Rachel Sieder, 4-15. Londres: ILAS.

Centeno, Miguel Ángel. 2002. *Blood and debt: War and the Nation-State in Latin America*. University Park: Pennsylvania State Press.

Cepeda Espinosa, Manuel. 2005. The Judicialization of Politics in Colombia: The Old and the New. En *The Judicialization of Politics in Latin America*, editado por Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, 67-103. Nueva York: Palgrave Macmillan US.

Chávez, Rebeca. 2004. *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*. Stanford: Stanford University Press.

Cleary, Matthew. 2000. Democracy and indigenous rebellion in Latin America. *Comparative Political Studies* 33(9):1123-53.

Couso, Javier. 2007. The Seduction of Judicially Triggered Social Transformation: The Impact of the Warren Court in Latin America. En *Earl Warren and the Warren Court*, editado por Harry N. Scheiber, 237-64. Lanham, MD: Lexington Books.

Couso, Javier. 2010. The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America. En *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America*, editado por Javier Couso, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder, 141-60. Nueva York: Cambridge University Press.

Couso, Javier y Lisa Hilbink. 2011. From Quietism to Incipient Activism. En *Courts in Latin America*, editado por Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, 99-127. Nueva York: Cambridge University Press.

Couso, Javier, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder. 2010. *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.

Dancy, Geoff y Verónica Michel. 2016. Human Rights Enforcement from Below: Private Actors and Prosecutorial Momentum in Latin America and Europe. *International Studies Quarterly* 60(1), 173-88.

Davis, Diane. 2010. The Political and Economic Origins of Violence and Insecurity in Contemporary Latin America: Past Trajectories and Future Prospects. En *Violent emocracies in Latin America*, editado por Enrique Desmond Arias y Daniel Goldstein, 35-62. Durham: Duke University Press.

Dezalay, Yves y Bryant Garth. 2002. *The internationalization of palace wars: Lawyers, economists, and the contest to transform Latin*

America. Chicago: University of Chicago Press.

Domingo, Pilar. 1999. Judicial independence and judicial reform in Latin America. En *The self-restraining state*, editado por Pilar Domingo, Andreas Schedler, Larry Diamond y Marc Plattner, 151-76. Boulder: Lynne Riener.

Domingo, Pilar y Rachel Sieder (eds.). 2001. *Rule of law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. Londres: ILAS.

Eisenstadt, Todd. 2006. Indigenous attitudes and ethnic identity construction in Mexico. *Mexican Studies 22*(1): 107-29.

Eisenstadt, Todd. 2007. Usos y costumbres and postelectoral conflicts in Oaxaca, Mexico, 1995-2004: An empirical and normative assessment. *Latin American Research Review* 42(1): 52-77.

Epstein, Lee y Jack Knight. 1997. *The choices justices make*. Washington, D. C.: Congressional Quarterly Press.

Ernst, Falko. 2013. Beyond the licit-illicit divide: Approaching the realities of organized crime-state-interactions in Michoacán, Mexico. Disponible en https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/07f705e2-d51c-469c-900c-84818363d0e6.pdf. (Consultado el 10 de julio de 2018).

Escalante, Yuri. 2015. *El racismo judicial en México: análisis de sentencias y representación de la diversidad*. México: Juan Pablos.

Faúndez, Julio. 2005. Community justice institutions and judicialization: Lessons from rural Peru. En *The Judicialization of Politics in Latin America*, editado por Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, 187-209. Nueva York: Palgrave Macmillan US.

Finkel, Jodi. 2008. *Judicial reform as political insurance*. Notre Dame: University of Notre Dame.

Gallagher, Janice. 2015. *Tipping the scales of justice: The role of organized citizen action in strengthening the rule of law*. Tesis doctoral, Universidad de Cornell.

Gallagher Janice. 2017. The last mile problem: Activists, advocates and the struggle for justice in domestic courts. *Comparative Political Studies* 50(12): 1666-98.

García Villegas, Mauricio y José Rafael Espinosa. 2013. *El derecho al Estado: Los efectos legales del* apartheid *institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

Gargarella, Roberto. 2013. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the Constitution*. Nueva York: Oxford University Press.

Garro, Alejandro Miguel. 1999. Access to justice for the poor in Latin America. En *The (un)rule of law and the underprivileged in Latin America*, editado por Juan Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Pinheiro, 278-301. Notre Dame: University of Notre Dame Press.

Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. Nueva York: Cambridge University Press.

Godoy, Angelina. 2006. *Popular injustice: violence, community, and law in Latin America*. Stanford: Stanford University Press.

González Ocantos, Ezequiel. 2016. *Shifting legal visions: Judicial change and human rights trials in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.

Hammergren, Linn. 2007. *Envisioning reform: Conceptual and practical obstacles to improving judicial performance in Latin America*. University Park: Pennsylvania State Press.

Helmke, Gretchen. 2005. *Courts under constraints: Judges, generals, and presidents in Argentina*. Nueva York: Cambridge University Press.

Hernández, Rosalva, Rachel Sieder y María Teresa Sierra (eds.). 2013. *Justicias indígenas y Estado: Violencias contemporáneas*. México: Flacso-México/Ciesas.

Hilbink, Lisa. 2007. *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: Lessons from Chile*. Nueva York: Cambridge University Press.

Hilbink Lisa. 2009. The Constituted Nature of Constituents' Interests: Historical and Ideational Factors in Judicial Empowerment. *Political Research Quarterly* 62(4): 781-97.

Hilbink Lisa. 2012. The Origins of Positive Judicial Independence. *World Politics* 64(4): 587-621.

Hilbink, Lisa y Katrina Heimark. 2015. Public perception, judicial legitimacy, and the rule of law: Disaggregating opinion, disentangling concepts. Artículo presentado en la Annual Meeting of the American Political Science Association, San Francisco, CA, 26 de septiembre.

Houtzager, Peter. 2001. 'We make the law and the law makes us': Some ideas on a law and development research agenda. En *Making law matter, rules, rights and security in the lives of the poor*, editado por Richard Crook y Peter Houtzager, 8-18. Norwich: IDS Bulletin 32(1).

Iaryczower, Matías, Pablo Spiller y Mariano Tommasi. 2002. Judicial decision-making in unstable environments: Argentina 1935-1998. *American Journal of Political Science* 46(4): 699-716.

Imbusch, Peter, Michel Misse y Fernando Carrión. 2011. Violence research in Latin America and the Caribbean: A literature review. *International Journal of Conflict and Violence* 5(1): 87-154.

Ingram, Matthew. 2016. *Crafting courts in new democracies: The politics of subnational judicial reform in Brazil and Mexico*. Nueva York: Cambridge University Press.

Kapiszewski, Diana. 2012. *High Courts and economic governance in Argentina and Brazil*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kaplan, Oliver. 2017. *Resisting war: How civilians protect themselves*. Cambridge: Cambridge University Press.

Keck, Margaret y Kathryn Sikkink. 1998. *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*. Ithaca: Cornell University Press.

Kim, Hunjoon y Kathryn Sikkink. 2010. Explaining the deterrence effect of human rights prosecutions for transitional countries. *International Studies Quarterly* 54(4): 939-63.

Koonings, Kees y Dirk Kruijt. 2007. *Fractured cities: Social exclusion, urban violence and contested spaces in Latin America*. Londres: Zed Books.

Krupa, Christopher. 2009. Histories in red: Ways of seeing lynching in Ecuador. *American Ethnologist* 36(1): 20-39.

Landau, David. 2005. The two discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New approach to modeling judicial behavior in Latin America. *George Washington International Law Review* 37: 687-741.

Landau, David. 2015. *Beyond judicial independence: The construction of judicial power on the Colombian Constitutional Court*. Tesis doctoral, Universidad de Harvard.

Lemaitre, Julieta y Kristin Sandvik. 2015. Shifting frames, vanishing resources, and dangerous political opportunities: Legal mobilization among displaced women in Colombia. *Law & Society Review* 49(1): 5-38.

Malone, Mary Fran. 2010. The verdict is in: The impact of crime on public trust in Central American Justice Systems. *Journal of Politics in Latin America* 2(3): 99-128.

Mattiace, Shannan. 2003. *To see with two eyes: Peasant activism and Indian autonomy in Chiapas, Mexico*. Albuquerque: University of New Mexico Press.

McAdam, Doug, John McCarthy y Mayer Zald. 1996. *Comparative perspectives on social movements: Political opportunities, mobilizing structures, and cultural framings*. Nueva York: Cambridge University Press.

Meili, Stephen. 2001. Latin American cause-lawyering networks. En *Cause lawyering and the state in a global era*, editado por Austin Sarat y Stuart Scheingold, 307-33. Nueva York: Oxford University Press.

Méndez, Juan, Guillermo O'Donnell y Paulo Pinheiro. 1999. *The (un)rule of law and the underprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.

Michel, Verónica y Kathryn Sikkink. 2013. Human rights prosecutions and the participation rights of victims in Latin America. *Law & Society Review* 47(4): 873-907.

Mirow, Matthew. 2004. *Latin American law: A history of private law and institutions in Spanish America*. Austin: University of Texas Press.

Mouly, Cécile, Annette Idler y Belén Garrido. 2015. Zones of peace in Colombia's borderland. *International Journal of Peace Studies* 20(1): 51-63.

Nunes, Rodrigo. 2010a. Politics without insurance: Democratic competition and judicial reform in Brazil. *Comparative Politics* 42(3): 313-31.

Nunes Rodrigo. 2010b. Ideational origins of progressive judicial activism: The Colombian Constitutional court and the right to health. *Latin American Politics and Society* 52(3): 67-97.

O'Donnell, Guillermo. 1993. On the state, democratization and some conceptual problems: A Latin American view with glances at some post-communist countries. *World Development* 21(1): 355-69.

O'Donnell, Guillermo. 1999. Horizontal accountability in new democracies. En *The self-restraining state: Power and accountability in new democracies*, editado por Andreas Schedler, Larry Diamond y Marc F. Plattner, 29-51. Boulder: Lynne Reiner.

O'Donnell, Guillermo. 2010. *Democracy, agency, and the state: Theory with comparative intent*. Nueva York: Oxford University Press.

Pásara, Luis. 2014. *Una reforma imposible: La justicia latinoamericana en el banquillo*. Lima: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pérez-Perdomo, Rogelio. 2006. *Latin American lawyers: A historical introduction*. Stanford: Stanford University Press.

Peruzzotti, Enrique y Catalina Smulovitz (eds.). 2006. *Enforcing the rule of law: Social accountability in the new Latin American democracies*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Rajagopal, Balakrishnan. 2006. Counter-hegemonic international law: Rethinking human rights and development as a third world strategy. *Third World Quarterly* 27(5): 767-83.

Ríos-Figueroa, Julio. 2007. Fragmentation of power and the emergence of an effective judiciary in Mexico, 1994–2002. *Latin American Politics and Society* 49(1): 31-57.

Ríos-Figueroa, Julio. 2012. Justice system institutions and corruption control: Evidence from Latin America. *Justice System Journal* 33(2): 195-214.

Ríos-Figueroa, Julio. 2016. *Constitutional courts as mediators: Armed conflict, civil-military relations, and the rule of law in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.

Ríos-Figueroa, Julio y Jeffrey Staton. 2012. An evaluation of cross-national measures of Judicial Independence. *The Journal of Law, Economics and Organization* 30(1): 104-37.

Risse-Kappen, Thomas, Stephen Ropp y Kathryn Sikkink. 1999. *The power of human rights: International norms and domestic change*. Nueva York: Cambridge University Press.

Rodríguez-Garavito, César. 2009. *La globalización del Estado de derecho: El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Rodríguez-Garavito César. 2010. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review* 89: 1669-98.

Rodríguez-Garavito, César. 2011. Global governance, indigenous peoples, and the right to prior consultation in social minefields. *Indiana Journal of Global Legal Studies* 18(1): 263-305.

Rodríguez-Garavito, César. 2014. *Law and society in Latin America: A new map*. Oxon: Routledge.

Santos, Boaventura de Sousa y César Rodríguez-Garavito (eds.). 2005. *Law and globalization from below: Towards a cosmopolitan legality*. Nueva York: Cambridge University Press.

Segal, Jeffrey y Harold Spaeth. 2002. *The supreme court and the attitudinal model revisited*. Nueva York: Cambridge University Press.

Shapiro, Martin. 1981. *Courts: A comparative and political analysis*. Chicago: University of Chicago Press.

Sieder, Rachel. 1999. Rethinking democratization and citizenship: Legal pluralism and institutional reform in Guatemala. *Citizenship Studies* 3(1): 103-18.

Sieder, Rachel. 2002. Recognizing indigenous law and politics of state formation in Mesoamerica. En *Multiculturalism in Latin America: Indigenous rights, diversity and democracy*, editado por Rachel Sieder, 184-207. Londres: Palgrave/Macmillan

Sieder, Rachel. 2014. Indigenous peoples' rights and the law in Latin America. En *Law and society in Latin America: A new map*, editado por César Rodríguez Garavito, 1-19. Oxon: Routledge.

Simmons, Beth. 2009. *Mobilizing for human rights: International law in domestic politics*. Nueva York: Cambridge University Press.

Skaar, Elin. 2011. *Judicial independence and human rights in Latin America: Violations, politics and prosecution*. Nueva York: Palgrave and Macmillan.

Staton, Jeffrey. 2010. *Judicial power and strategic communication in Mexico*. Nueva York: Cambridge University Press.

Van Cott, Donna Lee. 1994. *Indigenous peoples and democracy in Latin America*. Nueva York: St. Martin's Press.

Van Cott, Donna Lee. 2001. Explaining ethnic autonomy regimes in Latin America. *Studies in Comparative International Development* 35(4): 30-58.

Van Cott, Donna Lee. 2006. Dispensing justice at the margins of formality: The informal rule of law in Latin America. En *Informal institutions and democracy: Lessons from Latin America*, editado por Gretchen Helmke y Steven Levitsky, 249-73. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Wilson, Bruce. 2005. Changing dynamics: The political impact of Costa Rica's Constitutional court. En *The judicialization of politics in Latin America*, edited by Rachel Sieder,

Line Schjolden y Alan Angell, 47-65. Nueva York: Palgrave.

Wilson, Bruce. 2011. Enforcing rights and exercising an accountability function. En *Courts in Latin America*, editado por Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, 55-80. Nueva York: Cambridge University Press.

Wilson, Bruce y Rodríguez Cordero, Juan Carlos. 2006. Legal Opportunity Structures and Social Movements: The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics. *Comparative Political Studies*, vol. 39 (3): 325-51.

Yashar, Deborah. 2005. *Contesting Citizenship in Latin America: The Rise of Indigenous Movements and the Postliberal Challenge*. Nueva York: Cambridge University Press.

Capítulo 3
PLURALISMO JURÍDICO Y SOBERANÍAS FRAGMENTADAS
LEGALIDAD E ILEGALIDAD EN AMÉRICA LATINA*

Rachel Sieder

El pluralismo jurídico (la existencia de múltiples sistemas legales u órdenes normativos en un mismo campo social) ha sido durante mucho tiempo una preocupación central para los estudios de derecho y sociedad. En América Latina, los debates contemporáneos y las perspectivas antropológico-jurídicas sobre el fenómeno del pluralismo jurídico se han concentrado principalmente en las normas, prácticas y autoridades jurídicas de los pueblos indígenas (su "derecho propio"). Tras el giro regional hacia el "constitucionalismo multicultural" (Van Cott 2000) y la codificación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el derecho internacional y local de los derechos humanos, la literatura ha empezado a abordar los desafíos que se enfrentan al reconocer formalmente las jurisdicciones, derechos y formas de vida de los pueblos indígenas dentro de los ordenamientos jurídicos dominantes. Aunque se entiende ampliamente que las dinámicas cambiantes entre legalidad, ilegalidad y violencia afectan negativamente a los pueblos indígenas, estas no han ocupado un lugar importante en los estudios sobre el pluralismo jurídico en la región. En este capítulo pretendo propiciar un mayor diálogo entre la literatura latinoamericana sobre el pluralismo jurídico y los estudios que analizan el papel que desempeñan diversas formas no estatales de derecho (o paralegalidades) para asegurar el orden en la América Latina contemporánea. A pesar de enfocarse en procesos y problemas empíricos y conceptuales diferentes, argumento que un intercambio entre los estudios del pluralismo jurídico y los debates antropológicos contemporáneos alrededor de la soberanía y la (i)legalidad puede revelar no solo la relación entre los órdenes legales subalternos y las legalidades estatales y supranacionales, sino también la naturaleza cambiante de lo que Franz y Keebet von Benda-Beckmann y Julia Eckert denominan "constelaciones plurales de gobierno" (2009a, 3). ¿Qué papel juegan las formas no estatales de derecho o los órdenes paralegales para asegurar diferentes formas de gobierno en América Latina? A continuación, afirmo que el concepto de "soberanías traslapadas y fragmentadas" proporciona un marco útil para comprender tanto la relación multifacética y dialéctica entre lo legal y lo ilegal en los ordenamientos jurídicos plurales de América Latina, como los reclamos de los grupos subalternos

* Cómo citar este capítulo: Sieder, Rachel. 2024. Pluralismo jurídico y soberanías fragmentadas. Legalidad e ilegalidad en América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 89-108. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.4

por el reconocimiento de sus formas de derecho (derecho propio). La primera sección de este capítulo subraya el limitado reconocimiento que tuvieron el pluralismo jurídico y las legalidades subalternas en las transformaciones constitucionales de las décadas de los ochenta y los noventa y revisa brevemente la literatura latinoamericana sobre el pluralismo jurídico y sus debates conceptuales más importantes. La segunda sección aborda la interacción dinámica entre el derecho y la ilegalidad en la construcción de las constelaciones plurales de gobierno de la región. Para ello, propongo una distinción heurística entre los diferentes tipos de ilegalidad y explicito los problemas conceptuales y empíricos que suponen. La tercera sección desarrolla el concepto de soberanías fragmentadas como un medio para reconceptualizar las pluralidades legales. Este ejercicio permite analizar las luchas subalternas y el rol que juega el derecho en ellas, al mismo tiempo que las ubica en el contexto más amplio de las transformaciones de las formas de gobierno. Estas transformaciones se caracterizan cada vez más por las fronteras borrosas entre lo legal y lo ilegal, donde la criminalización y la represión de las luchas subalternas por la ciudadanía subrayan la brecha entre las promesas del constitucionalismo multicultural y las experiencias de los pueblos indígenas en toda la región.

Pluralismo jurídico y legalidades subalternas en América Latina

Estados jurídicamente plurales: *de facto* a *de jure*

A diferencia de otros contextos coloniales y poscoloniales, donde el parentesco o la guerra fueron las principales categorías que organizaron la política, en América Latina las demandas de legitimidad, los llamados a la acción y los pactos políticos para establecer o refundar el Estado-nación se han formulado en el lenguaje del derecho (Salvatore, Aguirre y Joseph 2001). Las narrativas dominantes conciben al derecho y la legitimidad que confiere en términos mayormente formales y concentrados en el Estado unitario, y describen una relación entre derecho y sociedad en la que la legitimidad fluye de arriba hacia abajo. En grandes extensiones de Asia y África, la base del pacto estatal colonial y poscolonial fue un pluralismo jurídico oficialmente aceptado que involucraba distintas jurisdicciones y códigos para diferentes grupos raciales, étnicos o religiosos. Del mismo modo, el dominio colonial español en América Latina se caracterizó por un pluralismo jurídico jerárquico y racializado (las Leyes de Indias). Sin embargo, después de las independencias del siglo XIX, las nuevas naciones se inspiraron en los sistemas jurídicos de los Estados Unidos y Europa continental y sometieron a los pueblos originarios a leyes liberales que rechazaban el reconocimiento de la diferencia cultural y promovían, en teoría, la asimilación al mismo tiempo que reproducían, en la práctica, jerarquías raciales excluyentes. Estas jerarquías racializadas fueron fundamentales para el trabajo forzoso y la esclavitud que sustentaron los sistemas de plantaciones y haciendas, ambas formas de control coercitivo cuyas dinámicas legales e ilegales revelaban la limitada asimilación de la universalidad jurídica liberal. El efecto de esta transformación del derecho estatal, en tanto fue la antítesis del pluralismo jurídico formal, fue marginar y criminalizar los sistemas indígenas de justicia y gobierno. Sin embargo, a pesar de la ausencia de un pluralismo jurídico *de jure*, las relaciones entre muchos

Estados de la región y los pueblos indígenas se caracterizaron en el siglo XX por gobiernos indirectos *de facto*; en ese caso, las normas, autoridades y prácticas de las comunidades nativas se entrelazaron con las instituciones del derecho agrario (por ejemplo, los ejidos en México después de la década de los treinta o las comunidades campesinas y comunidades nativas en Perú después de la reforma agraria de 1969 del Gobierno de Velasco Alvarado).

La movilización continental de los movimientos sociales de los pueblos indígenas que se produjo en las últimas décadas del siglo XX puede entenderse, en cierto sentido, como parte de una larga tradición de grupos subalternos que invocan los derechos y la ciudadanía. Sin embargo, además de exigir los beneficios de la ciudadanía y la protección que históricamente se les ha negado en la práctica, estos movimientos también han luchado por el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas a la libre determinación y la diferencia. Activistas y abogados han enmarcado los reclamos en el lenguaje transnacional de los derechos humanos y han resaltado la necesidad de garantizar un cierto grado de autonomía para las normas, autoridades y prácticas que componen los sistemas indígenas de gobierno como parte integral del respeto por las identidades, culturas y formas de vida de los pueblos indígenas. Estas demandas fueron más allá del reconocimiento estatal del pluralismo jurídico; de hecho, fueron parte de estrategias más amplias que buscaron reformar las constituciones nacionales y promover nuevas leyes que, supuestamente, contrarrestarían la violencia racista sistemática y la exclusión que sufren los pueblos originarios del continente. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos apoyó tales reclamos: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 reconoció algunos derechos específicos de los pueblos indígenas y fue el primer tratado internacional en imponerles a los Estados el deber de reconocer las formas de derecho de los pueblos originarios. El Convenio 169, que fue ratificado por la mayoría de los Estados latinoamericanos a lo largo de la década de los noventa, influyó considerablemente en los procesos de reforma constitucional de la región durante la década siguiente (Van Cott 2000; Yrigoyen 2011). La Declaración de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 reconoció de una manera más sólida el autogobierno indígena al reafirmar el derecho a la autodeterminación dentro de la soberanía de cada Estado-nación (muchos años antes, el primer relator especial de la ONU sobre pueblos indígenas, el sociólogo mexicano Rodolfo Stavenhagen, había denominado a este fenómeno como "autodeterminación interna" [Stavenhagen 2002]). En el marco de los derechos al territorio y la consulta, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado desde mediados de la primera década del siglo XXI la importancia de las formas específicas de derecho y gobierno de los pueblos indígenas para garantizar el consentimiento libre, previo e informado (CLPI) sobre los proyectos de desarrollo u otras iniciativas gubernamentales que pudieran afectar sus formas de vida (Center for Justice and International Law [CEJIL] 2014).

El reconocimiento jurídico de las esferas semiautónomas de la justicia indígena fue un rasgo marcado de las reformas constitucionales en la región andina. Colombia fue el primer país en aprobar una nueva constitución que reconoció el pluralismo jurídico en

1991, seguido de Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). Las constituciones más recientes de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) fueron más allá de lo anterior y declararon que estos Estados se sustentan en los principios del pluralismo étnico y el "plurinacionalismo". Estos nuevos regímenes constitucionales determinaron claramente las características de las jurisdicciones indígenas y los mecanismos o principios generales de coordinación entre el derecho ordinario y los derechos indígenas (en Colombia, y en menor medida en Ecuador, también se aprobaron regímenes especiales para algunas comunidades afrodescendientes). Incluso en países donde el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico fue mucho más débil, como en México o Guatemala, los movimientos indígenas revitalizaron sus propias formas de derecho como parte de procesos más amplios de etnogénesis y les exigieron judicialmente a los gobiernos el cumplimiento de los compromisos establecidos en el Convenio 169 y la Declaración de la ONU, entre ellos el reconocimiento de su autonomía jurisdiccional. Sin embargo, en la década del 2000, la avalancha del extractivismo centrado en los territorios indígenas, y las múltiples y renovadas formas de violencia a partir de ella, llevó a muchos analistas a preguntarse si el reconocimiento formal del pluralismo jurídico a finales del siglo XX en América Latina no fue otra faceta más de las formas contemporáneas de acumulación capitalista basadas en la continuidad de los marcos coloniales racializados.

Estudios sobre el pluralismo jurídico y el derecho indígena

En 1990, Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde publicaron *Entre la Ley y la Costumbre*, una influyente colección de ensayos que subraya tanto la existencia de los ordenamientos jurídicos indígenas como los principios jurídicos internacionales que exigen su reconocimiento. Anteriormente, el estudio de las formas de gobierno y resolución de conflictos de las comunidades indígenas era el pilar de las investigaciones antropológicas en la región (a menudo apoyadas por institutos indigenistas oficiales). Estos trabajos teorizaron el pluralismo jurídico siguiendo las concepciones antropológicas de mediados del siglo XX, por lo que enfatizaban la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos dentro de los límites del Estado-nación[1]. Los estudios interdisciplinarios sobre el pluralismo jurídico se multiplicaron a partir de la década de los noventa cuando académicos activistas (principalmente abogados y antropólogos) abordaron los desafíos que surgieron al coordinar el derecho estatal y los sistemas jurídicos indígenas bajo la égida de los nuevos ordenamientos constitucionales. Un eje importante para esta investigación fue la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (Relaju), que desde el año 2000 ha celebrado conferencias bienales en toda la región. Los estudios etnográficos continuaron enfocándose en documentar las prácticas judiciales de las comunidades indígenas (véanse, por ejemplo, García 2002; Orellana 2004) y también describieron los híbridos jurídicos generados por las reformas a la justicia, que reconocieron un papel más importante para los legos indígenas y las formas "culturalmente específicas" de mediación. Los trabajos de Adriana Terven sobre el juzgado indígena en Cuetzalán en el estado mexicano de Puebla (Terven 2009) y Orlando Aragón sobre la oficialización de la justicia indígena en Michoacán (Aragón 2016) son ejemplos de ello. Por su parte, las

investigaciones publicadas por juristas tendían a comparar las disposiciones constitucionales y la jurisprudencia emergente sobre cuestiones de coordinación en diferentes países (Yrigoyen 2010, 2011; Cóndor 2009, 2010; Sousa y Grijalva 2012; Sousa y Exeni 2012). Algunos estudios combinaron explícitamente el análisis antropológico aplicado y el jurídico, como el de la antropóloga colombiana Esther Sánchez Botero (2010), que analiza algunos casos presentados ante la Corte Constitucional de ese país, donde la propia autora había participado como perita antropóloga.

Si bien la mayoría de las publicaciones tenían una fuerte inclinación normativa a favor de una mayor autonomía para el derecho indígena, también se basaron en una serie de teorías sobre pluralismo jurídico para analizar cómo interactúan los diferentes órdenes legales. En lugar de concentrarse en los debates teóricos sobre el pluralismo jurídico, los estudios se preocuparon principalmente por documentar y legitimar las prácticas judiciales indígenas[2]. Las reformas multiculturales, formuladas en un registro estrictamente legal, presentaban invariablemente el derecho estatal y el derecho indígena como entidades separadas y delimitadas, de forma tal que el principal desafío de la política pública sería la coordinación entre los sistemas. Sin embargo, el análisis antropológico y sociológico del pluralismo jurídico había adoptado desde hacía mucho tiempo perspectivas constructivistas y había señalado los límites porosos entre las diferentes formas de derecho, como práctica social, y la manera en que se constituyen mutuamente. La fórmula clásica de Sally Falk Moore de la "esfera semiautónoma" (1973) fue citada a menudo como punto de partida[3]. Otros analistas hicieron uso del concepto de "campo jurídico" de Bourdieu para analizar las relaciones de poder en la construcción de las prácticas judiciales subalternas (por ejemplo, la investigación de Juan Carlos Martínez sobre las prácticas de justicia en la región Mixe de Oaxaca [México] [Martínez 2004]). El concepto de "interlegalidad" de Boaventura de Sousa Santos, que se enfocaba explícitamente en superar la conceptualización antropológica tradicional de los diferentes órdenes jurídicos como entidades separadas, fue muy influyente entre los estudiosos latinoamericanos del pluralismo jurídico porque señalaba el potencial contrahegemónico de las formas subalternas de derecho, y la imbricación de lo "local" y lo transnacional[4]. El énfasis que el concepto de interlegalidad puso en el dinamismo de las relaciones entre los diferentes órdenes y normas jurídicas y su naturaleza heterogénea inspiró estudios empíricos, que se preocuparon por las formas en que el derecho internacional de los derechos humanos y los regímenes de reconocimiento multicultural estaban afectando los sistemas de justicia indígena o comunitaria. Por ejemplo, el volumen editado por María Teresa Sierra en 2004 utilizó explícitamente el marco analítico de Santos para explorar los usos del derecho y la dinámica entre las prácticas híbridas de justicia y las relaciones de género en diferentes regiones indígenas de México, con un énfasis especial en las lógicas y estrategias culturales que despliegan los litigantes (Sierra 2004). De hecho, los estudios de género y derecho que analizan los cambios en el derecho comunitario indígena han sido una importante contribución empírica e interpretativa a la literatura. Al documentar las formas en que las mujeres son excluidas de los sistemas de gobierno comunitario y las dificultades que enfrentan para acceder a la justicia, las investigaciones en Mesoamérica y los Andes también han

explorado cómo las reformas multiculturales a la justicia, las innovaciones jurídicas para abordar la discriminación de género, la influencia de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y las organizaciones de mujeres indígenas han contribuido a la transformación de las ideologías de género y las prácticas de justicia dentro de las comunidades indígenas (Barrera 2016; Calla y Paulson 2008; Chenaut 2014; Franco y González 2009; Hernández 2016; Lang y Kucia 2009; Nostas y Sanabria 2009; Sieder y Sierra 2010; Sieder 2017; Sieder y Barrera 2017). Estos estudios enfatizan la naturaleza inherentemente dinámica de las formas subalternas de derecho: al documentar cómo los diferentes actores entienden la justicia y qué estrategias usan para asegurarla, revelan cómo las mujeres indígenas y sus aliados desafían y reconstruyen las costumbres para favorecer la participación de las mujeres y propiciar respuestas jurídicas más adecuadas para los problemas específicos que enfrentan. Al implementar perspectivas interseccionales, que rechazan explícitamente la separación de los ejes de raza, clase, género y otras formas de discriminación, dichos trabajos expresan que la autonomía de los pueblos indígenas puede conciliarse con una mayor justicia de género para las mujeres indígenas. Esta posición controvierte las conclusiones filosóficas más abstractas (y hallazgos empíricos de otras regiones del mundo) que sostienen que la autonomía de los sistemas jurídicos indígenas necesariamente profundiza y afianza la discriminación contra las mujeres. El análisis detallado de las diferentes realidades latinoamericanas ha contribuido de manera más amplia a "desesencializar" el estudio del derecho indígena.

Mientras que la anterior generación de estudios sobre el derecho indígena y el pluralismo jurídico en América Latina se centraba en las relaciones entre el derecho estatal y los órdenes jurídicos subalternos, los análisis contemporáneos han desarrollado los puntos de contacto entre los estudios globales sobre el pluralismo jurídico y las investigaciones sobre los órdenes jurídicos transnacionales. Diferentes estudios han usado el concepto de "vernacularización" de Sally Merry (2006); con ello, han abordado las formas en que los discursos y marcos transnacionales de derechos humanos reconfiguran las conciencias jurídicas y las identidades al ser asumidos, entendidos, cuestionados y reformulados en contextos locales específicos (Hernández 2016; Arteaga 2017). Los trabajos recientes sobre género y derecho indígena muestran tanto la vernacularización de los derechos humanos (como el derecho a una vida libre de violencia y discriminación por motivos de género) como el despliegue de epistemologías y ontologías alternativas. Los actores recurren a tales marcos para criticar los desequilibrios de poder y buscar formas y lenguajes descolonizados para reinventar el derecho local. Entre los ejemplos se encuentran el uso del concepto andino *chacha-warmi* o equilibrio masculino/femenino (Arteaga 2017; Burman 2011) o los conceptos mayas de complementariedad (Macleod 2011). La preocupación por las posibilidades que ofrecen, la judicialización y juridificación de los reclamos de los pueblos indígenas en el ámbito nacional e internacional también ha llevado a algunos académicos a usar el concepto de "legalidades cosmopolitas subalternas" de Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (2005)[5]. Además de señalar la importancia de las formas de derecho no reconocidas o "ilegales" en las luchas contrahegemónicas, Sousa Santos y Rodríguez Garavito enfatizan las conexiones entre el

derecho y la lucha política, y la importancia de la manera en que los grupos subalternos reimaginan el derecho "de abajo hacia arriba" en una gama de diferentes escalas. Aragón (2015), por ejemplo, usó el concepto en su análisis del litigio estratégico que acompañó en Cherán, Michoacán, y Sieder (2013, 2017) lo utiliza para analizar la investigación colaborativa que ella y sus colegas han llevado a cabo alrededor de los usos del derecho de las organizaciones de mujeres indígenas en América Latina.

Legalidad, ilegalidad y constelaciones plurales de gobierno

Las contribuciones recientes al campo de los estudios sobre el pluralismo jurídico se han preocupado por las dimensiones transnacionales e internacionales de la regulación jurídica y por la cada vez menor participación de los estados soberanos en los procesos de creación de normas jurídicas. Como han observado Franz y Keebet von Benda-Beckmann y Anne Griffiths: "La idea del pluralismo jurídico, que ha tenido una mayor aceptación que hace algunas décadas, llama la atención sobre la posibilidad de que pueda haber fuentes de derecho distintas al estado-nación" (2009b, 1). Varios postulados del pluralismo jurídico han pasado a formar parte del sentido común en el estudio del derecho, a saber: la existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos, la descentralización del Estado, el fortalecimiento de las normas no estatales, entre otros (Michaels 2009, 255). La existencia del pluralismo jurídico global ahora es ampliamente aceptada y su estudio se ha extendido mucho más allá de la antropología jurídica; en particular, sociólogos jurídicos y teóricos sociales han empezado a analizar la naturaleza y la relevancia de una amplia gama de formas de derecho no estatales (Michaels 2009; Schiff 2009; 2020)[6].

Sin embargo, estas aproximaciones más sociológicas al pluralismo jurídico global todavía tienden a acercarse al derecho en términos normativos o institucionales (para una excepción, ver Schiff 2020). Por el contrario, las perspectivas antropológicas sobre el derecho y el pluralismo jurídico hacen énfasis en los procesos y la construcción social del derecho: identifican múltiples órdenes normativos en competencia y superposición que coexisten en el mismo campo social, cada uno de los cuales abarca distintos discursos, prácticas, rutinas, símbolos e identidades. Estas perspectivas constructivistas plantean la pregunta central de los debates fundamentales en la antropología del derecho: ¿qué es y qué no es el derecho? Más importante quizás, también nos invitan a considerar la importancia de la relación entre el derecho y lo que se considera ilegal en un tiempo y espacio específicos. Para que sea de algún provecho para América Latina (y para las poscolonias en general, véase Comaroff y Comaroff 2006), una teoría del pluralismo jurídico debe tener en cuenta no solo las esferas subnacional, nacional, internacional y transnacional en las que opera el derecho, sino también las dinámicas cambiantes entre lo legal y lo ilegal, y entre el derecho (o el orden que el derecho pretende garantizar) y la violencia (véase el capítulo de Lemaitre en este volumen)[7]. Si bien ahora se acepta la existencia de múltiples fuentes y tipos de derecho, no se han analizado suficientemente los procesos que sustentan las dinámicas cambiantes entre lo "legal" y lo "ilegal" en estos espacios jurídicamente plurales. Mark Goodale ha abogado por una aproximación dialéctica a la legalidad/ilegalidad:

> [L]os espacios de lo legal se mueven constantemente con los espacios de lo no legal o lo ilegal […] porque la legalidad y la ilegalidad nunca se aclaran discursivamente, sino que permanecen como dos partes necesarias del mismo marco conceptual dentro del cual el "derecho" mismo puede cumplir sus propósitos. (2008, 216)

En su introducción a un número especial de *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review* sobre antropología en contextos de supuesta "ilegalidad", Kedron Thomas y Rebecca Galemba nos recuerdan "cómo el discurso jurídico dominante [ya sea nacional o internacional] [...] 'ilegaliza' a determinadas personas y prácticas al excluirlas de la comunidad moral-jurídica, con lo que las deja a disposición de la criminalización, la marginación, la explotación e incluso la deshumanización" (2013, 211). Al centrarse en los procesos sociopolíticos y las dinámicas de poder que sustentan lo que denominan "ilegalización" (2013, 211), Thomas y Galemba subrayan la importancia de analizar la relación entre la construcción del derecho y la exclusión y criminalización de diferentes sujetos; en otras palabras, insisten en una de las preocupaciones centrales de los estudios legales críticos: el análisis de las formas en que opera el poder a través del derecho. Ahora bien, dado que la categoría de ilegalidad cubre una enorme variedad de fenómenos, es necesario desagregarlos si queremos distinguir y teorizar sus roles cambiantes en las constelaciones plurales de gobierno. Si bien en la práctica se difuminan los límites entre los diferentes fenómenos o prácticas sociales que los estados consideran ilegales, sugiero *cuatro categorías heurísticas de ilegalidad* que emergen del contexto latinoamericano, aunque de ninguna manera se limitan a él: la informalidad, las economías criminales transnacionales, la corrupción y la criminalización de la protesta social.

1. Informalidad: esta categoría, que ha sido objeto de décadas de debate sociológico, se refiere principalmente a la regulación no estatal de esferas como el comercio, el empleo o la provisión de bienes sociales como vivienda, justicia o seguridad. La preponderancia de la informalidad es una característica de larga data de las sociedades latinoamericanas, y subraya tanto la exclusión estructural de la mayoría de la población de la región de los medios formales de defensa jurídica, como las formas en que el Estado simultáneamente tolera las formas existentes de regulación social y las criminaliza en la práctica (véase, por ejemplo, el estudio histórico de Boaventura de Sousa Santos sobre la regulación alternativa de la vivienda informal en una favela de Río de Janeiro [1977], o el trabajo de Goldstein 2004, 2012; Risør 2010; y Snodgrass 2006 sobre el papel del vigilantismo y los linchamientos en la provisión alternativa de seguridad).
2. Economías criminales transnacionales: el tráfico de estupefacientes o de personas forma parte de regímenes transnacionales de lucro, prohibición y persecución, que necesariamente involucran órdenes sociales altamente violentos y coercitivos. Aunque plagada de desafíos éticos y metodológicos, el estudio de "la ley del narco" es un área de investigación en crecimiento en América Latina (Arias 2006; Maldonado 2010). Asimismo, la faceta normativa del paramilitarismo y la "justicia guerrillera" de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias

de Colombia) en Colombia, ambas organizaciones paralegales íntimamente relacionadas con la economía transnacional de las drogas, han sido analizadas respectivamente por Aldo Cívico (2016) y Alfredo Molano (2001). Estos órdenes violentos han asumido formas explícitamente paraestatales y, de hecho, han construido constelaciones de gobierno depredadoras y letales en muchas partes del continente.

3. Corrupción: como respuesta a la presión de los ciudadanos, las instituciones internacionales y otros gobiernos, los estados de América Latina han empezado a legislar cada vez más en contra de las prácticas corruptas de los funcionarios estatales. Al mismo tiempo, sin embargo, los escándalos masivos de corrupción y soborno, como el escándalo *Lava Jato* o "Autolavado" en Brasil, o el caso de "La Línea" en Guatemala (ambos condujeron a la destitución de presidentes en ejercicio), destacan las formas en que las economías criminales transnacionales se entrelazan cada vez más con la política formal y los negocios en América Latina y el mundo entero[8] (Comaroff y Comaroff 2006, 2016; véase el capítulo de Linn Hammergren en este volumen).
4. Criminalización de la protesta social: esta cuarta categoría de ilegalidad se refiere a la creciente criminalización de los procesos de resistencia a las formas neoliberales de economía política. Este fenómeno es una forma de política por otros medios o lo que los Comaroff han denominado "*lawfare*" (2006). La represión de los movimientos indígenas y ambientalistas de la región es un ejemplo de ello: los estados han usado el derecho penal y la violencia directa para sofocar el disenso y defender los intereses del capital transnacional (Composto y Navarro 2012; Bastos y León de 2014).

El diálogo entre las investigaciones de derecho y sociedad sobre la "ausencia de ley" en América Latina y los debates contemporáneos sobre el pluralismo jurídico en la región pasa por estas categorías de ilegalidad[9]. En marcos más funcionalistas o de construcción de Estado, se ha pensado que América Latina se caracteriza por tener un Estado de derecho débil (por ejemplo, la conceptualización de Guillermo O'Donnell [1993] del Estado de derecho y la ciudadanía como una especie de mapa de calor social y territorial, con zonas azules que indican el funcionamiento del derecho y la burocracia y zonas marrones de desorden y ausencia de ley). Sin embargo, a pesar de que la institucionalidad estatal y el "derecho en los libros" parecen estar ausentes en muchas regiones geográficas y poblaciones, estos lugares y personas son gobernados en la práctica por órdenes normativos altamente efectivos y, a veces, extremadamente violentos, coercitivos, patriarcales y racializados. Por ejemplo, los carteles de la droga en México publican regularmente sus "normas" a través de "narco-mantas" o, en las manifestaciones más espantosas, las inscriben directamente en los cuerpos de sus víctimas. Entender estas normas marca la diferencia entre la vida y la muerte para muchas personas, y facilita el control sobre áreas geográficas específicas, actividades económicas y poblaciones enteras. Boaventura de Sousa Santos nos recuerda que "no hay nada inherentemente bueno, progresista o emancipatorio en el pluralismo jurídico" (Sousa 1995, 114-5). Sin embargo, en la mayoría de los casos, los académicos han evitado utilizar el marco conceptual del pluralismo jurídico para desarrollar un análisis más sistémico de

estos fenómenos. Aparte de los riesgos éticos y políticos, muchos argumentarían que extender el concepto de "derecho" a todas las formas de regulación social le haría perder su valor analítico. Sin embargo, para comprender la naturaleza del derecho y sus efectos es necesario considerar las relaciones entre lo legal y lo ilegal. Este ejercicio puede revelar no solo las dinámicas cambiantes dentro de los campos normativos e institucionales (locales, nacionales y transnacionales), sino también los cambios en la imaginación, la conciencia y las identidades jurídicas. ¿Cómo cambian a través del tiempo las percepciones sobre lo legal y lo ilegal? ¿Cómo negocian las personas las fronteras indeterminadas entre lo legal y lo ilegal? ¿Qué efectos tiene esta negociación sobre las subjetividades jurídicas[10]? ¿Cómo se relacionan esos cambios dentro de las constelaciones plurales de gobierno con patrones más amplios de economía política y pluralismo jurídico global?

En su llamado a un diálogo entre la ciencia política y las perspectivas antropológicas sobre la democracia, Desmond Arias y Daniel Goldstein postulan la idea del "pluralismo violento" como un rasgo característico de América Latina. Los autores lo definen como "estados, élites sociales y subalternos que emplean la violencia en su intento de establecer o cuestionar los regímenes de ciudadanía, justicia y derechos y el orden social democrático" (2010, 4). En lugar de partir de los debates sobre el derecho o el pluralismo jurídico, Arias y Goldstein se centran en la omnipresencia de la violencia en América Latina y consideran sus implicaciones sobre el concepto de democracia. No obstante, al enfatizar la centralidad de la violencia para el funcionamiento de los sistemas políticos de la región y desafiar una comprensión normativa de la política, invitan a una mayor reflexión sobre la relación entre el derecho, el pluralismo jurídico y la violencia. Como observan, "la violencia se hace presente tanto en la estructura institucional de los regímenes como en las formas en que se insertan en el sistema internacional" (2010, 13). Como O'Donnell, los autores muestran que la eficacia de las instituciones estatales depende de los contextos, pero insisten en que están intrínsecamente conectados entre sí. En otras palabras, como lo han enfatizado los estudios poscoloniales (Mbembe 2017), para asegurar el orden político por medios pacíficos en algunos contextos es necesario asegurarlo mediante el uso directo de la violencia en otros. Estas propuestas nos llevan a preguntarnos sobre el papel que juegan las diferentes formas de ilegalidad y violencia en las constelaciones contemporáneas de gobierno en América Latina y sobre las formas en que los estudios latinoamericanos de derecho y sociedad pueden contribuir a la comprensión de este fenómeno. En las últimas décadas, los ordenamientos jurídicos de la región han abrazado formalmente el pluralismo al reconocer las jurisdicciones indígenas y afrodescendientes e incorporar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comercial internacional en la legislación nacional. Los estándares internacionales se vuelven cada vez más importantes, al mismo tiempo que la ciudadanía y los movimientos sociales exigen su cumplimiento a través de diferentes tipos de movilización política y legal. A pesar de esto, la violencia y la ilegalidad siguen caracterizando la forma en que la mayoría de las personas experimentan el Estado diariamente. ¿Una teoría regional del pluralismo jurídico informada por las perspectivas antropológicas sobre el derecho puede explicar la interacción cambiante entre legalidad e ilegalidad?

César Rodríguez Garavito acuñó el término "campos sociales minados" para conceptualizar el juego entre el derecho, las economías extractivas y la violencia en los territorios de las comunidades afrodescendientes e indígenas en Colombia. Esta importante intervención teórica tiene el potencial de tender un puente entre la literatura que se enfoca en el pluralismo jurídico y los pueblos indígenas y los estudios que analizan la relación entre las formas contemporáneas de gobernanza, el derecho, la ilegalidad y la violencia:

> En lo que sigue, llamo "campos sociales minados" a estos territorios y a las esferas de interacción social que se producen en ellos. Son campos minados tanto en sentido sociológico como en sentido económico. En términos sociológicos, se trata de verdaderos campos sociales, propios de las economías extractivas de enclave, caracterizados por relaciones de poder profundamente desiguales entre empresas y comunidades, y por la escasa presencia e intermediación del Estado. Son campos sociales minados por ser altamente riesgosos: en ellos dominan las sociabilidades violentas y desconfiadas, donde cualquier paso en falso puede resultar letal. En este sentido, son una muestra de las sociabilidades volátiles de las economías híbridas —ubicadas entre la legalidad, la ilegalidad y la informalidad— que pululan en los países del Sur Global en tiempos de globalización. (2012, 13-14)

Al resaltar lo que él llama "economías híbridas", Rodríguez Garavito se pregunta por los órdenes (i)legales de gobernanza que sustentan las formas contemporáneas de acumulación en la América Latina. En Colombia, los campos sociales minados se caracterizan por una de las formulaciones jurídicas más avanzadas de la región para el reconocimiento de la diferencia cultural, sin mencionar la institucionalización de estándares jurídicos internacionales para la defensa de los pueblos indígenas y afrodescendientes, como los procesos de consulta previa que buscan asegurar el CLPI. La fragmentación e inestabilidad de múltiples órdenes, muchos de ellos altamente violentos y coercitivos[11], parecen coexistir con una hiperlegalización de lo político, o lo que algunos han denominado la "fetichización del derecho"[12]. Viviane Weitzner, que también trabaja con pueblos indígenas y afrodescendientes en Colombia, ha propuesto el concepto de "derecho crudo" *(raw law)* para referirse a las reglas y regulaciones, a menudo letales, desplegadas por actores armados. El concepto ofrece una interpretación de la interacción entre la regulación estatal y la violencia que se inspira en el trabajo de Achile Mbembe sobre la "economía cruda" *(raw economy)*, la economía ilegal, "oscura" o en la sombra, que estructura el capitalismo global contemporáneo (Weitzner 2017, 2018).

Formas plurales de gobierno: soberanías fragmentadas y traslapadas

Fuera de América Latina, las contribuciones más recientes al campo de los estudios sobre el pluralismo jurídico también han empezado a analizar las distinciones ambiguas y las continuidades entre lo legal y lo ilegal, y el papel que juegan para asegurar formas neoliberales de gobernanza (Benda-Beckmann, Benda-Beckmann y Ekert 2009a). Jean Comaroff y John Comaroff (2006) han hecho énfasis, con razón, en la necesidad de un cambio analítico

en la antropología jurídica: de la preocupación por el pluralismo jurídico *per se* a un estudio de las relaciones entre derecho y gobierno en el mundo contemporáneo, y, específicamente, de las relaciones entre derecho y gobernanza en la era del neoliberalismo. La securitización del desarrollo es particularmente importante en este sentido: los paradigmas de securitización promueven cada vez más la suspensión parcial de las garantías constitucionales para regiones o poblaciones específicas[13], con lo que desdibujan la línea entre lo legal y lo ilegal y crean "zonas grises" de una ambigüedad jurídica exacerbada. En toda América Latina, los movimientos indígenas por la autodeterminación, la autonomía y la defensa territorial se encuentran atrapados en zonas grises semejantes: reconocidos formalmente por instrumentos y normas jurídicas nacionales e internacionales, pero sometidos a la violencia y, cada vez más, a la criminalización, habitan un espacio liminal que Deborah Poole describió incisivamente como un lugar "entre la amenaza y la garantía" (Poole 2004).

Quiero decir que las aproximaciones antropológicas a la soberanía pueden contribuir a la construcción de una teoría verdaderamente regional sobre el pluralismo jurídico que se involucre en los debates sobre la ilegalidad. Los antropólogos han formulado una distinción entre la soberanía legal y la soberanía *de facto*; por ejemplo, Thomas Blom Hansen y Finn Stepputat definen la soberanía legal como "el derecho legítimo a gobernar" y la soberanía *de facto* como el "derecho sobre la vida" y "la capacidad de matar, disciplinar y castigar con impunidad" (2006, 296). Ahora bien, mientras muchos teóricos se han inspirado en los trabajos de Giorgio Agamben y Carl Schmitt para enfatizar el lugar de la violencia en el concepto de soberanía, otros han sugerido pensar en la soberanía a partir de las formas de vida situadas que la constituyen y sostienen (en lugar de considerarla simplemente como violencia y poder para excluir) (Humphrey 2007). En ese sentido, los planteamientos de Caroline Humphrey tienen mucha relación con el concepto de "soberanías indígenas", que puede entenderse como una reafirmación de las ontologías (formas de ser en el mundo) alternativas, los órdenes morales y las formas de derecho y justicia "desde abajo", las formas subalternas de identidad y "conciencia jurídica", y las formas de defensa frente a las violencias racializadas que sufren poblaciones y territorios específicos. Las soberanías indígenas se constituyen a través de las prácticas cotidianas y se proyectan a través de una gama de imaginaciones jurídicas transnacionalizadas que, al mismo tiempo, reclaman el derecho a la autonomía y continúan existiendo en un espacio liminal entre lo *de jure* y lo *de facto*. De esta manera, las soberanías indígenas hacen visibles los porosos e indeterminados límites entre lo legal y lo ilegal en América Latina; el hecho de que el derecho es inherentemente inestable, dinámico y constantemente cuestionado. Cuando las comunidades y movimientos indígenas movilizan los "lenguajes de la estatalidad" (Blom Hansen y Stepputat 2001) para sustentar sus reclamos y defender sus territorios, sus recursos naturales y su autonomía política, no solo muestran el valor del derecho como parte del lenguaje político, sino también su importancia histórica como el lenguaje de las élites y las luchas subalternas por igual.

Estas formas de reclamo tienen lugar en un contexto más amplio de soberanías fragmentadas o traslapadas (Randeria 2007; Sieder 2011), que se caracteriza por la competencia y el

conflicto entre diversos actores transnacionales que buscan el control territorial y la puesta en práctica de nuevas formas de gobierno y economía política. La privatización y la desregulación, que son el sello distintivo del capitalismo y la gobernanza contemporánea, han llevado a la fragmentación del paradigma weberiano de la legalidad estatal; dicho de otro modo, la soberanía estatal se ha "dispersado" y "fracturado" en una serie de soberanías plurales, parciales y laterales. Esta fragmentación es una de las características más prominentes de las formas de gobernanza privada indirecta del siglo XXI, y produce la paradójica "presencia-ausencia del Estado en la aplicación de la ley" (Comaroff y Comaroff 2016, 28, 39). Joshua Barker analiza las "soberanías informales" y observa que "se hacen más evidentes en los márgenes del poder estatal moderno: en áreas remotas, asentamientos ilegales, zonas de ilegalidad, zonas de conflicto, dominios de las autoridades 'tradicionales', concesiones privatizadas, zonas francas" (2013, 260). Das y Poole (2004) dijeron que tales márgenes del poder estatal, donde el control del poder estatal es tenue y el proyecto del Estado es siempre incompleto y cuestionado, son de hecho centrales para los procesos de formación del Estado. Como ha argumentado Daniel Goldstein, "comprender la relación entre el Estado y sus márgenes, particularmente en términos de justicia y seguridad, requiere que vayamos más allá de una visión limitada de la distribución espacial del derecho y su conexión con formas no estatales de regulación" (2012, 29). En otras palabras, los estados contemporáneos en América Latina se caracterizan por gobernar a través de soberanías fragmentadas y traslapadas, que son tanto *de jure* como *de facto*, legales e "ilegales". Estas múltiples soberanías se generan en parte a través del derecho y particularmente a través del pluralismo jurídico global, donde se superponen los derechos humanos, el derecho comercial, los mecanismos de derecho blando y otras formas globalizadas de regulación. Al mismo tiempo, también se configuran a través de medios altamente violentos, coercitivos e ilegales. Como han señalado Rodríguez Garavito (2011), Weitzner (2017, 2018) y otros, esto es particularmente evidente en las disputas que surgen alrededor de los proyectos extractivistas en los territorios reclamados por pueblos indígenas. Entre los actores en tales disputas o "campos sociales minados" se incluyen las empresas transnacionales y sus aliados locales, las instituciones estatales (autoridades nacionales, federales o municipales, militares, diferentes cuerpos de policía, etc.), las empresas de seguridad privada contratadas por las compañías para mantener el orden en los proyectos extractivos y los grupos armados ilegales o paramilitares vinculados a los carteles de la droga (denominados genéricamente como "crimen organizado"). En tales contextos, las formas de derecho y gobierno de los pueblos indígenas, o derecho propio, se "ilegalizan" cada vez más en la práctica (por ejemplo, la policía comunitaria de Guerrero [México], que ha sido acusada de secuestro en los últimos años cuando detiene a presuntos delincuentes [Sierra 2016], o los líderes comunitarios en Guatemala que enfrentan cargos penales cuando intentan hacer valer sus derechos sobre las tierras comunales frente a los proyectos de las empresas mineras [Mazariegos 2014; Asociación Maya Uk'ux B'e 2016]). Los límites entre lo que es "el Estado" y lo que no lo es, entre lo legal y lo ilegal, son cada vez más difíciles de descifrar. En términos más generales, el análisis de la manera en que los pueblos indígenas experimentan el derecho en América

Latina indica que lo que se considera ilegal en un momento dado puede convertirse luego en parte del derecho formal, para después volverse ilegal en la práctica. Claramente, este es el caso del derecho propio: en un principio fue marginal o ilegal, luego se convirtió en parte de la legalidad estatal a través de las reformas constitucionales multiculturales de fines del siglo XX y finalmente ha sido ilegalizado en la práctica, como lo atestiguan las autoridades indígenas que son perseguidas penalmente por ejercer sus formas propias de derecho[14]. Esta gran ambigüedad en torno a lo legal parece ser uno de los factores centrales que facilitan los procesos de acumulación y despojo que amenazan la existencia misma de los pueblos indígenas en todo el continente.

Conclusiones

En una importante intervención en los debates alrededor del derecho y el pluralismo jurídico, los antropólogos Jean Comaroff y John Comaroff resaltaron la necesidad de analizar "las formas en que las configuraciones jurídicamente plurales aseguran diferentes formas de gobernanza en la era del neoliberalismo" (Comaroff y Comaroff 2009, 32, 39). He sugerido en este capítulo que el concepto de soberanías fragmentadas y traslapadas puede ayudarnos a comprender las nuevas modalidades de gobierno y poder en América Latina. En particular, el concepto permite analizar la relación dialéctica entre diversas formas de legalidad e ilegalidad, entre la violencia estructural y otras formas de violencia, y entre las construcciones hegemónicas y contrahegemónicas del derecho. Las perspectivas antropológicas sobre el derecho han subrayado la importancia de explorar etnográficamente cómo las personas en diferentes contextos y momentos históricos conciben el derecho, la justicia y la seguridad, y sus acciones para alcanzarlos. Estas perspectivas de investigación nos ayudan a evaluar el legado de casi tres décadas de reforma legal multicultural en América Latina[15], así como el potencial transformador de las diferentes constelaciones de gobierno. Como ha observado Mark Goodale, un pluralismo legal reconceptualizado en América Latina "no solo está cambiando permanentemente, sino que es potencialmente subversivo" (2008, 220). En efecto, Goodale sostiene que la naturaleza fragmentaria del derecho en la región, y por lo tanto la inevitable incompletitud del derecho estatal hegemónico, abre la posibilidad de que los sectores que no pertenecen a la élite experimenten con una pluralidad de estrategias jurídicas. Como otros académicos latinoamericanos, enfatizo los elementos contrahegemónicos que están presentes en el paisaje de soberanías fragmentadas que ofrece el pluralismo jurídico contemporáneo; asimismo, resalto la importancia de una cuidadosa investigación etnográfica al respecto. Numerosos ejemplos muestran cómo el limitado apoyo del multiculturalismo neoliberal a las autonomías indígenas ha abierto el camino a nuevas demandas y formas de autodeterminación, que cuestionan las lógicas dominantes del extractivismo y la mercantilización. En medio de regímenes regulatorios altamente violentos, las comunidades y los movimientos sociales continúan invocando el derecho internacional y sus propias convicciones éticas y morales, e insisten en la legalidad y la legitimidad de sus prácticas y ontologías alternativas. En el proceso generan nuevas comprensiones y subjetividades, que en última instancia van mucho más allá de los lenguajes del derecho. La identidad étnica es solo una dimensión de

estas soberanías subalternas: estos espacios frágiles y disputados de autonomía promueven unas formas de sociabilidad que contrastan con la narrativa dominante del desarrollo individual y con las estrategias militarizadas de desarrollo y seguridad que promueven las élites nacionales y transnacionales. En resumen, en este capítulo he argumentado que la teorización del pluralismo jurídico y las constelaciones contemporáneas de gobierno, así como los estudios de derecho y sociedad en su conjunto, pueden nutrirse de las investigaciones antropológicamente informadas sobre las soberanías fragmentadas y la interacción entre lo legal y lo ilegal en América Latina. En el corazón de este esfuerzo está el debate entre la investigación etnográfica empírica y posicionada y los intentos por desarrollar teorías sobre el pluralismo (i)legal más fundamentadas en la región.

Notas

1. Véanse, por ejemplo, Chanock 1985; Griffiths 1986; Merry 1988; Moore 1996, 2005.
2. Una excepción es el trabajo de Antonio Wolkmer (2015), que propone una teoría del pluralismo jurídico para oponerse al tradicional monismo legal que prevalece en la región.
3. Moore propuso que un campo reducido, como el observable por un antropólogo, podría generar sus propias reglas, costumbres y símbolos internamente, pero que es "vulnerable a las reglas, decisiones y otras fuerzas que emanan del mundo más amplio que lo rodea" (1973, 720).
4. Santos definió la interlegalidad como
   a. [L]a concepción de diferentes espacios jurídicos superpuestos, compenetrados y mezclados tanto en nuestras mentes como en nuestras acciones, ya sea en los saltos cualitativos o crisis radicales en nuestras trayectorias vitales, o en la aburrida rutina de la cotidianidad sin acontecimientos. Vivimos en una época de porosa legalidad o de porosidad jurídica, de múltiples redes de ordenamientos jurídicos que nos obligan a constantes transiciones y trasgresiones. Nuestra vida jurídica está constituida por la intersección de diferentes ordenamientos jurídicos, es decir, por la interlegalidad. (Santos 1995, 473).
5. Santos y Rodríguez Garavito (2005) acuñan el concepto de "legalidades cosmopolitas subalternas" para referirse a las formas de resistencia e innovación legal localmente arraigadas de los más marginados dentro del orden global actual. También enfatizan la necesidad de darles la debida importancia a los entendimientos no hegemónicos o no occidentales de los derechos y la dignidad humana en las creaciones jurídicas subalternas.
6. Véanse, por ejemplo, Cotterrell sobre el transnacionalismo jurídico y los desafíos que esto plantea para la sociología jurídica (Cotterrell 2009), o el llamado de César Rodríguez Garavito a una "concepción poswestfaliana del derecho" (Rodríguez Garavito 2011).
7. Los dos volúmenes de *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, editados por Mauricio García-Villegas y Boaventura de Sousa Santos (2001), analizan estas cuestiones para el caso de Colombia y analizan explícitamente el pluralismo jurídico.
8. También señalan las formas en que las acusaciones de corrupción se han convertido en parte del lenguaje de la contienda política, como ha sucedido en otras partes del mundo.
9. El concepto de "prohibición" *(outlawing)* de Goldstein es una contribución importante en esta dirección.

10. Sobre la relación entre las percepciones de la justicia y las subjetividades jurídicas, véanse los ensayos de la colección editada por Sandra Brunnegger y Karen Ann Faulk (2016).
11. Daniel Goldstein enfatiza las formas en que "los espacios marginales se caracterizan no por formas estables de regulación social y sistemas plurales de derecho y legalidad, sino por escenarios de legalidad e ilegalidad, orden y caos, fracturados y siempre cambiantes" (2012, 30).
12. Véase Lemaitre 2009.
13. Véase el capítulo de Madrazo y Pérez Correa en este volumen.
14. Véase, por ejemplo, el análisis de Marc Simon Thomas sobre la coordinación de la justicia intercultural en Ecuador (2016).
15. Para una importante contribución sobre Colombia, véase Chaves 2011; sobre México, véase Hernández, Sierra y Sieder 2013.

Referencias

Aragón, Orlando. 2015. El derecho después de la insurrección. Cherán y el uso contra-hegemónico del derecho en la Suprema Corte de Justicia de México. *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies* 7(2): 71-87.

Aragón, Orlando. 2016. *De la "vieja a la nueva justicia indígena". Transformaciones y continuidades en las justicias indígenas en Michoacán*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.

Arias, Enrique Desmond. 2006. *Drugs and democracy in Rio de Janeiro: Trafficking, social networks, and public security*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.

Arias, Enrique Desmond y Daniel Goldstein (eds.). 2010. *Violent democracies in Latin America*. Durham: Duke University Press.

Arteaga Böhrt, Ana Cecilia. 2017. Let us walk together: *Chachawarmi* [male-female] complementarity and indigenous autonomies in Bolivia. En *Demanding justice and security: Indigenous women and legal pluralities in Latin America*, ed. Rachel Sieder. New Brunswick, New Jersey y Londres: Rutgers University Press.

Asociación Maya Uk'ux B'e. 2016. *Discriminalización y represión contra la resistencia en defensa del territorio de los pueblos indígenas. La judicialización, una forma de criminalizar.* Chimaltenango, Guatemala: Asociación Maya Uk'ux B'e.

Barker, Joshua. 2013. Epilogue: Ethnographies of State-Centrism. *Oceania* 83(3): 259-64.

Barrera, Anna. 2016. *Violence against women in legally plural settings: Experiences and lessons from the Andes*. Oxon y Nueva York: Routledge.

Bastos, Santiago y Quimy de León. 2014. *Dinámicas de despojo y resistencia en Guatemala. Comunidades, estado, empresas*. Guatemala: Diakonía/Colibrí Zurdo.

Blom Hansen, Thomas y Finn Stepputat (eds.). 2001. *States of imagination: Ethnographic explorations of the post-colonial state*. Durham NC: Duke University Press.

Blom Hansen, Thomas y Finn Stepputat. 2006. Sovereignty revisited. *Annual Review of Anthropology* (35): 295-315.

Brunnegger, Sandra y Karen Ann Faulk (eds.). 2016. *A sense of justice. Legal knowledge and lived experience in Latin America*. Stanford: Stanford University Press.

Burman, Anders. 2011. Chachawarmi: Silence and rival voices on decolonisation and gender politics in Andean Bolivia. *Journal of Latin American Studies 43*(1): 65-91.

Calla, Pamela y Susan Paulson. 2008. *Justicia comunitaria y género en las zonas rurales*

de Bolivia. Ocho estudios de caso. La Paz: Oasis-Red de Participación y Justicia de Bolivia-Jiquisiña-Comai Pachamama.

Center for Justice and International Law (CEJIL). 2014. *Sumarios de jurisprudencia/Pueblos indígenas*. Costa Rica. www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/SumariosJurisprudencia_PueblosIndigenas.pdf. (Consultado el 5 de mayo de 2017).

Chanock, M. 1985. *Law, custom and social order: The colonial experience in Malawi and Zambia*. Cambridge: Cambridge University Press.

Chaves, Margarita, comp. 2011. *La multiculturalidad estatalizada: Indígenas, afrodescendientes y configuraciones de Estado*. Bogotá: ICANH.

Chenaut, Victoria. 2014. *Género y procesos interlegales*. México: El Colegio de Michoacán/CIESAS.

Civico, Aldo. 2016. *The para-state. An ethnography of Colombia's death squads*. Berkeley: University of California Press.

Comaroff, Jean y John Comaroff. 2006. Law and disorder in the postcolony: An introduction. En *Law and disorder in the postcolony*, eds. John L. Comaroff y Jean Comaroff, 1-56. Chicago y Londres: University of Chicago Press.

Comaroff, Jean y John Comaroff. 2009. Reflections on the anthropology of law, governance and sovereignty. En *Rules of law and laws of ruling: On the governance of law*, eds. Franz von Benda-Beckmann, Keebet von Benda-Beckmann y Julia Eckert, 31-59. Surrey y Burlington: Ashgate.

Comaroff, Jean y Jonh Comaroff. 2016. *The truth about crime. Sovereignty, knowledge, social order*. Chicago: University of Chicago Press.

Composto, Claudia y Mina Navarro. 2012. Estados, transnacionales extractivas y comunidades movilizadas: dominación y resistencias en torno de la minería a gran escala en América Latina. *Revista Theomi 25*: 58-78.

Cóndor, Eddie. 2009. *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos: Estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.

Cóndor, Eddie. 2010. *Experiencias de coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos en la Región Andina*. Lima, Perú: Comisión Andina de Juristas.

Cotterrell, Roger. 2009. Spectres of transnationalism: Changing terrains of the sociology of law. *Journal of Law and Society* 36(4): 481-500.

Das, Veena y Deborah Poole (eds.). 2004. *Anthropology in the margins of the state*. Santa Fe: SAR Press.

Franco, Rocío y María Alejandra González Luna. 2009. *Las mujeres en la justicia comunitaria: Víctimas, sujetos y actores*. Serie Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, vol. 3. Lima: IDL.

García, Fernando. 2002. *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad Quichúa ecuatoriana*. Quito: FLACSO-Ecuador.

Goldstein, Daniel. 2004. *The spectacular city. Violence and performance in urban Bolivia*. Durham y Londres: Duke University Press.

Goldstein, Daniel. 2012. *Outlawed. Between security and rights in a Bolivian city*. Durham y Londres: Duke University Press.

Goodale, Mark. 2008. Legalities and illegalities. En *A companion to Latin American anthropology*, ed. Deborah Poole, 214-29. Malden y Oxford: Blackwell.

Griffiths, Jonh. 1986. What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism 24*: 1-50.

Hernández, Rosalva. 2016. *Multiple injustices: Indigenous women and legal pluralism in Latin*

America. Tucson: University of Arizona Press.

Hernández, Rosalva, María Teresa Sierra y Rachel Sieder (eds.). 2013. *Justicias indígenas y estado: Violencias contemporáneas*. México: FLACSO/CIESAS.

Humphrey, Caroline. 2007. Sovereignty. En *A companion to the anthropology of politics*, eds. David Nugent y Joan Vincent, 418-36. Nueva York: Blackwell.

Lang, Miriam y Anna Kucia. 2009. *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito: UNIFEM.

Lemaitre, Julieta. 2009. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

Macleod, Morna. 2011. *Nietas del fuego, creadoras del alba. Luchas político-culturales de mujeres mayas*. Guatemala: FLACSO.

Maldonado, Salvador. 2010. *Los márgenes del estado mexicano. Territorios ilegales, desarrollo y violencia en Michoacán*. Zamora: El Colegio de Michoacán.

Martínez, Juan Carlos. 2004. *Derechos indígenas en los juzgados. Un análisis del campo judicial oaxaqueño*. México: INAH.

Mazariegos, Mónica. 2014. *Derecho a la consulta y disenso. Por el uso contrahegemónico del derecho*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Carlos III.

Mbembe, Achille. 2017. *Critique of black reason*. Durham NC: Duke University Press.

Merry, Sally. 1988. Legal pluralism. *Law and Society Review* 22: 869-96.

Merry, Sally. 2006. *Human rights and gender violence: Translating international law into local justice*. Chicago: University of Chicago Press.

Michaels, R. 2009. Global legal pluralism. *Annual Review of Law and Social Science* 5: 243-62.

Molano, Alfredo. 2001. La justicia guerrillera. En *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo II, eds. Mauricio García Villegas y Boaventura de Sousa Santos, 331-88. Bogotá: Siglo del Hombre.

Moore, Sally Falk. 1973. Law and social change: The semi-autonomous social field as an appropriate subject of study. *Law & Society Review* 7(4): 719-46.

Moore, Sally Falk. 1996. *Social facts and fabrications: "Customary" law on Kilimanjaro, 1880-1980*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Moore, Sally Falk. 2005. Certainties undone: Fifty turbulent years of legal anthropology, 1949-1999. En *Law and anthropology: A reader*, ed. Sally Falk Moore, 346-67. Oxford: Blackwells.

Nostas, Mercedes y Carmen Elena Sanabria Salmón. 2009. *Detrás del cristal con que se mira: Órdenes normativos e interlegalidad. Mujeres quechuas, aymaras, sirionó, trinitarias, chimane, chiquitanas y ayoreas*. La Paz: Coordinadora de la Mujer.

O'Donnell, Guillermo. 1993. *On the state, democratization and some conceptual problems: A Latin American view with glances at some post-communist countries*. Kellog Institute. Artículo en proceso #192. https://www3.nd.edu/~kellogg/publications/workingpapers/WPS/192.pdf. (Consultado el 10 de mayo de 2016).

Orellana, René. 2004. *Interlegalidad y campos jurídicos. Discurso y derecho en la configuración de órdenes semiautónomos en comunidades quechuas de Bolivia*. Ámsterdam: Universiteit van Amsterdam.

Poole, Deborah. 2004. Between threat and guarantee: Justice and community in the margins of the Peruvian state. En *Anthropology in the margins of the state*, eds. Veena Das

y Deborah Poole, 35-65. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Randeria, Shalini. 2007. The state of globalization legal plurality, overlapping sovereignties and ambiguous alliances between civil society and the cunning state in India. *Theory, Culture & Society* 24(1): 1-33.

Risør, Helene. 2010. Twenty hanging dolls and a lynching: Defacing dangerousness and enacting citizenship. En El Alto, Bolivia. *Public Culture* 22(3): 465-85.

Rodríguez-Garavito, César. 2011. Ethnicity.gov: Global governance, indigenous peoples, and the rights to prior consultation in social minefields. *Indiana Journal of Global Legal Studies 18*(1): 263-305.

Rodríguez Garavito, César. 2012. Etnicidad.gov: *Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá, D. C.: Dejusticia.

Rodríguez Garavito, César y Boaventura de Sousa Santos. 2005. *Law and globalization from below: Towards a cosmopolitan legality*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Salvatore, Ricardo, Carlos Aguirre y Gil Joseph (eds.). 2001. *Crime and punishment in Latin America: Law and society since colonial times*. Durham NC: Duke University Press.

Sánchez, Esther. 2010. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*. 3ª edición. Bogotá: UNIJUS.

Sousa Santos, Boaventura de. 1977. The law of the oppressed. the construction and reproduction of legality of Pasagarda. *Law and Society Review* 12(1): 5-126.

Sousa Santos, Boaventura de. 1995. *Toward a new common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*. Londres y Nueva York: Routledge.

Sousa Santos, Boaventura y César Rodríguez Garavito, Eds. 2005. *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Nueva York: Cambridge University Press.

Sousa Santos, Boaventura de y Agustín Grijalva, coords. 2012. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Abya Yala/ Fundación Rosa Luxemburg.

Sousa Santos, Boaventura de y José Luis Exeni Rodríguez (eds.). 2012. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Abya Yala/ Fundación Rosa Luxemburg.

Sousa Santos, Boaventura de y Mauricio García Villegas, coords. 2001. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomos I y II. Bogotá: ICAHN/CES/Siglo del Hombre Editores.

Schiff, Paul. 2009. The new legal pluralism. *Annual Review of Law and Social Science* 5: 225-42.

Schiff, Paul, ed. 2020. *The Oxford handbook of global legal pluralism*. Oxon y Nueva York: Oxford University Press.

Sieder, Rachel. 2011. Contested sovereignties: Indigenous law, violence and state effects in postwar Guatemala. *Critique of Anthropology* 31(3): 161-84.

Sieder, Rachel. 2013. Subaltern cosmopolitan legalities and the challenges of engaged ethnography. *Universitas Humanística* 75: 219-47.

Sieder, Rachel, ed. 2017. *Demanding justice and security: Indigenous women and legal pluralities in Latin America*. New Brunswick: Rutgers University Press.

Sieder, Rachel y Anna Barrera. 2017. Women and legal pluralism: Lessons from indigenous governance systems in the Andes. *Journal of Latin American Studies* 49(3): 633-58.

Sieder, Rachel y María Teresa Sierra. 2010. *Indigenous women's access to justice in Latin*

America. CMI Working Paper. Bergen, Noruega: Chr. Michelsen Institute.

Sierra, María Teresa, coord. 2004. *Haciendo justicia: Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*. México: CIESAS/ Miguel Ángel Porrúa.

Sierra, María Teresa. 2016. *Las apuestas por la paz y la dignidad de los pueblos desde la justicia y la seguridad comunitaria. Pueblos indígenas y estado en Guerrero*. Manuscrito sin publicar en poder de la autora.

Snodgrass, Angelina. 2006. *Popular injustice: Violence, community and law in Latin America*. Stanford, CA: Stanford University Press.

Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde. 1990. *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. San José: Instituto Indigenista Interamericana.

Stavenhagen, Rodolfo. 2002. Indigenous people and the state in Latin America. An ongoing debate. En *Multiculturalism in Latin America: Indigenous rights, diversity and democracy*, ed. Rachel Sieder, 24-44. Basingstoke y Nueva York: Palgrave Macmillan.

Terven, Adriana. 2009. *justicia indígena en tiempos multiculturales. Hacia la conformación de proyectos colectivos propios: La experiencia organizativa de Cuetzálan*. Tesis doctoral en Antropología Social. Ciudad de México: Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS).

Thomas, Kedron y Rebecca Galemba. 2013. Illegal anthropology: An introduction. *PoLAR: Journal of the Association for Political and Legal Anthropology* 36(2): 211-14.

Thomas, Marc. 2016. The effects of formal legal pluralism on indigenous authorities in the Ecuadorian highlands. *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology* 22: 46-61.

Van Cott, Donna Lee. 2000. *The friendly liquidation of the past: The politics of diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Von Benda-Beckmann, Franz, Keebet Von Benda-Beckmann y Julia Eckert (eds.). 2009a. *Rules of law and laws of ruling. On the governance of law*. Surrey and Burlington, Ashgate.

Von Benda-Beckmann, Franz, Keebet Von Benda-Beckmann y Anne Griffiths (eds.). 2009b. *The power of law in a transnational world, anthropological enquiries*. Nueva York y Oxford: Berghan Books.

Weitzner, Viviane. 2017. 'Nosotros somos Estado'. Contested legalities in decision-making about extractives affecting ancestral territory in Colombia. *Third World Quarterly* 38(5): 1198-214.

Weitzner, Viviane. 2018. *Economía cruda/ Derecho crudo. Pueblos ancestrales, minería, derecho y violencia en Colombia*. Tesis doctoral en Antropología. Ciudad de México: Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS).

Wolkmer, Antonio Carlos. 2015. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Dereito*. 4.ª edición. São Paulo: Saraiva.

Yrigoyen, Raquel, ed. 2010. *Pueblos indígenas, constituciones y reformas políticas en América Latina*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.

Yrigoyen, Raquel. 2011. Derecho y jurisdicción indígena en la historia constitucional: De la sujeción a la descolonización. En *El derecho en América Latina: Los retos del siglo XXI*, coord. César Rodríguez Garavito, 139-59. Buenos Aires: Siglo XXI.

Capítulo 4
LA CULTURA DEL INCUMPLIMIENTO DE REGLAS EN AMÉRICA LATINA*

Mauricio García-Villegas[1]

La cultura del incumplimiento de reglas en América Latina se remonta a los tiempos de las colonias española y portuguesa. Desde entonces, escritores, pensadores y líderes políticos se han referido a este fenómeno[2]. Ya en 1743, por ejemplo, el virrey Eslava se quejaba ante sus superiores de que "las provincias de la Nueva Granada eran prácticamente ingobernables" (McFarlane 1997, 300). Con el arribo de la independencia, las normas cambiaron, pero la realidad social y la brecha entre el derecho y la realidad se mantuvieron prácticamente como estaban. A mediados del siglo XIX, el presidente mexicano Benito Juárez se lamentaba de "esa tendencia que generalmente se observa en los pueblos de sustraerse de las obligaciones que las leyes les imponen" (Juárez 1987, 225). El poeta Octavio Paz solía decir que los mexicanos viven en una "mentira constitucional", dado que las leyes nunca se cumplen.

Las raíces de esta cultura se evidencian en el lenguaje popular latinoamericano. En América Latina es frecuente escuchar expresiones como "hecha la ley, hecha la trampa", "la ley es para los de ruana" u otras más oficiales como "se acata, pero no se cumple". En Brasil, la expresión *jeito* se refiere a un modo de resolver los problemas por encima (o por fuera) de los códigos, las normas y las leyes (Rosenn 1985). Existe una vieja expresión brasileña que reza: *"manda quem pode, obedece quem quer"* ("manda quien puede, obedece quien quiere") y es un buen reflejo de la disparidad entre las visiones del poder y del derecho que tienen los gobernantes y los súbditos. En México se suele decir "para mis amigos todo, para mis enemigos la ley", y se afirma popularmente que el presidente Benito Juárez dijo alguna vez "para mis amigos paz y justicia, para mis enemigos la ley".

En la literatura latinoamericana también abundan las referencias a personajes indómitos que no se someten a nadie. *Martín Fierro*, el famoso poema del escritor argentino José Hernández, relata la visión del mundo de un policía rural que se rebela contra la orden de capturar a un delincuente [3]. También en el país gaucho, *Don Segundo Sombra*, de Ricardo Güiraldes, cuenta la vida de personajes que viven altivos y libres, sin necesidad de la sociedad y menos aún del Estado. Lo mismo se aprecia en *El mundo es ancho y ajeno*, del peruano Ciro Alegría, y en *Juan Moreira*, la novela del argentino

* Cómo citar este capítulo: García-Villegas, Mauricio. 2024. La cultura del incumplimiento de reglas en América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 109-130. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.5

Eduardo Gutiérrez. En *El chulla Romero y Flores* del ecuatoriano Jorge Icaza se muestra una sociedad escindida por las diferencias de clase y de poder, en la cual nadie cumple las reglas. De igual forma, encontramos personajes ingobernables que no se someten a nadie, como Ño Pernalete y Mujiquita de la novela *Doña Bárbara*, del venezolano Rómulo Gallegos, o el Jaguar en *La ciudad y los perros*, del peruano Mario Vargas Llosa. Muchos cuentos infantiles latinoamericanos exaltan la astucia y la viveza; en ellos se relata la historia de un personaje picaresco que sale adelante en medio de la adversidad[4]. En todos ellos el pícaro sale airoso en medio de una adversidad que lo tenía condenado. Pero la literatura no solo se ocupa del incumplimiento de los individuos, sino también del incumplimiento del Estado. En *Yo el Supremo*, de Augusto Roa Bastos, y en *El otoño del patriarca*, de Gabriel García Márquez, el Estado es una institución sometida al capricho de los gobernantes, más que a la ley. En *El coronel no tiene quien le escriba*, también de García Márquez, se relata la espera interminable de un oficial al que no le llega su pensión.

A pesar de las constantes referencias al incumplimiento, se trata de un fenómeno poco estudiado. De acuerdo con Carlos Santiago Nino, "es sorprendente que no obstante la visibilidad de la tendencia argentina hacia la ilegalidad [...] ella no haya sido señalada hasta ahora por politólogos, historiadores y economistas como un factor significativo para dar cuenta del subdesarrollo argentino" (2005, 28, 29)[5]. Ha habido excepciones, claro. Quizás la más notable de todas es la del antropólogo Roberto Da Matta, para quien la manera como el pueblo brasileño canta, baila y festeja es clave para entender el sistema social y, en particular, el desapego de los individuos frente al poder y la autoridad (Da Matta 1987, 2002). Los escritos de Julio Mafud también caen en esta excepción, en especial su *Psicología de la viveza criolla*, donde el autor describe con agudeza la manera como el argentino intenta sacar provecho al relacionarse con la autoridad. Tampoco se puede dejar de lado el libro de Carlos Santiago Nino, *Un país al margen de la ley*, en el cual el autor, desde una perspectiva sociológica, intenta mostrar los costos que el incumplimiento tiene para la democracia y el desarrollo. Algunos historiadores de la región, como José Luis Romero en Argentina, Leopoldo Zea en México y Mario Góngora en Chile, también se han preocupado por encontrar en la cultura popular elementos para comprender la relación que los latinoamericanos tienen con la autoridad y con el derecho.

En Europa y Estados Unidos el interés por la desobediencia legal es bastante marginal entre los académicos de derecho y sociedad. Solo en dos casos parece llamar la atención este asunto: cuando el incumplimiento cuestiona la legitimidad del derecho, con lo que despierta el problema de la desobediencia civil[6] que analiza la filosofía del derecho, y cuando se relaciona con las implicaciones y causas del delito en la sociedad, lo cual es tratado por la criminología[7]. En ambos casos, el incumplimiento se percibe como un fenómeno social disfuncional, marginal y excepcional[8]. En América Latina, en cambio, la desobediencia social y legal también se ve como un hecho social "normalizado", o incluso justificado, lo que tiene consecuencias relevantes para el funcionamiento de la democracia, el desarrollo económico y la ciudadanía. Tal vez por eso en América Latina se ha desarrollado una perspectiva sociológica o sociopolítica singular sobre el incumplimiento, que no parte de la idea de disfunción, sino de la de normalidad.

En este capítulo revisaré una parte de esta literatura, mostraré su originalidad en términos comparativos y la clasificaré en tres perspectivas diferentes que, creo, abarcan la mayor parte de la producción latinoamericana sobre este tema. Este ejercicio es tanto un esfuerzo por presentar una visión general de los trabajos latinoamericanos sobre el incumplimiento de reglas como un producto de mis propias reflexiones académicas sobre este asunto (García Villegas 2009, 2011, 2014a).

Perspectivas del incumplimiento en América Latina

Las referencias a la cultura del incumplimiento de reglas en América Latina pueden clasificarse en tres perspectivas generales[9]. La primera es estratégica, afirma que la gente incumple luego de calcular los costos y beneficios de la obediencia. Los sujetos son aquí considerados como actores racionales que incumplen cuando los efectos negativos que acarrea ese comportamiento (la sanción, por ejemplo) pueden ser evitados, no son graves o no se compadecen con los beneficios que se obtienen. La segunda perspectiva es política: sostiene que cuando las personas incumplen, lo hacen como un acto de resistencia contra la autoridad injusta. Según esta mirada, el mundo social está dominado por un puñado de usurpadores que detentan el poder; las instituciones y las autoridades carecen de legitimidad y, por eso, el subordinado no pierde oportunidad para incumplir y dejar de hacer lo que se le ordena. La tercera perspectiva es de tipo contextual. Aquí las personas desobedecen por estar en circunstancias excepcionales que les impiden cumplir. No cuestionan la validez o la legitimidad de las reglas, simplemente señalan que su situación excepcional los exime del cumplimiento. Cada una de estas perspectivas enfatiza una razón particular para incumplir: el interés personal en la visión estratégica, la justicia en la visión política, y las circunstancias excepcionales en la visión contextual. Teóricamente hablando, cada uno se refiere a una actitud particular de no respeto hacia las reglas[10].

Tres aclaraciones iniciales. Primero, por razones que explicaré más adelante, en esta revisión examino el fenómeno del incumplimiento con respecto a las normas jurídicas y sociales (desobedecer las normas jurídicas es, con frecuencia, el resultado de obedecer normas sociales) y no solo la desobediencia de la gente del común, sino también de los funcionarios. En segundo lugar, es importante tener en cuenta que, a pesar de la importancia del incumplimiento en América Latina, la mayoría de las personas cumplen las reglas. La gente sobrestima el desacato. Eso se debe a un fenómeno bien estudiado por la sicología cognitiva que consiste en que los seres humanos tenemos una aversión particular por los detractores del orden social[11]. En tercer lugar, no solo los individuos desobedecen; el Estado es quizás el incumplidor más importante en América Latina. Tanto los políticos como la administración prometen cumplir, pero no lo hacen (Araújo 2009; Dewey 2015; Duhau y Giglia 2008; García Villegas 2009). Pero esa es otra historia.

Desobediencia estratégica

El punto de vista estratégico sobre el incumplimiento es quizás el más común en América Latina. En general, esta perspectiva se encuentra entre los autores que adoptan posiciones cercanas al individualismo metodológico, algunos de ellos economistas (Arrow

1994; Olson 1965). Una variante de esto, con algunas particularidades, agrupa a una serie de autores, sobre todo ligados a la ciencia política en los Estados Unidos, que intentan explicar el incumplimiento como el resultado de los incentivos que se originan en la incapacidad institucional de sancionar las desviaciones[12] (Bergman 2009; Murillo *et al*. 2021; Helmke y Levitsky 2004; Levitsky y Murillo 2009; Cuéllar 2000; Harrison 1985; Harrison y Huntington 2000; Kalmanovitz 2001; Rubio 1997). El incumplimiento es visto bien como un fracaso institucional o como el producto de una estrategia individual en la que los costos de las prácticas contrarias a derecho son bajos en comparación con los resultados obtenidos. El problema del desacato se origina en la existencia de instituciones débiles que no pueden imponer sanciones a quienes no cumplen las reglas.

Como dije, cada perspectiva sobre la desobediencia tiene en mente un tipo de actor social, un personaje. En este caso se trata del "vivo". En cada parte del continente, desde el norte de México hasta la Patagonia, la "viveza" se reconoce, comprende y practica. Ahora bien, la viveza es un comportamiento ambivalente. Por un lado, es motivo de elogio, puesto que representa la capacidad de salir adelante en situaciones difíciles. Por otro lado, la viveza puede ser reprochable cuando se utiliza para "tumbar", engañar o sacar provecho de alguien; alguien que por lo general cumple. El expresidente colombiano Alberto Lleras Camargo definía de esta manera al vivo:

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

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

El arte del vivo consiste en hacer un cálculo estratégico entre los riesgos del incumplimiento de reglas y los beneficios resultantes de incumplir. Pero si el vivo es un calculador, sus cálculos no siempre lo benefician en el mediano y largo plazo. En su análisis sobre el incumplimiento de normas en Argentina, Carlos Santiago Nino (2005) se vale del modelo del actor racional para sostener que en este país existe una especie de anomia en la vida social, a la cual denomina "anomia boba", dado que es un tipo de comportamiento que termina perjudicando a todos o a la mayoría de los actores involucrados, no obstante el hecho de que, desde el punto de

vista individual, puede considerarse un comportamiento racional[13]. Quizás el ejemplo más claro se encuentre en el tránsito: cuando, para llegar primero, todos los conductores (o una gran mayoría) violan las normas elementales que ordenan respetar la separación de los carriles, todos terminan obstaculizándose y llegando más tarde de lo que hubieran llegado de haber conducido según las reglas[14].

Como dije al comienzo, este punto de vista adopta la perspectiva de un agente racional. Cuando es poco probable que se aplique la sanción establecida por una norma, aumenta el interés del individuo por violar esa norma. Mucho de lo que se escribe en América Latina desde esta perspectiva está destinado a defender políticas públicas represivas, por lo general asociadas con el punitivismo penal. La prohibición de las drogas ilícitas suele ser, desde hace muchos años y bajo el influjo de la política exterior estadounidense, un campo privilegiado por esta perspectiva (Uprimny *et al.* 2012; Pérez 2011)[15].

Tras adoptar este punto de vista, algunos economistas colombianos han concluido que un Estado débil es la principal causa de la violencia en el país[16]. Algunos politólogos colombianos también adoptan esta visión con el fin de analizar las posibles relaciones entre la existencia de un Estado débil y el desarrollo de mercados ilegales, como los relacionados con la explotación ilegal de oro y madera (Giraldo y Muñoz 2012). Según ellos, el incumplimiento es el producto de los incentivos generados por la incapacidad del Estado para hacer cumplir las normas penales.

En un sentido similar, podemos considerar los trabajos de la autora mexicana Graciela Bensusán, que ha estudiado el incumplimiento de las normas laborales en varios países de América Latina (2006, 2007; Bensusán y Middlebrook 2013; Marinakis 2016). Sus escritos muestran que la decisión de un empleador de cumplir con las normas laborales resulta en gran medida de un cálculo racional basado en una relación costo-beneficio (esto es, entre lo que le costaría al empleador cumplir con la norma y el beneficio que el empleador obtendría si no lo hiciera). Marcelo Bergman adopta parcialmente esta perspectiva en un estudio comparativo sobre la evasión fiscal en Argentina y Chile (2009). Según Bergman, cada persona preferiría racionalmente no pagar impuestos y beneficiarse del sistema como un *free-rider*; las personas solo cumplirán las normas tributarias si creen que existe una buena posibilidad de que sean sancionadas por evasión fiscal. En este sentido, la decisión de cumplir o burlar las normas tributarias es producto de un cálculo racional. Sin embargo, como la racionalidad que guía esta decisión es limitada, ya que es imposible para la mayoría de las personas prever con certeza si serán sancionadas o no, la gente actúa en última instancia por imitación, es decir, haciendo lo que cree que hacen los demás. La percepción generalizada en Argentina es que la mayoría de las personas no pagan impuestos y que nadie es castigado por ello, mientras que la percepción generalizada en Chile es que la mayoría de la gente cumple con los deberes fiscales y que quienes intentan burlarlos son sancionados por el Estado. Esto merece un comentario adicional: cuando los medios de comunicación y los gobiernos solo hablan de los delincuentes, se crea en el ciudadano una sensación de abatimiento que puede terminar minando su intención de cumplir. Los incumplidores son una minoría, pero hacen mucho daño y mientras más visibles son, más daño hacen. Marcelo Bergman ha mostrado

cómo el efecto perjudicial de un incumplidor adicional en el grupo es mucho más grande que el efecto benéfico de un cumplidor adicional. Por eso, las campañas más exitosas son las que construyen confianza ciudadana. Está demostrado, por ejemplo, que para lograr un mayor recaudo de impuestos lo que hay que hacer es poner el acento en la cantidad de gente que está pagando, no en la cantidad que está evadiendo. Mientras la publicidad punitiva crea rabia, la publicidad constructiva crea confianza y la confianza es como el cemento de la sociedad. Esto explicaría las diferentes culturas tributarias o "ecologías tributarias" que prevalecen en los países: en Chile el proceso de imitación produce un "equilibrio de cumplimiento", mientras que en Argentina el mismo proceso genera un "equilibrio de incumplimiento".

Algunos han criticado esta perspectiva instrumental sobre todo cuando se refiere a la manera de enfrentar el crimen, promulgando normas con sanciones más duras (punitivismo penal). El fracaso de este tipo de políticas públicas es particularmente evidente en el caso de las políticas públicas que reprimen el consumo de drogas ilícitas. Ejemplos de este tipo de cuestionamiento se pueden encontrar en los análisis sociojurídicos de Catalina Pérez sobre el punitivismo penal en México (2008, 2011), en la crítica de Rodrigo Uprimny a las leyes antidrogas en Colombia (Uprimny et al., 2012) y en el artículo de Alejandro Madrazo y Catalina Pérez sobre el costo de las políticas represivas en materia de drogas ilícitas, publicado en este libro.

Desobediencia política

La visión política del incumplimiento es más difusa y menos perceptible que la estratégica. Según esta perspectiva, no es la debilidad de las instituciones la que origina el desacato, sino su carácter despótico, su falta de legitimidad. El incumplimiento es visto como una especie de derecho a la rebeldía. Dos tradiciones inspiran este punto de vista. La primera es el iusnaturalismo español, representado por la Escuela de Salamanca, que pone a la justicia por encima de la ley, y el derecho a la resistencia por encima de la obligación de aceptar la ley. Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Juan de Mariana, entre otros escritores, creían que los individuos poseían el derecho de oponerse a las leyes injustas, ya que iban en contra de la voluntad de Dios y, por tanto, ni siquiera podían considerarse verdaderas leyes. Para Francisco Suárez, la ley que carece de esta justicia o rectitud no es ley, no obliga y no se puede cumplir.

La segunda tradición es el marxismo latinoamericano (todo marxismo es un tipo particular de iusnaturalismo, como lo dijo Kelsen, 1957), que denuncia al derecho escrito, incluso al derecho escrito progresista o aspiracional, como un engaño ideado por los sectores dominantes contra los pobres (Múnera 1998; Rivera 2009; Wolkmer 1995). Según esta tradición, el derecho no es más que un mecanismo diseñado para asegurar la dominación política. De la diferencia entre las "leyes de papel" y las "leyes reales" (Lassalle 1964) se origina la justificación de la rebelión. "Contra la autoridad del hacendado —dice José Carlos Mariátegui— la ley escrita es impotente". Ante este hecho, la única alternativa es la rebelión contra los poderosos (Mariátegui 1969).

Desde el período colonial, la rebeldía ha sido una práctica común en América Latina. Esto es evidente en la arena política. Entre sus protagonistas más conocidos están los gauchos en Argentina, los charros en México,

los llaneros en Venezuela, los guerrilleros en Colombia y los bandoleros *(cangaceiros)* en el noreste de Brasil (Pereira de Queiroz 1992). Martín Fierro, el personaje de la novela nacional argentina, es sin duda una de las mejores representaciones del rebelde y Martín Böhmer, en Argentina, ha escrito textos interesantes sobre él desde la perspectiva del incumplimiento (2009). La diferencia entre lo criminal y lo político siempre ha sido tenue entre estos personajes. Quizás eran los mismos "los que se unían a las bandas que asaltaban los caminos y los que se incorporaban a los ejércitos revolucionarios" (Romero 1999, 217; igualmente, Sánchez y Meertens 2011).

La literatura y la cultura popular latinoamericana a menudo ilustran el comportamiento rebelde. Un ejemplo de ello es Pedro Malasartes, la personificación de la cultura popular brasileña estudiada por Da Matta[17]. Malasartes es un "héroe sin carácter", un individuo pobre pero astuto y rebelde que utiliza el engaño y la burla para poner en ridículo a los que mandan y así corregir las injusticias del mundo. Pedro Malasartes, como lo narra Luís da Câmara Cascudo (1967), nace en una familia pobre. Tiene un hermano que busca trabajo en una hacienda, pero cae en manos de un patrón déspota que no le paga. Al verlo regresar a su casa luego de un año de trabajo y sin dinero, se llena de rabia y promete vengarse. Se hace contratar por el patrón malvado y logra, con su astucia, destruirlo y enriquecerse[18]. No es un Robin Hood que roba para repartir entre los pobres. Es más bien un transgresor burlesco, individualista y descreído que, al ver la injusticia que le tocó vivir, se rebela y "hace las del diablo". Es una historia sobre el "ascenso social como un derecho". Por eso es un héroe popular. "Quería ser alguien —dice el Chulla Romero—, alguien que robe con derecho, como roban ellos, carajo" (Icaza 2005, 221). Si al cumplir con las reglas del patrón no obtiene la recompensa debida, habrá que buscarla por medio del incumplimiento. Así, este "mundo cruel" recibirá una lección. La cultura del narcotráfico que se refleja en alguna música norteña, estudiada por Alejandro Madrazo, no está lejos de esta tradición (2016).

En las últimas décadas se ha escrito mucho sobre las resistencias. Algunos trabajos se han centrado en el derecho a resistir, particularmente en Argentina, como resultado de los eventos que llevaron a la renuncia del presidente Fernando de la Rúa en 2001. Gustavo Fondevila, por ejemplo, se pregunta si, efectivamente, podemos hablar de un derecho a la desobediencia (2003, 172), y Roberto Gargarella analiza el derecho a la resistencia en el caso de las protestas callejeras en Buenos Aires (2005) y el derecho a oponerse a la ley en cabeza de los actores sociales que se encuentran en situaciones de extrema pobreza a causa de la incapacidad o la falta de voluntad del Estado para garantizar sus derechos sociales básicos (2008). En un sentido similar, el filósofo jurídico colombiano Óscar Mejía Quintana defiende la desobediencia civil como un acto de resistencia pública y pacífica frente a las leyes injustas (2003)[19]. A nivel más regional, Danilo Martuccelli estudia la práctica de la mentira en América Latina. El autor señala que ello forma parte de un repertorio de pequeños actos de resistencia frente al poder que buscan mitigar, aunque sea simbólicamente, las fuertes jerarquías sociales que caracterizan a las sociedades latinoamericanas. En este contexto, la mentira es una actitud que permite desarrollar, detrás del habitual "sí, señor", un conjunto de tácticas de resistencia (2009).

Ante la imposibilidad de confrontar abiertamente a los poderes existentes, los sectores subalternos de América Latina han recurrido a formas veladas de desobediencia y resistencia cotidiana (Ceceña 1999; Rivera 2009) que se han ejercido ante diversos tipos de autoridades y en distintas épocas. En México, por ejemplo, los estudios documentan actos cotidianos de desobediencia contra las autoridades coloniales (Alcántara 2007) y los revolucionarios del Ejército Libertador del Sur, liderado por Emiliano Zapata (Vélez Rendón 2013). En el caso de Colombia, Ana María Vargas interpreta la desobediencia de los vendedores ambulantes como un acto político de resistencia (2016). La autora sostiene que esta forma de incumplimiento no es solo un mecanismo para afrontar las necesidades económicas, sino también una actitud de resistencia a la ley.

Desobediencia contextual

La visión contextual explica el desacato a partir de las circunstancias. Los individuos justifican su incumplimiento en el hecho de encontrarse en circunstancias excepcionales (Escalante 2004; García Villegas 2009; Mockus y Corzo 2003; Murraín 2015). Esta actitud desobediente es, en buena medida, una herencia de la España clásica, donde las prerrogativas y los fueros eran comunes[20]. En este caso los individuos ven las normas no como imposiciones heterónomas o abusivas, tampoco como normas propias de un Estado débil, sino más bien como reglas negociables, adaptables.

Aquí se pueden diferenciar dos tipos de desobediencia: por necesidad y por arrogancia. En el primer caso, los incumplidores justifican sus acciones con base en las circunstancias particulares a las que se enfrentan. Un individuo cree que está exento de obedecer si la situación en la que está no fue prevista por los creadores de la norma; de ese modo, estima, no hay razón para seguir esa regla particular[21]. Este tipo de justificación era, como dije, común en la época colonial, especialmente con respecto a las reglas que venían de España y que muchas veces no se adaptaban a las realidades americanas; de ahí la célebre expresión, frecuente entre los funcionarios, "se obedece, pero no se cumple", que significa "sí, soy obediente y respeto la autoridad, pero en este caso particular me veo ante la imposibilidad de cumplir" (Botero 2011; Ots Capdequí 1967). Esta justificación ha contribuido a la práctica de crear excepciones a toda suerte de reglas. En esa medida, la cultura jurídica latinoamericana sigue participando de ese viejo ideal español del individuo indomable, para la cual una vida libre de la obligación de obedecer a las autoridades es la mejor vida posible (Castro 1954, 1959; Genivet 1999)[22].

Esta práctica latinoamericana de excepción ha inspirado muchos estudios sociojurídicos, especialmente en temas penales, económicos y constitucionales[23]. Un ejemplo es el libro de Matías Dewey *El orden clandestino*, que explora cómo la policía de Buenos Aires les permite a las mafias beneficiarse de una "excepción" a la aplicación del derecho penal, con lo que les dan vía libre para llevar a cabo sus negocios con impunidad. Como explica Dewey, no son las mafias las que compran la seguridad, sino el Estado el que la ofrece a través de la opción de no ejecución (2015). En lugar de hablar de un Estado débil o ausente, incapaz de regular la vida social, Dewey habla de un Estado que regula y es eficiente, solo que de manera ilegal[24].

En su libro *Activismo burocrático*, Lina Buchely analiza cómo las mujeres que han

sido contratadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para operar los "hogares comunitarios" (un programa del gobierno destinado a cuidar a los niños mientras las madres están en el trabajo) construyen una "legalidad de baja intensidad" que prevalece sobre las disposiciones formales que rigen a los hogares comunitarios. Buchely muestra cómo las normas formales para seleccionar a las familias que reciben el apoyo estatal ceden en favor de los criterios informales que introducen las "madres comunitarias" (como la amistad) (2015).

También desde una perspectiva sociojurídica, Keith Rosenn estudió el *jeito* o *jeitinho* brasileño, una convención o "institución paralegal" que permite a los brasileños desobedecer la ley, con la aprobación de otros ciudadanos, incluso funcionarios públicos, cuando una situación particular lo amerita (Rosenn 1985)[25]. La prevalencia del *jeito* en la sociedad brasileña es lo suficientemente profunda como para que Rosenn lo considere como una parte fundamental de la cultura jurídica brasileña. Desde una perspectiva antropológica, Lívia Barbosa explora las valoraciones morales contradictorias del *jeitinho* en la sociedad brasileña: si bien puede verse como una práctica igualadora que les permite a los pobres evitar los costos de cumplir con leyes injustas, también puede verse como una práctica cercana a la corrupción (Barbosa 2005). El espíritu empresarial en Brasil y su relación con el *jeito*, como un rasgo cultural brasileño específico, es explorado por Penteado, Massukado-Nakatan y Barón (2009), mientras que la influencia del *jeitinho* y su homólogo chino, *guanxi*, en los entornos comerciales de Brasil y China es el tema de un estudio reciente de los mismos autores (2015).

El segundo tipo de desobediencia contextual es por arrogancia. En este caso la persona acepta la norma (la ley, por ejemplo), pero estima que él o ella, dada su posición en la sociedad, su persona o su conocimiento, tiene derecho a ser excluido de la obligación de acatarla. El arrogante cree que la ley es importante para la sociedad, pero sostiene que está hecha para "los de ruana", no para gente como él. Durante el período colonial, los españoles y los blancos eran considerados personas honorables. Tener honor equivalía a tener virtud y libertad[26]. Esa libertad se tradujo en dos grandes privilegios: no tener que trabajar y no tener que obedecer prácticamente a nadie[27]. El trabajo era visto como un rasgo de las clases bajas, y obedecer a Dios y al rey, ambos remotos, no implicaba necesariamente obedecer a las autoridades locales. Cuanto más honor tenía uno, más libre era. Los extremos de la escala social se diferenciaron no solo en términos de riqueza, sino también en términos de honor y libertad. En un extremo estaban los poderosos, honorables y libres y en el otro estaban los esclavos. Por ejemplo, una sanción Real estableció en 1776 que el honor de la familia podía ser una de las objeciones judiciales al matrimonio[28]. Las élites coloniales compartían el ideal del honor que los conquistadores trajeron a América y que las Siete Partidas (los principios jurídicos básicos de Alfonso X) definía como "la reputación que el hombre ha adquirido por el rango que ocupa, por sus hazañas o por el valor que él manifiesta" (Durand 1953; Garrido 1997). En teoría, el honor no podía ser invocado para desobedecer a la autoridad. En la práctica, sin embargo, las élites desobedecían a las autoridades porque las consideraban menos honorables que ellas. Los casos de desacato a las autoridades locales fundados en el menoscabado honor de los gobernantes eran relativamente frecuentes en la sociedad colonial de la Nueva Granada[29].

La fe también jugó un papel importante en el comportamiento arrogante. Los españoles veían en la religión una verdad universal e indiscutible que tenían la obligación de difundir, por la fuerza si era necesario. "El gobierno cristiano —dice Zea (1957, 255)— era un gobierno templado por la virtud y dirigido por la gracia divina". Este ideal mesiánico sobrevivió a la llegada de las repúblicas, solo que esta vez encarnado en las élites dominantes. Hubo, claro, enfrentamientos entre las élites republicanas y la Iglesia católica. Durante los primeros años de vida republicana, muchos sacerdotes se mantuvieron leales a la Corona española y se rebelaron contra el nuevo orden. Hubo intentos de algunos clérigos colombianos de promover rebeliones populares contra el orden republicano en 1823 y 1835. Estos clérigos justificaban públicamente sus levantamientos argumentando que representaban algo que estaba más allá de los poderes terrenales del Estado.

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

El progreso del mercado y el surgimiento de la burguesía a finales del siglo XIX no pudieron desterrar las estructuras económicas heredadas de la colonia ni el espíritu señorial que las acompañaba. Con la independencia de España rodó la cabeza del rey, pero no las de los caudillos, militares, caciques, curacas y cabecillas (Silva Charvet 2005, 134). Muchos señores se transformaron en burgueses, pero conservaron los resabios de su orgullo nobiliario. En el siglo XX la población mestiza ganó terreno, incluso entre las élites dominantes. Sin embargo, su espíritu de superioridad moral y política cedió muy poco. Los comportamientos burgueses e igualitarios se mezclaron entonces con actitudes señoriales e hidalgas (Romero 1999). El estatus y los roles sociales terminaron siendo más fuertes que la ley y la ciudadanía. Desde entonces, en América Latina nos guiamos de manera mucho más sustancial por los roles que desempeñamos en la sociedad que por una identidad ciudadana frente a la ley. Da Matta (1987) identifica dos formas de réplica en las interacciones sociales: "¿Usted no sabe quién soy?" y "¿Usted quién se cree?". La primera pregunta, que es muy común en las sociedades latinoamericanas, pone la jerarquía en primer plano, mientras que la segunda pone primero la igualdad y la ciudadanía, común en Estados Unidos y Europa. El poder igualador de las leyes generales y abstractas nunca fue lo suficientemente fuerte como para desterrar las diferencias de una sociedad fundada en la jerarquía y los privilegios. Los "doctores" sustituyeron a los comendadores, barones, vizcondes y consejeros del imperio (Freyre 1962). Quienes gozaban de posiciones de privilegio desarrollaron toda una serie de estrategias para que el propósito universalizador de la ley fuera compatible con el reconocimiento de los privilegios. El antiguo y el nuevo régimen terminaron conviviendo y alimentando una sociedad híbrida, compuesta por espacios selectivos de modernidad y tradición.

***

El estudio de las mentalidades incrustadas en estas perspectivas no es suficiente para comprender la cultura del incumplimiento de reglas en América Latina. Esto se debe a que la gente cambia según su contexto: un solo individuo con una mentalidad de incumplimiento bien definida puede convertirse repentinamente en un cumplidor estricto cuando cambia de un contexto a otro.

Es necesario considerar algunas cuestiones adicionales[30]. Primero, la práctica del incumplimiento está vinculada con el grado de institucionalización. En América Latina, el Estado no está presente en todas partes (Centeno y Ferraro 2013; García Villegas y Espinosa 2014; García Villegas 2014b). Con mucha frecuencia, las instituciones estatales son una realidad puramente simbólica, compuesta por rutinas legales superfluas que no representan un poder efectivo capaz de imponerse a los señores de los pueblos, los poderes económicos o los delincuentes. Cuanto mayor es la debilidad institucional, mayor es el grado de incumplimiento de reglas (Acemoglu y Robinson 2020; Murillo *et al*. 2012). En segundo lugar, las personas tienden a imitar el comportamiento de los demás. No solo el interés propio determina el comportamiento; el altruismo y la colaboración también juegan un papel importante. Numerosos estudios han demostrado que, por ejemplo, las personas cooperan más con la policía cuando ven que otras personas hacen lo mismo (Bergman 2009; Tyler 2009; Tyler y Huo 2002). A menudo los individuos actúan como "reciprocadores" no solo en condiciones atravesadas por el afecto o la compasión, sino también allí donde las relaciones económicas son cruciales. Por ejemplo, las empresas son más generosas con quienes voluntariamente trabajan más duro, y cuanto más piensa un individuo en el aumento de las tasas de fraude, más tiende a cometerlo (Gordon 1989). Frente a una explicación del comportamiento basada en el interés y la maximización de la riqueza, propuesta por la teoría económica o por el llamado individualismo metodológico, una exposición alternativa muestra que la confianza, más que el interés, es un factor clave en el comportamiento humano (Bicchieri 2006; García Villegas 2015a; García-Villegas 2015b; García Villegas y Lejeune 2015; Murraín 2015).

En tercer lugar, cada una de las tres mentalidades básicas refleja una deficiencia del sistema político. La viveza es producto de la ineficacia del Estado; la rebeldía es el resultado de la falta de legitimidad del poder público; y la cultura de las excepciones a las normas es, al menos en parte, producto de la ausencia de una cultura de la legalidad (Estado de derecho). Así, la capacidad institucional es un remedio para la viveza; la legitimidad es un remedio para la rebeldía; y el Estado de derecho es un remedio contra las concepciones y actitudes arrogantes frente a la legalidad. Ninguno de estos remedios está destinado exclusivamente a abordar solo un tipo de comportamiento; todos son complementarios: la eficacia puede contribuir a mejorar la legitimidad; la legitimidad es fundamental para la construcción del Estado de derecho; y la eficacia es más fácil de construir cuando existe una cultura de legalidad. Por lo tanto, los remedios están interconectados y se influyen recíprocamente.

En cuarto lugar, no solo las normas jurídicas se incumplen; también las normas morales y las sociales. Más aún, con mucha frecuencia el incumplimiento de una norma jurídica se debe al cumplimiento de una norma social o moral y viceversa, lo cual demuestra que siempre hay, paralelo al desacato, mucho cumplimiento. En

muchos países en América Latina la estabilidad institucional, la tradición jurídica, el fervor por el derecho y por el respeto de los procedimientos judiciales conviven, casi sin traumatismo, con el conflicto guerrillero, la violencia, la corrupción y las peores manifestaciones de la degradación política y social. Esto hace parte de nuestra consabida esquizofrenia cultural: nos preocupamos más por preservar la integridad de nuestros ideales que por plasmar esos ideales en hechos concretos. No hemos aprendido a dejar de soñar despiertos. Nuestros sistemas normativos, morales y políticos nos consuelan, nos ayudan a soportar la imperfección del mundo y a ver la miseria de nuestras sociedades como si esta fuera un mal menor y pasajero. Como dice el mexicano Agustín Basave, "En nuestra realidad mental, lo ideal está hecho para hablarse o escribirse y lo real para vivirse". En el culto de la dicotomía entre lo ideal y lo real, los latinoamericanos resultamos siendo más platónicos que Platón y más paulistas que san Pablo.

Finalmente, el incumplimiento no es simplemente una falla, un defecto o un esfuerzo inútil; es, también, un fenómeno esencial para el mantenimiento y la estabilidad de las sociedades en las que vivimos. Antes de ver esta esquizofrenia entre lo ideal y lo posible como un mal o como una fatalidad, deberíamos entender cómo funciona. Así por ejemplo, se habla mucho de corrupción y de contrabando y permanentemente se toman medidas para remediar estos males. Sin embargo, es poco lo que se logra. Eso se debe a que la condena jurídica de esos fenómenos choca con una relativa aceptación social e incluso moral de estos. Ese choque hace que, en la práctica, exista un cierto arreglo entre las normas legales, las sociales y las morales. El hecho de que en algunas partes de América Latina el contrabando sea una práctica casi generalizada no significa que se pueda contrabandear cualquier cantidad de productos o en cualquier circunstancia. La policía participa en el negocio del contrabando, pero lo hace imponiendo ciertos límites y restringiendo ciertas conductas que considera sobrepasan la violación tolerada. Ella sabe que por encima de esos límites las normas pierden todo sentido y la corrupción deja de ser un negocio. Por eso el contrabando necesita las leyes que lo prohíben. La corrupción no es una empresa carente de reglas y estas son las reglas, adaptadas, del derecho oficial. Uno de los personajes de Alfredo Molano en su libro *Así mismo* señala que "las leyes son la ocasión del soborno, hay que hacerlas cumplir para elevar la mordida. Si la ley no se respeta el sistema se derrumba" (1993, p. 89).

Conclusiones

La cultura del incumplimiento de reglas en América Latina es un fenómeno social heredado de la época colonial. Sus implicaciones para el desarrollo económico, la calidad de la democracia y la ciudadanía son evidentes. También es un fenómeno complejo que involucra una serie de factores culturales, sociales y políticos. En este capítulo, he explorado tres perspectivas diferentes alrededor de esta cultura. Cada una enfatiza un factor específico: la perspectiva estratégica se centra en el incumplimiento táctico; la visión política analiza la percepción de ilegitimidad; y la visión contextual supedita el valor de las normas a las circunstancias en las que se aplican. El desacato del derecho en América Latina está asociado con un fenómeno más general de debilidad y flexibilidad del derecho y de las instituciones (Murillo

et al. 2021). Más que un fenómeno excepcional y disruptivo, esa flexibilidad es una práctica casi normalizada que se encuentra en el centro de la sociabilidad de nuestros países y que debe ser estudiada a fondo para entender mejor las sociedades latinoamericanas, sus frustraciones, sus violencias y sus dificultades para avanzar en sintonía con lo que proclaman sus normas jurídicas.

Como señalé al comienzo de este capítulo, en América Latina se han desarrollado perspectivas singulares, sociológicas, sobre el incumplimiento de reglas. Esto tiene raíces históricas: desde la época colonial, los juristas y científicos sociales de la región se han asombrado por la brecha entre las reglas escritas (a menudo importadas de Europa y Estados Unidos) y el comportamiento de los ciudadanos y los funcionarios. El encuentro entre el derecho español y las costumbres indígenas generó una especie de sincretismo entre los ideales plasmados en las normas jurídicas y la realidad social, lo cual ha fascinado a muchos pensadores latinoamericanos (Basave 2011; Borges 1974). Este tema está asociado con una literatura muy amplia amparada bajo el concepto de pluralismo jurídico, que merece un desarrollo aparte en este libro[31].

En el mundo de hoy, el incumplimiento de reglas, asociado a la incapacidad del derecho para influir en el tejido social y económico globalizado e incierto, ocupa un lugar predominante en el conjunto de problemas que aquejan al mundo contemporáneo. Nos encontramos en un planeta gobernado por instituciones internacionales débiles. El declive del Estado-nación, con todas sus implicaciones (la erosión de la soberanía, el déficit democrático, la pérdida de los valores universales, el surgimiento de poderes ilegales, el déficit de regulación, el pluralismo jurídico, etc.), es un enorme desafío para las generaciones futuras. Hace dos o tres décadas, entre los problemas típicos de América Latina, el pluralismo jurídico regresivo, la propagación de la violencia y el gobierno de los poderes ilegales están cada vez más presentes en la arena global actual (Lemaitre 2015); hoy una buena parte del mundo desarrollado también padece estos problemas. Quizás la perspectiva latinoamericana sobre el incumplimiento pueda ayudar a entender mejor estos problemas.

Notas

1. Profesor de la Universidad Nacional de Colombia. Este capítulo se basa en material de García Villegas 2011, 2014a y 2014b.
2. Véanse, por ejemplo, Crow (1992), Elliott (2006), Keen (1996), Lipset (1986) y Morse (1974). La mayor parte de esta cultura se ha atribuido a España: véanse De Madarriaga (1928), Ganivet (1980) y Goytisolo (1969). Sin embargo, el incumplimiento no es un fenómeno exclusivamente latinoamericano: en este sentido véanse Ellickson (1991), Naim (2005) y Tyler (1990).
3. Martín Böhmer, en Argentina, ha reflexionado sobre el incumplimiento de reglas y el carácter de Martín Fierro (2009).
4. Entre ellos se encuentran La sopa de piedras (Brasil), Tío Conejo y Tío Lobo (Ecuador), Pedro Urdemales (Guatemala), El bastón de Santo Lloque (Perú), Juan Bobo y el secreto de la princesa (República Dominicana), Pedro Rimales, curandero (Venezuela) y El rey de hojarasca (Nicaragua).
5. Puede ser que la falta de interés por la cultura de la desobediencia sea parte de la indolencia generalizada que, hasta hace muy poco, caracterizaba a las ciencias sociales latinoamericanas con respecto a los temas

culturales, particularmente las creencias de las personas.

6. Véase el texto clásico de Thoreau (1983); para un debate más reciente, véanse Habermas (1990, 1997), Rawls (1987) y Zancarini (1999).
7. Véanse Garland y Sparks (2000), Newburn (2007) y Turk (1969).
8. Sin embargo, en el movimiento de derecho y desarrollo es posible encontrar algunas excepciones; entre ellas, la más importante es la obra de Tom Tyler (Tyler 1990; Tyler y Boeckmann 2014). Véase también Kahn (1999).
9. No se trata de perspectivas sobre el fenómeno del incumplimiento en sí, sino de perspectivas más generales sobre la relación entre el derecho y el Estado. Sin embargo, si se tiene en cuenta tanto la situación sociopolítica de este fenómeno en América Latina como la gran variedad y dispersión de las prácticas que se relacionan con él, estas clasificaciones tienen sentido y logran aclarar un poco un hecho social tan complejo.
10. Ninguna de estas tres perspectivas se interesa de forma directa y específica en el estudio de la cultura del incumplimiento. Más bien, abordan este tema solo porque ilumina otros fenómenos que se consideran más importantes.
11. Al respecto, ver Bergman, 2002; también mi libro El orden de la libertad (2017), en particular lo que se refiere a la importancia de la confianza (pp. 142 y ss.); para una visión más cognitiva del asunto, ver García Villegas 2020.
12. Para una visión más general de esta perspectiva, véanse Castañeda (2011) y Harrison (1985).
13. Nino utiliza el célebre "dilema del prisionero" para mostrar cómo ciertos patrones racionales de comportamiento producen resultados ineficaces e insospechados (Nino 2005).
14. Sobre este tema específico, véase el interesante artículo "¿Y a mí qué me importa?" de Guillermo O'Donnell (1984).
15. No solo en el derecho penal se encuentra esta perspectiva. También en políticas públicas, sobre todo aquellas en las que domina una perspectiva de Law and Economics. Ver, por ejemplo las publicaciones de Latin American and Caribbean Law and Economics Association, ligadas a la Universidad de Berkeley.
16. Fabio Sánchez, Daniel Mejía, Mauricio Rubio y María Alejandra Arias, entre otros profesores de economía de la Universidad de los Andes, adoptan, con matices, esta línea de interpretación (Arias *et al.* 2014).
17. Siguiendo a Clifford Geertz, Da Matta intenta desentrañar las estructuras de poder y cultura de la sociedad brasileña a través del estudio de la cultura popular: carnavales, desfiles, fiestas, canciones, oraciones y otras prácticas de la vida ordinaria (Da Matta 2002, 10).
18. Un personaje similar es el mexicano Pito Pérez, introducido por José Rubén Romero en su novela *La vida inútil de Pito Pérez* (1963).
19. Autores interesados en la resistencia leen y citan con frecuencia las obras de James Scott sobre los actos puntuales y acumulados de resistencia colectiva frente a un poder injusto (1985, 1990) y las de Boaventura de Sousa Santos (1995, 2014, 2015). Ambos autores, sobre todo Santos, han inspirado una cantidad considerable de publicaciones. Ver algunos de los capítulos de Santos, García Villegas 2001.
20. Lidia Girola lo describe como "la cultura del como si" (2009).
21. Para una descripción de este tipo de justificación en Perú, véase Portocarrero (2009); para un análisis similar en Chile, véase Araújo (2009).

22. Para una perspectiva general sobre la cultura de la excepción en América Latina, véanse Basave (2011), Girola (2009), González Jácome (2015) y Ots Capdequí (1967). Sobre la cultura jurídica de la excepción, véanse Barreto (2006), Del Olmo (2002), De Soto (1987), García Villegas y Uprimny (2006), Iturralde (2010), Loveman (1993), Nino (2005), O'Donnell (1986, 1998), Orozco (1997) y Waldmann (2007). Para el caso colombiano, véase García Villegas y Uprimny (2006).
23. Ver igualmente, Polese, A.; Russo, A; Strazzari, F. (eds.). 2019 en el que se pueden encontrar artículos y referencias múltiples a América Latina. La antropología jurídica aborda este asunto; ver por ejemplo: Hale, C. R. (2020); sobre justicia por mano propia, algo que también se asocia con este tema, ver Goldstein, D. M. (2003); Taussig, M. 2003.
24. Véase también el libro clásico de Peter Kellemen (1961).
25. En el imaginario colectivo colonial se asociaron el honor y la libertad (Caulfield, Chambers y Putnam 2005; Garrido 1997).
26. Existe una amplia literatura sobre este tema tanto en España como en América Latina; véanse, por ejemplo, Freyre (1975), Genivet (1999) y Lewald (1973).
27. Según Góngora, "esta disposición muestra hasta qué punto la política de Carlos III, lejos de ser burguesa, siguió inspirándose en los conceptos básicos de estatus y honor" (2003, 122).
28. Gilberto Freyre, uno de los sociólogos más importantes de Brasil, explica que el estado de Pernambuco era uno de los más prósperos del país gracias a sus grandes plantaciones de azúcar y al hecho de que los propietarios de estas plantaciones se sentían superiores a la ley y gobernaban sus fincas como si fueran señores feudales (Freyre 1922). Germán Colmenares desarrolla una idea similar para el período colonial (1990). Véase también (Botero 2011).
29. En lo que sigue, me apoyo esencialmente en mi trabajo (García Villegas, 2009, 2015, 2017).
30. Al respecto ver, Sieder y Barrera 2017; Sieder 2020; Hale 2020. Un texto clásico en esta materia es Santos, 1977.

Referencias

Acemoglu, D y J. Robinson. 2020. *Por qué fracasan los países*. Ariel.

Alcántara, Álvaro. 2007. Élites ganaderas, redes sociales y desobediencia cotidiana en el sur de Veracruz a finales del siglo XVIII. *Historia Mexicana*, 56(3): 779-816.

Araújo, Kathya. Ed. 2009. *¿Se acata pero no se cumple? Estudios sobre las normas en América Latina*. Santiago de Chile: LOM Ediciones.

Arias, María Alejandra *et al.* 2014. *Costos económicos y sociales del conflicto en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Arrow, Kenneth. 1994. Methodological individualism and social knowledge. *American Economic Review*, 84: 1-9.

Barbosa, Lívia. 2005. *O jeitinho brasileiro. A arte de ser mais igual do que os outros*. Rio de Janeiro: Editora Campus.

Barreto, Antonio. 2006. Normalidad y excepcionalidad: la indescifrable regularidad contemporánea de la excepción. En *Poder Ejecutivo*, 321-37. Buenos Aires: Editorial del Puerto.

Basave, Agustín. 2011. *Mexicanidad y esquizofrenia*. México: Océano.

Bensusán, Graciela. 2006. Diseño legal y desempeño real: México. En *Diseño legal y desempeño real: Instituciones laborales en América Latina*, coord. Graciela Ensusán. México: UAM-X-Editorial Porrúa.

Bensusán, Graciela. 2007. *La efectividad de la legislación laboral en América Latina*. Ginebra: Instituto Internacional de Estudios Laborales, Organización Internacional del Trabajo.

Bensusán, Graciela y Kevin J. Middlebrook. 2013. *Sindicatos y política en México: Cambios, continuidades y contradicciones*. México: FLACSO, UAM-X and CLACSO.

Bergman, Marcelo. 2002. Confianza y estado de derecho. *Cuadernos de Trabajo* 4, CIDE.

Bergman, Marcelo. 2009. *Tax evasion and the rule of law in Latin America. The political culture of cheating and compliance in Argentina and Chile*. Pensilvania: Penn State University Press.

Bicchieri, Cristina. 2006. *The grammar of society. The nature and dynamics of social norms*. Cambridge: Cambridge University Press.

Böhmer, Martin. 2009. An *Oresteia* for Argentina: Between fraternity and the rule of law. En *Law and democracy in the empire of force*. Jefferson Powell and James Boyd White, editors, University of Michigan Press, Ann Arbor. Traducción castellana en Una Orestíada para la Argentina. Entre la fraternidad y el estado de derecho. En Martín Böhmer, Rodolfo Moguillansky y Rogelio Rimoldi. 2010. (Comp.), *Por qué el mal*. Buenos Aires: Editorial Teseo.

Borges, Jorge Luis. 1974. Nuestro pobre individualismo. En *Obras Completas*, 656-59 Buenos Aires: Emecé Editores.

Botero, Andrés. 2011. La tensión entre la justicia lega y la justicia letrada durante la primera mitad del siglo XIX: El caso de Antioquia (Nueva Granada). En *Memoria del XVII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, eds. Juan Pablo Salazar y Guillerno Nares, 605-32. México: Porrúa.

Buchely Ibarra, Lina. 2015. *Activismo burocrático. La construcción cotidiana del principio de legalidad*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Cascudo, Luis da Câmara. 1967. *Contos tradicionais do Brasil*. Rio de Janeiro: Edicoes de Ouro.

Castañeda, Jorge. 2011. *Mañana o pasado. El misterio de los mexicanos*. México: Aguilar.

Castro, Américo. 1954. *Iberoamérica. su historia y su cultura*. Nueva York: The Dryden Press.

Castro, Américo. 1959. *Origen, ser y existir de los españoles*. Madrid: Ser y Tiempo.

Caulfield, Sueann, Sarah Chambers y Lara Putnam. 2005. *Honor, status, and law in modern Latin America*. Durham: Duke University Press.

Ceceña, Ana Esther. 1999. La resistencia como espacio de construcción del nuevo mundo. *Chiapas 7*: 93-114.

Centeno, Miguel Ángel y Agustín Ferraro. 2013. *State and nation making in Latin America and Spain*. Cambridge: Cambridge University Press.

Colmenares, Germán. 1990. La ley y el orden social: Fundamento profano y fundamento divino. *Boletín Cultural y Bibliográfico* 27(22): 3-19.

Crow, John. 1992. *The epic of Latin America*. Berkeley: University of California Press.

Cuéllar, María Mercedes. 2000. Capital social. En *Colombia: Un proyecto inconcluso* (vol. II), 761-873. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Da Matta, Roberto. 1987. The quest for citizenship in a relational universe. En *State and society in Brazil. Continuity and change*, eds. John Wirth, Edson de Oliveira y Thomas Bogenschild, 307-35. Boulder: Westview Press.

Da Matta, Roberto. 2002. *Carnavales, malandros y héroes*. México: Fondo de Cultura Económica.

De Madarriaga, Salvador. 1928. *Englishmen, Frenchmen and Spaniards*. Londres: Geoffrey Cumberlage.

De Soto, Hernando. 1987. *El otro sendero*. Buenos Aires: Suramericana.

Del Olmo, Rosa. 2002. ¿Por qué el actual silencio carcelario? En *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*, 368-91 Buenos Aires: CLACSO.

Dewey, Matías. 2015. *El orden clandestino. Política, fuerzas de seguridad y mercados ilegales en la Argentina*. Madrid: Katz editores.

Duhau, Emilio y Ángela Giglia. 2008. *Las reglas del desorden: Habitar la metrópoli*. México: Siglo XXI.

Durand, José. 1953. *La transformación social del conquistador*. México: Porrúa y Obregón.

Ellickson, Robert. 1991. *Order without law: How neighbors settle disputes*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

Elliott, John H. 2006. *Imperios del mundo Atlántico*. Madrid: Taurus.

Escalante, Fernando. 2004. Especulaciones a partir del concepto de anomia. En *Transición democrática y anomia social en perspectiva comparada*, 125-47, ed. W. Bernecker. México: Colegio de México.

Fondevilla, Gustavo. 2003. Desobediencia civil en Argentina. *Signos Filosóficos* 9: 155-72.

Freyre, Gilberto. 1922. Social life in Brazil in the middle of the nineteenth century. *The Hispanic American Historical Review* 5(4): 597-630.

Freyre, Gilberto. 1962. *Ordem e progresso*. Rio de Janeiro: José Olimpo.

Freyre, Gilberto. 1975. *O Brasileiro entre os outros hispanos*. Brasilia: Livraria José Olympio Editora.

Ganivet, Ángel. 1980. *Idearium español*. Madrid: Espasa-Calpe.

García Márquez, Gabriel. 1970. *Cien años de soledad*. Barcelona: Círculo de lectores.

García Villegas, Mauricio. 2009. *Normas de papel*, ed. Mauricio García Villegas, 307-36. Bogotá: Dejusticia.

García Villegas, Mauricio. 2011. Disobeying the law. The culture of non-compliance with rules in Latin America. *Wisconsin International Law Journal* 29(2): 263-87.

García Villegas, Mauricio. 2014a. Ineffectiveness of the law and the culture of noncompliance with rules in Latin America. En *Law and society in Latin America: A new map*, ed. César Rodríguez-Garavito, 63-80. Nueva York: Routledge.

García Villegas, Mauricio. 2014b. *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá: Random House.

García Villegas, Mauricio. 2015a. Le non-respect du droit. Sur la désobéissance aux règles en Amérique latine. *Droit et Société* 91(3): 593-606.

García-Villegas, Mauricio. 2015b. *Les pouvoirs du droit*. París: L'Extenso.

García Villegas, Mauricio. 2017. *El orden de la libertad*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

García Villegas, Mauricio. 2020. *El país de las emociones tristes-* Bogotá: Ariel.

García Villegas, Mauricio y Aude Lejeune. 2015. Désobéissance et non-respect des normes juridiques. *Droit et Société*, 91(3): 563-76.

García Villegas, Mauricio y José Rafel Espinosa. 2014. *El derecho al estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

García Villegas, Mauricio y Rodrigo Uprimny. 2006. *El control judicial de los estados de excepción en Colombia*. Bogotá: Norma.

Gargarella, Roberto. 2005. *El derecho a la protesta*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Gargarella, Roberto. 2008. *De la injusticia penal a la justicia penal*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Garland, David y Richard Sparks. 2000. *Criminology and social theory*. Oxford: Oxford University Press.

Garrido, Margarita. 1997. Honor, reconocimiento, libertad y desacato. Sociedad e individuo desde un pasado cercano. En *Cultura, política y modernidad*, eds. Luz Gabriela. Arango, Gabriel Restrepo y Jaime Eduardo Jaramillo, 99-121. Bogotá: Universidad Nacional.

Genivet, Ángela. 1999. *Idearium español*. Madrid: Espasa-Calpe.Giraldo, Jorge y Juan Carlos Muñoz. 2012. *Informalidad e ilegalidad en la explotación del oro y la madera en Antioquia*. Medellín: Universidad Eafit y Fundación Proantioquia.

Girola, Lidia. 2009. La cultura del "como si". Normas, anomia y transgresión en la sociedad mexicana. En *¿Se acata pero no se cumple? Estudios sobre las normas en América Latina*, 21-56. Santiago de Chile: LOM Ediciones.

Goldstein, D.M. 2003. "In our own hands": Lynching, justice, and the law in Bolivia. *American Ethnologist*, *30*: 22-43. https://doi.org/10.1525/ae.2003.30.1.22

Góngora, Mario. 2003. *Historia de las ideas en la América española y otros ensayos*. Medellín: Universidad de Antioquia.

González Jácome, Jorge. 2015. *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*. Bogotá: Editorial Universidad Pontificia Javeriana.

Gordon, James P.F. 1989. Individual morality and reputations costs as deterrents to tax evasion. *European Economic Review* 33(4): 797-805.

Goytisolo, Juan. 1969. *España y los españoles*. Barcelona: Editorial Lumen.

Habermas, J. 1990. Le droit et la force. Un traumatisme allemand. En *Ecrits Politiques* 88-104. París: CERF.

Habermas, Jürgen. 1997. *Droit et democratie*. Paris: Gallimard.

Hale, C.R. 2020. Using and refusing the law: Indigenous struggles and legal strategies after neoliberal multiculturalism. *American Anthropologist*, 122: 618-631. https://doi.org/10.1111/aman.13416.

Helmke, G. y S. Levitsky. 2004. Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda. *Perspectives on Politics*, 2(4): 725-740.

Harrison, Lawrence. 1985. *Underdevelopment is a state of mind: The Latin American case*. Harvard: Universidad de Harvard y University Press of America.

Harrison, Lawrence y Samuel Huntington. 2000. *Culture matters: How values shape human progress*. Nueva York: Basic Books.

Icaza, Jorge. 2005. *El chulla Romero y Flórez*. Quito: Libresa.

Iturralde, Manuel. 2010. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Juárez, Benito. 1987. *México*. México: Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana.

Kahn, Paul. 1999. *The cultural study of law: Reconstructing legal scholarship*. Chicago: Chicago University Press.

Kalmanovitz, Salomón. 2001. *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Norma.

Keen, Benjamin. 1996. *Latin American civilization history and society, 1492 to the present*. Boulder, Colorado: Westview Press.

Kellemen, Peter. 1961. *Brazil para principiantes*. Rio de Janeiro: Civilizacao Brasileira.

Kelsen, Hans. 1957. *Teoría comunista del derecho y del Estado*. Buenos Aires: Emecé

Lassalle, Ferdinand. 1964 *¿Que es una Constitución?* Buenos Aires: Siglo XXI.

Lemaitre, Julieta. 2015. Law and globalism: Law without the state as law without violence. En *The handbook of law and society*, eds. Austin Sarat y Patricia Ewick, 433-45. Malden: Wiley Blackwell.

Levitsky, S. y M. V. Murillo. 2009. Variation in Institutional Strength. *Annual Review of Political Science*, 12: 115-133.

Lewald, Herald Ernest. 1973. *Latinoamérica, sus culturas y sociedades*. México: McGraw-Hill Book Company.

Lipset, Seymour Martin. 1986. Values, education and entrepreneurship. En *Promise of development: Theories of change in Latin America*, eds. Peter F. Klaren y Thomas J. Bossert, 39-75. Boulder: Westview Pres.

Lleras Camargo, Alberto. 1992. El avivato. *El Tiempo* (periódico), 14 de febrero. Bogotá.

Loveman, Brian. 1993. *The Constitution of tyranny, regimes of exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Madrazo, Alejandro. 2016. Criminals and enemies? The drug trafficker in Mexico's political imaginary. *Mexican Law Review*, 2 vol. 8.

Mariátegui, José Carlos. 1969. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. México: Ediciones Solidaridad.

Marinakis, A. 2016. Incumplimiento del salario mínimo en América Latina. La importancia de los factores institucionales. *Revista Internacional del Trabajo*, 135: 143-168. https://doi.org/10.1111/ilrs.12005

Martuccelli, Danilo. 2009. Los usos de la mentira. En *¿Se acata pero no se cumple?*, ed. Kathya Araújo, 119-46. Santiago de Chile.

McFarlane, Anthony. 1997. *Colombia antes de la Independencia: Economía, sociedad y política bajo el dominio Borbón*. Bogotá: Banco de la República – El Áncora Editores.

Mejía Quintana, Óscar. 2003. La desobediencia civil: Un concepto problemático. *Revista de Estudios Sociales – Universidad de los Andes* (14): 76–87.

Mockus, Antanas y Jimmy Corzo. 2003. *Cumplir para convivir. Factores de convivencia y su relación con normas y acuerdos*. Bogotá: IEPRI – Universidad Nacional de Colombia.

Molano, Alfredo. 1993. *Así mismo. Relatos*. Bogotá: Los cuatro elementos

Morse, Richard. 1974. The heritage of Latin America. En *Politics and social change in Latin America: The distinct tradition*, 25-69. Amherst, Mass.: University of Mass. Press.

Murillo, Victoria; Levitsky, Steven; Brinks, Daniel. 2021. *La ley y la trampa en América Latina: Por qué optar por el debilitamiento institucional puede ser una estrategia política*. Siglo XXI Editores.

Múnera, Leopoldo. 1998. *Rupturas y continuidades. Poder y movimiento popular en Colombia*. Bogotá: IEPRI-CEREC.

Murraín, Henry. 2015. La légalité et la représentation de l'autre. Une étude du rôle des normes sociales dans le respect des lois. *Droit et Société* 91: 653-64.

Naim, Moisés. 2005. *Illicit. How smugglers, traffickers and copycats are hijacking the global economy*. Nueva York: Doubleday Broadway Publishing Group.

Newburn, Tim. 2007. *Criminology*. Cullompton: Willan Publishers.

Nino, Carlos Santiago. 2005. *Un país al margen de la ley: Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Buenos Aires: Ariel.

O'Donnell, Guillermo. 1984. *¿Y a mí qué me importa? Notas sobre sociabilidad y política en Argentina y Brasil*. Buenos Aires: Centro de Estudios de Estado y Sociedad – CEDES.

O'Donnell, Guillermo. 1986. *Bureaucratic authoritarianism: Argentina, 1966-1973.* En *Comparative perspective*. Berkeley: University of California Press.

O'Donnell, Guillermo. 1998. *Polyarchies and the (un)rule of law in Latin America*. Kellog Institute.

Olson, Mancur. 1965. *The logic of collective action*. Cambridge: Harvard University Press.

Orozco, Iván. 1997. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal*. Bogotá: IEPRI – Universidad Nacional de Colombia.

Ots Capdequí, José María. 1967. *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*. Madrid: Aguilar.

Ots Capdequí, José María. 1967. *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Aguilar.

Penteado, José Pedro, Márcia Shizue Massukado-Nakatan y Fabrício Barón. 2009. A relação entre o jeitinho brasileiro eo perfil empreendedor: interfaces no contexto da atividade empreendedora no Brasil. *Revista de Administração Mackenzie* 10(4): 100-30.

Penteado José Pedro, Márcia Shizue Massukado-Nakatani, y Fabrício Baron Mussi. 2015. "A relação entre o jeitinho brasileiro e o perfil empreendedor: possíveis interfaces no contexto da atividade emprendedora no Brasil", RAM. *Revista de Administração Mackenzie*, vol. 10 (4): 100-30.

Pereira de Queiroz, María Isaura. 1992. *Os Cangaceiros. La epopeya bandolera del norte del Brasil*. Bogotá: El Áncora Editores.

Pérez, Catalina. 2008. Front desk justice: Inside and outside criminal procedure in Mexico City. *Mexican Law Review*, vol. 1(1): 3-31.

Pérez, Catalina, ed. 2011. *Justicia desmedida. Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*. México: Fontamara.

Polese, A., A. Russo, F. Strazzari (eds.). 2019. *Governance beyond the law. The immoral, the ilegal, the criminal*. Nueva York: Palgrave, Macmillan.

Portocarrero, Gonzalo. 2009. Moralismo, contestación y cinismo como posiciones de enunciación de los juicios morales en la juventud peruana. En *¿Se acata pero no se cumple? Estudios sobre normas en América Latina*, ed. Kathya Araújo, 57-88. Santiago de Chile: LOM Ediciones.

Rawls, John. 1987. *Théorie de la justice*. Paris: Seuil.

Rivera, Aline. 2009. *La resistencia a la opresión un derecho fundamental*. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

Romero, José Luis. 1999. *Latinoamérica: Las ciudades y las ideas*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Romero, José Rubén. 1963. *Obras completas*. Buenos Aires: Editorial Porrúa.

Rosenn, Keith. 1985. Brazil´s legal culture: The jeito revisited. *Florida International Law Journal* 1: 1-43.

Rubio, Mauricio. 1997. Perverse social capital – Some evidence from Colombia. *Journal of Economic Issues 31*: 805-17.

Sánchez, G. y Meertens, D. 2011. *Bandoleros, gamonales y campesinos. El caso de la violencia en Colombia*. Bogotá: Random House

Sieder, Rachel y Anna Barrera. 2017. Women and Legal Pluralism: Lessons from Indigenous Governance Systems in the Andes. *Journal of Latin American Studies*, vol.49 (3): 633-658.

Sieder Rachel. 2020. Anthropological Contributions to International Legal Approaches to

Violence Against Indigenous Women, *AJIL Unbound*, vol.115 (1): 272-77.

Sousa Santos, Boaventura de. 1995. 1977. The law of the oppressed: The construction and reproduction of legality in Pasargada. *Law and Society Review*, 12: 5-126.

Sousa Santos, Boaventura de. 2004. *Toward a new common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*. Nueva York: Routledge.

Sousa Santos, Boaventura de. 2014. *Epistemologies of the south. Justice against epistemicide*. Paradigm Publishers.

Sousa Santos, Boaventura de. 2015. *If God were a human rights activist*. Stanford University Press.

Sousa Santos, Boaventura de y García Villegas (eds.). 2001. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Scott, James. 1985. *Weapons of the weak: Everyday forms of peasant resistance*. Yale University Press.

Scott, James. 1990. *Domination and the arts of resistance: Hidden transcripts*. Yale University Press.

Silva Charvet, Erika. 2005. *Identidad nacional y poder*. Quito: Abya Yala.

Taussig, M. 2015. *Law in a lawless land: Diary of a limpieza in Colombia*. New York: The New Press.

Thoreau, Henry D. 1983. *Civil disobedience*. Middlesex: Penguin Group.

Torres, Claudio, Solange Alfinito, César Augusto de Souza Pinto y Bruna Chie Yin Tse. 2015. Brazilian jeitinho versus Chinese guanxi: Investigating their informal influence on International Business. *Revista de Administração Mackenzie* 16(4): 77-99.

Turk, Austin. 1969. *Criminality and legal order*. Chicago: Rand McNally.

Tyler, Tom. 2009. Legitimacy and criminal justice: The benefits of self-regulation. *Ohio State Journal of Criminal Justice* 7: 307-59.

Tyler, Tom. 1990. *Why people obey the law?* New Haven y Londres: Yale University Press.

Tyler, Tom y Yuen Huo. 2002. *Trust in the law: Encouraging public cooperation with the police and courts*. Nueva York: Russell Sage Foundation.

Tyler, Tom y Robert Boeckmann. 2014. Three strikes and you are out; But why the psychology of public support for punishing rules brakers. En *The law and society reader II*, 223-31. Nueva York: New York University Press.

Uprimny, Rodrigo, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra. 2012. La judicialización de los delitos de droga: ¿Des-proporción? Un análisis del caso colombiano. En *Justicia Desmedida. Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*, ed. Catalina Pérez Correa, 105-37. México: Fontamara.

Vargas, Ana María. 2016. *Outside the law. An ethnographic study of street vendors in Bogotá*. Lund: Lund Studies in Sociology of Law.

Vélez Rendón, Juan Carlos. 2013. Expresiones de mal-estar, desacato y desobediencia en un entorno de guerra. Autonomía y protesta civil en el sur y centro de México, 1913-1917. *Historia Mexicana* 63(1): 205-50.

Waldmann, Peter. 2007. *Guerra civil, terrorismo y anomia social*. Bogotá: Norma.

Wolkmer, Antonio Carlos. 1995. *Introdução ao pensamento jurídico critico*. Sao Pablo: Academica.

Zancarini, Jean-Claude. 1999. *Le droit de résistance, XIIe-XXe siècle*. Fontenay-aux-Roses: ENS éditions.

Zea, Leopoldo. 1957. *América en la historia*. Madrid: Editorial Revista de Occidente.

Capítulo 5
DERECHO Y VIOLENCIA EN AMÉRICA LATINA*

Julieta Lemaitre

En las ciudades había libros, ideas, espíritu municipal, juzgados, derechos, leyes, educación, todos los puntos de contacto y de mancomunidad que tenemos con los europeos.

Domingo F. Sarmiento, *Facundo o Civilización y barbarie en las pampas argentinas*

Introducción

Es bien sabido que los países latinoamericanos son los más violentos del mundo, fuera de los países en guerra[1]. Al mismo tiempo, la región es cada vez más estable: se celebran elecciones periódicas y su economía está en constante desarrollo. En este contexto, la metáfora decimonónica que describe una región atrapada entre la civilización y la barbarie regresa sin tregua para ofrecer una explicación a esta paradoja de la coexistencia de la violencia y la estabilidad. Quizás su materialización más obvia sea el choque entre el Estado democrático y liberal, y el crimen organizado financiado por el narcotráfico, presente todos los días en las sangrientas noticias de las fronteras mexicanas, las montañas colombianas y las favelas de Brasil.

Ahora bien, el enorme desafío que enfrenta el Estado al intentar detener la ola de violencia asociada al tráfico de drogas no puede ocultar el hecho de que el derecho no es ajeno a la violencia. En efecto, los diferentes regímenes jurídicos, el uso de la fuerza estatal, y la implementación de las políticas públicas, empezando por la prohibición de la cocaína y otras drogas recreativas, están en la raíz de los patrones actuales de violencia. Tampoco se puede ocultar el hecho de que muchas personas involucradas en actividades ilegales, o en actividades sin regulación estatal, a veces prosperan bajo formas no estatales de gobierno.

Este capítulo cuestiona la persistencia retórica del tropo "civilización y barbarie" como un dispositivo heurístico para explicar la región, poniendo al derecho firmemente en el lado de la civilización, e identificando la ausencia de ley o la ilegalidad con la barbarie. El capítulo describe en cambio su surgimiento como metáfora fundacional de los proyectos republicanos del siglo XIX y los cambios y continuidades que, a pesar de las importantes diferencias entre los

* Cómo citar este capítulo: Lemaitre, Julieta. 2024. Derecho y violencia en América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 131-150.
http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.6

países latinoamericanos, rodean su persistencia en varios procesos de construcción nacional. Entre estos procesos de construcción nacional se incluyen el positivismo liberal-conservador de finales del siglo XIX, los levantamientos sociales y revoluciones del cambio de siglo, la pesada huella de la Guerra Fría en el siglo XX y el surgimiento de las democracias que construyen un nuevo constitucionalismo y desarrollan nuevas preocupaciones por la delincuencia y la seguridad ciudadana. Por último, el capítulo da a entender que los estudios sociojurídicos en la región se pueden nutrir de una perspectiva que no contraponga el derecho a la violencia, sino que los entienda como mutuamente constitutivos. Esto permitiría el surgimiento de estudios que examinen la relación entre el derecho, especialmente el derecho liberal y progresista, y la violencia que define al continente. Estos estudios, por ejemplo, podrían analizar la vida cotidiana bajo la prohibición de la cocaína, así como los efectos en las comunidades de la privatización de los servicios sociales y de la seguridad, o las formas populares de control del delito como el linchamiento y la autodefensa armada, entre otros temas. Las siguientes secciones rastrean el compromiso persistente de las naciones latinoamericanas con la oposición entre derecho y violencia; además, señalan las contradicciones que subyacen a esa oposición. Luego describen brevemente el tipo de investigaciones que pueden surgir tras entender que los contextos violentos de América Latina constituyen el derecho, al mismo tiempo que son constituidos por él.

Civilización o barbarie

Desde las independencias de principios del siglo XIX, las élites latinoamericanas han estado en la búsqueda de una identidad nacional, y la ansiedad por la nación ha sido una preocupación persistente. El poder civilizador del derecho ha sido central en esta búsqueda a través de la adopción de constituciones nacionales y códigos civiles, comerciales, de familia y laborales que regulan la vida cotidiana. Detrás de la búsqueda de la identidad nacional a través del derecho se encuentra una pregunta basada en la metáfora fundacional del liberalismo político: ¿serán civilizadas las naciones latinoamericanas o caerán bajo el dominio de la barbarie? La persistencia de esta cuestión se remonta hasta el siglo XIX en la influyente formulación del liberal Domingo Faustino Sarmiento en su libro de 1845 *Facundo o Civilización y barbarie en las pampas argentinas*. Según Sarmiento, el interior gaucho y violento de Argentina era una amenaza para la incipiente civilización alcanzada en las ciudades, ciudades que representaban el legado europeo, que se materializaba en los "juzgados, derechos, leyes y educación".

Con la independencia, la búsqueda de una identidad nacional pasó por el rechazo de la herencia colonial española, pero no de la empresa civilizadora que, liderada por hombres blancos, surgió en las ciudades y pueblos y se extendió hacia el interior de los países. Durante el siglo XIX, las élites seguían atormentadas por la presencia de lo que llamaban la "barbarie" lejos de las ciudades. Se trataba de grandes extensiones de tierras baldías que escapaban del dominio de las leyes nacionales y estaban habitadas por pueblos que desconocían las costumbres europeas. En algunos países, como Colombia y Brasil, el mestizaje y el mito de la democracia racial ofrecían una solución dialéctica a la tensión entre lo civilizado y lo bárbaro. Otros, como Argentina, buscaron deliberadamente un aumento en las migraciones europeas

blancas para poblar las tierras "vacías" del interior. Los ensayos y novelas de este período no solo reflejan una gran preocupación por la división interna entre civilización y barbarie, sino también una persistente promesa de domesticación de la barbarie por medio del cultivo de las tierras salvajes y del matrimonio entre hombres blancos y mujeres morenas (Fuentes 1961; Sommer 1991). Sin embargo, estos procesos "civilizatorios" del colonialismo interno fueron con frecuencia intensamente violentos.

Las élites liberales del siglo XIX, despreocupadas de la violencia de la expansión de la "civilización", esperaban que el derecho fuera el fundamento de la construcción de las naciones. Imaginaban el derecho no solo como un bastión contra el autoritarismo español y contra el fanatismo religioso, sino también como una defensa contra las dictaduras de los líderes militares y otros caudillos nacionales. En Colombia, por ejemplo, Francisco de Paula Santander, el emblemático padre fundador de la nueva república, expresó de esta manera la esperanza regional de un futuro bajo el imperio de la ley: "Colombianos, las armas os han dado la independencia, pero solo las leyes os darán la libertad".

Así, la creencia en el derecho de la república como la manera de precipitar la expansión de la civilización, y la llegada del progreso, fue un lugar común entre los liberales. También lo fue el llamado a educar al pueblo en las formas y el contenido del derecho liberal, y en los valores democráticos. Como afirmó el argentino Esteban Echavarría en *Dogma Socialista* (1837), una cartilla del liberalismo latinoamericano: "no se hacen constituciones para los pueblos, sino se forman pueblos para las constituciones"[2]. Sin embargo, esta "formación" se basaba con frecuencia en la intensa desconfianza y desprecio que sentían las élites por las personas "bárbaras" que la necesitaban.

Las reacciones conservadoras contra el liberalismo también apuntaron a construir civilizaciones nacionales, y también imaginaron al derecho como protagonista de este esfuerzo. A diferencia de los liberales, los conservadores latinoamericanos se negaron a buscar inspiración en Francia, Inglaterra y los Estados Unidos. En cambio, optaron por un nacionalismo hispánico, romántico y rebelde, sustentado en el derecho natural católico, tal y como lo entendía la teología neoescolástica y su doctrina jurídica.

Los conservadores vieron la encarnación de la civilización en el derecho natural de linaje católico y no en la noción liberal de los derechos naturales. Sus banderas fueron el rechazo a la influencia de los Estados Unidos y el retorno al catolicismo, especialmente en Colombia después del triunfo del conservatismo en la guerra civil de 1885, y en Ecuador durante el Gobierno y la influencia del devoto católico Gabriel García Moreno (1861-1865 y 1869-1875). El pilar jurídico de sus aspiraciones civilizatorias era el derecho natural, en lugar de las instituciones republicanas, materializando las nuevas constituciones que restablecieron el catolicismo como la religión del Estado, y le entregaron a la Iglesia amplios poderes para la administración de los territorios indígenas a través de las "Misiones"[3]. La violencia de esta civilización se expresa en los bien documentados abusos cometidos por la Iglesia en este proceso, entre ellos la renovada esclavitud de los indígenas y los "orfanatos" que obligaron a las familias indígenas a renunciar a sus hijos.

A fines del siglo XIX, el liberalismo, que triunfó sobre sus rivales conservadores en la

mayor parte de la región, se transformó por la influencia de la filosofía positivista, seducido por su llamado al orden y al progreso, no solo a la libertad (como se refleja en la bandera brasileña y su lema: *Ordem e Progresso*). El positivismo imaginó a las élites como las encargadas de conducir a la nación de la barbarie a la civilización, representada en la civilización europea como el punto final de la evolución social científica. Por ejemplo, los autores liberales positivistas en México equipararon el liberalismo, la ciencia y la laicidad con la civilización y buscaron "preparar" al pueblo mexicano para la civilización a través de la educación[4]. En su *Oración cívica* de 1867, Gabino Barreda, fundador de la Escuela Nacional Preparatoria de México, justifica la educación pública universal argumentando que "la multitud será un instrumento de barbarie o de civilización según carezca o no del coeficiente de una alta dirección moral". Las escuelas estaban destinadas a proporcionar esta dirección; por esa razón, las élites le dieron un lugar privilegiado en sus políticas a la educación primaria pública y gratuita para todo el pueblo, sin que esa aspiración ocultara su desprecio.

La codificación, especialmente la adopción y adaptación del Código Civil de Napoleón, fue parte de este proyecto nacionalista y positivista. La codificación se proponía como una tarea "científica" porque era sistemática, y la ciencia jurídica no estaba muy lejana de una "ciencia" profundamente racista según la cual era necesario "mejorar" a la población mestiza con ayuda de la "sangre blanca". Esto resultó en proyectos de miscegenación y, en algunos países, de estímulo a la inmigración blanca europea. Para los positivistas, libertad estaba cada vez más subordinada al "orden y el progreso", y las nuevas limitaciones al sufragio reflejaban tanto el miedo a los levantamientos populares como la "ciencia" racista que promovía la superioridad de los blancos europeos. Por lo tanto, a medida que el liberalismo se volvió positivista y se fusionó con la defensa conservadora de las jerarquías racializadas de poder, las leyes limitaron el sufragio de los pobres y disolvieron en nombre del progreso los títulos colectivos sobre las tierras de los pueblos indígenas. La defensa de la esclavitud también tomó un matiz positivista, y la emancipación tardó en llegar incluso a aquellos países que les habían prometido la libertad a los soldados negros durante las guerras de independencia. Para el liberalismo positivista, la tarea más importante aún era *civilizar* a los pueblos indígenas y morenos, campesinos y herejes, que habitaban los territorios alejados y sin ley. En estos términos, la civilización justificaba la violencia y el gobierno autoritario, como en el Porfiriato mexicano.

La respuesta al gobierno liberal positivista, lo que Gargarella (2005) denomina "gobierno liberal-conservador", se produjo a finales del siglo XIX como consecuencia del rechazo romántico y nacionalista a la influencia norteamericana y no gracias al surgimiento de un liberalismo más igualitario. El uruguayo José Enrique Rodó y el cubano José Martí abanderaron el compromiso renovado con una identidad nacional que podría superar la tensión entre civilización y barbarie mediante la construcción de una auténtica civilización nacional, diferente de la de América del Norte y Europa. Esta búsqueda de la identidad nacional también se articuló en el lenguaje del derecho: la construcción de la civilización nacional suponía aprobar leyes "auténticas" o "nacionales", en lugar de códigos civiles basados en la versión napoleónica. Martí, por ejemplo, en *Nuestra*

América (1891) argumentó que las nuevas naciones "piden formas que se les acomoden" y que el fracaso de América Latina para prosperar no provino de la gente misma, sino más bien de aquellos que "quieren regir pueblos originales, de composición singular y violenta, con leyes heredadas de cuatro siglos de práctica libre en los Estados Unidos, de diecinueve siglos de monarquía en Francia" (Martí 1891). El anhelo de una resolución nacionalista de la metáfora fundacional requería el triunfo dialéctico de uno de sus términos binarios: la civilización triunfante sobre la barbarie. El derecho siguió siendo un símbolo de este triunfo y la ausencia de ley la definición de barbarie, incluso cuando el triunfo de la civilización se lograba a sangre y fuego. Estos tropos retóricos persistieron en el corazón de la construcción de las naciones a medida que el siglo XIX se adentraba en el XX y surgían ideas más igualitarias en el espectro político.

La inversión socialista de los términos

Los levantamientos sociales y los cuestionamientos a los proyectos políticos liberales del siglo XIX dominaron la primera mitad del siglo XX en América Latina. El anhelo persistente de progreso y desarrollo se convirtió entre las élites en una creciente sensación de fracaso. Los liberales y los conservadores enfrentaron nuevos desafíos políticos provenientes de la emergente izquierda latinoamericana, cuyo compromiso cosmopolita con el socialismo internacional se imbricó con las luchas locales, especialmente las de los pueblos indígenas que exigían la propiedad colectiva de la tierra, como también con las luchas de los sobrevivientes del liberalismo igualitario derrotado por el positivismo y por las alianzas entre liberales y conservadores[5].

Este socialismo emergente no abandonó la metáfora fundacional; en cambio, invirtió los términos. Los pueblos indígenas y campesinos fueron retratados como virtuosos y respetuosos de la ley, mientras que los capitalistas y terratenientes lo fueron como colectivos depravados y sin ley. Cuando la ley no defendía los derechos de los oprimidos, especialmente de los campesinos y trabajadores indígenas, se la denunciaba como bárbara e injusta. La aspiración, entonces, era promulgar leyes y constituciones que reflejaran la superioridad moral de los pobres y trajeran, de ese modo, el progreso y la civilización. Así, el liberalismo positivista fue condenado en dos sentidos diferentes: primero, por no promulgar leyes que protegieran, en los libros, a los pobres y, segundo, por mantener a la nación en un estado de barbarie al no limitar los abusos de los poderosos y la humillación de los humildes.

En su popular *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana* de 1928, el peruano José Carlos Mariátegui delineó los fracasos del liberalismo al criticar la impotencia de las leyes liberales frente al poder de los terratenientes[6]: "el 'gamonalismo' invalida inevitablemente toda ley u ordenanza. […] Contra su autoridad, sufragada por el ambiente y el hábito, es impotente la ley escrita" (Mariátegui 1928, 26-7). En su argumentación, la impotencia de la ley frente a los gamonales se reflejaba en los títulos ilegítimos de propiedad el robo de tierras y el trabajo forzado, e ilegal, de los campesinos. Estas ideas, que circulaban ampliamente en la América Latina de principios del siglo XX, alimentaron, junto con la frustración por la falta de implementación de las leyes liberales (su "ausencia"), una imagen del derecho como

un instrumento que en su implementación favorece exclusivamente a los ricos.

Los líderes indígenas de principios del siglo XX denunciaron esta ineficacia material de las leyes y defendieron la superioridad moral de los pueblos indígenas, así como sus derechos naturales. Tras afirmar que "el corazón indígena se rebela contra la ley injusta", el líder indígena colombiano Manuel Quintín Lame se opuso a la anulación de los derechos indígenas sobre los territorios colectivos y exigió la activación de los remedios jurídicos existentes para evitar la disolución de los resguardos (Lemaitre *et al.* 2014). Asimismo, los campesinos revolucionarios en México exigieron la implementación de leyes justas. Su rechazo al abandono de la ley generó una fuerte resistencia a la dictadura liberal positivista del Porfiriato en México. En este espíritu, el líder campesino Emiliano Zapata firmó algunas de sus cartas con el lema "reforma, libertad, justicia y ley". Como una respuesta a la expoliación de tierras, la ambiciosa reforma agraria de Zapata, el "Plan de Ayala", buscaba redistribuir la propiedad agraria y restituirles a los campesinos indígenas las tierras que les habían robado. Al mismo tiempo, estas visiones justificaron una despiadada violencia revolucionaria a lo largo del siglo XX.

Las demandas revolucionarias, que equiparaban la justicia con la implementación efectiva de las leyes favorables a los pobres, no solo impulsaron la Revolución mexicana, sino también el surgimiento de un nuevo tipo de gobiernos liberales influenciados por ideas socialistas y comunistas. Esas ideas se convirtieron en el estándar de la civilización, mientras que las jerarquías tradicionales y los patrones de distribución pasaron a formar parte de la barbarie. Las reformas legales y constitucionales adoptaron una definición "social" de civilización que se materializó en una amplia gama de legislación que consagraba programas sociales y protecciones laborales, y que aspiró a cumplir las antiguas promesas de libertad e igualdad antes que progreso y orden. Sin embargo, una vez más, estas nuevas leyes a menudo permanecieron "en los libros". La ola de protesta y frustración, a menudo violenta, que siguió amenazó la estabilidad de los gobiernos y preparó el escenario para la retórica anticomunista de la Guerra Fría.

La Guerra Fría

En América Latina la Guerra Fría marcó, por un lado, el inicio de numerosos conflictos armados de baja intensidad y, por otro, el renovado interés de varios sectores en justificar los gobiernos autoritarios y el uso de la violencia contra los enemigos políticos. Sin embargo, detrás de las formas en que tanto los liberales como los comunistas de la Guerra Fría justificaban el uso de la violencia, seguía estando el llamado retórico a la civilización y al derecho.

En efecto, el liberalismo de la Guerra Fría aceptaba la necesidad de suspender las leyes que protegen las libertades civiles para defender a la nación del comunismo, pero se trataba de un sacrificio temporal. La retórica aludía a la suspensión, a la excepción temporal, no al rechazo de plano. Así, la suspensión de las libertades civiles no se mostraba como una subversión de los valores de la legalidad liberal, que incluso seguían presentes en las leyes y los proyectos de desarrollo que florecieron de la mano con las dictaduras anticomunistas.

Los liberales de la Guerra Fría, tanto en los Estados Unidos como en América Latina, seguían creyendo que la legalidad liberal era esencial para el proyecto civilizador que

salvaría a la región del comunismo. Este proyecto civilizador estaba estrechamente ligado al desarrollo económico, y fue promovido en un primer momento por la Alianza para el Progreso y el paquete de reformas legales que se presentaban como necesarias para el desarrollo de democracias liberales (las llamadas reformas de "derecho y desarrollo"). Con frecuencia, los gobiernos violentos y represores promulgaron estas reformas con las mismas facultades de estado de sitio que usaban para restringir las libertades civiles.

También se pensaba, al menos en los inicios de la Guerra Fría, que el desarrollo económico, junto con reformas legales liberales favorables al mercado, era necesario para el triunfo sobre el comunismo como también para superar el legado del pasado "bárbaro". Con ello los liberales de la Guerra Fría se referían a las jerarquías tradicionales y las formas de distribución de la tierra y la riqueza también tradicionales, que identificaban como el origen de la pobreza, la inequidad y la protesta social. Por ejemplo, en su informe de 1962 sobre el avance de la Alianza para el Progreso, la Organización de Estados Americanos señaló que una de las aspiraciones del programa era construir una "civilización donde los valores espirituales y culturales se fortalezcan con una base cada vez mayor de progreso material". Para lograr este objetivo, el liberalismo requería transformaciones sociales igualitarias, incluidas reformas legales:

> La libertad [política] debe ir acompañada de un cambio social, puesto que, a menos que se realicen libremente las reformas sociales necesarias, incluidas las reformas agrarias y fiscales, a menos que ampliemos las oportunidades de todo nuestro pueblo, a menos que un gran número de americanos sea cada vez más próspero, entonces, nuestra alianza, nuestra revolución, nuestro sueño y nuestra libertad fracasarán. (OAS 1962, 21)

Sin embargo, la década de los sesenta trajo el fracaso de las reformas liberales de la Alianza para el Progreso y la frustración de los intentos de alcanzar la justicia social en el marco de los sistemas jurídicos existentes. Este fracaso sentó las bases para una mayor violencia política inspirada en el éxito de la Revolución cubana. La lucha armada comunista, apoyada por la Unión Soviética y China, parecía ser la única solución de justicia social para los socialistas y comunistas que previamente habían participado en la política nacional. El derecho también ocupó un lugar en la lucha armada comunista: los revolucionarios evocaron frecuentemente la inversión socialista de los términos de las décadas anteriores y afirmaron que era necesario que el pueblo tomara las armas para defender el derecho de la manipulación de las élites. La Revolución cubana de 1959 se convirtió en un símbolo de la necesidad de la violencia para transformar regímenes injustos; al mismo tiempo, el marxismo empezó a argumentar, a la manera católica, que la violencia se justificaba por el derecho natural a la rebelión y por el hecho de que las leyes que otorgaban derechos nunca se aplicaban, argumentos con peso histórico en la región, en especial entre los pueblos indígenas.

Fidel Castro por ejemplo articuló de manera muy influyente esta frustración con el derecho y la necesidad de la violencia para responder a sus fracasos. En el alegato que pronunció al final de su juicio de 1953, que fue ampliamente distribuido bajo el título "La historia me absolverá", justificó la rebelión del 26 de julio apelando a la legitimidad de la Constitución

cubana de 1940, violada en repetidas ocasiones por la dictadura de Batista. Castro reivindicó el derecho a rebelarse cuando la ley es impotente ante la violencia de los poderosos. Este llamado resonó en toda la región a medida que hombres y mujeres jóvenes formaban guerrillas urbanas y rurales e intentaban fundar nuevos mundos a través de la violencia[7].

El Gobierno del socialista chileno Salvador Allende (1970-1973) ilustró dramáticamente los límites del derecho y el atractivo de la violencia política. Elegido democráticamente, Allende adoptó un programa de reforma radical de las instituciones chilenas dentro de los límites de la Constitución y las leyes vigentes. Su ministro de Justicia, Eduardo Novoa Monreal, afirmó que esta estrategia consistía en usar "los resquicios legales" para incorporar las políticas socialistas de redistribución en un sistema jurídico liberal. Después del golpe militar apoyado por Estados Unidos, que acabó con la vida de Allende en septiembre de 1973, Novoa Monreal escribió en el exilio un libro de amplia circulación en el que denunció la imposibilidad de trabajar dentro del marco legal tradicional: el derecho liberal, escribió, se había convertido en un obstáculo para la justicia social (Novoa 1975).

El final de la década de los sesenta trajo un aumento dramático en el número de guerrillas comunistas en la región, el colapso de la Alianza para el Progreso y sus aspiraciones reformistas, y una gran ola de golpes militares y democracias nominales que restringían duramente los derechos civiles por medio la legislación de estado de sitio. Se trató de una época en la que la represión adquirió una faceta jurídica y se convirtió en un mecanismo para defender el orden. El apoyo a los gobiernos militares y los estados de sitio provino tanto de los movimientos anticomunistas nacionales como de los Estados Unidos, que para ese momento ya gozaban de una gran hegemonía regional. Al igual que los liberales de la Guerra Fría, los dictadores apelaban a la defensa de la civilización; sin embargo, dado que las libertades estaban "suspendidas" hasta que la nación estuviera a salvo de la amenaza comunista, la legalidad y la reforma legal rara vez formaban parte de esta defensa.

En la década de los ochenta, la represión generó una amplia resistencia, que iba más allá de las actividades de las pequeñas guerrillas. El movimiento regional de los derechos humanos nació de las nuevas alianzas de distintos sectores sociales contra las dictaduras y luchó pacíficamente contra las violaciones masivas de derechos civiles y políticos. El movimiento de los derechos humanos volvió a confiar en el poder civilizador del derecho frente a la monstruosidad de las dictaduras, los centros de detención masiva y las desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones de presuntos comunistas y sus simpatizantes. Abogados y activistas defendieron a los presos políticos, denunciaron los abusos que habían padecido y llevaron a los autores a juicio. Desde el final de la Guerra Fría, el movimiento de los derechos humanos y sus compromisos políticos han dominado la política latinoamericana (y una proporción considerable de los estudios de derecho y sociedad). La defensa de los derechos humanos y el "nuevo constitucionalismo" marcarían el regreso triunfal del liberalismo. Ahora bien, ¿acaso este nuevo giro puede renunciar a una retórica fundacional que asocia el derecho con la civilización y está dispuesta a usar la violencia para imponerla a los "bárbaros"?

El nuevo constitucionalismo y los nuevos bárbaros

Al terminar la Guerra Fría, América Latina renovó su compromiso con el derecho, poniendo en el centro de este al activismo pro derechos humanos de los movimientos sociales (Couso, Huneeus y Sieder 2010). Una ola de nuevas constituciones se extendió por toda la región, avivando la esperanza en la redistribución de la riqueza y el bienestar social (Barrett, Chávez y Rodríguez-Garavito 2008; Santos 2010), así como el anhelo de alcanzar la democracia y el Estado de derecho a través de reformas más liberales (García 2002). Con las nuevas constituciones vino el desarrollo de "neoconstitucionalismo", un conjunto de teorías prescriptivas que defienden el igualitarismo liberal como el fundamento legítimo de las naciones latinoamericanas (Vásquez 2015; Arango 2012; García, Rodríguez y Uprimny 2006; Alegre y Gargarella 2007). Tanto esta consagración del Estado de derecho como un fin en sí mismo, como el anhelo de alcanzar la justicia social a través del constitucionalismo redistributivo, han sido duramente criticados desde perspectivas diferentes (Trubek y Santos 2006; Nader y Mattei 2008). Sin embargo, a pesar de tales críticas, la posición cada vez más hegemónica en el continente sostiene que la reforma legal es el camino hacia la justicia. El poder civilizador del derecho no se cuestiona en América Latina.

El giro hacia la reforma legal liberal está profundamente ligado a la historia del vibrante movimiento de los derechos humanos. Este movimiento, que recibió el apoyo de diferentes frentes, desde los antiguos insurgentes hasta las fundaciones liberales más tradicionales de Estados Unidos (Keck y Sikkink, 1998; Meili 2001), fue el preludio de las nuevas constituciones y proporcionó gran parte de la energía que alimentó las aspiraciones normativas del período. También marcó el inicio de un movimiento transnacional que demandaba el juzgamiento de los dictadores y los militares involucrados en graves violaciones de derechos y originó una rama específica de los derechos humanos que se enfoca en las transiciones a la democracia (Sikkink 2011). Otros movimientos sociales, como los movimientos indígenas, afrolatinoamericanos, de mujeres y de personas LGBTI (lesbianas, *gays*, bisexuales, transgénero e intersexuales), enmarcaron sus reclamos y diseñaron sus estrategias de presión y exigencias de reformas a la luz de la creciente hegemonía de los derechos humanos[8].

Este giro se refleja también en la literatura de las ciencias sociales sobre los derechos humanos en América Latina (escrita en su mayoría por visitantes extranjeros), así como en los informes de derechos humanos. Ambos narraron los efectos traumáticos de las violaciones generalizadas de derechos humanos bajo regímenes militares o en democracias débiles como las de Colombia y México (Taussig 1984; Green 1994; Tate 2007)[9]. Sin embargo, más allá de mostrar que la ausencia de ley es una condición previa necesaria para las violaciones de derechos humanos, ni la literatura de ciencias sociales ni los reportes de derechos humanos han comprendido el papel a veces cómplice del derecho en la creación del horror. En cambio, como los liberales y socialistas antes que ellos, piensan que el derecho es un sinónimo de civilización y ven la ausencia de ley como una de las características de la barbarie. Los viejos tropos tardan en morir. Con el regreso de las democracias, las experiencias de horror se desvanecieron, pero no el rechazo a la ausencia

de ley, materializada ahora en la criminalidad rampante. Al mismo tiempo se mantuvo la inversión de los términos que crea una imagen romántica de los pobres y de la violencia revolucionaria como los verdaderos defensores del derecho de los pueblos.

Así, con frecuencia las ciencias sociales denuncian la ausencia de ley como la trama y urdimbre de la vida cotidiana en la región. La persistente representación de la falta de ley como el origen de la violencia y la desigualdad hace eco de la persistente narrativa decimonónica de civilización y barbarie. Roberto Da Matta culpó de la ausencia de ley a una serie de relaciones jerárquicas tan arraigadas en la cultura que crean espacios sociales que no pueden ser permeados ni por la ley ni por los mercados (1991, 200). Da Matta describió la famosa expresión brasileña "¿no sabes con quién estás hablando?" (utilizada por las clases altas para descartar cualquier diálogo con las clases bajas) como una muestra cotidiana del poder de estas relaciones sociales jerárquicas, un poder que está más allá de la ley. Siguiendo a Da Matta, O'Donnell (1984) agregó que las dictaduras militares y las democracias débiles usaron la fuerza para silenciar los impulsos igualitarios que podrían haber alterado estos órdenes sociales jerárquicos. De manera ingeniosa e influyente, Carlos Nino (1992) argumentó que lo que él denomina "anomia estúpida", es decir, la inclinación popular a desobedecer la ley, cercana a la barbarie de la metáfora fundacional, es tanto el efecto como la causa misma de la desigualdad y el subdesarrollo. Y toda una generación de académicos preocupados por la corrupción, el subdesarrollo, la cultura jurídica y la ilegitimidad de las instituciones jurídicas en América Latina cita y comparte esa conclusión (véanse, por ejemplo, Ansolabehere 2008; Cianciardo 2012; Binder 2007; Pérez 2007; García 2009).

Esta literatura académica culpa con frecuencia a la cultura de esta situación y aspira al cambio cultural a través de la creación de una "cultura ciudadana" como antídoto a la inclinación popular a desobedecer la ley. Ejemplificada y promovida por el alcalde de Bogotá Antanas Mockus a mediados de la década de los noventa, la cultura ciudadana se extendió a toda la región como un programa para la gestión municipal. Los éxitos del programa iban desde comportamientos más apegados a las normas de tránsito hasta importantes disminuciones en los niveles de violencia urbana. Según sus promotores, la cultura ciudadana logra armonizar los derechos de los ciudadanos (centrados en el concepto de dignidad humana) con la cultura y la moral populares, y como resultado se generaron comportamientos respetuosos de la ley y se redujeron los niveles de tolerancia al incumplimiento de las normas (Mockus 1999; Nogeira 2009).

Otra solución académica al incumplimiento de la ley es la construcción del Estado, siguiendo de cerca a Guillermo O'Donnell. Este describe la fragmentación del control territorial del Estado entre las zonas azules, controladas por el Estado y la policía, y las zonas verdes o marrones, donde reinan la administración pública ineficiente, el desorden y la ilegalidad (O'Donnell 1993). Las áreas verdes y marrones también son las más pobres y se caracterizan por el "(des)estado de derecho". La debilidad del Estado es el principal culpable en esta descripción: Pinheiro y Méndez responsabilizan a una policía débil y a un sistema de justicia penal ineficiente (Méndez, O'Donnell y Pinheiro 1999), mientras que García y Santos señalan a un Estado tan débil que no es capaz

de mediar en los conflictos sociales (García y Santos 2004).

Tanto en la perspectiva de una solución cultural como en la que se concentra en el fortalecimiento del Estado, el Estado de derecho (o el Estado mismo) parece existir en un mundo diferente, opuesto, al de la violencia. La civilización, el civismo, la ciudadanía y la ley se oponen radicalmente a la ilegalidad, la violencia, el caos y la injusticia. El llamado subyacente parece ser "si solo se obedeciera la ley, habría justicia". Este convencimiento es compartido por quienes, desde la academia y la política pública, estudian el crecimiento de la violencia criminal.

Desde la década de los noventa muchos estudiosos empezaron a representar a los grandes criminales financiados por el tráfico de drogas, así como a los pequeños delincuentes, como los nuevos bárbaros; para las élites el deseo de más seguridad ciudadana reemplazó la aspiración a ser más civilizados (Svampa 1994). El crimen callejero y el crimen organizado se comprenden entonces como un problema cultural, en el que el derecho vuelve a estar firmemente del lado de la civilización y la ilegalidad se acerca a la barbarie.

El enemigo hoy es la ilegalidad rampante, y no solo las élites se preocupan por ella: un sector importante de la población acepta los linchamientos, los asesinatos en serie de pequeños delincuentes y otras formas de violencia contra los criminales como respuestas adecuadas. De manera más general, todos los días se normaliza la muerte de hombres jóvenes supuestamente vinculados al crimen organizado: ellos hacen parte de las nuevas "clases peligrosas" y representan la presencia persistente de la barbarie que deben eliminar los proyectos de seguridad ciudadana (Svampa 2006).

Sin embargo, algunos académicos han señalado los peligros para las libertades del auge de la seguridad ciudadana, así como su impacto negativo sobre los pobres (Gargarella 2008; Iturralde 2009; Dammert 2007; Briceño 2007, 2012). Estos estudios hacen parte de una tradición en la criminología crítica que describe las relaciones entre la criminalidad y la desigualdad radical de las ciudades latinoamericanas. Sin dejar de definir a las zonas violentas como lugares que requieren de la presencia estatal y de un trato igualitario[10], esta crítica se ha enfocado en exigir que el derecho penal siga siendo el último recurso de la acción del Estado. Bajo esta perspectiva, la juventud insatisfecha que forma parte de las nuevas clases peligrosas también puede verse como un actor que se resiste a un gobierno injusto o, al menos, que protesta contra la pobreza.

Este marco crítico evoca la inversión socialista de términos según la cual las élites (los blancos, los terratenientes y el gobierno) son los bárbaros, mientras que los bandidos son una expresión de la rebelión de los pobres (Hobsbawm 1981). La rebelión de ilegalidad también está presente en otras acciones ilegales (como pintar grafitis y vandalizar la propiedad privada y pública), que se pueden ver como formas de reclamar el reconocimiento y la ciudadanía. Por ejemplo, Teresa Caldeira (2002) afirma que los jóvenes urbanos insatisfechos reaccionan a "una larga historia de irrespeto estatal por los derechos civiles, en particular por los derechos de los pobres" y a "una profunda falta de fe en la justicia y la imparcialidad del sistema judicial" (2002, 235-63).

El vínculo entre la rebeldía y el irrespeto estatal por los derechos también está presente en la vigorosa tradición del litigio de interés público en América Latina. Tanto la "abogacía

para la liberación" (cercana a la teología de la liberación) como el movimiento de los "usos alternativos del derecho" están comprometidos con obtener justicia para los pobres mediante el uso del derecho (para una exposición general, véase De Souza 2001). Algunos académicos contemporáneos han apoyado el litigio de interés público y han conceptualizado sus prácticas como usos contrahegemónicos del derecho (Santos 2002; Santos y Rodríguez 2005, Santos y García 2004). Esta literatura supone que el derecho contrahegemónico es distinto a la violencia y, como tal, puede derrotar a la barbarie (entendida, de hecho, como la violencia estructural y sus consecuencias).

Sin embargo, unos y otros, los que buscan el cambio cultural y los que desean más seguridad ciudadana, los que critican el uso del derecho penal y los que aspiran a un Estado de presencia más robusta en los territorios, son herederos de la metáfora fundacional. Todos siguen inspirados por la esperanza persistente de que el derecho y el anhelo de justicia traigan la civilización. Son problemáticos porque reproducen una vez más la dicotomía entre "nosotros" (los civilizados, los que cumplen la ley, los abogados de derechos humanos e interés público, los pobres) y "ellos" (los bárbaros, los terratenientes, las corporaciones, las élites gubernamentales corruptas). La fuerza de esta dicotomía romantiza a quienes caen en la categoría de "nosotros" de la misma manera que las élites de principios del siglo XIX romantizaron la cultura europea en su uso de la metáfora de civilización y barbarie. Y dejan de examinar la manera como esta dicotomía oculta la posibilidad de examinar las formas en las que las leyes son cómplices de la violencia, así como los eventos en los que la ilegalidad es legítima para quienes viven en ella. Como tal, la retórica de civilización y barbarie se convierte en un obstáculo para el estudio de la realidad del derecho en contextos violentos.

Estudios sociojurídicos en contextos violentos

Para que los enfoques de derecho y sociedad puedan abordar de manera productiva la forma en que el derecho y la violencia se constituyen mutuamente en la cotidianidad, es necesario que los académicos abandonen la retórica de civilización y barbarie. Dejarla atrás les permitirá ver cómo la violencia le da forma al derecho estatal y al activismo legal. Por ejemplo, el giro hacia los derechos humanos, como reacción contra las dictaduras, les dio vida a varias disposiciones del derecho internacional y del derecho constitucional que antes carecían de sentido práctico. Por ejemplo, a raíz de la Constitución de 1991, el activismo de los movimientos sociales colombianos se ha articulado alrededor de un profundo rechazo a la violencia de la guerra civil de la década de los noventa y la de los 2000 (Lemaitre 2009).

El derecho también moldea la violencia, ya sea directa (al considerar ilegales ciertas prácticas sociales y mundos, con lo que traza los contornos exactos de la violencia) o indirectamente (negándose a regular la vida social donde el conflicto está destinado a suceder, como en los mercados informales e ilegales). Ambas posibilidades se ejemplifican en la América Latina del siglo XXI a través de dos fenómenos directamente vinculados a la violencia social: la prohibición y la reducción del tamaño y presencia del Estado como proveedor de servicios sociales y policiales.

La prohibición, un complejo régimen jurídico nacional e internacional que les otorga a

las fuerzas militares la facultad de reprimir la producción y tráfico de ciertas drogas, es directamente responsable del fuerte aumento tanto de la violencia policial como de la violencia de los carteles en grandes sectores de América Latina. Mientras que la violencia en Colombia en la década de los ochenta y en México en la década de los 2000 es bastante evidente, la prohibición también es la causa directa de las elevadas tasas de homicidios en América Central y el Caribe y contribuye significativamente hoy a la violencia en Venezuela, Brasil y Colombia. La militarización de la lucha contra las drogas ha hecho que el uso estatal de la fuerza letal se aleje del marco constitucional democrático y se acerque más a la ley marcial y a la ilegalidad. La prohibición también eleva artificialmente el precio de las drogas; junto con la ausencia de impuestos u otras formas de regulación, la prohibición les genera enormes ganancias a los traficantes, que, a su vez, financian la corrupción de los funcionarios estatales y el dominio total de las organizaciones criminales en algunos territorios[11].

Otro ejemplo de la estrecha relación entre el derecho y la violencia es la manera como la reducción de las funciones del Estado tras las reformas neoliberales también está claramente ligada al aumento de ciertos tipos de violencia. Como explican Comaroff y Comaroff (2006) las políticas neoliberales que abogan por una reducción del Estado generaron un aumento de la violencia a medida que los grupos armados se esforzaban por dominar las economías y los espacios desregulados. La reducción del Estado puede estar vinculada a programas de reforma estructural neoliberal que promueven la autosuficiencia (como argumenta, por ejemplo, Goldstein 2005), pero también puede tener otros orígenes. Por ejemplo, el dramático aumento de la violencia en Venezuela después de la revolución socialista de Chávez no está vinculado a un programa de reforma neoliberal, sino más bien a la erosión de ciertas instituciones estatales bajo el régimen socialista, particularmente la policía y las unidades de investigación criminal (Briceño 2012).

Más aún, la civilización promovida por el liberalismo también puede ser violenta, y los espacios sin ley pueden convertirse en un lugar de refugio. Existe una amplia evidencia histórica que indica que los pueblos indígenas, los antiguos esclavos y los campesinos sin tierra huyeron de la jurisdicción del Estado no solo para evitar la injusticia, especialmente el trabajo forzado y el reclutamiento forzoso, sino también para evitar la intromisión del derecho en su vida cotidiana (Scott 2009; Clastres 1989). Sin embargo, dentro de estos espacios sin ley, surgen normas y formas de regulación que han despertado cada vez más la atención de los científicos sociales, formas que muestran cómo diferentes organizaciones sociales absorben o asumen las funciones estatales.

Algunos académicos que han articulado una visión contrahegemónica del derecho sustentan sus conclusiones en la aspiración a que las personas se autorregulen en los márgenes del poder estatal; para ellos, de hecho, esta es la única forma legítima de derecho. De la Torre (2006), por ejemplo, defiende la existencia de un derecho que nace del pueblo y que está formado por "las normas jurídicas que el propio pueblo crea para regular sus relaciones y defender sus causas justas". Sobre la base de los primeros trabajos de Boaventura de Sousa Santos (1977), algunos estudiosos del derecho también han recurrido al pluralismo jurídico como un marco que puede representar lo jurídico por fuera de los límites del derecho estatal.

Para Antonio Wolkmer (2003) y Óscar Correas (2003), el pluralismo jurídico, como el "Derecho del pueblo" que propone De la Torre, es en esencia emancipatorio porque su origen no es el poder del Estado. Otros académicos hacen una defensa del pluralismo jurídico indígena (Sieder 2011; Yrigoyen 2011) para destacar las normas y las formas de justicia presentes en las "tierras sin ley" y espacios sociales habitados por los pueblos indígenas (con frecuencia se afirma que esas normas y formas de justicia defienden mejor que el derecho estatal la dignidad humana y la igualdad).

Sin embargo, como lo muestra Santos (2001), los actores armados no estatales también pueden regular las relaciones sociales ilegales e informales de formas violentas. En Colombia, por ejemplo, las guerrillas que se benefician del tráfico de cocaína y la minería ilegal han establecido sus propias formas de gobierno insurgente que incluyen el cobro de impuestos, la prestación de servicios sociales, la resolución de conflictos y, en ocasiones, también la construcción de carreteras y otras obras de infraestructura (Arjona 2015). En México, los cárteles también han asumido funciones estatales similares en las regiones que dominan (Maldonado 2011).

Otros mercados ilegales e informales también han puesto en funcionamiento este tipo de mecanismos. Menos violentos que los mercados ilegales, los mercados informales también sufren por la falta de regulación estatal (o, según el punto de vista, se benefician de la falta de aplicación de las reglas)[12]. Las comunidades que participan en estos mercados informales o ilegales a menudo asumen las funciones que el Estado se niega a realizar en los mercados que no son formalmente legales; un ejemplo de ello es la resolución de conflictos a través de mecanismos de justicia comunitaria en los asentamientos informales, como las asociaciones de vecinos que resuelven disputas entre inquilinos y dueños de casas de autoconstrucción (Santos 1977; véanse también Godoy 2006, Goldstein 2003). Existe una amplia literatura en inglés y en español que describe los mercados informales de vivienda (véase, por ejemplo, Fischer, McCann y Auyero 2015), el comercio y el trabajo informal (Centeno y Portes 2006), la minería y la explotación de los recursos naturales, y las economías ilegales en general. A pesar de que la antropología jurídica ha documentado ampliamente las interacciones entre el gobierno de los mundos ilegales y el derecho y las instituciones estatales, las investigaciones sociojurídicas siguen sin aprovechar su potencial para el estudio del derecho (Arias 2006; Holston 2008; Dewey y St. Germain 2012).

Conclusiones

En suma, si los académicos de derecho y sociedad en América Latina enfrentaran los desafíos conceptuales que presenta la violencia, podrían encontrar una vía productiva para superar la tendencia a reproducir la dicotomía entre civilización y barbarie. De ese modo, podrían explorar las formas en que el derecho constituye los llamados espacios sociales sin ley y las formas en que los espacios sociales sin ley se regulan a sí mismos. Encontrarían, además, que, en la práctica, el derecho no se ubica firmemente del lado de la civilización como la ausencia de violencia, así como la violencia no es siempre una expresión de la barbarie de los espacios marginales, territoriales y sociales. Estas ideas, expresadas en gran parte por Walter Benjamin en su texto *Para una crítica*

de la violencia, pueden darles una base firme a las investigaciones que examinen las formas en que el derecho y la violencia se constituyen y definen entre sí, la dependencia mutua de las zonas controladas por el Estado y los espacios sin ley, y las formas de gobierno que regulan la vida cotidiana por fuera de la jurisdicción del Estado. La antropología política y la antropología jurídica han analizado algunos de estos fenómenos, así como la ciencia política ha estudiado la violencia en la guerra civil y el crimen organizado en la región. Sin embargo, estas perspectivas no se han concentrado en los significados y prácticas cotidianas del derecho en América Latina. Tal vez sea hora de que los estudios sociojurídicos entiendan que el derecho, incluso el derecho progresista y liberal, y la violencia se constituyen mutuamente en una de las regiones más violentas del mundo.

Notas

1. Véanse, por ejemplo, los datos de 2015 que presenta *The Guardian* www.theguardian.com/world/2015/may/06/murder-map-latin-america-leads-world-key-cities-buck-deadly-trend. (Consultado el 10 de abril de 2017).
2. Sobre el constitucionalismo liberal en la región en el siglo XIX, véanse Gargarella 2005; Jaksic y Posada 2011.
3. Cabe destacar que la Ley 89 de 1890 en Colombia eximió a los pueblos indígenas de la responsabilidad penal y de la disolución de la propiedad colectiva precisamente porque eran "salvajes" y, por lo tanto, no estaban sujetos a las leyes generales. Entre finales del siglo XIX y principios del XX, muchos códigos de procedimiento penal en América Latina incluyeron disposiciones que eximían a los pueblos indígenas de responsabilidad penal debido a su "responsabilidad disminuida" o condición cultural. Esas disposiciones coexistieron con la servidumbre indígena y la explotación cuasiesclavista que se justificaba por la falta de civilización.
4. Sobre el positivismo en México, véanse Zea 1968 y Hale 1972.
5. Sobre este liberalismo igualitario, también conocido como liberalismo radical, véase Gargarella (2005, 2014). El autor distingue el liberalismo radical del liberalismo propiamente dicho, al que ve como un eventual aliado de las fuerzas conservadoras a través de acuerdos de repartición del poder.
6. La literatura indigenista, inspirada en el movimiento político que defendió los derechos y la cultura indígena a principios del siglo XX, está llena de referencias similares al gobierno injusto, tal y como lo muestra la novela *El mundo es ancho y ajeno*.
7. Los movimientos y gobiernos populistas justificaron ignorar la ley y los derechos sobre la base de la primacía de la soberanía popular y la relación directa entre el gobierno y el pueblo. Este capítulo, sin embargo, se centra en las representaciones de la relación entre derecho y la violencia, algo que los estudios sobre el populismo generalmente no han teorizado.
8. Existe una amplia literatura sobre derecho y movimientos sociales en la región. Véanse Lemaitre 2009 y los capítulos de Machado *et al.*, Wilson y Gianella (2024), y Saldivia en este volumen (2024).
9. En la década de los setenta, Amnistía Internacional fue pionera en reportar las desapariciones y encarcelamientos de los regímenes militares en América Latina; véase www.amnesty.org/en/documents/amr13/083/1977/en/. (Consultado el 10 de mayo de 2017).

10. El dramático aumento de la violencia en la Venezuela socialista sigue siendo un enigma para este tipo de análisis.
11. La prohibición les da una ventaja de mercado a los más violentos y a aquellos que pueden garantizar el control territorial. Para una explicación detallada de este vínculo, véase Andreas y Wallman (2009). Por otro lado, Reuter (2009) relaciona la violencia con la juventud de los perpetradores, el alto valor de la droga y la intensidad de la aplicación de la ley. Para una imagen sorprendente del papel de Estado en la violencia asociada a las drogas, véase Snyder y Durán Martínez (2009).
12. Sobre el argumento de que la falta de aplicación es un movimiento político deliberado, véase Holland 2015.

Referencias

Alegre, Marcelo y Roberto Gargarella. 2007. *El derecho a la igualdad*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Andreas, Peter y Joel Wallman. 2009. Illicit markets and violence: What is the relationship? *Crime Law and Social Change* 52: 225-29. 10.1007/s10611-009-9200-6.

Ansolabehere, Karina. 2008. Legalistas, legalistas moderados y garantistas moderados: ideología legal de maestros, jueces, abogados, ministerios públicos y diputados. *Revista Mexicana de Sociología* 70(2): 331-59.

Arango, Rodolfo. 2012. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.

Arias, Enrique. 2006. *Drugs and democracy in Rio de Janeiro*. Chapel Hill: University of North Carolina.

Arjona, Ana. 2015. *Rebelocracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Barreda, Gabino. 1867/1979. Oración cívica. *Cuadernos de Cultura Latinoamericana* 72.

Barrett, Patrick, Daniel Chávez y César Rodríguez-Garavito. 2008. *The new Latin American left: Utopia reborn*. Londres: Pluto Press.

Binder, Alberto. 2007. *La cultura jurídica, entre la tradición y la innovación*. Ediciones Universidad.

Briceño, Roberto. 2007. *Sociología de la violencia en América Latina*. Quito: FLACSO.

Briceño, Roberto. 2012. Three phases of homicidal violence in Venezuela. *Ciência & Saúde Coletiva* 17(2): 3233-42.

Caldeira, Teresa. 2002. The paradox of police violence in democratic Brazil. *Ethnography* 3(3): 235-63.

Centeno, Miguel Ángel y Alejandro Portes. 2006. The informal economy in the shadow of the state. En *Out of the shadows: Political action and the informal economy in Latin America*, eds. Patricia Fernández Kelly y Jon Shefner, 23-48. Philadelphia: Penn State Press.

Cianciardo, Juan. 2012. The paradox of the moral irrelevance of the government and the law: a critique of Carlos Nino's approach. *Ratio Iuris* 25(3): 368-80.

Clastres, Pierre. 1989. *Society against the state*. Cambridge MA: MIT Press.

Comaroff Jean y Comaroff John (eds.). 2006. *Law and disorder in the post-colony*. Chicago: Chicago University Press.

Correas, Óscar. 2003. *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*. México: Fontamara.

Couso, Javier, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder (eds.). 2010. *Cultures of legality judicialization and political activism in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.

Da Matta, Roberto. 1991. Do you know who you're talking to? The distinction between individual and person in Brazil. En *Carnivals, rogues and heroes: An interpretation of*

the Brazilian dilemma, 37-97. Notre Dame: Notre Dame Press.

Dammert, Lucía. 2007. *Perspectivas y dilemas de la seguridad ciudadana en América Latina*. Quito: FLACSO.

Dewey, Susan y Tonia St. Germain. 2012. Between global fears and local bodies: Toward a transnational feminist analysis of conflict-related sexual violence. *Journal of International Women's Studies* 13(3): 49-64.

Fischer, Brodwyn, Bryan McCann y Javier Auyero. 2015. *Cities from scratch*. Durham NC: Duke University Press.

Fuentes, Carlos. 1961. *La gran novela latinoamericana*. Alfaguara.

García, Mauricio y Boaventura de Sousa Santos (eds.). 2004. *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Norma.

García, Mauricio, César Rodríguez y Rodrigo Uprimny. 2006. *Justicia para todos. Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*. Bogotá: Editorial Norma.

García, Mauricio. 2002. Law as hope: constitutional and social change in Latin America. *Wisconsin International Law Journal* 20(2): 352-70.

García, Mauricio. 2009. *Normas de papel*. Bogotá: Norma.

Gargarella, Roberto. 2005. *Los fundamentos legales de la desigualdad*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Gargarella, Roberto. 2008. *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Gargarella, Roberto. 2014. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.

Godoy, Angelina. 2006. *Popular injustice violence, community and law in Latin America*. Stanford: Stanford University Press.

Goldstein, Daniel. 2003. In our own hands: Lynching, justice, and the law in Bolivia. *American Ethnologist* 30(1): 22-43.

Goldstein, Daniel. 2005. Flexible justice neoliberal violence and 'self-help' security in Bolivia. *Critique of Anthropology* 25(4): 389-411.

Green, Linda. 1994. Fear as a way of life. *Cultural Anthropology* 9(2): 227-56.

Hale, Charles. 1972. *La transformación del liberalismo en México a finales del siglo XIX*. México: Fondo de Cultura Económica.

Hobsbawm, Eric. 1981. *Bandits*. Londres: Pantheon Books.

Holland, Alisha. 2015. *Voting for forbearance: The politics of informal redistribution in Latin America*. www.bu.edu/polisci/files/2015/03/HollandBU03.15.pdf. (Consultado el 8 de junio de 2017).

Holston, James. 2008. *Insurgent citizenship: Disjunctions of democracy and modernity in Brazil*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Iturralde, Manuel. 2009. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Uniandes.

Jaksic, Iván y Eduardo Posada Carbó (eds.). 2011. *Liberalismo y poder. Latinoamérica en el siglo XIX, Santiago de Chile*. México: Fondo de Cultura Económica.

Keck, Margaret y Katrhyn Sikkink. 1998. *Activists beyond borders*. Ithaca: Cornell University Press.

Lemaitre, Julieta. 2009. *El derecho como conjuro*. Bogotá: Siglo del Hombre y Uniandes.

Lemaitre, Julieta, Eva Sol López, Juan Pablo Mosquera, Kristin Bergtora Sandvik y Juliana Vargas Gómez. 2014. De desplazados a víctimas. *Estudios Justicia Global* 7.

Machado, Marta, Ana Luiza Villela y Fernanda Matsuda. 2019. Law, gender and social

movements in Latin America: Moral negotiations and uneven victories in feminist legal mobilization. En *Routledge handbook of law and society in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso. Nueva York y Londres: Routledge.

Maldonado, Salvador. 2011. *A los márgenes del estado mexicano*. Michoacán: Colegio de Michoacán.

Mariátegui, José Carlos. 1928/1979. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. México: Ediciones Era.

Martí, José. 1939. *Nuestra América*. La Habana: Trópico.

Meili, Stephen. 2001. Latin American cause lawyering networks. En *Cause lawyering and the state in a global era*, eds. Austin Sarat y Stuart Scheingold, 307-33. Oxford: Oxford University Press.

Méndez, Juan, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro. 1999. *The unrule of law and the underprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.

Mockus, Antanas. 1999. *Armonizar ley, moral y cultura: cultura ciudadana, prioridad de gobierno con resultados en prevención y control de violencia en Bogotá*. Washington, DC: Inter-American Development Bank.

Nader, Laura y Ugo Mattei. 2008. *Plunder: When the rule of law is illegal*. Londres: Wiley.

Nino, Carlos 1992. *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé Editores.

Nogeira de Oliveira, Mario. 2009. Ethics and citizenship culture in Bogotá's urban administration. *The University of Miami Inter-American Law Review* 41(1): 1-17.

Novoa, Eduardo. 1975. *El derecho como obstáculo al cambio social*. Ciudad de México: Editorial Siglo XX.

O'Donnell, Guillermo. 1993. On the state, democratization and some conceptual problems: A Latin American view with glances at some post-communist countries. *World Development* 21(8): 1355-70.

O'Donnell, Guillermo. 1984. *¿Y a mí, qué me importa? Notas sobre sociabilidad y política en Argentina y Brasil*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.

Organization of American States (OAS). 1962. *Alliance for Progress Report*. Washington, DC: OAS.

Pérez, Catalina. 2007. Desconfianza y desobediencia: Discurso y práctica del derecho en México. SELA. *Derecho y Cultura*. Puerto Rico: Ediciones Tal Cual.

Reuter, Peter. 2009. Systemic violence in drug markets. *Crime, Law and Social Change* 52(3): 275-84.

Saldivia, Laura. 2019. Society, the state and recognition of the right to a self-perceived gender identity. En *Routledge handbook of law and society in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso. Nueva York y Londres: Routledge.

Santos, Boaventura. 1977. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada law. *Law and Society Review 12*: 5-126.

Santos, Boaventura. 2001. *La globalización del derecho*. Bogotá: ILSA.

Santos, Boaventura. 2002. *Toward a new legal common sense: Law, globalization, and emancipation*. Londres: Butterworths.

Santos, Boaventura. 2010. *Refundación del estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del sur*. Plural Editores.

Santos, Boaventura y César Rodríguez. 2005. *Law and globalization from below*. Cambridge: Cambridge University Press.

Santos, Boaventura y Mauricio García. 2004. *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Editorial Norma.

Sarmiento, Domingo. 1999. *Facundo*. Buenos Aires: ElAleph.com. http://bibliotecadigital.educ.ar/uploads/contents/DomingoF.Sarmiento-Facundo0.pdf. (Consultado el 14 de junio de 2017).

Scott, James. 2009. *Art of not being governed*. New Haven: Yale University Press.

Sieder, Rachel. 2011. Pueblos indígenas y derecho en América Latina. En *El derecho en América Latina: Los retos del siglo* XXI, coord. César Rodríguez Garavito, 302-21. Buenos Aires: Siglo XXI.

Sikkink Kathryn. 2011. *The justice cascade*. Nueva York: Norton.

Snyder, Richard y Angélica Durán Martínez. 2009. Does illegality breed violence? Drug trafficking and state-sponsored protection rackets. *Crime Law Social Change* 52: 253. https://doi.org/10.1007/s10611-009-9195-z

Sommer, Doris. 1991. *Foundational fictions*. Berkeley: University of California Press.

De Souza, María de Lourdes. 2001. *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Bogotá: Ed. Universidad Nacional de Colombia/ILSA.

Svampa, Maristela. 2006/1994. *Civilización o barbarie el dilema argentino*. Madrid: Editorial Taurus.

Taussig, Michael. 1984. Culture of terror space of death. *Comparative Studies in Society and History* 26(3): 467-97.

Tate, Winifred. 2007. *Counting the dead*. Berkeley: University of California Press.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio. 2006. *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

Trubek, David y Álvaro Santos. 2006. *The new law and economic development*. Cambridge: Cambridge University Press.

Vásquez, Rodolfo. 2015. *Derechos humanos una lectura liberal igualitaria*. México: Fontamara ITAM.

Wilson, Bruce y Camila Gianella. 2019. The judicialisation of politics in Latin America. En *Routledge handbook of law and society in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Karina Ansolabehere, y Tatiana Alfonso. Nueva York y Londres: Routledge.

Wolkmer, Antonio. 2003. Legal pluralism: the new emancipatory framework in Latin America. *Law and Society in Latin* 26: 155-68.

Yrigoyen, Raquel. 2011. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la decolonización. En *El derecho en América Latina: Los retos del siglo* XXI, coord. César Rodríguez Garavito. Buenos Aires: Siglo XXI.

Zea, Leopoldo. 1968. *El positivismo en México*. México: Fondo de Cultura Económica.

Capítulo 6

ETNOGRAFÍA, BUROCRACIAS Y CONOCIMIENTO JURÍDICO EN LAS INSTITUCIONES ESTATALES LATINOAMERICANAS

LAS DIMENSIONES MATERIALES Y TÉCNICAS DEL DERECHO* [1]

Leticia Barrera y Sergio Latorre

Introducción

Las instituciones y prácticas estatales en América Latina han sido estudiadas desde hace varios años. Si bien no revisaremos exhaustivamente toda la literatura, vale la pena señalar que, en términos generales, las ciencias sociales y las humanidades han centrado sus investigaciones en la construcción y el desarrollo de los Estados latinoamericanos (Halperin Donghi 1982; Coronil 1997; O'Donnell 1985, 1996; Ribeiro 1999). Sin embargo, en años recientes los académicos han empezado a analizar las múltiples luchas que tienen lugar dentro de las sociedades latinoamericanas y que se manifiestan en una amplia gama de conflictos: desde la violencia estatal y el legado de los regímenes dictatoriales hasta los movimientos indígenas y los efectos de las reformas neoliberales, entre otros (Brunnegger y Faulk 2016; Couso, Hunneeus y Sieder 2010; Faulk 2013; Hetherington 2012; Tiscornia 2004, 2005; Vaisman 2014). En este capítulo proponemos un acercamiento a las instituciones y procesos jurídicos estatales y cuasiestatales en la región que se concentran en su funcionamiento cotidiano y prosaico, es decir, en las burocracias. Nuestro interés en el funcionamiento de la burocracia estatal y legal se basa específicamente en los recientes y cada vez más extendidos estudios antropológicos y sociojurídicos que se enfocan en diferentes contextos (por ejemplo, las instituciones financieras, el gobierno de la ciudad, la regulación del agua, la biotecnología, las patentes, la historia del derecho), en los artefactos de esas burocracias, como los formularios, los documentos, los archivos y otros "tecnicismos jurídicos" (Riles 2005) y su rol en la producción de conocimiento. Para esta literatura, dichos artefactos se convierten en medios para construir el saber experto, las formas de gobierno y, en general, las relaciones de conocimiento (Ballestero 2015; Foster 2016; Hull 2012; Latour 2004; Richland 2013; Riles 2005, 2011; Valverde 2009; Vismann 2008).

A primera vista, un análisis de los tecnicismos jurídicos puede parecer extraño para los estudios de "derecho y sociedad" o de "derecho en contexto", que están más familiarizados con la idea de que el derecho es un instrumento

* Cómo citar este capítulo: Barrera, Leticia y Sergio Latorre. 2024. Etnografía, burocracias y conocimiento jurídico en las instituciones estatales latinoamericanas. Las dimensiones materiales y técnicas del derecho. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 151-170.
http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.7

de las fuerzas sociales o "una expresión de los procesos mediante los cuales la sociedad se mantiene y se reproduce" (Pottage 2014, 147). En consecuencia, para desmenuzar nuestra aproximación al derecho y la creación de un saber jurídico, reflexionaremos, a la manera etnográfica, alrededor del funcionamiento corriente y material (burocrático) del derecho en dos contextos diferentes de creación normativa: la práctica judicial en Argentina y las disputas sobre la tenencia de la tierra en Colombia. En ambos contextos nos encontramos con diferentes prácticas documentales que muestran cómo la producción, intercambio y circulación de documentos, protocolos, formularios y circulares oficiales (y no oficiales) construyen el discurso jurídico, un proceso que puede parecer rutinario para las burocracias. Sin embargo, al prestar atención al papel que estos artefactos juegan en el trabajo cotidiano de los agentes de las burocracias (Barrera 2012) o a la manera en que imitan lógicas institucionales cuasiestatales (Latorre 2018), también pudimos notar la capacidad de estos instrumentos de generar un impacto en los discursos (jurídicos y burocráticos) y las relaciones que tienen lugar más allá de los límites (físicos) de la burocracia (Hull 2012, 21, 23).

La perspectiva política y normativa tradicional subraya la tensión entre el comportamiento deseable de las burocracias y lo que realmente hacen; claramente, esta conclusión no es más que una reformulación de la típica dicotomía entre el derecho en los libros y el derecho en acción. Al apartarnos de cualquier teoría abstracta sobre el derecho y el poder, nuestra aproximación intenta alejarse de la forma tradicional en que se ha entendido el comportamiento de las burocracias. En particular, argumentamos que un acercamiento etnográfico a la dimensión técnica del derecho revela una modalidad diferente del funcionamiento de lo jurídico: la forma en que el derecho constituye y se constituye "en los documentos, registros, archivos y otras formas de lenguaje burocrático, y a través de ellos" (Richland 2013, 5). En este sentido, esperamos que un estudio que ponga el foco en los elementos técnicos y procedimentales de las prácticas estatales burocráticas ilumine de una manera diferente el funcionamiento de las instituciones estatales en América Latina y, con suerte, problematice algunos de los tropos comunes que han contribuido a conceptualizar el poder en las relaciones sociales de la región.

En la siguiente sección, comenzamos por ubicar la burocracia en el contexto más amplio de las tensiones y fenómenos históricos que hacen que las prácticas estatales en América Latina merezcan la atención de los académicos. En esta sección también situamos nuestra aproximación a las formas cotidianas de creación jurídica y burocrática del conocimiento en el marco de una agenda de investigación antropológica sobre el Estado que, según Trouillot, "busca los procesos y efectos estatales en sitios menos obvios que los de la política institucionalizada y las burocracias consolidadas" (2001, 133). Poniendo entonces la pregunta por la materialidad del derecho en el centro del escenario, en la segunda sección analizamos la típica dicotomía entre el derecho en los libros y el derecho en acción. No obstante, dado que consideramos las herramientas jurídicas como un objeto de investigación, en cierto modo estamos también reinterpretando la brecha persistente entre el texto de la norma y su realización efectiva que tiende a constituirse en una categoría fija que predetermina el análisis sociojurídico. Consecuentemente, procuramos

demostrar que es necesario contar con un modo alternativo de análisis para no quedar atrapados en esa dicotomía. En otras palabras, en lugar de suponer que hay una distancia entre las dos dimensiones de la legalidad (texto versus práctica), exploramos otras modalidades en las que el derecho se manifiesta, se vuelve una realidad, a través de los aspectos prosaicos y olvidados de la producción burocrática del conocimiento jurídico. Al hacerlo, estamos reaccionando a la interpelación que hace el antropólogo Colin Hoag a quienes se encuentran abocados al estudio de las burocracias, que es procurar ir más allá de las relaciones binarias que tienden a socavar el análisis. Como señala este autor, el desafío "no solo es escribir sobre la brecha, sino encontrar formas de escribir desde ella, enfocándose en aquellos aspectos de la ecología burocrática que problematizan el realismo jurídico de la discrecionalidad burocrática" (Hoag 2011, 85). En las dos últimas secciones ofrecemos algunas de las conclusiones que se siguen de nuestros propios estudios etnográficos. Nuestras investigaciones nos han ayudado a dilucidar el papel de las formas e instrumentos jurídicos en la creación y circulación del conocimiento jurídico; del mismo modo, nos han llevado a preguntarnos por los tipos de sujeto, formas de agencia y relaciones de poder que esos instrumentos revelan. En las conclusiones resaltamos la importancia de la exploración etnográfica de los aspectos materiales del derecho como un modo diferente de conocer cómo se crea, experimenta y vive el derecho.

El Estado y sus espectros: viejas preguntas y problemas emergentes

La historia política de los países latinoamericanos ha influido en el desarrollo de sus instituciones. Por ejemplo, los regímenes políticos del siglo XX con frecuencia se debatían entre la dictadura y la democracia. Dado que se suele presentar el campo jurídico y el derecho en general como un lugar de "indeterminación" (Faulk 2013, 178), contingencia e incluso discontinuidad, la inestabilidad política no solo se ha reflejado en cambios en los códigos, leyes y constituciones nacionales, sino que también ha afectado las prácticas institucionales y las subjetividades de los individuos y los grupos.

Esta perspectiva histórica sobre el desarrollo de las instituciones jurídicas ha influenciado los análisis académicos que han abordado las prácticas estatales en América Latina desde un punto de vista normativo. De ese modo, se tiende a enmarcar al Estado en categorías binarias como formal-informal, visible-invisible, legal-ilegal o funcional-disfuncional, entre otras. Inevitablemente, este enfoque apunta a la brecha entre cómo *deberían* funcionar las instituciones estatales y cómo funcionan *realmente* (Hoag 2011, 84).

En nuestra opinión, detrás de la lectura que muestra que el campo jurídico está supeditado a los cambios políticos en América Latina se encuentran dos supuestos centrales que han caracterizado a la historia jurídica de las instituciones y a la vez permean las formas en que los estudios sociojurídicos tienden a analizar el funcionamiento del Estado. El primer supuesto es una visión centrada en el Estado que lo conceptualiza como una institución autónoma y claramente definida, es decir, como una entidad unitaria que organiza y regula la vida de las personas dentro de un territorio determinado. El segundo supuesto es que el Estado se ubica por encima de cualquier otra autoridad o forma de organización social. Según esta perspectiva, el Estado no solo se distingue de la sociedad,

también existe en contraposición a otras formas a través de las cuales la sociedad civil vive las relaciones sociales. Por lo tanto, en el marco de esa conceptualización emerge una idea de cultura (o, más bien, de cultura jurídica) que en lugar de estar constituida por las prácticas, discursos y experiencias de vida de las personas con el derecho, es el resultado del desarrollo y el funcionamiento del Estado y sus instituciones.

El Estado, entonces, como categoría analítica comprehensiva, ha dominado la investigación jurídica en América Latina. Y la ausencia o la presencia irregular del Estado han sido el foco de la mayoría de las investigaciones académicas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales. En esta línea pueden identificarse dos tendencias de análisis en la academia sociojurídica latinoamericana que giran en torno a la ausencia del Estado: el pluralismo jurídico (Santos y García Villegas 2001; Wolkmer 2003) y las perspectivas sobre la eficacia simbólica del derecho (García Villegas 1993, 2009). Ambas teorías presuponen que existen territorios con un derecho no estatal o no oficial. Mientras la primera se centra en las formas de control social y legal que operan en los territorios que están al margen del derecho estatal, la segunda hace hincapié en la diferencia entre la eficacia instrumental del derecho (o, mejor dicho, su ineficacia) y su significado simbólico. Para ambas perspectivas, el fracaso del aparato jurídico estatal resulta central (Ariza y Bonilla 2007; Buchely 2015).

A la vez, el surgimiento de instituciones cuasiestatales tanto a nivel supranacional como subnacional, las prácticas de las empresas transnacionales, el desarrollo de los movimientos sociales y las formas cambiantes de regulación (por ejemplo, el tránsito de una economía orientada por el Estado hacia una gobernanza económica más porosa y fluctuante controlada por organizaciones transnacionales como la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial o incluso instituciones u organizaciones privadas) han desafiado una conceptualización monolítica del Estado. Sin embargo, la figura del Estado sigue siendo fundamental para las estrategias analíticas que buscan abordar algunos de los problemas más duraderos y urgentes que enfrenta América Latina. Es más, incluso cuando las políticas de liberalización económica que promueven los mecanismos de gobernanza transnacional reducen los recursos estatales y las políticas de redistribución, aquellas estrategias enfatizan el lugar del Estado como un actor principal. En otras palabras, a pesar de que se asume comúnmente que el Estado y su papel protagónico se están desvaneciendo debido a diferentes procesos de "desnacionalización", "desestatalización" e internacionalización, no necesariamente todas las formas estatales nacionales están retrocediendo o se están erosionando. Más bien, esos movimientos simplemente están allanando el camino hacia nuevos procesos y perspectivas supranacionales y cuasiestatales.

Por otra parte, los países latinoamericanos comparten una serie de problemas que históricamente se han enmarcado en una matriz estatal o supraestatal, entre ellos la violencia estatal, el autoritarismo político, la corrupción, el incumplimiento de la ley y los reclamos de justicia. Del mismo modo, algunas de las preocupaciones contemporáneas más importantes entre los diferentes actores políticos se pueden leer a través de un lente (supra) estatal: la crisis de los gobiernos populistas y de centroizquierda, la política extractivista que afecta a los recursos naturales, la promoción de los derechos humanos, las luchas de las

minorías y la movilización social por el acceso a recursos básicos como el agua, la tierra o los alimentos. Evidentemente, estos temas se extienden mucho más allá de las fronteras del Estado-nación.

Además, el surgimiento de regímenes cuasiestatales a nivel supranacional también ha hecho que los científicos sociales desarrollen nuevos marcos para capturar las formas en que se manifiestan las prácticas estatales en medio de las incertidumbres y ambigüedades contemporáneas (Ong y Collier 2005). En este sentido, muchos académicos han dejado de pensar en el Estado como una entidad dada, distinta y fija, y, en cambio, han empezado a representarlo como una serie de arreglos que surgen en la vida cotidiana de los actores. En particular, la antropología ha ofrecido una perspectiva útil para comprender cómo el Estado (y los límites que lo mantienen separado de otras instituciones sociales) se construye culturalmente (Gupta 2006). De ese modo, la cultura no es producida por el Estado ni surge como consecuencia de los procesos de formación del Estado; por el contrario, el Estado se produce y se entiende como consecuencia de los procesos socioculturales (Trouillot 2001; Greenhouse, Mertz y Warren 2002; Das y Poole 2004; Ong y Collier 2005; Sharma y Gupta 2006; Gluck y Tsing 2009). Por otro lado, las nuevas tendencias en la investigación antropológica han mostrado que las reglas y procesos cotidianos también forman parte de las prácticas de creación del Estado. Bernstein y Mertz, por ejemplo, han argumentado que "los académicos interesados en el funcionamiento y los efectos del Estado deberían mirar, como mínimo, a las burocracias que lo mantienen funcionando". La burocracia, por lo tanto, se convierte en "otro escenario de la vida social y la acción política" (2011, 6, 7).

Indudablemente, los académicos de las ciencias sociales y las humanidades han podido trazar los aspectos ideológicos y materiales de las redes institucionales y sociales de poder (Foucault 1991) gracias a una perspectiva que se enfoca en el funcionamiento común y cotidiano del aparato estatal. Ciertamente, esta línea de investigación ha sido muy fructífera: el énfasis en los procedimientos a través de los cuales se hace presente y reproduce el Estado ha puesto de relieve el papel de la burocracia en la reproducción de las desigualdades de clase y género (Sharma y Gupta 2006; Buchely 2015). Esta misma línea de investigación ha permitido analizar las similitudes entre las prácticas cotidianas de entidades estatales diversas, independientemente de sus diferencias estructurales.

Del mismo modo, una perspectiva micro sobre el funcionamiento del Estado ha destacado el papel ambivalente de las prácticas burocráticas. Las burocracias o las prácticas burocráticas de producción de saber pueden llevarse a cabo de un modo silencioso, es decir, sin llamar la atención sobre su poder performativo o pueden afirmar su presencia y poder, asumiendo un carácter que las destaque e identifique como eventos únicos. Gracias a esta perspectiva que pone foco en los procesos burocráticos, los investigadores han sido capaces de trazar paralelismos entre actores muy diversos en entornos muy contrastantes (por ejemplo, burócratas y activistas o expertos y no expertos) a partir de las ideas que esos actores tienen acerca del Estado y del modo en el que se relacionan con este (Sharma y Gupta 2006).

Por su parte, los estudios sociojurídicos en América Latina y el exterior han demostrado que la burocracia y las prácticas y procesos burocráticos son centrales en la formación del Estado, la gobernanza y el ejercicio del poder

(Scott 1998). Esto se debe al hecho de que las prácticas cotidianas son el escenario en el que las personas aprenden sobre el Estado (Gupta 2006).

No obstante, este enfoque crítico respecto de las prácticas procedimentales de formación del Estado a veces no tiene en cuenta que tales prácticas rutinarias son mucho más que modos de controlar o ejercer el poder. Como lo muestran nuestras investigaciones, las prácticas técnicas y procedimentales de los ámbitos estructurados burocráticamente abren diferentes posibilidades analíticas para explorar sus configuraciones estéticas, performativas y conceptuales, revelando no solo las prácticas de los sujetos —agentes de esas burocracias—, sino también las calidades técnicas y procedimentales de nuestras propias prácticas de producción de conocimiento (Riles 2006). Considerar las prácticas estatales principalmente como micropolíticas de las relaciones de poder reduce su potencial de convertirse en objetos de análisis sociojurídico. Contrariamente a esta idea, con la mirada puesta especialmente en las formas materiales más mundanas de la burocracia, como sus documentos, los antropólogos y las antropólogas han podido indagar en tipos particulares de sujetos políticos y etnográficos; la capacidad de esas formas materiales para generar autoridad, agencia y afectividad; e incluso el modo en que dichas formas funcionan como tecnologías que vinculan la interacción social y la producción de conocimiento (Hoag 2011, 85). En consecuencia, las sutilezas de la interacción de los diferentes sujetos con los objetos materiales del derecho (como los documentos) permiten a los investigadores reflexionar sobre las diferentes concepciones (incluida las propias) acerca del derecho y su funcionamiento, y los sujetos y formas de agencia que este genera.

Como es dable destacar, una perspectiva que se concentre en los triviales y aparentemente poco interesantes aspectos materiales del derecho y en los problemas técnicos y de procedimiento que surgen en su práctica cotidiana vuelve visible la investigación otros tipos de actores. Adicionalmente, ese enfoque inspira una visión nueva, fresca y compleja de "antiguos" sujetos de investigación. Tal es el caso de las víctimas de los conflictos políticos, cuyas figuras tienden a ser examinadas a través de conceptos como pobreza, exclusión, o la dicotomía entre dominación y resistencia, que en general proyectan la idea del poder como categoría comprehensiva. En el tema de la resistencia, por ejemplo, Abélès y Badaró (2015, 53) señalan que en las últimas décadas del siglo XX los estudios antropológicos empezaron a concentrarse en su estudio, en contraste con la tradicional preocupación antropológica por el Estado. Según estos autores, los estudios antropológicos sobre el poder han dado paso a una exploración de la resistencia de las personas frente a diferentes formas de dominación. Esta tendencia se evidencia en la mayoría de las aproximaciones de la antropología política contemporánea a la relación entre el Estado y la resistencia y sus conceptualizaciones. Abélès y Badaró argumentan que esto, a su vez, ha renovado las ideas de dominación y soberanía estatal, que parecían haber sido superadas por las críticas a los enfoques institucionalistas sobre el Estado y los acercamientos etnográficos a las agencias estatales. Sin embargo, dado que las relaciones entre Estado y resistencia asumen formas diferentes, es necesario que los antropólogos eviten asociar de modo automático ambas categorías con formas específicas de poder y acción política (Abélès y Badaró 2015)[2].

El derecho en los libros vs. el derecho en acción. Los tecnicismos jurídicos que se encuentran en esa brecha

Después de resaltar la importancia de la materialidad para la constitución y el funcionamiento del derecho (Richland 2013), nos gustaría volver sobre la discusión alrededor de la distinción entre el derecho en los libros y el derecho en acción que destacan los estudios de derecho y sociedad y a la vez retomar la invitación que hace Annelise Riles de ejercitar una mirada sobre el derecho que se concentre en sus dimensiones técnicas y materiales. De hecho, los estudios de derecho y sociedad se han interesado principalmente por lo que hace el derecho en la práctica; en cambio, generalmente, lo que el derecho *es* (normas y procedimientos en el marco de un sistema jurídico) no ha formado parte de sus preocupaciones (Macaulay, Friedman y Stooke 1995). Un principio fundamental de los estudios de derecho y sociedad es que las prácticas sociales e institucionales que rodean al derecho son tan importantes como la sustancia del derecho en los libros (Pound 1910). Esta premisa le da forma al problema de la *brecha* entre la norma jurídica y lo que sucede en la práctica.

Para estudiar la brecha entre el derecho en acción y el derecho en los textos, en otras palabras, para explicar la relación entre el derecho y la sociedad, se han impulsado al menos dos agendas de investigación sociojurídica. Por un lado, el derecho es visto como un instrumento a través del cual se disuade, se controla o se influencia a la sociedad (Chambliss 1967; Gaventa 1980; Zimring y Hawkins 1971). Por otro lado, el derecho no se concibe meramente como un instrumento, sino que también se entiende como un conjunto de categorías conceptuales que ayudan a construir, componer, comunicar e interpretar las acciones sociales en la vida cotidiana (Sarat y Kearns 1993; Ewick y Silbey 1998). Estas dos agendas han producido un estimulante cuerpo de investigaciones sociojurídicas. La primera ha producido estudios que concluyen que el derecho es una herramienta que refleja, reproduce y modifica las características y las instituciones de la vida social. Por su parte, las investigaciones que se inspiran en la segunda perspectiva muestran que el derecho no es un dominio ontológico separado de la sociedad[3], sino uno de sus elementos constitutivos. De ese modo, estos estudios dirigen su atención a teorizar la relación entre el derecho, el poder y la ideología, así como el poder hegemónico inherente al derecho. Ahora bien, este cuerpo de investigaciones no ha teorizado suficientemente las formas en que se crea, emplea, circula e intercambia el conocimiento jurídico técnico. En efecto, el énfasis que la academia sociojurídica ha puesto en estudiar las fuerzas sociales y las relaciones de poder que tienen lugar en los diferentes escenarios jurídicos ha contribuido a mantener los aspectos materiales de la producción del saber jurídico, es decir, las herramientas rutinarias y cotidianas sobre las que descansa el funcionamiento del derecho, en una suerte de "caja negra"[4]. Como indica Annelise Riles, los estudios culturales del derecho comúnmente han considerado los tecnicismos jurídicos (el instrumentalismo jurídico, los aspectos relativos a la gerencia, los procedimientos, la tecnocracia, la doctrina jurídica, entre otros) como aspectos que hacen el "ámbito de la práctica más que de la teoría". Por esa razón, dichos estudios afirman que los tecnicismos jurídicos son de carácter ordinario y

"profundamente poco interesantes" que no vale la pena someterlos a un análisis sociojurídico crítico (Riles 2005, 974, 976). Por otra parte, para aquellos investigadores que comparten una mirada más instrumentalista del derecho (tales como los economistas, los científicos cognitivos y los abogados corporativos), el carácter técnico del derecho se vuelve relevante solo en la medida en que resulta útil para resolver problemas jurídicos reales (Riles 2005, 974, 976). En la misma línea, Mariana Valverde ha argumentado que "típicamente los estudios legales críticos y la academia sociojurídica muestran que el derecho es un lugar clave para la reproducción y el cuestionamiento de diversos tipos de relaciones de poder". Para esta autora, sin embargo, "si el poder opera a través del conocimiento, resultaría útil examinar algunos hechos jurídicos que resalten la dimensión del conocimiento" (Valverde 2003, 1). En ese sentido, Valverde se enfoca en la constitución, el cuestionamiento y la circulación de ciertos conjuntos de "verdades" que son producidas "a través de y en" la labor de algunos actores jurídicos, como los funcionarios del Estado, los abogados y los jueces. Riles, por su parte, ha reclamado a los académicos sociojurídicos enfocarse en los aspectos centrales del pensamiento jurídico (los tecnicismos jurídicos) y a convertirlos en objetos de investigación humanística:

> El apego que los abogados tienen por las herramientas jurídicas, que es parte del sentido común de la profesión, constituye precisamente un punto de entrada apropiado para una observación etnográfica del derecho y las instituciones contemporáneas. (Riles 2011)

En la misma línea, Susan Silbey invita a los académicos a reconceptualizar la "brecha persistente y problemática entre el derecho en los libros y el derecho en acción". En este sentido, considera que rastrear el saber jurídico que se produce en "el nivel medio entre el ciudadano y el Estado de derecho que lo trasciende: [es decir] el terreno de las prácticas institucionales" constituye la línea de investigación más prometedora. En ese sentido, es importante "describir los mecanismos mediante los cuales los esquemas jurídicos se propagan, circulan y reciben", porque precisamente a través de estos mecanismos "se forja[n] en las instituciones el sentido cultural, la desigualdad social y la conciencia jurídica". Según Silbey, las instituciones son el lugar en el que el derecho formula sus promesas y a la vez fracasa en cumplirlas (Silbey 2005, 360).

A partir de estas conclusiones, creemos que una aproximación etnográfica al derecho y al saber jurídico, es decir, una perspectiva que tome en serio los aspectos técnicos y materiales del derecho en el contexto en el que se crean, circulan e intercambian las prácticas de conocimiento, puede ser una línea de investigación muy promisoria para los estudios de derecho y sociedad en la región. Pero ¿qué posibilidades etnográficas ofrecen estos aspectos materiales y técnicos del derecho? Además, ¿cómo puede la investigadora "apropiarse" de estos instrumentos de creación jurídica de conocimiento y convertirlos en constructos analíticos, e incluso en artefactos de su propio conocimiento? (Riles 2001, 2011; Levine 2016). Como en cualquier otro proyecto etnográfico, los actores plantean desafíos metodológicos, epistemológicos y políticos a las estrategias de representación de la etnógrafa y el etnógrafo. En nuestras

respectivas investigaciones hemos analizado el campo jurídico a partir de las formas mundanas del saber burocrático: los documentos con características legales, como los formularios de consentimiento y los títulos de propiedad; los expedientes que circulan en el máximo tribunal de justicia de Argentina; y las escrituras públicas, certificados de registro y otros documentos privados, como la "cartaventa" (una carta informal propia de la Colombia rural caribe que emula a algunas características de las escrituras públicas de compraventa). Estos artefactos, que se pueden encontrar en espacios formales e informales, son esenciales para la construcción cotidiana del derecho. Desde una perspectiva epistemológica, la mirada etnográfica nos ha permitido examinar las prácticas burocráticas sin fetichizarlas (Hoag 2011, 85); y desde ahí hemos podido captar "la contingencia, la parcialidad y la naturaleza coproducida del saber burocrático" (*ibid*. 86). Además, al concentrarnos en la dimensión material de la burocracia, nos fue posible no solo reflexionar sobre el Estado a partir de sus escenarios más obvios y conocidos (por ejemplo, las instituciones políticas, como en la investigación de Leticia Barrera sobre la Corte Suprema de Argentina), sino también rastrear su presencia en las prácticas, lugares y lenguajes que se consideran marginales (Das y Poole, 2004) como lo muestra el trabajo de Sergio Latorre. Como explicamos con más detalle en la siguiente sección, tras concentrarnos en la estética y el contenido informativo de las formas jurídicas que encontramos en nuestras investigaciones, pudimos observar a los sujetos, los modos de agencia, el saber y las relaciones de poder que esas formas elucidan (Yablon 1990).

Los archivos jurídicos como espacios de saber, agencia y autoridad

Tanto en términos materiales como analíticos, el expediente fue el punto de entrada de Leticia Barrera a la institución judicial. Los archivos establecen la base de la autoridad del derecho y dan cuenta de sus operaciones cotidianas. El saber burocrático (jurídico) se construye siguiendo rutinas guionadas (que a su vez dan lugar a más documentos y archivos) (Riles 2006), que contienen su propia lógica y sirven de soporte a su propia evolución (Vismann 2008). Estas rutinas no se agotan en la inscripción mecánica de las palabras en el papel, tampoco son simplemente un medio para un fin, a saber: la decisión judicial. Al explorar la capacidad administrativa, de gestión, que tienen los expedientes, Barrera fue tomando nota de cómo estos adquieren una agencia determinada: promueven relaciones de saber (Hetherington 2012; Hegel-Cantarella 2011), sirven de vehículo para la interacción social (Hull 2012; Latour 2004; Gordillo 2006; Jacob 2007), e incluso son capaces de producir estados afectivos en los sujetos que los crean e interactúan con ellos (Navaro-Yashin 2007).

En este sentido, un análisis detallado de las "prácticas de documentación" de la Corte argentina le permitió a Barrera tener acceso a los actores que crean esos archivos, los secretarios y secretarias judiciales en particular, que típicamente se perciben y representan en lógica burocrática figuras impersonales e intercambiables. A medida que su investigación revelaba los rasgos de las prácticas de documentación, los sujetos se hacían visibles de formas diferentes, aunque no siempre de

modos fácilmente accesibles para las personas ajenas a la Corte. Así, sobre la base del trabajo de Marilyn Strathern (1988) sobre las formas de cosificación y personificación que operan en dos dominios sociales "concebidos etnográficamente" (una economía euroamericana basada en las mercancías y la economía de Melanesia basada en el intercambio de dones), Barrera mostró que, a partir de la identificación entre los sujetos y objetos de la burocracia judicial, los primeros resultan perceptibles para los observadores externos sobre una base objetiva y racional. Es decir, son percibidos como los materiales que ellos mismos producen y circulan: documentos, escritos, memos, informes, etc. Pero, por otra parte, Barrera explicó que los sujetos de esa burocracia también se hacen visibles como personas, individuos, a través de las capacidades personales que se revelan a través de las prácticas de documentación. Desde esta perspectiva, que el proceso de toma de decisión judicial mantiene oculta, cada sujeto es diferenciado como una persona particular y percibido con base en sus capacidades específicas.

En su estudio sobre la burocracia en Islamabad, Matthew Hull llega a una conclusión similar sobre la capacidad dual de los archivos para individualizar a los sujetos y colectivizar la agencia. Su investigación muestra que mientras la burocracia se presenta hacia el exterior como "el epítome de una organización social colectiva (y confiable)" (una representación promovida por el discurso burocrático impersonal y anónimo de los documentos públicos), simultáneamente los archivos individualizan la agencia (Hull 2012, 127, 130).

En la investigación de Barrera, la circulación de los expedientes en el aparato judicial fue la clave para entender la manera en que los actores perciben sus roles dentro del tribunal. Para los sujetos de la burocracia judicial, dicha circulación aparece como el motor y la culminación de sus prácticas (Barrera 2008, 2012). Este hallazgo le permitió a Barrera acercarse a la manera en que los sujetos entienden el rol y el lugar de la Corte en la Argentina contemporánea. El gran número de casos que se presentan para ser tratados por el tribunal fue un tema persistente en las descripciones que hacían los sujetos sobre sus rutinas y el funcionamiento de la Corte: en muchas ocasiones decían que "hay casos que no deberían estar aquí". Con los datos recolectados a partir de entrevistas y conversaciones informales, observación participante e incluso su experiencia como una peticionante que espera una decisión del tribunal, Barrera (2008) pudo explorar la forma particular en que la Corte desestima o rechaza los casos que se le presentan para su consideración.

En tal sentido, Barrera pudo concluir que en el contexto poscrisis en el que se desarrollaban las prácticas de la Corte que ella estudió, el modo en el que este tribunal rechazaba ciertos casos, es decir, cumplía "el papel de guardián" ["*gatekeeper*"] para citar a Yngvesson (1998), se puede interpretar de dos maneras diferentes: como un intento por reconstruir la autoridad de la Corte y recuperar su prestigio social o como una técnica de gestión y control de los casos pendientes (Barrera 2018). Asimismo, el estudio de Barrera muestra, siguiendo a Hoag, que para entender la burocracia, en particular la jurídica, es necesario tener en cuenta "la confluencia de las materialidades (estructuras físicas, tecnologías), los discursos (reglas, leyes) y la experiencia del tiempo" (Hoag 2011, 86). Más aún, el trabajo de Barrera no solo aborda la materialidad del derecho desde la perspectiva del pensamiento jurídico, sino también

examina sus efectos sociológicos (Barrera 2018, 91). Con su investigación, la autora busca darle impulso al creciente campo de los estudios sociojurídicos que se enfocan en el papel central de los artefactos de la burocracia jurídica en la construcción del derecho.

Las tecnologías jurídicas: relaciones de propiedad, saber jurídico y burocracia

Sergio Latorre propone una perspectiva innovadora acerca de la propiedad sobre la tierra para comunidades rurales y campesinas. Su trabajo es una alternativa al enfoque académico dominante alrededor de las disputas sociopolíticas entre las comunidades rurales y las élites que cuentan con los medios económicos y jurídicos para consolidar su poder a través del control de la tierra (Fajardo 2002; Machado 2009; Reyes y Duica 2009). Al concentrarse en los documentos y las prácticas rutinarias involucradas en la construcción y el uso del derecho en la cotidianidad, Latorre se aparta de las miradas de los académicos que afirman que el derecho, en el contexto de los conflictos sobre la tierra, es simplemente una herramienta que responde a las fuerzas sociales, políticas y económicas que están en disputa. Lo anterior le permite a Latorre observar que las herramientas jurídicas inciden de una forma más compleja e interesante en tales conflictos.

Para el análisis de Latorre es fundamental la escritura pública de compraventa, el documento que da fe pública sobre la propiedad de la tierra. Este autor le presta especial atención a la estética que presenta este instrumento con sus sellos correspondientes (Riles 2001), lo que le permite conceptualizarlo como una tecnología jurídica diseñada por el derecho para construir la tierra como un objeto susceptible de propiedad (Callon 1987; Law 1991). La individualización de las personas, los bienes y los documentos es posible como consecuencia del uso de la tecnología de la escritura pública con sus sellos y rúbricas legales. De ese modo, gracias a la escritura pública y los arreglos jurídicos que produce, es posible pensar en la tierra como una "entidad previamente existente" en el mundo.

Según Latorre, la huella que dejan el sello y los efectos que provoca están detrás de la "infraestructura legal implícita" (De Soto 2000, 8) que se supone que existe en los proyectos que abogan por la formalización de los derechos de propiedad. Dichos programas pretenden fomentar el desarrollo en los países pobres al convertir en capital los activos muertos de los mercados informales (Latorre 2015). Sin embargo, los efectos que produce la escritura sellada no solo son importantes para las discusiones alrededor de la propiedad y el desarrollo estatal en los países del Tercer Mundo. Para Latorre, el sello estampado en la escritura pública es una forma de reificar el conocimiento bajo un marco jurídico particular[5]. En otras palabras, la función del sello es mantener la estabilidad y autorreferencialidad del marco conceptual sobre la propiedad de la tierra que opera dentro del derecho oficial. La huella que deja el sello también se relaciona con el marco conceptual que los juristas usan y preservan cuando piensan en el derecho en términos de una división entre lo público y lo privado[6]. El sello no solo refleja la interrelación entre lo público y lo privado que percibimos en el pensamiento jurídico, sino que también proporciona un interesante punto de partida para pensar y desestabilizar esta relación.

La idea de lo público y lo privado como dos dominios que se encuentran separados constituye nuestra imagen conceptual del saber jurídico; al mismo tiempo, cuando percibimos las relaciones que existen entre ambos órdenes podemos construir una imagen del derecho en su conjunto. En la propiedad de la tierra están presentes ambos ámbitos: los arreglos privados entre las partes involucradas en la transacción y que tienen derecho a la propiedad de la tierra y la autoridad del Estado, que convierte la tierra en un objeto de propiedad. Una vez sellada la escritura, explica Latorre, dicho documento se convierte en un acuerdo mediante el cual aceptamos y preservamos las construcciones cognitivas fabricadas por el derecho. Al aceptar el sello como una tecnología jurídica, nos comprometemos a reproducir con nuestras propias prácticas de producción de conocimiento la interrelación entre lo público y lo privado en escenarios que van más allá de la formalización de la propiedad de la tierra. Para Latorre, esta es la huella que deja el sello en nuestro propio hacer y saber.

Al describir los problemas y los puntos ciegos que surgen de tal apego a la tecnología de la escritura pública, la etnografía de Latorre también contribuye a la literatura sociojurídica sobre la propiedad. En particular, su trabajo señala los problemas que surgen entre los campesinos como consecuencia de la fragmentación de las tierras en Colombia. Una vez se formaliza y se individualiza la propiedad sobre la tierra, esta se puede subdividir posteriormente en partes más pequeñas que, a su vez, se pueden transferir a diferentes personas. Esto ha resultado ser particularmente problemático para los campesinos pobres, que, al ser reconocidos como propietarios, subdividen sus tierras entre sus descendientes y otros miembros de su comunidad por las limitaciones económicas que padecen. Sin embargo, la mayoría de estas divisiones se protocolizan de manera informal y de acuerdo con los deseos del propietario, de tal manera que no necesariamente son ecuánimes o desinteresadas ni se realizan de conformidad con la ley. Cuando los nuevos propietarios intentan legalizar las parcelas divididas, les resulta increíblemente difícil lidiar con las leyes sobre la fragmentación antieconómica y con otras regulaciones que prohíben, de hecho, tales divisiones.

En la medida en que la tecnología de la escritura pública con su sello correspondiente convierte la tierra en una cosa, mantiene la brecha persistente entre la abstracción lograda con el documento y las relaciones que se suceden en el territorio. Esta separación se percibe cuando la forma en que la escritura pública representa la tierra no coincide con las prácticas que tienen lugar en el territorio. A pesar de los esfuerzos del derecho para actualizar el sistema de propiedad y el registro de cada transacción de tierras, persiste una brecha entre los procesos de formalización y el registro que requieren la inscripción de cada transacción en orden cronológico en las oficinas correspondientes y las transacciones que ocurren espontáneamente entre los campesinos (Latorre 2015).

De ese modo, el estudio de Latorre logra dar cuenta de las prácticas estatales por medio del análisis de las tecnologías jurídicas, lo que también lo lleva a considerar otros espacios de legalidad y creación de derecho y los procesos bajo los cuales se construye y se sostiene el conocimiento jurídico. Su perspectiva etnográfica le permite explorar ámbitos de producción del derecho que tienen una importancia notable en el contexto jurídico de América Latina, pero que permanecen subteorizados. Este es el

caso de las notarías, que mediante los arreglos formales que llevan a cabo resultan espacios importantes de creación de derecho por cuanto producen documentos, y sujetos a través de esos documentos (Barrera 2008). Latorre describe cómo las partes (ya sea con la asistencia de un abogado o por cuenta propia) están obligadas a participar en el régimen de formalización que tiene lugar en la notaría. El trabajo que allí se realiza no solo es la clave para entender cómo la tierra se convierte en un objeto de propiedad privada, sino que también es fundamental para la formalización de muchas de las acciones más importantes de nuestra vida, como el matrimonio y el divorcio, los nacimientos y las defunciones y las sucesiones.

En la etnografía de Latorre, la escritura pública no es el único documento esencial en la interacción de los campesinos con las burocracias que operan alrededor de la propiedad de la tierra. Los espacios rurales no están aislados, marginados y alejados de la vida moderna; por el contrario, son espacios muy dinámicos que se caracterizan por la circulación y el intercambio de diferentes documentos jurídicos. Los campesinos tienen que aprender a manejar diferentes tipos de papeles y documentos para interactuar con las instituciones gubernamentales. Documentos como las actas de nacimiento, los certificados de asistencia escolar y, quizás el más importante actualmente para los campesinos desplazados por la violencia, los "certificados de desplazado" (en Colombia, formalmente "certificado de inclusión en el Registro Único de Víctimas") forman parte de este complejo escenario. En efecto, las prácticas burocráticas, que se pensaban como un rasgo de la racionalidad del Estado moderno o de las instituciones más avanzadas (Weber 1946) ocurren en múltiples escenarios.

Las interacciones de los burócratas con los campesinos alrededor de los documentos jurídicos se caracterizan por la controversia y el conflicto. Dado que los documentos jurídicos nunca definen completamente las calidades de las cosas y las personas a las que se refieren, cada grupo no puede conocer con claridad las intenciones del otro cuando usa tales artefactos. En el nivel del significado del derecho, mientras que los burócratas solo hablan con seguridad acerca del mundo cuando se transforma en textos escritos (Latour 2004), la experiencia de los campesinos es bastante diferente. Por ejemplo, las ideas sobre el derecho, los derechos fundamentales y los procedimientos jurídicos que se forman los burócratas después de conocer una decisión judicial son muy diferentes a las ideas sobre el derecho que se forman los campesinos cuando entablan una demanda o experimentan lo jurídico a través del papeleo. En un caso particular, los campesinos al recibir una sentencia favorable concibieron su resultado no en términos de obtener justicia, pues los argumentos sobre derechos no les eran familiares, sino como la experiencia de haberse ganado la lotería, al haber "metido" los papeles y sacar el premio.

En resumen, el trabajo de Latorre reformula etnográficamente los aspectos materiales y técnicos del derecho con el fin de comprender y analizar las tecnologías que se integran a las prácticas jurídicas. Algunas de las tendencias más importantes en los estudios de derecho y sociedad pueden nutrirse de este enfoque, entre ellas la preocupación por el desarrollo del Estado y la economía en el Tercer Mundo, las aproximaciones sociojurídicas a la propiedad, el análisis de las instituciones y procesos jurídicos que estructuran la distinción entre lo público y lo privado en el pensamiento jurídico y la

descripción del funcionamiento de las burocracias y las prácticas de creación de derecho en América Latina.

Conclusiones: la compartimentación de la política y los instrumentos jurídicos en el ámbito del Estado

Con base en dos exploraciones etnográficas sobre el funcionamiento de la burocracia jurídica y las contribuciones teóricas de la antropología jurídica y política, los estudios sociales de la ciencia y la antropología de la burocracia, hemos propuesto en este capítulo que un análisis detallado de los aspectos más rutinarios y comunes que hacen a la creación del derecho permite comprender su funcionamiento de una manera novedosa y fructífera. Desde esta perspectiva, argumentamos que los estudios sociojurídicos pueden orientar sus investigaciones críticas a partir de los aspectos materiales e instrumentales del derecho. América Latina, una región marcada por la crisis y la agitación política, ofrece un contexto particularmente rico para el análisis de los instrumentos jurídicos. Ya sea que la atención se centre en el acceso a la tierra en Colombia, la toma de decisión judicial en Argentina u otros campos de interés para la investigación sociojurídica en la región, el análisis de los dispositivos técnicos muestra que los debates y las narrativas políticas se manifiestan en la práctica en una gran gama de conflictos.

En el contexto colombiano se suele caracterizar estos debates políticos desde dos aproximaciones lineales al rol que cumple el derecho: la primera lo interpreta como instrumento que desde un enfoque basado en el mercado busca volver más eficiente y competitivo el sector rural por medio de una serie de incentivos para la inversión de capital. Para la segunda, el derecho se entiende desde una concepción del Estado regulador que usa la distribución de la tierra para impulsar sus políticas socioeconómicas. Ambas aproximaciones, sin embargo, son insuficientes y demasiado simples para entender las prácticas de producción y circulación de saber jurídico que los actores ponen en marcha cuando implementan el derecho.

De la misma manera, las discusiones más comunes alrededor del sistema judicial en Argentina se debaten entre dos posiciones: aquellas que se concentran en las reglas formales y aquellas que enfatizan la discrecionalidad de los jueces, especialmente de la Corte Suprema. Claramente, estas posiciones tienden a reducir la decisión judicial a su resultado final: la sentencia. Comprender así la práctica judicial deja de lado una gran cantidad de relaciones y formas de creación de derecho que tienen lugar en las instancias previas a la sentencia (Vismann 2008). De ese modo, una perspectiva que se enfoca en los aspectos materiales del derecho revela que los funcionarios y los jueces se preocupan más por los conflictos de índole técnica, jurídica, institucional, procesal o incluso personal, lo que afecta subjetividades y el orden social de sus relaciones. En contraste con los grandes discursos políticos sobre el derecho, los dispositivos jurídicos técnicos trazan límites, formulan distinciones y caracterizan el juego de la política en diferentes contextos. Según Riles, las prácticas de creación de documentos o escribir los datos solicitados en los formularios que llevan a cabo los funcionarios y jueces muestran que la política está compartimentada: "A través de esas prácticas se crea y manipula

la legitimidad política, el tipo de legitimidad que es el sello distintivo del [E]stado liberal" (Riles 2011, 65).

De hecho, a pesar de los cambios políticos y jurídicos en los sistemas legales y judiciales de América Latina, algunos de los procesos y dispositivos técnicos que se usan para recopilar información sobre las tierras y los casos judiciales, como las escrituras públicas, los certificados de registro y los expedientes judiciales, no han sufrido transformaciones sustanciales. El trabajo diario de los agentes de las burocracias tampoco ha sufrido mayores cambios: consiste en resolver los conflictos e indeterminaciones de estos dispositivos jurídicos técnicos, independientemente de las discusiones políticas que rodean sus acciones cotidianas.

A partir de nuestras investigaciones es claro que, a pesar de que el modelo de distribución de la tierra en Colombia ha cambiado varias veces a lo largo de los años, algunos de los dispositivos técnicos que se utilizan para recopilar información sobre las tierras siguen siendo los mismos, incluso después de haberse realizado modificaciones legales a la política agraria. Los funcionarios se basan más en estos tecnicismos jurídicos que en las reglas derivadas de la política agraria que regula la propiedad de la tierra cuando deben decidir qué acciones van a tomar en su trabajo cotidiano. Del mismo modo, el trabajo de Barrera sobre los procedimientos en la Corte Suprema de Argentina revela que las prácticas de los funcionarios que realizan las tareas rutinarias, como los secretarios judiciales, permanecen más o menos estables, en contraste con las posiciones erráticas que puede presentar el tribunal en la resolución de casos judiciales sobre asuntos similares.

Por otro lado, gracias a las experiencias que comparten con otros actores involucrados en el proceso para obtener tierra, y a su contacto con una serie de dispositivos técnicos altamente sofisticados, los campesinos se forman diferentes ideas sobre el derecho e implementan estrategias para interactuar con ese conjunto de artefactos jurídicos técnicos. Ese es el caso de la cartaventa, un documento escrito a mano que se usa para transferir la propiedad de la tierra en la Colombia rural, donde los campesinos reproducen algunos de los aspectos técnicos de las escrituras públicas formales (Latorre 2018).

El énfasis teórico en la materialidad del derecho permite abandonar las perspectivas que afirman que las instituciones estatales se supeditan a los cambios políticos. Estos enfoques tienden a acentuar la brecha persistente entre el funcionamiento real de las instituciones estatales y su funcionamiento ideal (la brecha entre el derecho en los libros y el derecho en acción). En la medida en que explora las formas en que el derecho se manifiesta a través de la producción burocrática (jurídica) de conocimiento, nuestro enfoque busca superar las aproximaciones tradicionales que trazan una diferencia entre esas dos dimensiones de la legalidad (texto versus práctica).

La exploración etnográfica de los espacios internos y mundanos de creación del derecho muestra que las prácticas que tienen lugar en esos espacios son escenarios en los que interactúan diferentes sujetos y objetos materiales, y que producen conocimiento. Esta visión contrasta con las perspectivas que definen el saber jurídico como una forma de vigilar y ejercer el poder. Adicionalmente, la exploración etnográfica sugiere que los estudios de derecho y sociedad en América Latina deberían mirar más allá de la brecha entre el derecho en acción y el derecho en los libros. En particular, la mirada etnográfica plantea preguntas alrededor de

otros espacios de creación de derecho o sobre los objetos materiales del derecho que vale la pena explorar analíticamente en el contexto latinoamericano. Además, señala el tipo de sujetos y formas de agencia que genera el derecho, algo que una comprensión del poder centrada en las macroestructuras (económicas, políticas y sociales) tiende a pasar por alto. En general, la etnografía ofrece la posibilidad de profundizar en "viejos" temas como la pobreza, la resistencia o la exclusión en la región. De este modo, diferentes concepciones del derecho pueden contribuir a una mejor comprensión de este y su interacción con el Estado en América Latina.

Notas

1. En este texto utilizamos de forma intercambiables los términos "conocimiento" y "saber", que, aunque no son idénticos, refieren, por un lado, a una forma de conocimiento científico y disciplinar, y, por otro, a las habilidades y destrezas que se desarrollan alrededor de él.
2. Deleuze y Guattari definen el Estado como un "aparato de captura"; de ese modo, sus elementos más destacados son la territorialidad, las obras públicas y los tributos (Deleuze y Guattari 2004). Abélès y Badaró argumentan que esa perspectiva desafía la asociación canónica entre el Estado, la represión y la ideología, con lo que se separa de los enfoques más tradicionales que enfatizan el monopolio estatal de la violencia o los aparatos ideológicos del Estado (Abélès y Badaró 2015, 54).
3. Estos autores critican a quienes conciben la sociedad como un dominio ontológico separado del derecho:

   > Durante la mayor parte del siglo XX, los académicos del derecho pensaron en el derecho y la sociedad como si fueran dos esferas empíricamente distintas, como si fueran singulares y estuvieran separadas conceptualmente y materialmente. No lo son. El derecho es una construcción del ingenio humano; las leyes son fenómenos materiales. Del mismo modo, la sociedad es una ficción que sostenemos a través del trabajo duro y la comunicación mutua. (Silbey 2005, 327)

4. En los estudios sociales sobre la ciencia, la referencia a "colocar en la caja negra ["*black boxing*"] indica el proceso social a través del cual la producción conjunta de actores y artefactos se opaca por su propio éxito:

   > Cuando una máquina funciona eficientemente, cuando una cuestión de hecho está resuelta, uno necesita enfocarse solo en sus insumos y productos y no en su complejidad interna. Así, paradójicamente, cuanto más éxito tienen la ciencia y la tecnología, más opacas y oscuras se vuelven. (Latour 1999, 183, 304)

5. Strathern explica el proceso de reificación así:

   > El modo en que las entidades se convierten en objetos cuando se piensa que asumen una forma particular (un don, un intercambio). A su turno, este modo refleja las propiedades por las que se conoce a esas entidades, de tal forma que al hacerse cognoscibles o comprensibles a través de tales propiedades, las entidades aparecen (en el lenguaje euroamericano) como cosas […] No debemos perder de vista, entonces, que el esfuerzo de conocer, que implica hacer que un análisis o modelo del mundo aparezca por escrito, es un proceso que involucra una reificación. (1999, 13-14)

6. La pregunta por la frontera que separa lo público y lo privado, o incluso si tiene sentido trazar esa frontera, ha capturado la imaginación de varios juristas. En general, la teoría jurídica ha abordado desde hace mucho tiempo la relación entre lo público y lo privado. La imbricación de los acuerdos privados y la autoridad del Estado para hacerlos cumplir ha sido objeto de una prolífica actividad intelectual desde múltiples áreas del derecho. En el derecho de propiedad, los contratos, la responsabilidad civil, la gobernanza global, los derechos humanos y el derecho internacional privado, observamos constantemente que esos dominios se relacionan, se complementan o se desafían. Ese ejercicio nos permite entender mejor la relación multifacética entre dichos dominios, o, por el contrario, nos da argumentos para desmantelar la distinción.

Referencias

Abélès, Marc y Máximo Badaró. 2015. *Los encantos del poder. Desafíos de la antropología política*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Ariza, Libardo y Daniel Bonilla. 2007. El pluralismo jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico. En *El debate sobre el pluralismo jurídico*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Ballestero, Andrea. 2015. The ethics of a formula: calculating a financial-humanitarian price for water. *American Ethnologist* 42(2): 262-78.

Barrera, Leticia. 2008. Files circulation and the forms of legal experts: agency and personhood in the Argentine Supreme Court. *Journal of Legal Anthropology* 1(1): 3-24.

Barrera, Leticia. 2012. *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Barrera, Leticia. 2018. Gatekeeping: documents, legal knowledge and judicial authority in contemporary Argentina. *PoLAR: The Political and Legal Anthropology Review* 41(1): 90-107.

Bernstein, Anya y Elizabeth Mertz. 2011. Introduction – symposium on bureaucracy: ethnography of the state in everyday life. *PoLAR: The Political and Legal Anthropology Review* 34(1): 6-9.

Brunnegger, Sandra y Karen Faulk. 2016. Introduction: making sense of justice. En *A sense of justice. Legal knowledge and lived experience in Latin America*, eds. Sandra Brunnegger y Karen Faulk. Stanford, CA: Stanford University Press.

Buchely, Lina. 2015. *Activismo burocrático. La construcción cotidiana del principio de legalidad*. Bogotá: Uniandes.

Callon, Michael. 1987. Society in the making; the study of technology as a tool for sociological analysis. En *The social construction of technological systems, new directions in the sociology and history of technology*, eds. Wiebe E. Bijker, Thomas P. Hughes y Trevor J. Pinch. Cambridge, MA: MIT Press.

Chambliss, William J. 1967. Types of deviance and the effectiveness of legal sanctions. *Wisconsin Law Review* 703-19.

Couso, Javier, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder. 2010. *Cultures of legalities: judicialization and political activism in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.

Coronil, Fernando. 1997. *The magical state: Nature, money, and modernity in Venezuela*. Chicago: University of Chicago Press.

Das, Veena y Deborah Poole, eds. 2004. *Anthropology in margins of the state*. Santa Fe, NM: School of American Research Press.

Deleuze, Gilles y Felix Guattari. 2004. Mil Mesetas. Barcelona, Pre-Textos. 6ª edición. Citado en Marc Abélès y Máximo Badaró. 2015. *Los encantos del poder. Desafíos de la antropología política*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

De Soto, Hernando. 2000. *The mystery of capital: Why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*. Nueva York: Basic Books.

Ewick, Patricia, y Susan S. Silbey. 1998. *The common place of law: Stories From everyday life*. Chicago: University of Chicago Press.

Fajardo, Darío. 2002. *Tierra, poder político y reformas agraria y rural. Cuadernos Tierra y Justicia, 1*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

Faulk, Karen A. 2013. *In the wake of neoliberalism, citizenship and human rights in Argentina*. Stanford, CA: Stanford University Press.

Foucault, Michel. 1991. *The Foucault effect: Studies in governmentality*. Chicago: University of Chicago Press.

Foster, Laura A. 2016. The making and unmaking of patent ownership: Technicalities, materialities and subjectivities. *PoLAR: The Political and Legal Anthropology Review* 39(1): 127-43.

García Villegas, Mauricio. 1993. *La eficacia simbólica del derecho: Examen de situaciones colombianas*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.

García Villegas, Mauricio. 2009. *Normas de papel: La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Gaventa, John. 1980. *Power and participation, power and powerlessness. Quiescence and rebellion in an Appalachian Valley*. Urbana, Chicago y Londres: University of Illinois Press.

Gluck, Carol y Anna Lowenhaupt Tsing. 2009. *Words in motion. Toward a global lexicon*. Durham y Londres: Duke University Press.

Gordillo, Gaston. 2006. The crucible of citizenship: ID-papers fetishism in the Argentinean Chaco. *American Anthropologist* 33(2):162-76.

Greenhouse, Carol, Elizabeth Mertz y Kay B.B. Warren. 2002. *Ethnography in unstable places: Everyday lives in contexts of dramatic political changes*. Durham, NC: Duke University Press.

Gupta, Akhil. 2006. Blurred boundaries: the discourse of corruption, the culture of politics and the imagined state. En *The anthropology of the state: A reader*, eds. Aradhana Sharma y Akhil Gupta. Malden, MA: Blackwell.

Halperin Donghi, Tulio. 1982. *Una nación para el desierto argentino*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

Hegel-Cantarella, Christine. 2011. Kin-to-be: betrothal, legal documents, and reconfiguring relational obligations in Egypt. *Law, Culture and the Humanities* 7(3): 377-93.

Hetherington, Kregg. 2012. *Guerrilla auditors. The politics of transparency in rural Paraguay*. Durham: Duke University Press.

Hoag, Colin. 2011. Assembling partial perspectives: thoughts on the anthropology of bureaucracy. *PoLAR: The Political and Legal Anthropology Review* 34(1):81-94.

Hull, Matthew S. 2012. *Government of paper: The materiality of bureaucracy in urban Pakistan*. Berkeley y Los Ángeles: University of California Press.

Jacob, Marie-Andree. 2007. Form-made persons: consent forms as consent's blind spot. *PoLAR: The Political and Legal Anthropology Review* 30(2): 249-68.

Law, John. 1991. Notes on the theory of the actor-network: ordering, strategy, and heterogeneity. *Systems Practice and Action Research* 5(4): 379-93.

Latorre, Sergio. 2015. The making of land ownership: land titling in rural Colombia – a reply to Hernando de Soto. *Third World Quarterly*, 36(8), 1546-69.

Latorre, Sergio. 2018. Hacia una visión institucionalizada de la propiedad: Estudio etnográfico del documento de la cartaventa en los Montes de María. En *Conflicto armado y transición hacia el post-conflicto: Una aproximación desde el Caribe*, ed. Sergio Latorre. Barranquilla, Colombia: Ediciones Uninorte.

Latour, Bruno. 1999. *Pandora's hope: Essays on the reality of science studies*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Latour, Bruno. 2004. *La fabrique du droit. Une Ethnographie du conseil d'Etat*. París: La Decouverte/Poche.

Levine, Amy. 2016. *South Korean civil movement organisations. Hope, crisis and pragmatism in democratic transition*. New Ethnographies Series. Manchester: Manchester University Press.

Macaulay, Stewart, Lawrence M. Friedman y John A. Stookey. 1995. *Law & society: readings on the social study of law*. Nueva York: W.W. Norton & Co, Print.

Machado, A. 2009. *La reforma rural, una deuda social y política*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, CID.

Navaro-Yashin, Yael. 2007. Make-believe papers, legal forms and the counterfeit. affective interactions between documents and people in Britain and Cyprus. *Anthropological Theory* 7(1): 79-98.

O'Donnell, Guillermo. 1996. *El estado burocrático-autoritario. Triunfos, derrotas y crisis*. Buenos Aires, Argentina: Editorial de Belgrano.

O'Donnell, Guillermo. 1985. Apuntes para una teoría del Estado. En *Teoría de la burocracia estatal*, comp. Oscar Ozlak. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Ong, Aiwa y Stephen Collier. 2005. *Global assemblages: Technology, politics and ethics as anthropological problems*. Malden, MA: Blackwell Publishing.

Pottage, Alain. 2014. Law after anthropology: object and technique in roman law. *Theory, Culture & Society* 31(2/3): 147-66.

Pound, Roscoe. 1910. Law in books and law in action. *American Law Review* 44: 1.

Reyes Posada, Alejandro y Liliana Duica Amaya. 2009. *Guerreros y campesinos: El despojo de la tierra en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Ribeiro, Darcy. 1999. *El pueblo brasileño*. México DF: Fondo de la Cultura Económica.

Richland, Justin B. 2013. Jurisdiction: grounding law in language. *Annual Review of Anthropology* 42: 1-33.

Richland, Justin B. 2005. A new agenda for the cultural study of law: taking on the technicalities. *Buffalo Law Review* 53: 973.

Richland, Justin B. 2011. *Collateral knowledge: Legal reasoning in the global financial markets*. Chicago: University of Chicago Press.

Riles, Annelise, ed. 2006. *Documents: Artifacts of modern knowledge*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

Riles, Annelise. 2001. *The network inside out*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

Sarat, Austin y Thomas R. Kearns. 1993. *Law in everyday life*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

Scott, James C. 1998. *Seeing like a state: How certain schemes to improve the human condition*

have failed. New Haven: Yale University Press.

Sharma, Aradhana y Akhil Gupta. 2006. *The anthropology of the state: A reader*. Malden, MA: Blackwell Publishing.

Silbey, Susan. 2005. After legal consciousness. *Annual Review of Law and Social Science* 1: 323-68.

Sousa Santos, Boaventura de y Mauricio García Villegas. 2001. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Strathern, Marilyn. 1988. *The gender of the gift: Problems with women and problems with society in Melanesia*. Berkeley: University of California Press.

Strathern, Marilyn. 1999. *Property, substance, and effect: Anthropological essays on persons and things*. Londres: Athlone Press.

Tiscornia, Sofia. 2004. *Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica*. Buenos Aires: Antropofagia.

Tiscornia, Sofia. 2005. *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de antropología jurídica*. Buenos Aires: Antropofagia.

Trouillot, Michel-Rolph. 2001. The anthropology of the state in the age of globalization. *Current Anthropology* 42(1): 125-33.

Vaisman, Noa. 2014. Relational human rights: shed-DNA and the identification of the 'living disappeared' in Argentina. *Journal of Law and Society* 41(3): 391-415.

Valverde, Mariana. 2003. *Law's dream of a common knowledge*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Valverde, Mariana. 2009. Jurisdiction and scale: legal 'technicalities' as resources for theory. *Social and Legal Studies* 18(2): 139-57.

Vismann, Cornelia. 2008. *Files: Law and media technology*. Stanford, CA: Stanford University Press.

Weber, Max, Hans Heinrich Gerth y C. Wright Mills. 1946. *From Max Weber: Essays in sociology*. Nueva York: Oxford University Press.

Wolkmer, Antonio Carlos. 2003. *Pluralismo jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina*. Buenos Aires: Red de bibliotecas virtuales de Ciencias Sociales de América Latina y el Caribe de la Red de Centros Miembros de CLACSO.

Yablon, Charles M. 1990. Forms. *Cardozo Law Review* 11(5): 1349-135.

Yngvesson, Barbara. 1998. *Virtuous citizens, disruptive subjects: Order and complaint in a New England Court*. Nueva York y Londres: Routledge.

Zimring, Franklin y Gordon Hawkins. 1971. The legal threat as an instrument of social change. *Journal of Social Issues* 27: 33-48.

Capítulo 7

TEORÍA JURÍDICA FEMINISTA EN AMÉRICA LATINA
UNA APROXIMACIÓN A MÚLTIPLES FORMAS DE SUBORDINACIÓN*

Isabel C. Jaramillo Sierra

La academia latinoamericana no se ha caracterizado por entender el derecho como una práctica con una existencia material atravesada por el género. De hecho, la academia en Latinoamérica no ha reivindicado la invención del género como una categoría que permite moldear o comprender el derecho[1]. Más bien, en la medida en que no es generalmente aceptado como un punto de partida relevante para el trabajo académico de la región, muchos afirman que pensar en el derecho a partir del género es una excentricidad, o incluso un error, dados los "problemas reales" que enfrentamos como individuos en la cotidianidad y que "hemos" enfrentado históricamente como naciones[2]. No obstante, por otro lado, los trabajos académicos sobre América Latina que se producen en otras latitudes señalan con agudeza que las normas jurídicas están fuertemente involucradas en la producción de la desigualdad sexual y les atribuyen al conservatismo y al legado católico la gran dificultad de los latinoamericanos para "ver" el género[3]. Así, la academia jurídica feminista latinoamericana se comprende mejor como involucrada en la producción de un cuerpo de conocimiento desde una posición defensiva: al tiempo que intenta aprender de un canon transnacional establecido sin parecer una imitadora ingenua, se enfoca en las realidades locales sin dejar de enfatizar la relevancia e importancia de sus conclusiones y reclamos.

En este capítulo reviso tres formas diferentes en que las académicas jurídicas feministas de América Latina han enfrentado estas tensiones entre lo transnacional y lo local y entre la desigualdad sexual y otras formas de opresión. Denomino esos enfoques "feminismo solidarista", "feminismo radical a la latinoamericana" y "feminismo político"[4]. Para mostrar cómo estos enfoques entienden la forma en que el derecho participa en la creación y la reproducción de la opresión, destaco cuatro aspectos de su contexto: los sujetos con los que han trabajado, las innovaciones doctrinales que han construido, las estrategias jurídicas que han utilizado y las estructuras organizativas que han fomentado. Ciertamente, es posible una clasificación que muestre que el pensamiento regional sigue de cerca el canon transnacional, principalmente estadounidense; sin embargo, tal ejercicio tendría otros propósitos, como la integración interamericana, el intercambio de ideas, entre

* Cómo citar este capítulo: Jaramillo Sierra, Isabel C. 2024. Teoría jurídica feminista en América Latina. Una aproximación a múltiples formas de subordinación. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 171-188. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.8

otros. Espero que mi clasificación inspire conversaciones que rara vez tenemos cuando el enfoque geopolítico es más externo que interno.

Además de este énfasis en el contexto y las contribuciones locales, los lectores notarán que no cito el trabajo de muchas autoras. Esto se debe, en general, a la ausencia del pensamiento feminista en las facultades de derecho y en la academia jurídica regional: es difícil trabajar en un argumento que es sospechoso incluso para el progresismo y la izquierda. Además, las enormes dificultades para acceder a los trabajos producidos en otros países de la región, es decir, los problemas de circulación de los materiales impresos, tiene un impacto negativo para la articulación de una verdadera comunidad académica en la región. De ese modo, los lectores también notarán que cito en su mayoría autoras colombianas porque en ese contexto puedo rastrear más claramente la presencia y los cambios de los tres enfoques del feminismo jurídico. No obstante, estoy bastante segura de que ofrezco una revisión persuasiva que se basa no solo en mi investigación, sino también en mis innumerables encuentros con académicas jurídicas feministas a lo largo de la región.

Esclavas de los esclavos: la reforma legal como estrategia en el feminismo solidarista

En 1980, el Colectivo de Mujeres de América Latina y el Caribe (Latin American and Caribbean Women's Collective) publicó un texto en el que presentó la posición que muchas feministas de la región habían adoptado antes y seguirían adoptando a partir de entonces: la movilización feminista siempre debe tener en cuenta a las mujeres más vulnerables (Latin American and Caribbean Women's Collective 1980). Así como enfatizaba los riesgos de entender la opresión sin tener en cuenta la influencia de la clase, el Colectivo estaba comprometido con la idea de que, en última instancia, las personas más vulnerables de la sociedad son las mujeres. Este compromiso ha sido relevante para establecer la agenda de movilización, incidencia y teorización y para conceptualizar el daño patriarcal y las estrategias para enfrentarlo. Aunque la mayoría de las feministas que compartían este punto de vista no eran académicas del derecho, sino sociólogas, antropólogas, economistas y activistas, no solo pensaron en el derecho como parte de sus estrategias y desarrollaron una doctrina jurídica que ha tenido una influencia duradera en la región, sino que también lo usaron efectivamente como una forma de empoderamiento y elevación de conciencia.

De hecho, basándose en sus propias experiencias, las mujeres del Colectivo concluyeron que no podían pensar en la opresión de la misma manera que las mujeres de los Estados Unidos: nunca habían conocido a otras mujeres burguesas en una lavandería o un supermercado, no habían vivido como mujeres a través de su sexualidad. Más bien, vivían en sociedades supremamente desiguales en las que los hombres no solo expropiaban la sexualidad de las mujeres, sino también, y principalmente, su trabajo y en las que las mujeres burguesas expropiaban el trabajo de otras mujeres. Solo eligiendo a las más pobres entre las pobres, las esclavas de los esclavos, las feministas podrían intervenir realmente en su propio contexto para lograr una mayor libertad (Latin American and Caribbean Women's Collective 1980). Esta visión se consolidó durante las cuatro décadas siguientes y le dio origen a una perspectiva sobre las múltiples formas de opresión que las entiende como una "opresión acumulativa".

Sin embargo, las más pobres entre las pobres, las más vulnerables, no siempre han sido las mismas. Durante los años ochenta y noventa, las más pobres entre las pobres fueron las empleadas domésticas y las campesinas. En lo organizacional, las luchas con estas mujeres llevaron a la creación de sindicatos (León 2013) y organizaciones campesinas que perduran hasta hoy (León y Deere 1997). Estas luchas también pusieron sobre la mesa la necesidad de reformar el régimen excepcional del servicio doméstico, que había reducido los derechos de las mujeres como trabajadoras (León 2013), y priorizar a las mujeres en los proyectos de reforma agraria (Alviar 2008). Las organizaciones de mujeres pensaron explícitamente en la reforma legal como una estrategia para empoderar a las mujeres subordinadas y elevar la conciencia de las mujeres de la élite, mientras que el contexto político les permitió perseguir cambios más radicales más allá del derecho o fuera de él (León 2013). Las organizaciones entendieron que las mujeres subordinadas podían utilizar determinadas normas del derecho laboral y de familia para obtener reparación y estaban convencidas de que su poder de negociación aumentaría tras conocer el derecho (León 2013). Asimismo, se percibió que si las "patronas" conocían el derecho, serían más conscientes de los derechos de sus "muchachas" y transformarían la relación maternal que tenían con ellas en una contractual (León 2013).

El enfoque cambió a principios de la década de los 2000 cuando las mujeres que vivían en áreas afectadas por movimientos insurgentes y contrainsurgentes o el crimen organizado se convirtieron en las nuevas aliadas en la lucha por la emancipación. Estas mujeres no solo carecían de los bienes y servicios básicos, puesto que vivían en zonas remotas, rurales y especialmente propensas a la ocupación de los grupos armados no estatales, sino que también enfrentaban grandes dificultades para organizarse, participar en la acción política o incluso recibir asistencia por parte de las feministas que viven en otras partes del país (Casa de la Mujer 2014). En este caso, las feministas se enfocaron principalmente en demostrar que la guerra afecta especialmente a las mujeres. Alejándose de la retórica que solo visibilizaba a las mujeres como madres y esposas, estas feministas pusieron el foco sobre la victimización sexual de las mujeres en los conflictos armados (Alviar y Jaramillo 2013). El énfasis en la victimización sexual les ha permitido afirmar que, en últimas, a las mujeres les va peor que a los hombres en la guerra: además de sufrir las violencias estructurales que también padecen los hombres, las mujeres sufren este tipo particular de violencia. Esta idea se convirtió en una innovación doctrinal en la teoría jurídica feminista: la hipótesis del continuo. Para mostrar la victimización sexual, que en algunos casos puede ser casi insignificante si se mide con los estándares tradicionales, estas feministas han producido arreglos institucionales sofisticados que les permiten investigar la violencia sexual no solamente en contextos de conflicto, sino también de ocupación; y han desarrollado definiciones elaboradas de la violencia sexual que incluyen no solo el abuso y la agresión sexual, sino también la esclavitud sexual, los embarazos forzados, los abortos forzados, el servicio doméstico forzado, la desnudez forzada, entre otros. Al igual que en el caso anterior, de las empleadas domésticas y mujeres campesinas, las feministas han fundado organizaciones encargadas de articular las peticiones de las mujeres víctimas y han creado escenarios para su participación en los acuerdos de paz y la reconstrucción de la sociedad en el posconflicto

(Mantilla 2006; Corporación Sisma Mujer 2009; Corporación Humanas 2011a; Corporación Humanas 2011b; Corporación Humanas 2013; Casa de la Mujer 2015).

En la última década, aproximadamente desde 2010, las migrantes "forzadas" han entrado en el cuadro de las más pobres entre las pobres (Women's Link Worldwide 2013). Gracias a la preocupación por las condiciones de vida de las migrantes en los países receptores, como España, y la preocupación de Estados Unidos por el lavado de activos por parte de los carteles internacionales, la migración forzada desató una serie de campañas feministas que han enriquecido el debate y han generado innovaciones en la movilización legal. Por un lado, las feministas han luchado por refinar las imágenes actuales del comercio sexual. En particular, han mostrado que 1. La mayoría de los países son tanto fuentes como receptores de migrantes sexuales; 2. No todas las migraciones de trabajadoras sexuales son forzadas; 3. No todas las migraciones forzadas de mujeres tienen como finalidad el trabajo sexual; 4. La mayoría de las migraciones forzadas no están relacionadas con los carteles del crimen internacional. Por otro lado, las feministas han revelado que el litigio no debe concentrarse en los países de origen, donde podría poner en peligro a las víctimas, sino más bien en los países receptores, donde a menudo se violan los derechos humanos de los migrantes (Women's Link Worldwide 2013). Esta forma de litigio ha puesto de manifiesto que, a pesar de la existencia de instrumentos internacionales que protegen los intereses de los migrantes forzados, aún se observa una gran cantidad de abusos que son difíciles de precisar y reparar (Women's Link Worldwide 2010). La tabla 8.1 resume la forma en que estos tres momentos diferentes se aproximan al derecho y la movilización.

Con frecuencia, las feministas de este grupo no tienen una teoría sobre el papel del derecho en la producción de esas capas de poder y la correspondiente acumulación de recursos. Más bien, en general parecen compartir la visión del "buen derecho" que proponen la mayoría de los teóricos sociojurídicos y que respalda la opinión mayoritaria en la región (Jaramillo 2013). En su versión más sofisticada, presentada por Julieta Lemaitre, este punto de vista afirma que si bien el derecho ha incumplido la promesa que les hizo a los más pobres entre los pobres, su encanto radica, precisamente, en la posibilidad de cumplirla por medio de la movilización de las élites (Lemaitre 2009). Las versiones menos elaboradas, las versiones pop u operativas de la visión del buen derecho, confían en que, en lugar de cambiar las reglas, es crucial interpretar, difundir y actuar sobre las reglas existentes para obtener los resultados prometidos. En particular, las feministas de este grupo han impulsado varias innovaciones doctrinales en el derecho, a saber: la doctrina de la continuación de los ataques en la ocupación (para incluir en la definición de los crímenes de guerra todos los actos de violencia sexual cometidos por los grupos armados); la doctrina de la necesidad del contexto para apreciar el carácter sistemático de una acción determinada (nuevamente, para demostrar que la violencia sexual es un crimen de guerra); la doctrina del continuo (para enfatizar que algunas mujeres son especialmente vulnerables como consecuencia de la acumulación de múltiples factores de opresión); y la doctrina de los múltiples centros de expulsión y recepción de migrantes forzados. Estas feministas también fomentaron el conocimiento popular y de las élites de las normas jurídicas existentes y litigaron para garantizar los derechos de las más pobres entre las pobres (véase la tabla 8.1).

Tabla 8.1. Esclavas de las esclavas

Personaje paradigmático	Innovación doctrinal	Estrategia jurídica	Innovación organizacional
Trabajadoras domésticas y campesinas		Reformar del régimen jurídico del servicio doméstico. Litigio alrededor de los derechos de las trabajadoras. Educar a las "patronas" sobre los derechos d e las trabajadoras. Incluir a las mujeres en los programas de reforma agraria.	Sindicatos de trabajadoras domésticas. Organizaciones de mujeres campesinas.
Víctimas de los conflictos armados y las dictaduras militares	Hipótesis del continuo. Examen de los hechos de acuerdo con los "contextos" o los patrones sistemáticos. El "combate" como un fenómeno que influye la ocupación de fuerzas irregulares.	Incorporar algunos artículos del Estatuto de Roma en la legislación nacional. Investigar los casos de violencia sexual en el conflicto armado. Redefinir la violencia sexual para incluir los abortos forzados, la maternidad forzada, la anticoncepción forzada, la esclavitud doméstica y la esclavitud sexual.	Organizaciones de víctimas. Secciones de "mujeres" en las comisiones de la verdad y sus informes.
Trabajadoras migrantes	Ni la expulsión ni recepción de migrantes están definidas por la jurisdicción. El trabajo sexual es una forma de trabajo. La migración forzada más allá de la trata de blancas.	Incorporar los estándares internacionales en el litigio nacional. Litigio internacional.	

Fuente: Elaboración propia.

Es fundamental señalar aquí que si bien está íntimamente relacionada con la crítica al "cuarto mundo" que impulsaron los movimientos radicales en Estados Unidos, el énfasis en la opresión acumulativa es diferente de la apuesta de algunas académicas feministas por la interseccionalidad. El argumento de la interseccionalidad, desarrollado originalmente por Kimberlé Crenshaw, pretendía hacer visible la manera en que las categorías jurídicas de discriminación incluidas en la Constitución de Estados Unidos y desarrolladas por la Corte Suprema de ese país producen, de hecho, formas de exclusión (Crenshaw 1989). En particular, Crenshaw quería mostrar que las mujeres negras sufrían formas de discriminación que solo podían notarse cuando se las consideraba, precisamente, como mujeres negras y no exclusivamente como personas negras o simplemente como mujeres. Muchas críticas al pensamiento feminista provienen de los debates alrededor de la interseccionalidad. Sin embargo, a diferencia de las feministas solidaristas, quienes participan en esos debates no solo no han mostrado que un rasgo de la identidad puede ser la fuente de los males mayores, tampoco han considerado la clase como una fuente de opresión[5].

Feminismo radical "a lo latinoamericana": los derechos humanos como significantes totales

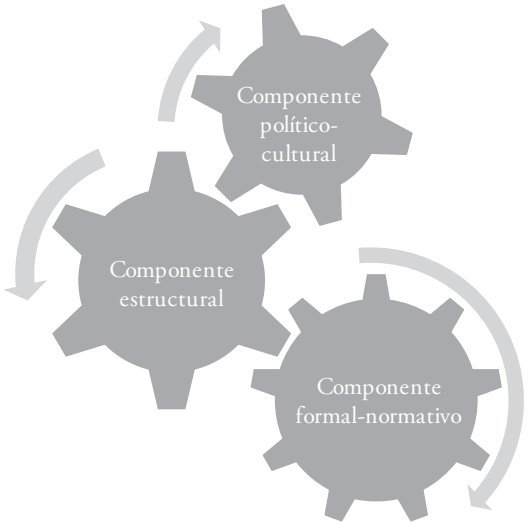
En su libro *Cuando el género suena, cambios trae* de 1992, Alda Facio entiende el derecho como una encarnación del "punto de vista masculino". Además de cuestionar y transformar la visión del "buen derecho", Facio conjuga las

prácticas de la crítica jurídica y la movilización y teorización feminista latinoamericana (Facio 1992). En este caso, el trabajo de Facio se muestra como una producción verdaderamente "autóctona", al mismo tiempo que responde las críticas de la "interseccionalidad" desde la "justicia total" del lenguaje de los derechos humanos. Esta posición teórica se extendió ampliamente por toda la región e inspiró una gran cantidad de trabajos académicos.

Facio explica que el derecho encarna el punto de vista masculino porque solo toma en consideración y protege los intereses y necesidades de los hombres. Esto sucede por dos razones principales: 1. Los hombres son los principales agentes en la producción de las normas jurídicas, la decisión judicial y la ejecución de las normas y sanciones; y 2. La teoría jurídica reduce el fenómeno jurídico a un sistema de normas producidas por los funcionarios públicos (Facio 1992, 91). Según Facio, la abrumadora presencia de los hombres en las instituciones públicas aleja a las mujeres de esas instituciones y les impide tanto criticar sus prejuicios como reclamar sus derechos (Facio 1992, 91). Por otro lado, al reducir el derecho a un sistema de normas, la teoría jurídica convierte la decisión judicial, la ejecución de las normas y la negociación en "distorsiones" que nadie tiene que explicar o que no tienen ningún responsable (Facio 1992, 92).

Para pensar en el derecho como un escenario de dominación, pero también de emancipación, Facio propone entenderlo en tres niveles diferentes: el formal-normativo, el estructural y el político-cultural (véase la figura 8.1) (Facio 1992, 94-100). En el primer nivel se encuentran las normas producidas por los legisladores y los jueces. Por su parte, en el segundo se encuentran las interpretaciones que los abogados, jueces y burócratas usan cuando discuten, deciden un caso o ejecutan las normas en un contexto específico. En el tercero y último se encuentra el conocimiento social acerca del sistema jurídico, es decir, el conjunto de creencias sobre las normas que se encuentran en los otros dos niveles. Este modelo muestra, por un lado, cómo las creencias y actitudes pueden incorporarse al derecho y, por otro, la manera en que los individuos participamos en su creación. En ese sentido, el modelo tiene la clave para la crítica y la transformación de las prácticas sexistas no solo para los académicos y profesionales del derecho, sino para todos.

Gráfico 8.1. El derecho como un fenómeno cultural complejo



Concretamente, Facio propone un método de seis pasos para observar el derecho de esa manera (Facio 1992, 109-56):

1. La persona que quiere analizar el fenómeno jurídico desde la perspectiva de género primero debe "tomar conciencia a partir de la

experiencia personal, de la subordinación del género femenino al masculino".

2. Identificar las formas en que la doctrina jurídica, los principios jurídicos y las investigaciones jurídicas excluyen, invisibilizan o subordinan a las mujeres. En particular, estudiar el funcionamiento del sexismo a través de la sobregeneralización, la sobrespecificación, el doble parámetro, el dicotomismo sexual y el énfasis en la diferencia sexual como un factor que explica con suficiencia una situación dada.
3. Identificar la forma en que las mujeres son representadas como los "otros" de los hombres y estudiar los efectos de esta representación sobre las mujeres "de distintos sectores, razas, orientaciones sexuales, discapacidades visibles, edades, etc.".
4. Encontrar qué concepto de mujer sirve como sustento para las normas jurídicas y proponer alternativas que ayudarían a conjurar la desigualdad.
5. Estudiar el elemento jurídico a la luz de los otros dos componentes que aún no han sido considerados. "Es decir, si es un proyecto de ley (componente formal-normativo), analizar el contenido y efectos que tendrá en los componentes político-cultural y estructural".
6. Dar a conocer el análisis a muchas mujeres para que se enriquezca a través del debate y la crítica.

El resultado del análisis debería ser una conclusión sobre cómo reformar el derecho, en cualquiera de sus componentes, para lograr una mayor igualdad. Además, como aclara Facio, el análisis debería mostrarnos una imagen más clara del funcionamiento del sexismo y de las formas en que el derecho participa en la producción de la desigualdad; es decir, debería elevar nuestra conciencia y darnos herramientas para superarla. Por lo tanto, el énfasis debe estar en el proceso: el tipo de preguntas que formulamos, los elementos que incluimos en nuestra reflexión, los costos en los que incurren las mujeres de contextos diferentes cuando producen un análisis determinado, el grado de participación que podemos garantizar, entre otros.

Dos conceptos adicionales aparecerían en el trabajo de Facio después de *Cuando el género suena*: 1. La noción de "derecho de la mujer", y 2. La idea de la verdadera universalidad como consecuencia de integrar los puntos de vista masculino y femenino. Facio elabora la noción de derecho de la mujer en su contribución a *Género y derecho*, el volumen que editó en 1999 con Lorena Fries (Facio y Fries 1999). En su capítulo titulado "Hacia otra crítica del derecho", Facio se pregunta si la reforma feminista debería aceptar que no "arreglará" el derecho simplemente incluyendo a más mujeres o reconociendo que el derecho también es política (Facio 1999). En ese contexto, introduce la noción de "derecho de la mujer" para nombrar todas las propuestas que surgen de un análisis del derecho verdaderamente feminista, esto es, un análisis que revele el punto de vista de las mujeres, independientemente del contenido particular de la propuesta. Tras estudiar la propuesta de Ana Obando, que argumentaba que es necesario dejar de lado el lenguaje de los derechos humanos para hablar, en cambio, de derechos relacionales, Facio concluye que no se debe dar por sentado que los derechos humanos no traerán el cambio deseado o que los derechos relacionales brindarán una respuesta adecuada en cada situación (Obando 1999). En este texto también se piensa en el punto de

vista de la mujer como el complemento necesario para lograr una verdadera universalidad. Aunque la autora sostiene que ningún punto de vista es por sí mismo universal, objetivo e imparcial y acepta que sus propios análisis están sesgados por su punto de vista femenino, también afirma que el derecho de la mujer se justifica por la válida aspiración humana a la universalidad, la objetividad y la imparcialidad.

Precisamente, Facio comenzó a defender los derechos humanos como un escenario de justicia social sobre la base de ese compromiso con lo universal. En *Los derechos humanos desde una perspectiva de género y de políticas públicas*, explica que el campo de los derechos humanos es justamente el terreno donde se construye y despliega lo universal; en lugar de ver los derechos humanos como un campo estático de exclusión, Facio propone entenderlos como un campo de batalla en el que se disputa la reforma del derecho de los derechos humanos y su aplicación a nivel local (Facio 2003). La ventaja del lenguaje de los derechos sobre otros, en particular el del desarrollo, radica en que parte de la premisa de la igualdad y la dignidad de *todos* los seres humanos y no de la idea según la cual algunos tienen que esperar a que mejore su situación (Facio 2009).

Como se señaló anteriormente, según Facio, la originalidad de su propuesta consiste en analizar problemas locales; al mismo tiempo argumenta que les presta atención a las cuestiones de interseccionalidad sin privilegiarlas sobre su propia posición feminista. De hecho, en *Cuando el género suena*, Facio reconoce que Rhonda Copelon la inspiró a escribir un libro y que tomó el concepto de "punto de vista masculino" de Sandra Harding; sin embargo, enfatiza que la metodología que propone para un análisis de género de los fenómenos jurídicos es su contribución original a la teoría jurídica feminista (Facio 1992, 13-15). Facio afirma que desarrolló esta metodología gracias a su trabajo en la Universidad de Costa Rica y con varios grupos de mujeres centroamericanas y académicas feministas. En efecto, su activismo académico se puede rastrear en su preocupación por dar a conocer el trabajo de sus colegas (incluso manuscritos no publicados), la compilación de estudios feministas latinoamericanos (Facio y Fries 1999), la edición de una revista sobre estudios feministas (Camacho, Facio y Martín 1997) y los trabajos de consultoría para una gran variedad de organismos internacionales y regionales en temas de género y derecho.

Además de este localismo en el proceso de producción teórica, Facio señala dos formas en las que su teoría es latinoamericana: 1. La atención a las múltiples formas de dominación y subordinación, y 2. La adopción de los derechos humanos como una estrategia para superar el "punto de vista masculino". Según Facio, las feministas latinoamericanas coinciden en que "el feminismo se opone a todas las formas de dominación y opresión y no solo a la de los hombres sobre las mujeres" (Facio 1992, 52) porque están convencidas de que "la dominación de un grupo por otro en cualquier otro nivel o esfera de la sociedad (por ejemplo, en la privacidad del hogar) genera y mantiene prácticas de dominación en otros niveles o esferas de la sociedad (por ejemplo, en la empresa o relaciones internacionales)" (Facio 1992, 52).

Si bien Facio no lo ha señalado explícitamente, su confianza en los derechos humanos como un lenguaje que permite superar el patriarcado y otras formas de opresión efectivamente la separa de las feministas radicales norteamericanas. Pasaron bastantes años para que ellas se encontraran con los derechos

humanos, y, particularmente, dos décadas para que se interesaran en forjar alianzas internacionales[6]. Su figura más representativa, Catharine MacKinnon, también ha insistido en que el patriarcado es la forma de dominación más poderosa, por lo que ha rechazado los enfoques que buscan reflexionar sobre las múltiples formas de opresión (MacKinnon 1991)[7].

Tanto la crítica de Facio a la encarnación del punto de vista masculino por parte del derecho como su entusiasmo por los derechos humanos han inspirado a un importante grupo de juristas feministas de la región. Su trabajo se encuentra en tres colecciones de ensayos: *The Costa Rican Women's Movement* (Abshagen 1997), *Género y derecho* (Facio y Fries 1999) y *El género en el derecho* (Ávila, Salgado y Valladares 2009). En ellas se incluyen reflexiones sobre el punto de vista masculino en el derecho penal, el derecho constitucional y el derecho de familia, así como desarrollos alrededor de las formas posibles en que el derecho internacional de los derechos humanos podría ser útil para las mujeres. Incluso si reconocen que, en general, el derecho internacional de los derechos humanos está tan contaminado por el punto de vista masculino como las leyes locales, las autoras se basan en su experiencia con la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer) y en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para afirmar que es posible que el escenario internacional sea más receptivo a sus reclamos (Facio 2009; Salgado 2009; Medina 2009).

Un número importante de activistas de la región comparten esta fe poscrítica en los derechos humanos. Ellas no solo participan en el campo cada vez más dinámico del litigio internacional, también utilizan la jerga de los derechos humanos en el litigio interno y contribuyen en el ámbito académico al desarrollo de la doctrina de los derechos humanos. En este grupo se encuentran Alicia Yamin (Yamin 2010), Lidia Casas (Casas y Vivaldi 2013), Mónica Roa y Lilian Sepúlveda (Cabal, Roa y Sepúlveda 2003), Mónica Arango y Ana Cristina González (Arango y González 2016) y Paola Bergallo (Bergallo 2014). Su trabajo ha sido crucial para transformar la perspectiva de la Corte Interamericana sobre el aborto y la violencia de género (Cabal, Roa y Sepúlveda 2003; Yamin, Datta y Andion 2017) y para aumentar el número de casos que estudia (Cabal, Roa y Sepúlveda 2006). Asimismo, sus estudios les han dado herramientas a las activistas locales para entender el contenido y los posibles usos del derecho internacional en los foros nacionales (Jaramillo y Alfonso 2008).

Feminismo político: el análisis distributivo y la posibilidad de tomarnos un descanso del feminismo

Como respuesta a la crítica a los derechos, un tercer grupo de académicas de la región se ha preguntado por las razones que impulsan a las personas que insisten en la estrategia de los derechos. En particular, este grupo ha analizado la forma en que el derecho, a través del discurso de los derechos, produce la subordinación de las mujeres en contextos particulares de confrontación; estos contextos, a su vez, muestran que la situación particular de las mujeres no se debe exclusivamente al género. En su libro *Mujeres, cortes y medios*, Isabel Jaramillo y Tatiana Alfonso denominaron a este enfoque "derecho como distribución y legitimación" (Jaramillo y Alfonso 2008). Esta perspectiva

les permite sostener una posición ecléctica que toma en serio tanto los efectos legitimadores de los argumentos jurídicos como las consecuencias distributivas del funcionamiento del derecho. Con ello, Jaramillo y Alfonso se distanciaron de dos posturas: la posición solidarista, que afirma que el derecho puede ser utilizado como un instrumento en casos individuales sin cuestionar su poder racionalizador, y la posición radical, que sostiene que es suficiente develar la "masculinidad" del derecho y traducir los derechos humanos al "lenguaje de las mujeres" para derribar todo el sistema. Las autoras reconocen que su posición es ecléctica porque el análisis distributivo parece exigir y producir una imagen del derecho como un sistema cerrado, mientras que el análisis de legitimación invita a ver el derecho como un fenómeno indeterminado y no simplemente como un instrumento que tiende a mantener el *statu quo*. Este eclecticismo se entiende y se justifica gracias a un contexto en el que es necesario que las académicas no solo se involucren en una labor crítica, sino que también desarrollen los análisis necesarios después de que la crítica produzca sus efectos de desencanto y renovación.

En *Mujeres, cortes y medios*, Jaramillo y Alfonso estudian la reforma del aborto a través del litigio constitucional en Colombia e intervienen en el debate alrededor del cambio social a través de la movilización legal (Jaramillo y Alfonso 2008). Ellas sostienen que no basta con estudiar la regulación penal en materia de aborto para comprender la manera en que el derecho controla la capacidad de las mujeres para tomar decisiones reproductivas, así como no es suficiente estudiar el texto del Código Penal para cambiar la forma en que el derecho penal limita las opciones reproductivas de las mujeres. Este doble movimiento dentro y fuera del texto se inspira en la manera en que las autoras interpretan la prohibición del aborto: como un instrumento que estabiliza la división sexual del trabajo mediante el control de la conducta sexual y reproductiva de las mujeres. Por tanto, Jaramillo y Alfonso no piensan en la criminalización del aborto como un mero accidente histórico o como un requerimiento de la consagración del derecho a la vida en las constituciones modernas. Más bien, destacan la peculiar contradicción entre una retórica incendiaria que usa la argumentación constitucional para exigir un castigo severo y los niveles insignificantes de aplicación de las normas involucradas. De ese modo, las autoras muestran cómo el debate sobre el derecho a la vida oculta lo que está en juego en esta contradicción: el hecho de que los hombres tienen el poder en la negociación sobre el aborto como consecuencia no solo de la falta de aplicación de las normas involucradas, sino también de las normas jurídicas que regulan el trabajo de las mujeres, los alimentos debidos a los hijos y las excónyuges y el divorcio. Según este análisis, la despenalización parcial no reduciría los abortos ilegales; esto solo sería posible si la vida deja de estar en el centro de la regulación del aborto y si, más allá de la criminalización de la conducta, el poder de negociación de las mujeres sobre su reproducción deja de estar determinado por el hecho de que dependen de sus padres y esposos.

En *Feminismo y crítica jurídica*, Alviar y Jaramillo desarrollan más el marco del análisis distributivo y lo usan para analizar cuatro casos: las leyes de cuotas, el salario igual, las transferencias monetarias condicionadas y el conflicto armado en Colombia (Alviar y Jaramillo 2013). Las autoras proponen un método

de cuatro pasos para el análisis distributivo e identifican cuatro estrategias feministas para cuestionar la forma en que el derecho legitima el *statu quo*. Los pasos del método son los siguientes: 1. Describir la situación particular como un conflicto en el que actores en posiciones diferentes se enfrentan entre sí por el control de ciertos recursos (intereses); 2. Mostrar qué contribuye al poder de negociación de cada individuo en este contexto; 3. Identificar las normas jurídicas que sustentan ese poder de negociación, incluidas las que están en "segundo plano", teniendo en cuenta la forma en que operan "sobre el terreno"; y 4. Mostrar qué cambios en las normas podrían modificar significativamente la distribución y el poder de negociación.

Por otro lado, según las autoras, las cuatro estrategias feministas que pueden resultar útiles para el análisis distributivo son la crítica de los binarios, la crítica de la distinción entre lo público y lo privado, la politización del conflicto jurídico y la desnaturalización de las categorías jurídicas. En los casos que estudian, Alviar y Jaramillo destacan la utilidad de desnaturalizar las categorías jurídicas (ley de cuotas), poner en primer plano las normas de fondo y las ideologías (salario igual y transferencias monetarias condicionadas) y cuestionar los binarios (conflicto armado) para el análisis jurídico feminista. Las autoras también ofrecen herramientas para tomar distancia de las hipérboles feministas y aceptar las limitaciones del feminismo incluso cuando toma en serio las múltiples formas de subordinación.

Los trabajos de Jaramillo (2002, 2006, 2013), Buchely (2015) y Castro (2016) se alinean explícitamente con los esfuerzos para articular el análisis distributivo como una posición teórica en el derecho. Sus aportes se enfocan en cuatro tareas: 1. Analizar el excepcionalismo en el derecho privado y sus consecuencias para el afianzamiento de la ideología de la familia (Jaramillo 2010); 2. Explicar cómo la ideología de la familia genera efectos negativos sobre las mujeres y racializa a las poblaciones coloniales para construir la raza como un indicador de clase (Jaramillo 2013); 3. Mostrar por qué es importante pensar en las burocracias cuando se aborda la pregunta por la forma en que el derecho distribuye recursos (Buchely 2015); y 4. Revelar cómo la geografía crítica puede ayudar a comprender la manera en que el derecho "enfatiza" y "subordina" ("*foregrounding*" *and* "*backgrounding*"), piensa conceptos como el de "frontera", y entiende la producción de las identidades como una forma de territorialización (Castro 2016).

Si bien no hacen parte de la misma tradición teórica, los trabajos de Lemaitre (2009) y Gallo y otros (2010) también reflexionan sobre la forma en que el derecho (no) incide en el poder de negociación de las mujeres. Ambos trabajos usan las herramientas del sicoanálisis para estudiar los efectos de la reforma legal sobre la capacidad de las mujeres para transformar sus vidas. Sus conclusiones, sin embargo, son opuestas: mientras que para Lemaitre el fetichismo legal, que ella describe como una característica definitoria de la cultura colombiana en general, empodera a las mujeres para que cambien su situación, Gallo y otros señalan que la persistencia de las lógicas del sacrificio y la satisfacción que las mujeres encuentran en ellas explica por qué la mayoría de las mujeres no ven que las reformas constitucionales en el ámbito de los derechos aumentan su poder de negociación. Este último trabajo llega incluso a afirmar que la lógica del sacrificio también explica la movilización femenina y el énfasis en

las más pobres entre las pobres: es el sacrificio por el otro que nunca podrá reemplazar el sacrificio por el hijo.

Algunos trabajos empíricos que explican el funcionamiento de ciertas áreas del derecho y cómo asignan recursos también se pueden incluir en esta categoría. Paola Bergallo y Beatriz Cohen se han concentrado en recolectar datos para entender la situación de las mujeres en el sistema judicial. En su trabajo de 2006 sobre las mujeres en el sistema judicial argentino, Bergallo mostró que los mecanismos aparentemente "neutrales" y "meritocráticos" de selección de jueces privilegiaban sistemáticamente a los hombres al sobrevalorar las contribuciones masculinas a la profesión y pasar por alto las dificultades que enfrentan las mujeres para conciliar el trabajo reproductivo y su carrera en el derecho. Según Bergallo, el estudio del papel de las mujeres en el sistema judicial encuentra su fundamento en la firme convicción de que si los jueces son actores clave en la democratización de las sociedades modernas, la ausencia de mujeres en los puestos más altos va en contra de este objetivo (Bergallo 2006, 152). Cohen, por su parte, muestra que la sobrerrepresentación de las mujeres en los juzgados de familia guarda alguna relación con la reproducción de la división sexual del trabajo y no introduce cambios que favorezcan a las mujeres. De hecho, según la autora, en sus entrevistas los jueces y las juezas afirmaron que creían que las mujeres prefieren una carrera en la judicatura sobre las firmas de abogados porque les permite realizar otras labores, como cuidar a sus hijos y otros miembros de la familia. Esto también explicaría por qué las juezas no están interesadas en escalar en la jerarquía y, lo que es más interesante, por qué la abrumadora presencia de las mujeres no ha cambiado los resultados de manera significativa (Cohen 2008). En un estudio más reciente, Bergallo y Moreno publicaron datos sobre la Ciudad de Buenos Aires que muestran algunos avances en el logro de la justicia de género a través del poder judicial (Bergallo y Moreno 2017).

Si bien estos trabajos no son ajenos a la tensión entre lo transnacional y lo local, sus conclusiones son mucho menos atrevidas y no pretenden defender a ultranza algún marco conceptual. Las autoras de este grupo se formaron en las escuelas de derecho de Estados Unidos y tienen un fuerte sentido de su capacidad para contribuir a la discusión transnacional sin necesidad de reivindicar su origen (el "Sur") o sus compromisos (con los más pobres entre los pobres) como una marca distintiva. Sin embargo, su trabajo se caracteriza por estar situado en términos geográficos e históricos, por dirigirse a una audiencia de académicos latinoamericanos y por ser consciente de que esa audiencia se compone de verdaderos interlocutores cuyos estudios merecen ser citados y comentados. Su aproximación a las múltiples formas de subordinación evita caer en las narrativas de la opresión acumulativa y la opresión total porque se aleja de las explicaciones totalizantes y enfatiza en cambio las narrativas contextuales.

Temas para una nueva agenda

A pesar de su preocupación por las múltiples formas de subordinación, las académicas feministas del derecho de la región no han articulado aún un punto de vista innovador sobre la situación de las mujeres indígenas y afrodescendientes[8]. Por un lado, las mujeres que pertenecen a esos grupos siguen estando en gran medida en los márgenes de la sociedad, el mundo académico y la profesión jurídica. Por

otra parte, la literatura que replica la mirada colonial e invoca la visión del "buen derecho" parece relegar la situación de las mujeres indígenas y afrodescendientes a los confines de la sociedad, la política o la cultura.

De hecho, a pesar de los llamados de las feministas latinoamericanas, el análisis jurídico no ha considerado por sí misma la identidad étnica: o bien la cuenta como una capa más de la opresión (como el feminismo solidarista) o bien se pierde cuando se afirma que el punto de vista masculino oprime a todas las mujeres de la misma manera (como el feminismo radical latinoamericano). El análisis distributivo tampoco ha estudiado los contextos que habitan las mujeres indígenas y afrodescendientes, con la excepción del trabajo de Jaramillo sobre el derecho de familia, que propone entender la raza como un resultado del dominio colonial y llama a los estudios contemporáneos a tomar en serio, por un lado, el papel de la raza en la forma en que entendemos la familia en la modernidad y, por otro, la importancia del derecho de familia en la producción de la raza (Jaramillo 2013). Estos estudios aún están por escribirse.

Con seguridad, la ausencia de mujeres afrodescendientes e indígenas en la academia jurídica latinoamericana explica en buena parte las dificultades que tenemos para articular su punto de vista. Por lo tanto, las nuevas agendas no solo deberían preocuparse por comprender la forma en que el derecho las oprime, también deberían esforzarse por incluirlas en la discusión académica. Hace algunos años la Fundación Ford hizo una donación al Observatorio de Discriminación Racial con el fin de formar abogados afrocolombianos en Estados Unidos. Si bien este es un ejemplo de las acciones que se podrían llevar a cabo para influir en la composición de las academias locales y sus programas de investigación, desafortunadamente no tuvo en cuenta el género como una preocupación principal[9].

Una nueva agenda de investigación en el derecho puede nutrirse de las críticas que se le han formulado al giro colonial a un liberalismo legal que se interesa por los "nativos" desde la mirada de las ciencias sociales. Algunos proyectos podrían analizar, por ejemplo, la construcción masculina de lo indígena en las controversias alrededor del servicio militar, la explotación de la tierra, la disidencia religiosa, etc.; la importancia de la "defensa cultural" en los casos de violencia contra la mujer; la reaparición de la mutilación genital femenina en las culturas que sufren graves carencias materiales; el papel de los jueces indígenas en la reproducción o el cuestionamiento del colonialismo; la falta de un componente racial y étnico en los debates sobre el servicio doméstico y la reforma agraria; el papel del derecho en la producción de la segregación territorial y, por consiguiente, la pobreza racial; entre otros.

Conclusiones

El pasado colonial y el presente totalitario de América Latina han inspirado muchas reflexiones que han contribuido a los debates transnacionales sobre el papel del derecho en la sociedad. Ha sido difícil reclamar un lugar para la teoría jurídica feminista en este contexto: por un lado, los críticos locales acusan al feminismo de ser cómplice del *statu quo*; por otro, debido a su compromiso con una teoría universal, el feminismo transnacional tiende a pasar por alto los aportes que muchas autoras ofrecen desde sus propios contextos. Los teóricos del derecho latinoamericanos incluso han manifestado explícitamente su desconfianza

hacia el feminismo. Sin embargo, este capítulo indica que estas dificultades han inspirado una serie de contribuciones que se aproximan a las múltiples formas de subordinación y toman en serio las desigualdades de clase, raza y etnia. En particular, el pensamiento jurídico feminista latinoamericano de los últimos cuarenta años se puede clasificar en tres grupos: el feminismo solidarista, el feminismo radical a la latinoamericana y el feminismo político. Al primer grupo pertenecen las autoras que afirman que la movilización y la acción legal deben enfocarse en las "más pobres entre las pobres", puesto que en sus cuerpos se pueden encontrar las huellas de "múltiples capas de opresión". En el segundo grupo se encuentran aquellas que creen que todas las formas de opresión están conectadas estructuralmente y a través de nuestros cuerpos, de tal manera que no es posible "arreglar" una sin arreglar la otra o empeorar las cosas para algunos sin empeorar las cosas para otros. Finalmente, las académicas del tercer grupo destacan la necesidad de observar los contextos para comprender cómo, con respecto a determinados asuntos, algunas mujeres llegan a ocupar una posición diferente a la de los hombres u otras mujeres.

Cada posición se ha comprometido con un modo particular de entender el papel del derecho en la sociedad. Para el primer grupo es posible usar el derecho para mejorar la situación de las más pobres entre las pobres sin cambiar significativamente el *statu quo*. Por esa razón, las feministas solidaristas se han involucrado en campañas masivas de litigio, han usado el derecho para elevar la conciencia de las opresoras y han promovido reformas a las leyes que impactan los derechos de aquellas mujeres que identifican como las más pobres entre las pobres en diferentes momentos del tiempo. Para el segundo grupo, la crítica ideológica a la masculinidad del derecho y la construcción de un derecho de la mujer que podría incorporarse al lenguaje de los derechos humanos son cruciales para la emancipación femenina. Por último, las feministas del tercer grupo que abanderan el análisis distributivo del derecho han ofrecido análisis situados sobre la reforma legal que no solo toman en serio el papel del derecho en la reproducción de los privilegios masculinos, sino que también tienen en cuenta que otros intereses ideológicos u otros recursos materiales podrían estar involucrados en contextos particulares.

Sin embargo, este rico cuerpo de conocimiento apenas está empezando a ganar reconocimiento y los proyectos que inspira están a punto de ganar impulso. En este punto, es particularmente relevante insistir en la necesidad de fortalecer las academias jurídicas locales y la participación las mujeres de color en ellas. Si bien las mujeres de color no necesariamente estarían interesadas en investigar la subordinación que padecen o tendrían los recursos para hacerlo, es claro que sus agendas de investigación nos ayudarían eventualmente a comprender su subordinación.

Notas

1. Si bien Diego López Medina describió a América Latina como un ambiente hermenéuticamente pobre que solo ha consumido el conocimiento jurídico producido en otras latitudes (López 2004), otros autores han reivindicado la originalidad de las creaciones jurídicas de la región. Por ejemplo, algunos académicos latinoamericanos le atribuyen al genio de los mexicanos la introducción de las cláusulas "sociales" en las constituciones

modernas (Díaz 1953), mientras que otros sostienen que los estudiosos chilenos, argentinos y colombianos produjeron una visión regional del derecho internacional (Obregón 2012). Los abogados latinoamericanos también han sido reconocidos como actores clave en la creación de instrumentos internacionales de derechos humanos (Glendon 2003; Carozza 2002; Morsink 2000) y, más recientemente, como innovadores en el diseño constitucional y la decisión de controversias constitucionales (Tushnet 2015).

2. No es posible citar algún trabajo académico que haya tratado de sostener este punto explícitamente. Sin embargo, se manifiesta de dos maneras en los estudios contemporáneos: 1. Como una crítica a la reforma feminista, por no ser consciente de las divisiones de clase que existen en la sociedad y la forma en que las feministas favorecen a las élites conservadoras, y 2. Al no hacer referencia a la movilización legal de las mujeres cuando hablan de la movilización legal en la región.
3. Por ejemplo, el trabajo de Oquendo sobre el derecho latinoamericano da por sentada la desigualdad sexual cuando se habla de América Latina (Oquendo 2006).
4. La literatura ha usado otros criterios de clasificación, a saber: la diferencia entre el feminismo de la igualdad y el feminismo de la diferencia o la distinción entre el feminismo liberal, el socialista y el cultural. Ahora bien, mis categorías pretenden enfatizar la manera en que el contexto ha influenciado el pensamiento jurídico feminista en la región. He utilizado la clasificación convencional en un trabajo anterior; véase Jaramillo (1999).
5. Para una reciente compilación de trabajos sobre la interseccionalidad, véase el volumen de *Signs* editado por Sumi Cho, Kimberlé Crenshaw y Leslie Call (volumen 38, número 4, 2013).
6. Sobre la difusión global de una versión del feminismo radical, véase Halley (2007).
7. Aunque también se ha retractado de muchas de sus posiciones de hace quince años: véase MacKinnon (2013).
8. Por ejemplo, Ochy Curiel, de la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia ha trabajado duro para articular una posición afrocolombiana dentro del feminismo. Las consecuencias de esa posición para el derecho aún están por verse. En la misma línea, los estudios de María Teresa Sierra sobre la interlegalidad que viven las mujeres indígenas mexicanas aún no llegan a aportar una teoría sobre el derecho. Véanse, en general, Curiel (2007) y Sieder y McNeish (2013).
9. Véase su página web: www.odracial.org. (Consultado el 27 de octubre de 2020).

Referencias

Abshagen Leitinger, Ilse. 1997. *The Costa Rican women's movement: A reader*. Pittsburgh: Pittsburgh University Press.

Alviar, Helena. 2008. *Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina*. Bogotá: Temis.

Alviar, Helena e Isabel Cristina Jaramillo Sierra. 2013. *Feminismo y crítica jurídica: El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre.

Arango y González. (2016), s.d.

Ávila Santamaría, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares. 2009. *El género en el derecho*. Quito: Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos del Ecuador.

Bergallo, Paola. 2006. ¿Un techo de cristal en el poder judicial? La selección de jueces

federales y nacionales en Argentina. En *Más allá del derecho: Justicia y género en América Latina*, comps. Luisa Cabal y Cristina Motta, 145-218. Bogotá: Siglo del Hombre, Center for Reproductive Rights, Universidad de Los Andes.

Bergallo, Paola. 2014. The struggle against informal abortion rules in Argentina. En *Abortion law in transnational perspective: Cases and controversies*, eds. Rebecca Cook, Joanna Erdman y Bernard Dickens. Filadelfia: Penn University Press.

Bergallo, Paola y Aluminé Moreno. 2017. *Hacia políticas judiciales de género*. Buenos Aires: Jusbaires.

Buchely Ibarra, Lina Fernanda. 2015. *Activismo burocrático – La construcción cotidiana del principio de legalidad*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Cabal, Luisa, Mónica Roa y Lilian Sepúlveda. 2003. What role can international litigation play in the promotion and advancement of reproductive rights in Latin America? *Harvard Health and Human Rights Journal* 7(1): 51-88.

Cabal, Luisa, Mónica Roa y Lilian Sepúlveda. 2006. El litigio internacional en la promoción y el avance de los derechos reproductivos en América Latina. En *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*, comps. Luisa Cabal y Cristina Motta, 379-414. Bogotá: Siglo del Hombre, Center for Reproductive Rights, Universidad de los Andes.

Camacho, Rosalía, Alda Facio y Ligia Martín. 1997. The group La Ventana: An assessment. En *The Costarrican women´s movement: A reader*, ed. Ilse Abshagen Leitinger, 13-19. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Carozza, Paolo. 2002. From conquest to constitutions: retrieving a Latin American idea of human rights. *Human Rights Quarterly* 24.

Casa de la Mujer. 2014. *Gestando la paz, haciendo memoria*. Bogotá: ONU Mujeres, Cumbre mujeres por la paz.

Casa de la Mujer. 2015. Propuestas de la Cumbre Nacional de Mujeres y Paz a la Mesa de Negociación. *Paz – Documentos*. Febrero. http://media.wix.com/ugd/ff58cd_98df4c62dd8d437fbec641e2cf8c92e3.pdf. (Consultado el 13 de abril de 2015).

Castro Cristancho, María Victoria. 2016. *Derecho, espacio y poder: Contribuciones de la geografía crítica al análisis distributivo del derecho*. Tesis doctoral.

Cohen, Beatriz. 2008. *El género en la justicia de familia*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Corporación Humanas. 2011a. *Violencia Sexual En Conflicto Armado. Caracterización de contextos y estrategias para su judicialización: Contexto del accionar de Hernán Giraldo Serna comandante del Bloque Resistencia Tayrona*. Bogotá: Humanas.

Corporación Humanas. 2011b. *Violencia sexual en conflicto armado. Caracterización de contextos y estrategias para su judicialización: Contexto en el que se inscriben las acciones de la violencia sexual ilevadas a cabo por el Bloque Catatumbo en Norte de Santander 1999-2004*. Bogotá: Humanas.

Corporación Humanas. 2013. *Mujeres en territorios urbanos de inseguridad*. Bogotá: Anthropos.

Corporación SISMA Mujer. 2009. *Mujeres en conflicto: Violencia sexual y paramilitarismo*. Bogotá: Corporación SISMA Mujer.

Crenshaw, Kimberlé. 1989. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine,

feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*: 139-67.

Curiel, Ochy. 2007. La crítica postcolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista. *Revista Nómadas* 96: 92-101.

Díaz Guijarro, Enrique. 1953. *Tratado de derecho de familia*. Buenos Aires.

Facio, Alda. 1992. *Cuando el género suena, cambios trae*. San José: ILANUD.

Facio, Alda. 1999. Hacia otra teoría crítica del derecho. En *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, 201-29. Santiago de Chile: LOM, CIMA, American University.

Facio, Alda. 2009. La carta magna de todas las mujeres. En *El género en el derecho*, comps. Judith Salgado, Lola Valladares y Ramiro Ávila Santamaría, 541-58. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Facio, Alda. 2003. Los derechos humanos desde la perspectiva de género y de políticas públicas. *Otras Miradas* 15-26.

Facio, Alda y Lorena Fries. 1999. *Género y derecho*. Santiago de Chile: LOM, CIMA, American University.

Gallo, Héctor, Ángela María Jaramillo Burgos, Rubén López y Mario Elkin Ramírez Ortiz. 2010. *Feminidades: Sacrificio y negociación en tiempos de derechos*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Glendon, Mary Ann. 2003. The forgotten crucible: the Latin American influence in the universal human rights idea. *Harvard Human Rights Journal* 16: 27.

Halley, Janet. 2007. *Split decisions. How to take a break from feminism*. Princeton: Princeton University Press.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina. 1999. La critica feminista al derecho. En *Género y teoría del derecho*, 10-55. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina. 2002. Instrucciones para salir del discurso de los derechos. En *La crítica a los derechos*, Isabel Cristina Jaramillo Sierra. Bogotá: Siglo del Hombre, Instituto Pensar, Universidad de los Andes–Facultad de Derecho.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina. 2006. Reforma legal, feminismo y patriarcado: El caso de la ley de cuotas para mujeres en cargos de alto nivel de la Rama Ejecutiva. En *Más allá del derecho*, comps. Luisa Cabal y Cristina Motta, 59-144. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina. 2010. The social approach to family law: conclusions from the cannonical family law treatises of Latin America. *American Journal of Comparative Law* 843-73.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina. 2013. *Derecho y familia. Historias de raza, género y propiedad, 1560-1980*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Tatiana Alfonso. 2008. *Mujeres, cortes y medios: La reforma judicial del aborto*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Latin American and Caribbean Women's Collective. 1980. *Slaves of Slaves: The challenge of Latin American women*. Nueva York: Zed Books.

Lemaitre Ripoll, Julieta. 2009. *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes.

León, Magdalena. 2013. Proyecto investigación-acción: Trabajo doméstico y servicio doméstico en Colombia. *Revista de Estudios Sociales* 45: 198-211.

León, Magdalena y Carmen Diana Deere. 1997. La mujer rural y la reforma agraria en

Colombia. *Cuadernos de Desarrollo Rural* 7-23.

López Medina, Diego. 2004. *La teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis.

MacKinnon, Catharine. 1991. From practice to theory, or what is a white woman anyway? *Yale Journal of Law and Feminism* 4(3): 13-22.

MacKinnon, Catharine. 2013. Intersectionality as method, a note. *Signs* 38(4):1019-30.

Mantilla, Julissa. 2006. La perspectiva de género en la búsqueda de la verdad, la justicia y la reconciliación: el caso del Perú. En *Más allá del derecho: Justicia y género en América Latina*, comps. Luisa Cabal y Cristina Motta, 415-44. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Center for Reproductive Rights, Universidad de los Andes.

Medina, Cecilia. 2009. Hacia una manera más efectiva de garantizar que las mujeres gocen de sus derechos humanos en el Sistema Interamericano. En *El género en el derecho*, comps. Ramiro Ávila Santamaría; Judith Salgado y Lola Valladares, 559-92. Quito: Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos Ecuador.

Morsink, Johannes. 2000. *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, drafting, intent*. Pittsburgh: University of Pensilvania Press.

Obando, Ana Elena. 1999. Las interpretaciones del derecho. En *Género y derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, 163-86. Santiago de Chile: LOM, Cima, American University.

Obregón, Liliana. 2012. Regionalism constructed: a short story of Latin American international law. *Selected Proceedings of the European Society of International Law* (Hart Publishing) 4: 25-38.

Oquendo, Angel. 2006. *Latin American law*. Nueva York: Foundation Press.

Salgado, Judith. 2009. Género y derechos humanos. En *El género en el derecho*, comps. Ramiro Ávila Santamaría; Judith Salgado y Lola Valladares, 165-80. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador.

Sieder, Rachel y John McNeish. 2013. *Gender justice and legal pluralities: Latin American and African perspectives*. Nueva York: Routledge.

Cho, Sumi, Kimberlé Williams Crenshaw y Leslie McCall. "Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis". *Signs*, nº 38 (2013): 785-810.

Tushnet, Mark. 2015. Peasants with pitchforks, and toilers with Twitter: constitutional revolutions and the constituent power. *International Journal of Constitutional Law* 13(3): 639.

Women's Link Worldwide. 2010. *Los derechos de las mujeres migrantes: Una realidad invisible*. Informe de Derechos Humanos. Madrid: Women's Link Worldwide.

Women's Link Worldwide. 2013. *La trata y la explotación en Colombia: No se puede ver, no se quiere hablar. Informe de derechos humanos*. Bogotá: Women's Link Worldwide.

Yamin, Alicia. 2010. Toward transformative accountability: a proposal for rights-based approaches to fulfilling maternal health obligations. *Sur* 7: 95-122.

Yamin, Alicia; Neil Datta y Ximena Andion. 2017. Behind the curtain: the roles of transnational actors in legal mobilization over sexual and reproductive rights. *Georgetown Gender and the Law Forthcoming*.

Capítulo 8
PUEBLOS AFRODESCENDIENTES, DERECHO Y RAZA EN AMÉRICA LATINA*

Tanya Katerí Hernández

La investigación de derecho y sociedad en América Latina ha permitido comprender la brecha entre los ideales de las leyes de igualdad racial en la región y el estado real de subordinación de los sujetos racializados. Este capítulo ofrece un mapa de las preguntas de investigación más recurrentes en la literatura sociojurídica relacionada con la raza. Para ello, se centra en los estudios sobre los pueblos afrodescendientes y las formas en que los Estados de la región han abordado las ideas de raza y discriminación racial. Organizo esta literatura sobre la base de un análisis de los logros (o fracasos) de los Estados latinoamericanos en tres frentes: la inclusión racial, la discriminación racial y la igualdad racial a través de programas de reparación y acción afirmativa. Como resultado, identifico tres conjuntos de debates sociojurídicos: los límites de las reformas constitucionales multiculturales que buscan asegurar la participación política plena, los límites del énfasis latinoamericano en el derecho penal para reparar las acciones discriminatorias y los desafíos para implementar políticas públicas conscientes de la raza como la acción afirmativa. Con base en este mapa, hago énfasis en la resistencia de los sistemas jurídicos a la aplicación de medidas antidiscriminatorias para mostrar que las investigaciones futuras deben enfocarse, por un lado, en la presunción judicial según la cual la violencia racial no existe y no ha existido en América Latina y, por otro, en el desempoderamiento social que resulta de no nombrar una forma específica de violencia como violencia racial.

Los límites de las reformas constitucionales multiculturales

Los estudios de derecho y sociedad han documentado el advenimiento de las constituciones multiculturales. Por ejemplo, el trabajo de Jean Muteba Rahier muestra las formas en que el "giro multicultural latinoamericano" ha reivindicado desde la década de los ochenta las contribuciones indígenas y afrodescendientes en los Estados-nación que históricamente las habían ignorado o infravalorado (Rahier 2014, 105). Otros autores, por su parte, han argumentado que el giro constitucional multicultural creó nuevas formas de ciudadanía en aquellas naciones que se caracterizan por

* Cómo citar este capítulo: Hernández, Tania Katerí. 2024. Pueblos afrodescendientes, derecho y raza en América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 189-204. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.9

tener poblaciones étnicamente diversas (Yashar 2005, Loveman 2014). Sin embargo, Tianna Paschel señala que en lugar de distinguir las políticas de acción afirmativa basadas en la raza de las políticas de derechos colectivos, los estudios regionales sobre los pueblos afrodescendientes tienden a unificarlas en un mismo "giro multicultural" (Paschel 2016, 20).

Distinguir el desarrollo de los derechos territoriales multiculturales de las leyes antidiscriminación y las que contemplan programas de acción afirmativa ayuda a esclarecer los límites de su alcance y aplicación y cómo pueden reproducir las jerarquías racializadas de color (Rahier 2014, 105). De hecho, los estudios sobre las constituciones multiculturales suelen encontrarse en alguna de estas dos subcategorías: aquellos que se concentran en el auge del activismo político indígena y aquellos que se interesan por el reconocimiento de la discriminación racial contra los afrodescendientes. En la literatura sobre los derechos indígenas no se suele pensar en la indigenidad como un asunto de identidad racial, por lo que las leyes de discriminación racial pasan a un segundo plano (Sieder 2002). Esto se debe en gran parte a que los líderes indígenas no se han comprometido en términos generales con los discursos que se enfocan en el racismo y la discriminación (Beck, Mijeski y Stark 2011, 102-25).

En contraste, la identidad racial ha estado en el centro de las investigaciones sobre las comunidades afrodescendientes (Hooker 2005, 285-310). El trabajo de Juliet Hooker ha dado a entender que no todas las constituciones multiculturales consideran de la misma manera a las comunidades afrodescendientes. Ella señala acertadamente que dado que los Estados latinoamericanos han concebido los derechos multiculturales como una garantía que merecen los pueblos indígenas en virtud de su "etnicidad", los afrodescendientes a menudo han sido excluidos como sujetos "racialmente" distintos que no tienen una identidad étnica que necesite protección constitucional (Hooker 2009, 80-2). Para la autora, Colombia, Brasil, Ecuador y Perú son algunas de las jurisdicciones donde los afrodescendientes han obtenido algunos derechos constitucionales multiculturales, pero no en la misma medida que las comunidades indígenas.

La dicotomía entre los indígenas, que merecen ciertas garantías porque son "étnicamente" diferentes, y los afrodescendientes, que no las merecen porque son "racialmente" distintos, pasa por alto tanto la racialización de los pueblos indígenas como las identidades culturales de las comunidades afrodescendientes. Por esta razón, Colombia se destaca como una jurisdicción que si bien ha incluido a los afrodescendientes, al mismo tiempo ejemplifica las limitaciones de equiparar los derechos multiculturales con el estatus de grupo étnico (Ng'weno 2007a). En ese sentido, Colombia contrasta con países que, como México y Venezuela, excluyen completamente a los afrodescendientes de su panorama de los derechos multiculturales. Del mismo modo, Colombia también se diferencia de aquellos países que les han otorgado a los afrodescendientes los mismos derechos colectivos a la tierra y la cultura, como Guatemala, Honduras y Nicaragua.

La Constitución colombiana establece que "el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana". El artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991 dispuso que se promulgaran leyes que reconocieran los derechos a la propiedad colectiva de los pueblos afrodescendientes. Para implementar el mandato del artículo 55

se promulgó la Ley 70 de 1993. Con el fin de proteger las propiedades tradicionales de los afrocolombianos como un elemento esencial de su identidad étnica, la Ley 70 reconoció su derecho a organizarse colectivamente a través de sus propias autoridades tradicionales y solicitar la titulación colectiva de sus territorios. El artículo 7.° de la Ley 70 establece que los títulos colectivos son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La ley fue diseñada originalmente para las comunidades negras de la costa del Pacífico, pero a medida que el movimiento afrocolombiano y la identidad negra ganaron terreno desde la década de los noventa, las comunidades negras en diferentes regiones del país empezaron a formular reclamos sobre las tierras. La jurisprudencia ha ampliado los derechos territoriales de los negros a otras zonas del país, especialmente la costa del Caribe, donde las comunidades defienden una identidad negra autoatribuida, su organización colectiva y las formas tradicionales de asentamiento y uso de la tierra. Según la Ley 70, solo las tierras consideradas "baldías" (terrenos de propiedad estatal) pueden ser objeto de propiedad colectiva; las áreas urbanas, los territorios indígenas, los parques nacionales y las regiones reservadas para la seguridad y la defensa nacional no se consideran aptas para la titulación colectiva. Sin embargo, los afrocolombianos son diversos tanto en términos regionales como étnicos, y no todos viven en tierras baldías. Además, el proceso de titulación de tierras es particularmente exigente porque requiere que la comunidad que reclama la propiedad colectiva presente una serie de estudios históricos, demográficos, económicos y cartográficos. Esto supone que un gran número de afrodescendientes urbanos están excluidos de los beneficios de los títulos colectivos porque se entiende que no tienen un vínculo específico y profundo con un trozo de tierra, como sí parece suceder en el caso de los títulos colectivos de las comunidades indígenas (Ng'weno 2007b). Por lo tanto, la Ley 70 solo tuvo en cuenta las necesidades de un grupo particular de afrocolombianos.

Además, Jaime Arocha muestra que muchos afrocolombianos han renunciado a continuar con los procesos de titulación colectiva debido a la violencia de los grupos paramilitares y el Ejército colombiano (Arocha 1998, 70-89). De manera similar, Kiran Asher describe cómo los líderes de las comunidades afrocolombianas que buscan la propiedad colectiva han sido etiquetados como guerrilleros o terroristas y han sufrido acciones violentas por parte de los agentes gubernamentales que están interesados en controlar los territorios afrocolombianos ricos en recursos para llevar a cabo proyectos de desarrollo empresarial (Asher 2009). Por otro lado, los grupos paramilitares de derecha, involucrados durante mucho tiempo en el tráfico de drogas, también han desplazado a las comunidades afrodescendientes para apropiarse de sus tierras (Rosero 2002, 547-59). De hecho, un estudio encontró que el 33 % de los afrocolombianos ha sido expulsado de sus tierras por los grupos armados (Hernández 2013, 117). Los afrocolombianos representan el mayor porcentaje de los desplazados por el conflicto armado (Hernández 2013, 117): frente a un mestizo, la probabilidad de que un afrocolombiano sea desplazado es 84 % más alta. El 79 % de los afrocolombianos que contaban con un título colectivo en 2007 fue despojado de sus tierras por la fuerza (Rodríguez, Alfonso y Cavelier 2008, 34-5). Tan significativo ha sido el desplazamiento de los afrocolombianos (y también de las comunidades indígenas) que en 1999 las Naciones Unidas le solicitaron oficialmente al

Gobierno colombiano que aborde el problema como una forma de discriminación racial (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial [CERD] 1999). Posteriormente, la Corte Constitucional de Colombia evaluó la política del Gobierno para enfrentar la difícil situación de los desplazados y encontró que era inadecuada e inconstitucional en la medida en que violaba los derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos (Corte Constitucional de Colombia 2004). En dicha sentencia la Corte Constitucional le ordenó al Gobierno colombiano diseñar políticas para evitar el desplazamiento forzado y subsanar las malas condiciones de vida de los desplazados. En una decisión posterior, la Corte Constitucional evaluó el impacto específico del conflicto armado y el desplazamiento forzado sobre las comunidades afrocolombianas y concluyó que para ellas el desplazamiento era un resultado de la exclusión estructural que han sufrido a lo largo del tiempo.

En contraste con la situación de la tierra, el Gobierno ha tenido en cuenta a los afrocolombianos en los proyectos de reforma educativa. Para cumplir los mandatos de la Ley 70 de 1993, sobre la protección de la identidad cultural y la obligación de incluir los estudios afrocolombianos como una parte permanente del currículo escolar, el presidente Ernesto Samper aprobó en 1998 un decreto presidencial que ordena a las escuelas enseñar la historia y la cultura afrocolombianas (Decreto 1122 de 1998). Según el artículo 160 de la Ley General de Educación (Ley 115 de 1993), si en un distrito existen comunidades afrocolombianas, un representante elegido por ellas tendrá un lugar en las juntas distritales de educación.

Sin embargo, la promesa de las constituciones multiculturales y las nuevas leyes tiene que sobreponerse a la larga historia de las políticas de exclusión racial en América Latina. Por ejemplo, en el contexto colombiano, César Rodríguez Garavito muestra que, a pesar de que la legislación para la "protección multicultural" de la Constitución obliga a las autoridades gubernamentales a consultar a las comunidades afrodescendientes antes de tomar alguna decisión que pueda afectar sus territorios comunitarios, es necesario que el Gobierno reconozca oficialmente a un consejo comunitario para que las comunidades afrocolombianas tengan derecho a ser consultadas (Rodríguez Garavito 2011, 263-305). En ese sentido, el proceso de reconocimiento oficial ha sido percibido como excesivamente burocrático y restrictivo (Rodríguez 2008). No obstante, en su revisión de las constituciones multiculturales, Donna Lee Van Cott concluye que, después de tantos años de marginación, incluso el reconocimiento constitucional simbólico de la importancia de los afrodescendientes es, de hecho, una medida de progreso (Van Cott 2000).

Los límites del énfasis en el derecho penal para reparar las acciones discriminatorias

Los estudios de derecho y sociedad han mostrado que la gran mayoría de países de América Latina han usado preferentemente el derecho penal como un vehículo para abordar la discriminación racial. Esta literatura ha destacado que tales enfoques, si bien envían un mensaje sobre el compromiso del Estado, dejan intactas las causas estructurales e institucionales de la discriminación racial. Por otra parte, el énfasis en las sanciones penales tiende a crear una brecha entre la mera existencia de la norma y su aplicación, tal y como sucede con la distancia

clásica entre el derecho en los libros y el derecho en acción.

César Rodríguez Garavito y Carlos Baquero Díaz señalan que, salvo Paraguay, todos los países de América Latina han aprobado leyes para sancionar penalmente los actos de discriminación racial (Rodríguez y Baquero 2015, 68). En vista de que en América Latina se ha ignorado históricamente la existencia del racismo y la discriminación, es comprensible que los Estados muestren su reconocimiento de la discriminación social por medio de las sanciones más fuertes de las que son capaces: las del derecho penal. De acuerdo con Robert J. Cottrol, dado que las sanciones penales comunican un fuerte mensaje normativo según el cual el Estado condena el racismo, con mucha frecuencia los Estados optan por defecto por ese enfoque para luchar contra la discriminación (Cottrol 2013, 290).

Ahora bien, se han iniciado relativamente pocos procesos penales desde los programas de justicia social que clamaban por el reconocimiento de la discriminación racial en la década de 1990. En 2013, Claudia Dary reportó que desde la incorporación en 2002 del tipo penal de discriminación en el Código Penal de Guatemala seis denuncias fueron presentadas por indígenas mayas (Dary 2013, 140). Perú condenó a un individuo por discriminación racial contra un afroperuano por primera vez en 2015 (sentencia 479-2015-2JPL-PJ-CSJJU). De manera similar, en 2016 Ecuador emitió su primera condena por el delito de discriminación racial contra un afroecuatoriano (Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Proceso 17124-2014-0585 de 2016).

El énfasis público en el derecho penal no permite abordar plenamente las fuentes de la desigualdad racial. Por ejemplo, los Estados-nación latinoamericanos han usado la persecución penal de la discriminación para afianzar la imagen de que no son responsables de los delitos raciales. Como los Estados no han impulsado políticas de segregación tipo Jim Crow en la región, la postura jurídica hacia el racismo ha sido verlo como una aberración y no como un rasgo sistemático de una cultura nacional (Hernández 2013, 104). Como resultado, la respuesta jurídica ha sido tratar el racismo como si fuera un asunto de individuos aislados con prejuicios presuntamente anormales. En resumen, los racistas son criminales y no representantes de normas culturales racistas de larga data. Rodríguez y Baquero concluyen que el uso del derecho penal individualiza el racismo y no cuestiona las causas estructurales de la desigualdad racial (Rodríguez y Baquero 2015, 92). Esto también ayuda a explicar por qué la gran mayoría de las disposiciones sobre los discursos del odio en América Latina se encuentran en los códigos penales de la región. Sin embargo, pensar en el racismo exclusivamente como los juicios prejuiciosos de aquellas personas que se etiquetan como racistas y anormales deja de lado los aspectos estructurales e institucionales de la discriminación que incluso operan sin ningún comentario racista de por medio. El trabajo de Carlos de la Torre ha ilustrado estas intuiciones de los estudios de derecho y sociedad con la difícil situación de los afroecuatorianos. Al respecto, De la Torre afirma que "reducir el racismo a las palabras y acciones hostiles de individuos ignorantes, etnocéntricos y parroquiales, una visión que fue dominante en la sociología estadounidense hasta hace poco, no toma en cuenta las relaciones de poder" (De la Torre 2005).

En particular, el trabajo de Hernández (2013) ha documentado cómo algunos países

de América Latina abordan la discriminación desde un mismo enfoque penal. Por ejemplo, en República Dominicana la Ley contra la Violencia Intrafamiliar de 1997 tipifica como delito infligir un trato desigual o humillante por motivos de raza o etnia. La pena máxima por este delito es un año y un mes de prisión y una multa que oscila entre dos y tres salarios mínimos (Ley 24-97). En Nicaragua, el Código Penal castiga la obstrucción de un derecho constitucional por razones de raza o etnia (Ley 641). La pena es de seis meses a un año de prisión. Si se determina que se ha promovido públicamente la obstrucción de un derecho constitucional por motivos raciales, se puede imponer una multa adicional. Asimismo, el Código Penal autoriza el aumento de la pena por otros delitos si estuvieron motivados por razones raciales (Código Penal, art. 36.5).

La literatura de derecho y sociedad sobre la criminalización de la discriminación racial concluye que si bien las sanciones penales indican un fuerte compromiso normativo con la erradicación de la discriminación, en la práctica disminuyen la capacidad del sistema jurídico para abordar la desigualdad y la discriminación. Los casos penales requieren pruebas más sólidas y una mayor carga probatoria que los casos civiles. Por ejemplo, una investigación sobre la experiencia de presentar una denuncia por discriminación en Perú encontró que el estándar probatorio para los casos de discriminación era tan alto que con mucha frecuencia las víctimas tenían grandes dificultades para demostrar que habían sido discriminadas. El informe describió el caso de una persona que presentó una denuncia en contra del Departamento de Policía tras haber recibido indebidamente una multa de tránsito por su condición racial. La Fiscalía consideró que esta denuncia no ameritaba una investigación o acción penal porque las pruebas presentadas eran insuficientes. Sin embargo, junto con su propia declaración, el denunciante había presentado la declaración jurada de un familiar que había presenciado el incidente; es difícil imaginar qué más hubiera podido presentar para sustentar su acusación (Defensoría del Pueblo, República del Perú 2007, 119).

Además de la renuencia de los fiscales a seguir adelante con los casos de discriminación racial, los jueces son reacios a imponer sanciones penales. Los sistemas de justicia penal en América Latina están sobrecargados con los delitos tradicionales de violencia y los delitos contra la propiedad. En un sistema que se caracteriza por la sobrecarga de casos y la ineficiencia sistemática, es probable que los delitos de racismo y discriminación racial sigan teniendo poca prioridad.

Más aún, en la medida en que es posible que los funcionarios públicos alberguen los mismos prejuicios raciales de los victimarios, la inacción de las autoridades encargadas de aplicar las leyes penales también debilita las disposiciones en contra de la discriminación. De hecho, los estudios han señalado que los agentes de policía latinoamericanos a menudo incurren en actos de violencia racial contra las personas afrodescendientes porque consideran que su función es proteger a la sociedad de los "elementos marginales" por todos los medios, incluso sin tener en cuenta el Estado de derecho (Pinheiro 1999, 1-16). Este es un peligro particular en América Latina, donde los oficiales de policía constantemente disuaden a los afrodescendientes de presentar denuncias por discriminación racial, y con frecuencia son ellos mismos los autores de los actos de discriminación y violencia (Brinks 2008, 49-54; Mitchell y Wood 1999, 1001-20).

Seth Racusen argumenta que un marco civil podría abrirle espacio a una comprensión más amplia de la discriminación, así como favorecer estándares probatorios menos gravosos (Racusen 2002, 87-8; Racusen 2004). Además, el contexto civil supone un menor riesgo de aplicación selectiva, un fenómeno que hace que las poblaciones vulnerables sean enjuiciadas de manera desproporcionada. Esto se debe a que, a diferencia de los procesos penales, no es necesario que el Estado sea el principal encargado de hacer cumplir la ley. Sin embargo, como suele pensarse que las leyes penales contra la discriminación son un indicador de la seriedad del compromiso del Estado en contra del racismo, el desarrollo de las estrategias en el derecho civil ha sido lento y su alcance, modesto.

Reparaciones y acción afirmativa

En Estados Unidos las reparaciones suelen limitarse a las disculpas estatales y la compensación financiera por daños específicos. En contraste, la literatura de derecho y sociedad ha mostrado que en América Latina las reparaciones se entienden de una manera amplia: en ellas no solo se incluyen las disposiciones constitucionales sobre los derechos territoriales multiculturales, sino también las políticas de acción afirmativa (Rodríguez y Baquero 2015, 93). En particular, Claudia Mosquera Rosero-Labbé y Luiz Claudio Barcelos presentan la gran variedad de posibilidades que tienen los latinoamericanos para formular demandas de reparación en sus respectivas jurisdicciones (Mosquera Rosero-Labbé y Barcelos 2007). Los autores señalan que la discusión regional alrededor de las formas de reparación se ha concentrado en las políticas de acción afirmativa, la redistribución del poder y la riqueza, la protección estatal de las formas culturales, la protección contra el desplazamiento y la compensación por las expulsiones de los territorios, el reconocimiento legal y la titulación de las tierras ancestrales y el reconocimiento de las formas sutiles en que los sesgos implícitos infligen daños.

En el caso específico de Colombia, Rodríguez Garavito y Lam dan a entender que las reparaciones constituyen un marco adecuado para compensar a los grupos étnicos por las injusticias colectivas que han sufrido como consecuencia del desplazamiento forzado (con frecuencia impulsado incluso por el Estado) (Rodríguez y Lam 2011, 13). En vista de que los afrocolombianos y los grupos indígenas son los más afectados por el desplazamiento, la racialización de sus expulsiones es muy marcada, por lo que requiere la mirada consciente de la raza del discurso de las reparaciones (Rodríguez, Alfonso y Cavelier 2009a, 7). Sin embargo, como se señaló anteriormente, Colombia ha tardado en abordar las dinámicas raciales del desplazamiento con formas de reparación enfocadas precisamente en la raza. Esto puede deberse al carácter errático de la manera en que los actores gubernamentales entienden la acción afirmativa (Mosquera Rosero-Labbé, Díaz y Morales 2009, 350).

Ahora bien, tanto Colombia como otras naciones que han abordado el tema de la acción afirmativa han estado más dispuestas a implementar políticas conscientes de la raza. De hecho, los cada vez más abundantes estudios de derecho y sociedad sobre la raza en América Latina se centran en la acción afirmativa (Htun 2016). Por ejemplo, Rocío Martínez muestra la manera en que el Gobierno colombiano ha abordado las políticas de acción afirmativa y describe cómo se formuló e implementó una

política de ese tipo en la ciudad de Bogotá (Martínez 2013, 207-26). De hecho, la política impulsada por el gobierno distrital de Bogotá contrasta con el fracaso nacional de Colombia en la implementación de una legislación efectiva (Rodríguez, Alfonso y Cavelier 2009b, 325).

Debido a que Brasil ha implementado políticas de acción afirmativa en diversos sectores, es el país que más ha llamado la atención de los análisis de derecho y sociedad sobre la discriminación racial (Reiter y Mitchell 2009). La compilación de Ollie A. Johnson III y Rosana Heringer proporciona una imagen completa de las complejidades involucradas en la aprobación legislativa de las políticas de acción afirmativa en Brasil (Johnson III y Heringer 2015). En su conjunto, esta literatura ha destacado que la acción afirmativa se ha convertido en un medio para enfrentar la exclusión racial, incluso si esa exclusión continúa operando cuando todas las razas llegan a tener el mismo estatus socioeconómico (Telles 2004).

Sin embargo, cada vez que el empoderamiento racial y étnico se plantea como una prioridad política para América Latina, las críticas provienen de un sector que afirma que tales preocupaciones no son relevantes en un contexto que se caracteriza por la mezcla de razas. Se sigue pensando que el estatus socioeconómico es el rasgo más importante de la desigualdad en la región. Sin embargo, los estudios de derecho y sociedad han documentado cómo activistas indígenas y afrodescendientes de diferentes vertientes han impulsado con éxito políticas de inclusión étnica y racial en Brasil. También han demostrado que, en un contexto que se caracteriza por un continuo de razas, los funcionarios brasileños se las han arreglado para administrar los programas de acción afirmativa mediante el uso de varios indicadores, como la asistencia a las escuelas secundarias públicas y los ingresos bajos. Junto con las declaraciones de las personas que afirman ser negras o morenas, las fotografías y las entrevistas, los funcionarios usan esos indicadores para determinar si una persona puede considerarse "no blanca" para efectos de los programas (dos Santos y Lobato 2003).

Además, la literatura indica que los programas brasileños de acción afirmativa son relativamente exitosos. Por ejemplo, un estudio sobre el desempeño de los estudiantes de la Universidad Estatal de Campinas encontró que aquellos que provenían de entornos socioeconómicos y educativos desfavorecidos obtuvieron mejores resultados que los que tenían un nivel socioeconómico y educativo más alto (Pedrosa 2007). El estudio concluyó que la necesidad de trabajar duro cuando se buscan mejores oportunidades, como cuando una persona que estudió en una escuela secundaria pública de escasos recursos se prepara para el examen de admisión a la universidad, crea una "resiliencia educativa" que mejora el desempeño de los estudiantes cuando son admitidos a la universidad. En 31 de los 55 programas de pregrado, la resiliencia educativa de los estudiantes favorecidos por los programas de acción afirmativa hizo que tuvieran mejores calificaciones que los demás estudiantes después de solo un año de estudios universitarios. Es más, su tasa de éxito mejoró a lo largo de sus años en la universidad: en general, el desempeño relativo de los estudiantes de acción afirmativa fue mayor en 48 de los 55 programas de pregrado. Estudios equivalentes en la Universidad de Brasilia, la Universidad Estatal del Norte Fluminense, la Universidad Federal de Bahía, la Universidad del Estado de Río de Janeiro y la Universidad Federal de Espíritu Santo encontraron resultados similares

(Velloso 2009; Brandão y da Matta 2007; Queiroz y dos Santos 2006; Vieira 2011; Ford 2011). En otras palabras, los estudiantes de acción afirmativa tienen éxito una vez se les brinda la oportunidad de ser admitidos.

La literatura muestra que un número creciente de brasileños y beneficiarios de los programas ha llegado a considerar la acción afirmativa como algo positivo. De hecho, se suele representar a los estudiantes de acción afirmativa como personas estudiosas que prefieren trabajar duro en lugar de ir de fiesta (Cicalo 2012). Como lo muestra la siguiente reflexión de un estudiante de derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, la comunidad de estudiantes siente mucho respeto por los beneficiarios de los programas:

> Le puedo decir que estoy en tercer año y no veo ninguna diferencia real entre las notas de los estudiantes de cuota y los demás. A muchos *cotistas* [estudiantes de cuota] les va muy bien, y definitivamente merecen estar aquí; este hecho me ha hecho cambiar mi opinión [negativa] sobre las cuotas en los últimos años. (Cicalo 2012, 256-57)

De manera similar, un estudio de 2007 que contó con la participación de 557 profesores universitarios mostró que la inmensa mayoría consideraba que la acción afirmativa había contribuido a democratizar el espacio académico. Según ellos, los programas habían logrado que las universidades reflejaran con mayor precisión la sociedad brasileña (Petruccelli 2007).

Los estudios de derecho y sociedad han mostrado que en los últimos años los latinoamericanos han empezado a cuestionar la aplicabilidad de las políticas de inclusión que se inspiran en la experiencia estadounidense. También han documentado que, por otra parte, muchos funcionarios judiciales afirman que en América Latina no hay discriminación racial porque consideran que sus manifestaciones son intrascendentes en comparación con la "discriminación real" y racialmente violenta de los Estados Unidos. La siguiente sección aborda la resistencia de los sistemas jurídicos para aplicar las leyes contra la discriminación.

La resistencia de los sistemas jurídicos a la aplicación de las leyes contra la discriminación: el caso de la violencia racial

Ariel Dulitzky fue uno de los primeros académicos del derecho en evaluar el fenómeno de la negación de la discriminación racial en América Latina. Según Dulitsky, frente a las violaciones de derechos humanos que se reportan al Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, los Estados se defienden afirmando que "la grave incidencia del racismo y la discriminación racial" se puede observar con mayor claridad en los Estados Unidos (Dulitzky 2005, 39). A pesar de las evidencias que apuntan a que la discriminación racial está presente en todos los ámbitos de la región, incluidos los sectores sociales, políticos, educativos, laborales, culturales y de salud pública, los Gobiernos tienden a minimizar su importancia porque consideran que sus consecuencias son casi nulas si se las compara con la violencia legal de los Estados Unidos.

Los estudios específicos sobre algunos sistemas jurídicos de la región llegan a la misma conclusión que Dulitzky. Por ejemplo, Antonio Guimarães encuentra que los jueces brasileños frecuentemente desestiman las denuncias de

discriminación racial porque consideran que la cultura brasileña es inmune a los prejuicios raciales (Guimarães 1998). Guimarães cita el caso representativo de un juez que afirma explícitamente que "no tenemos el racismo severo y cruel que se observa en otros países, donde los no 'blancos' son segregados, separados y no tienen los mismos derechos. Eso es racismo" (Guimarães 1998, 35). Al comparar la experiencia latinoamericana con la estadounidense, muchos jueces, ya sea de forma explícita o implícita, contribuyen a limitar el reconocimiento pleno y legal del racismo en América Latina.

Otros estudios muestran que algunos países de la región también se niegan a reconocer la existencia de racismo en el contexto de la aplicación de las leyes sobre la igualdad. Por ejemplo, en una investigación sobre Colombia, República Dominicana y Perú, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas encontró que las respuestas legales de cada uno de estos países a los problemas de discriminación racial son insuficientes (Centro de Estudios Judiciales de las Américas 2004). En el mismo sentido, la investigación de Carlos de la Torre sobre el sistema jurídico ecuatoriano reveló que el Gobierno ecuatoriano solo entiende el racismo como las expresiones verbales, aisladas, individuales y poco frecuentes de intolerancia (De la Torre 2005). Incluso cuando los tribunales reconocen la existencia de la discriminación racial, se trata en muchos casos de victorias aparentes, porque los tribunales suelen basarse en una comprensión problemática del racismo. Por ejemplo, en su análisis de los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia, Jorge González Jácome concluye que la Corte limita su comprensión del racismo a los actos de los individuos que tienen una intención abierta y manifiesta de discriminar. Con ello, la Corte Constitucional restringe la posibilidad de considerar las formas en que opera la discriminación estructural (González Jácome 2006). El énfasis en la intención individual es otro de los rasgos de la visión que sostiene que la discriminación es un fenómeno excepcional en América Latina.

Dada la resistencia continua al reconocimiento de la gravedad de la discriminación racial en América Latina, los estudios de derecho y sociedad podrían concentrarse en evaluar empíricamente cómo opera la discriminación racial estructural en la práctica. Dichos estudios podrían ser fundamentales para romper la narrativa judicial de inocencia racial que se ha convertido en un obstáculo para la aplicación de las leyes contra la discriminación. Para ello, las investigaciones deberían cuestionar la presunción de que la violencia racial no existe y nunca ha existido en América Latina y deberían examinar el desempoderamiento social que resulta de no nombrar una forma específica de violencia como violencia racial.

Por ejemplo, en su análisis de las prácticas policiales violentas en Brasil, João Costa Vargas identifica sin dificultades los rasgos racializados de la manera en que los policías mantienen el orden en las regiones pobres. Esta imagen contrasta con la tendencia brasileña a tratar la pobreza como la única fuente de la diferenciación social (Costa 2004, 459). En lugar de aceptar al pie de la letra la explicación latinoamericana tradicional según la cual las disparidades raciales en la violencia policial son un reflejo de las distinciones socioeconómicas de clase, Costa Vargas demuestra que "el espacio urbano se convirtió en una metáfora, un 'concepto código' para la negritud, de la misma manera que la *favela* se convirtió en

una palabra clave para los negros" que justifica la violencia racial (Costa 2004, 455). Por su parte, Carlos de la Torre describe una dinámica similar en las prácticas policiales racializadas en Ecuador: la policía "piensa que su misión es proteger a los ciudadanos del 'peligro' de los negros. Estos negros no son vistos como ciudadanos, sino como intrusos violentos que invaden las ciudades" (De la Torre 2002, 33). Un estudio de las prácticas policiales en Cali (Colombia) señala que los afrocolombianos se sienten perseguidos por una policía que maltrata físicamente y criminaliza a la comunidad afrocolombiana cuando pretende aplicar la ley (Lam y Ávila 2013, 35). La violencia estatal se extiende más allá de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y llega hasta la complicidad del Estado en la masacre de poblaciones étnicas. Según Aurora Vergara Figueroa, precisamente eso sucedió en la masacre de afrocolombianos de 2002 en Bellavista (Colombia) (Vergara 2011). Más recientemente, un estudiante afrodescendiente fue agredido físicamente en repetidas ocasiones por sus compañeros de clase, que finalmente lo quemaron con ácido mientras pronunciaban insultos racistas (La FM 2013).

Colombia, Ecuador y Brasil no son los únicos países de la región que reportan casos de violencia racializada. En Argentina, un portero atacó físicamente y pateó en el estómago a una joven vendedora ambulante senegalesa mientras gritaba "no quiero ver a una negra cuando salgo a la puerta del edificio" y "váyanse a su país, negras de mierda" (Instituto Argentino para la Igualdad, Diversidad e Integración [Iarpidi] 2014). En Uruguay, un nigeriano fue golpeado y expulsado de una discoteca por cuatro porteros que gritaban "sacá a este negro de mierda de acá" (Lima y Delgado 2011). La golpiza fue tan brutal que la víctima perdió la visión de un ojo. Después de cada ataque, los entrevistados resaltaron cuán común es la violencia racial en la región.

En el futuro, las investigaciones de derecho y sociedad que se concentren en la raza podrían explorar el papel que juega la violencia racial en la subordinación de las poblaciones vulnerables en América Latina. Asimismo, una nueva agenda de investigación podría enfocarse en deconstruir la premisa judicial según la cual la violencia en América Latina no está relacionada con la discriminación racial.

Referencias

Arocha, Jaime. 1998. Inclusion of Afro-Colombians: Unreachable National Goal. *Latin American Perspectives* 25 (mayo): 70-89.

Asher, Kiran. 2009. *Black and green: Afro-Colombians, development and nature in the Pacific lowlands*. Durham, NC: Duke University Press.

Beck, Scott H., Kenneth J. Mijeski y Meagan Stark. 2011. ¿Qué es racismo? Awareness of Racism and Discrimination in Ecuador. *Latin American Research Review* 46: 102-25.

Brandão, André y Ludmila Gonçalves da Matta. 2007. Avaliação da política de reserva de Vagas na Universidade Estadual do Norte Fluminense: Estudos dos Alunos Que Ingressarem em 2003. En *Cotas raciais no Brasil: A primeira avaliação*, ed. André Augusto Brandão, 46-80. Río de Janeiro: DP&A.

Brinks, Daniel M. 2008. *The judicial response to police killings in Latin America: Inequality and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Centro de Estudios Judiciales de las Américas. 2004. Sistema judicial y racismo contra afrodescendientes. Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana. Santiago de Chile: CEJA.

Cicalo, André. 2012. Nerds and barbarians: Race and class encounters through affirmative action in a Brazilian University. *Journal of Latin American Studies* 44(2): 235-60.

Colombia – Congreso de la República. 1993. Ley 70.

Colombia – Congreso de la República. 1993. Ley 115.

Colombia–Corte Constitucional de Colombia. 2004. *Sentencia T-025 de 2004*.

Colombia–Ministerio de Educación Nacional. 1998. Decreto 1122.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Colombia, United Nations. 1999. Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Colombia. CERD: Naciones Unidas, 20 de agosto de 1999. www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/c318bd791cc8a6ea8025686b0043560f?Opendocument. (Consultado el 6 de agosto de 2017).

Corte Nacional de Justicia de Ecuador. 2016. *Proceso 17124-2014-0585, julio 5, 2016* (delito de discriminación contra Michael Arce Méndez).

Costa Vargas, João. 2004. Hyperconsciousness of Race and its Negation: The Dialectic of White Supremacy in Brazil. *Identities: Global Studies in Culture and Power* 11: 443-70.

Cottrol, Robert J. 2013. *The long, lingering shadow: Slavery, race, and law in the American Hemisphere*. Athens: University of Georgia Press.

Código Penal. Art. 36.5. Nicaragua.

Dary, Claudia. 2013. Acknowledging Racism and State Transformation in Postwar Guatemalan Society. En *Central America in the New millennium: Living transition and reimagining democracy*, eds. Jennifer L. Burrell y Ellen Moodie, 131-45. Nueva York: Bergahn Books.

De la Torre, Carlos. 2002. *Afroquiteños: Ciudadanía y Racismo*. Quito: Centro Andino de Acción Popular.

De la Torre, Carlos. 2005. Afro-Ecuadorian responses to racism: Between Citizenship And Corporatism. En *Neither enemies nor friends: Latinos, blacks, afro-latinos*, eds. Anani Dzidzienyo y Suzanne Oboler. Nueva York: Macmillan.

Dos Santos, Renato Emerson y Fátima Lobato (eds.). 2003. *Ações afirmativas: Políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Río de Janeiro: Lamparina Editora.

Dulitzky, Ariel E. 2005. A region in denial: Racial discrimination and racism in Latin America. En *Neither enemies nor friends: Latinos, blacks, afro-latinos*, eds. Anani Dzidzienyo y Suzanne Oboler, 39-60. Nueva York: Palgrave Macmillan.

Ford, Clara (Kaya). 2011. *The impact of socioeconomic quotas on student retention: The case of a Brazilian University*. Capella University. Tesis doctoral.

Guimarães, Antonio Sergio. 1998. *Preconceito e discriminação: Queixas de ofensas e tratamento desigual nos negros no Brasil*. Bahía: UFBA Ed. Novos Toques.

Hernández, Tanya. 2013. *Racial subordination in Latin America: The role of the state, customary law and the new civil rights response*. Cambridge: Cambridge University Press.

Hooker, Juliet. 2005. Indigenous inclusion/black exclusion: Race, ethnicity and multicultural citizenship in Latin America. *Journal of Latin American Studies* 37(2): 285-310.

Hooker, Juliet. 2009. *Race and the politics of solidarity*. Oxford: Oxford University Press.

Htun, Mala. 2016. *Inclusion without representation in Latin America: Gender quotas and ethnic reservations in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.

Instituto Argentino para la Igualdad, Diversidad e Integración (IARPIDI). 2014. *Fuerte y brutal ataque racista a una joven senegalesa en Buenos Aires*. 9 de agosto. http://iarpidi.org/2014/08/09/fuerte-y-brutal-atauqe-racista-una-joven-senegalesa-en-buenos-aires/. (Consultado el 5 de agosto de 2017).

González Jácome, Jorge. 2006. Esclavitud perpetua: Construyendo una perspectiva de raza en el derecho constitucional colombiano. *Universitas* 111: 313-35.

Johnson III, Ollie A. y Rosanna Heringer (eds.). 2015. *Race, politics, and education in Brazil: Affirmative action in higher education*. Nueva York: Palgrave Macmillan.

La FM. 2013. Por ser negro niño es quemado por sus compañeros. 10 de julio de 2013. www.lafm.com.co/noticias/por-ser-negro-nino-es-quemado-141347. (Consultado el 20 de agosto de 2017).

Lam, Yukyan y Camilo Ávila Ceballos. 2013. *Orden público y perfiles raciales: experiencias de afrocolombianos con la policía en Cali*. Bogotá: Ediciones Antropos.

Lima, María y E. Delgado. 2011. Uruguay: Marcharon contra el racismo y, en especial, por el nigeriano golpeado. *El País*, junio de 2011. www.elpais.com.uy. (Consultado el 20 de agosto de 2017).

Loveman, Mara. 2014. *National colors: Racial classification and the state in Latin America*. Nueva York: Oxford University Press.

Martínez, Rocío. 2013. Acciones afirmativas para población afrocolombiana en Bogotá: Historia de la formulación de una política pública. En *Estudios afrocolombianos hoy: Aportes a un campo transdisciplinario*, ed. Eduardo Restrepo, 207-26. Popayán: Editorial Universidad del Cauca.

Mitchell, Michael J. y Charles H. Wood. 1999. Ironies of citizenship: Skin color, police brutality and the challenge to democracy in Brazil. *Social Forces* 77: 1001-20.

Mosquera Rosero-Labbé, Claudia, Luiz Claudio Barcelos y Andrés Gabriel Arévalo Robles. 2007. Contribuciones a los debates sobre las memorias de la esclavitud y las afro-reparaciones en Colombia desde el campo de los estudios afrocolombianos, afrolatinoamericanos, afrobrasileros, afroestadounidenses y afrocaribeños. En *Afro-reparaciones: Memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales*, eds. Claudia Mosquera Rosero-Labbé, y Luiz Claudio Barcelos, 13-69 Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Mosquera Rosero-Labbé, Claudia, Ruby Esther León Díaz y Margarita María Rodríguez Morales. 2009. Las acciones afirmativas vistas por distintos actores(as). En *Acciones afirmativas y ciudadanía diferenciada étnico-racial negra, afrocolombiana, palenquera y raizal*, eds. Claudia Mosquera Rosero-Labbé y Ruby Esther León Díaz, 347-426. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Ng'weno, Bettina. 2007a. Can ethnicity replace race? Afro-Colombians, indigeneity and the Colombian multicultural state. *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology* 12: 414-40.

Ng'weno, Bettina. 2007b. *Turf wars: Territory and citizenship in the contemporary state*. Stanford: Stanford University Press.

Nicaragua. Ley 641.

Paschel, Tianna S. 2016. *Becoming black political subjects: Movements and Ethno-Racial Rights*

in Colombia and Brazil. Princeton: Princeton University Press.

Pedrosa, Renato H.L., J. Norberto W. Dachs, Rafael P. Maia, Cibele Y. Andrade y Benilton S. Carvalho. 2007. Academic Performance, Students' Background and Affirmative Action at a Brazilian University. *Higher Education Management and Policy* 19: 1-20.

Perú–Defensoría del Pueblo. 2007. *La discriminación en el Perú: Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Perú: Defensoría del Pueblo, República del Perú.

Petruccelli, José Luis. 2007. *A cor denominada: Estudos sobre a clasificação étnico-racial*. Río de Janeiro: DP&A Editores.

Pinheiro, Paulo Sérgio. 1999. The rule of law and the underprivileged in Latin America: Introduction. En *The (un)rule of law and the underprivileged in Latin America*, eds. Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sérgio Pinheiro, 1-16. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press.

Queiroz, Delcele Mascarenhas y Jocelio Teles dos Santos. 2006. Sistema de cotas: Um debate: Dos dados a manutencao de privilegios e de poder. *Educação e Sociedade* 27: 717-37.

Racusen, Seth. 2002. *A mulato cannot be prejudiced: The legal construction of racial discrimination in contemporary Brazil*. Massachusetts Institute of Technology. 87-8. Tesis doctoral.

Racusen, Seth. 2004. The ideology of the Brazilian Nation and the Brazilian legal theory of racial discrimination. *Social Identities* 10(6): 775-809.

Rahier, Jean Muteba. 2014. *Blackness in the Andes: Ethnographic vignettes of cultural politics in the time of multiculturalism*. Nueva York: Palgrave Macmillan.

Reiter, Bernd y Gladys L. Mitchell (eds.). 2009. *Brazil's new racial politics*. Boulder: Lynne Rienner.

República Dominicana. 1997. Ley 24.

Rodríguez-Garavito, César. 2011. Ethnicity.gov: Global governance, indigenous peoples, and the right to prior consultation in social minefields. *Indiana Journal of Global Legal Studies* 18(1): 263-305.

Rodríguez Garavito, César y Carlos Baquero. 2015. *Reconocimiento con redistribución: El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*. Bogotá: Dejusticia.

Rodríguez Garavito, César, Tatiana Alfonso e Isabel Cavelier. 2008. *El derecho a no ser discriminado: Primer Informe sobre Discriminación Racial y Derechos de la Población Afrocolombiana*. (Versión resumida). Bogotá: Universidad de los Andes.

Rodríguez Garavito, César, Tatiana Alfonso e Isabel Cavelier. 2009a. *El desplazamiento afro*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Rodríguez Garavito, César, Tatiana Alfonso e Isabel Cavelier. 2009b. El Derecho Ausente: Ni Legislación Ni Políticas Contra La Discriminación. En *Raza y derechos humanos en Colombia: Informe sobre Discriminación Racial y Derechos de la Población Afrocolombiana*, eds. César Rodríguez Garavito, Tatiana Alfonso e Isabel Cavelier, 307-31. Bogotá: Universidad de los Andes.

Rodríguez Garavito, César y Yukyan Lam. 2011. *Etnorreparaciones: La Justicia colectiva étnica* y la *reparación a pueblos indígenas* y *comunidades afrodescendientes en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

Rodríguez, Gloria Amparo. 2008. Continúa la exclusión y la marginación de las comunidades negras colombianas. *Revista Diálogos de Saberes* 29: 215-38.

Rosero, Carlos. 2002. Los afrodescendientes y el conflicto armado en Colombia: La insistencia en lo propio como alternativa. En *Afrodescendientes en las Américas: Trayectorias sociales e identitarias, 150 años de la abolición de la esclavitud en Colombia*, eds. Claudia Mosquera, Mauricio Pardo y Odile Hoffman, 547-59. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Sieder, Rachel, ed. 2002. *Multiculturalism in Latin America: Indigenous rights, diversity and democracy*. Houndmills: Palgrave Macmillan.

Telles, Edward E. 2004. *Race in another America: The significance of skin color in Brazil*. Princeton: Princeton University Press.

Van Cott, Donna Lee. 2000. *The friendly liquidation of the past: The politics of diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Vieira, Márcia. 2011. Médicos da uerj põem á prova sistema de cotas. *O Estado de São Paulo*, 8 de mayo.

Velloso, Jacques. 2009. Curso e concurso: Rendimento no universidade e desempenho en um vestibular com cotas da UnB. *Cadernos de Pesquisa* 39: 621-44.

Vergara Figueroa, Aurora. 2011. *Ripped from the land, shipped away and reborn: unthinking the conceptual and socio-geo-historical dimensions of the massacre of Bellavista*. University of Massachusetts-Amherst. Tesis de maestría.

Yashar, Deborah. 2005. *Contesting citizenship in Latin America: The rise of indigenous movements and the postliberal challenge*. Cambridge: Cambridge University Press.

Capítulo 9
UNA AGENDA PARA LOS PROYECTOS DE "DERECHO Y DESARROLLO" EN AMÉRICA LATINA*

Pedro Fortes

Más allá de la autoalienación

Aunque hace más de cuatro décadas se proclamó solemnemente la muerte del "movimiento de derecho y desarrollo" (Trubek y Galanter 1974), se trató claramente de un juicio prematuro (Tamanaha 1995). La relación entre el derecho y el desarrollo socioeconómico sigue estando en la base de diversos proyectos gubernamentales, reformas legislativas, programas de formación judicial y debates académicos. Particularmente en América Latina, el movimiento ha sido relevante para la transformación de la educación jurídica, la profesión jurídica y los proyectos de desarrollo (Steiner 1971; Tamanaha 1995; Dezalay y Garth 2002; Pérez-Perdomo 2006). Bajo esa perspectiva se inauguraron facultades de derecho innovadoras en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México, cuyas metodologías, materiales de enseñanza y proyectos de investigación marcaron una agenda para la transformación de la academia jurídica en América Latina (Steiner 2012; Alviar 2014; Vargas 2014). Si bien la influencia de estas reformas en la educación jurídica fue limitada y el formalismo tradicional, el dogmatismo y los enfoques doctrinales todavía prevalecen en toda la región (Alviar 2008), el éxito de las élites jurídicas que se formaron bajo estos métodos pedagógicos innovadores ha transformado el mercado legal y la profesión jurídica (Dezalay y Garth 2002).

Además, la idea de que el derecho es importante para la consolidación del capitalismo (Trubek 1972; Weber 1978) también influenció políticas específicas en América Latina. El proyecto de modernización social a través del legalismo liberal impulsó modelos novedosos en el derecho corporativo, el derecho constitucional y el derecho penal (Galanter 1966; Tamanaha 1995). Además, la agenda de industrialización y sustitución de importaciones de mediados del siglo XX hizo que los países latinoamericanos protegieran la industria local, cerraran sus mercados y participaran de forma limitada en el comercio internacional como parte una estrategia enfocada en cerrar la brecha de poder entre ellos y las naciones más ricas del Atlántico norte (Tamanaha 1995; Trubek 2006). Aunque el colapso de la Unión Soviética y el fin de la Guerra Fría parecían ser los testigos de la victoria del liberalismo (Fukuyama

* Cómo citar este capítulo: Fortes, Pedro. 2024. Una agenda para los proyectos de "derecho y desarrollo" en América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 205-222. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.10

2006), las promesas del legalismo liberal y las recetas de desarrollo ofrecidas por el Consenso de Washington no produjeron los resultados esperados en todo el globo. Por el contrario, a pesar de tener una democracia limitada, unas cortes débiles y un Estado arbitrario *(rule by law)*, la economía china ha experimentado un crecimiento impresionante en el siglo XXI (Kennedy y Stiglitz 2013; Kennedy 2013; Tamanaha 2004). En vista de que los intentos de trasplantar las instituciones jurídicas estadounidenses en China han fracasado, algunos académicos han concluido que los proyectos de "derecho y desarrollo" son inútiles (Kroncke 2015). Sin embargo, esta crítica parece, en el mejor de los casos, falsa. El derecho definitivamente importa, incluso si los trasplantes jurídicos no produjeron los resultados esperados en China o en otros lugares.

En lugar de abandonar la reflexión sobre cómo diseñar una arquitectura normativa que pueda influir positivamente en el entorno social y de desarrollo (Galligan 2006), es necesario replantear la agenda de los proyectos de "derecho y desarrollo" en América Latina. Uno de los retos consiste en promover la transformación integral de la educación jurídica más allá de las pocas facultades de derecho innovadoras y de élite, como las de la Universidad Torcuato di Tella (Argentina), la Universidad Diego Portales (Chile) y la Universidad de los Andes (Colombia) (Trubek 2012). También es imperativo transformar la profesión jurídica en una actividad que se relacione con las realidades sociojurídicas y tenga el potencial para influir positivamente en la vida social (Tamanaha 1997; Twining 2012; Merryman y Pérez-Perdomo 2007). Tampoco se puede pasar por alto la necesidad de fortalecer las instituciones a través del desarrollo de la democracia, el Estado de derecho y el gobierno constitucional. Adicionalmente, América Latina tiene que competir con Europa, Estados Unidos, China e India para posicionarse en la economía global. Entonces, ¿qué debería hacer parte de una agenda contemporánea de "derecho y desarrollo"?

Este capítulo explora algunas posibilidades. Primero reviso los proyectos de desarrollo que se concentran en la transformación de la educación legal y la profesión jurídica. A pesar del pesimismo de algunos académicos que trabajan en Estados Unidos, se han desarrollado algunos centros de excelencia en la educación jurídica en América Latina, de tal forma que el desafío consiste en expandir y democratizar la enseñanza innovadora, las metodologías transformadoras y la investigación empírica más allá de esas pocas instituciones de élite. Para que estas reformas puedan transformar significativamente la profesión jurídica, se debe contar con recursos para financiar una educación jurídica de alta calidad y con un poder suficiente para superar la resistencia de los académicos tradicionales. En segundo lugar, argumento que los estudios de derecho y sociedad pueden iluminar los proyectos de derecho y desarrollo porque muestran que el derecho estatal formal está interconectado con una red de interacciones sociales, dinámicas de poder e incentivos económicos que influyen en la manera en que la arquitectura jurídica puede moldear el entorno socioeconómico para favorecer el desarrollo. En tercer lugar, tras analizar el papel de los tribunales, los jueces, la policía, las defensorías del pueblo y las fiscalías, analizo cómo influye la calidad institucional en la consolidación de un Estado de derecho democrático. En cuarto lugar, me concentro en el papel del derecho en la transformación de la regulación de los

mercados, los regímenes de propiedad y las políticas industriales. Finalmente, concluyo con un breve comentario sobre las concepciones del desarrollo, la importancia de los indicadores jurídicos y las complejidades que enfrentan las agendas de derecho y desarrollo.

La educación legal y la profesión jurídica

En un principio, el movimiento de derecho y desarrollo fue un esfuerzo para transformar la educación jurídica en América Latina. El "Chile Law Program" y el Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED) en Brasil fueron algunas de esas iniciativas. En ambos casos, académicos norteamericanos capacitaron a abogados latinoamericanos de élite (Merryman 2000; Steiner 2012; Trubek 2012). En Chile, el programa se enfocó en formar profesores de derecho con la convicción de que eventualmente tendrían un efecto multiplicador con sus actividades en el aula, su producción académica y sus métodos pedagógicos (Merryman 2000). En Brasil se capacitó a cientos de jóvenes juristas, que se convirtieron en destacados abogados corporativos y desarrollaron la legislación comercial nacional (Lacerda 2012; Falcão 2012). Esta iniciativa llegó a su fin gracias a su propio éxito: el CEPED formó a toda una generación de abogados brasileños de élite de tal forma que ya nadie podía participar en el programa (Dezalay y Garth 2002). Las interacciones entre los profesores norteamericanos y estos abogados latinoamericanos fomentaron los intercambios académicos que posibilitaron que un buen número de abogados del Sur Global realizaran sus estudios de posgrado en las escuelas de derecho de Harvard, Stanford y Yale y llevaran una serie de ideas jurídicas a Brasil, Chile, México y Argentina (Dezalay y Garth 2002; Fortes 2014).

Como parte de este proceso de globalización de la educación jurídica, algunas facultades de derecho se fundaron bajo los principios de las escuelas de derecho de élite de los Estados Unidos (Dezalay y Garth 2002). La Escuela de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas (FGV) es un ejemplo paradigmático de esta tendencia. La FGV es un centro de pensamiento brasileño fundado en la década de los cuarenta. Originalmente no tenía una escuela de derecho, sino que se enfocaba en economía, administración, ciencias políticas y relaciones internacionales. Sin embargo, incluso sin una facultad de derecho o un instituto de investigaciones jurídicas, la FGV fue la sede del Centro de Estudios sobre Población, Empleo y Desarrollo (CEPED) en la década de los setenta y formó a toda una generación de abogados brasileños de élite (Lacerda 2012; Falcão 2012). En 2002, la FGV decidió revivir la experiencia del CEPED y abrió dos nuevas escuelas de derecho en Río de Janeiro y São Paulo.

Las Escuelas de Derecho de la FGV se convirtieron en un referente para la enseñanza innovadora, la investigación jurídica y la profesión jurídica en Brasil (Falcão 2012; Vieira, Lima y Ghirardi 2014). Si bien los planes de estudio, los materiales pedagógicos y las metodologías se inspiraron en la experiencia de los Estados Unidos (Unger 2010), en última instancia se enfocaron en los problemas jurídicos brasileños. Los profesores se educaron en las universidades de Harvard, Stanford y Yale; allí experimentaron el método de caso, se familiarizaron con los estudios jurídicos empíricos y adoptaron el pragmatismo, el realismo jurídico y los argumentos jurídicos basados en razones de política, tan ajenos a la tradición jurídica

latinoamericana (Merryman y Pérez-Perdomo 2007). Por otro lado, la reflexión, la enseñanza y la investigación se concentraron en los problemas brasileños contemporáneos, tales como los procesos ante la Corte Suprema de Brasil (Falcão 2013), la responsabilidad disciplinaria de los jueces y la gestión del Consejo Nacional de Justicia (Fortes 2015) y la capacidad del sistema de justicia penal para eliminar la tortura y otros episodios de violencia policial (Fortes 2017).

Por tanto, la educación jurídica es a la vez global y local (Falcão 2014). La enseñanza se basa en problemas concretos y las potenciales soluciones jurídicas se discuten con la participación de los estudiantes. Sin embargo, los estudios indican que la influencia de estas facultades latinoamericanas de élite es marginal y que los altos costos evitan la difusión de este modelo a otras facultades de derecho (Trubek 2012; Dezalay y Garth 2002). En consecuencia, un tema importante en la agenda de los proyectos de derecho y desarrollo en América Latina es el desafío de proporcionar una excelente educación jurídica por fuera de las facultades de élite de la FGV, la Universidad Torcuato di Tella, la Universidad Diego Portales y la Universidad de los Andes. La educación de alta calidad es costosa. ¿Deberíamos esperar que los Gobiernos inviertan en la democratización de la educación jurídica? O, más bien, ¿deberíamos desarrollar un modelo de financiamiento privado con becas y préstamos subsidiados para estudiantes talentosos que no pueden pagar una educación jurídica de calidad? En muchos países de América Latina es un tabú sugerir que los estudiantes cubran los gastos de sus estudios en las universidades públicas, especialmente porque implica una reasignación de recursos.

Junto con el tema financiero, los aspectos culturales y políticos también dificultan la transformación de la educación legal y la profesión jurídica. La mayoría de los abogados de la región tendrían que revisar sus propias herramientas conceptuales, sus marcos analíticos y sus perspectivas tradicionales. Por lo tanto, la inercia del modelo tradicional es un obstáculo importante para tales reformas, especialmente porque los nuevos modelos de conocimiento jurídico probablemente pondrían en riesgo el poder de algunos abogados tradicionales latinoamericanos (Prado y Trebilcock 2009; Dezalay y Garth 2002). Con frecuencia, las facultades consolidadas de la región critican los modelos inspirados en la experiencia norteamericana y los presentan como si fueran tendencias extrañas, imperialistas e incompatibles con la ciencia jurídica y la tradición del derecho civil. En consecuencia, los estudiantes se ven privados de las formas de conocimiento jurídico que podrían abrirles horizontes y mejorar sus habilidades.

En general, la profesión jurídica sigue siendo predominantemente formalista, dogmática y doctrinal. Muchos abogados consideran que su actividad jurídica es principalmente un trabajo interpretativo de exégesis textual y se niegan a reflexionar sobre los problemas jurídicos desde una perspectiva interdisciplinaria que considere los incentivos económicos, el impacto de las políticas y las consecuencias sociales de una sentencia en particular. Por tanto, aquellos sectores de la profesión jurídica que se concentran en el desarrollo socioeconómico suelen estar desconectados de la realidad social. Por ejemplo, si bien las legislaciones prohíben la violencia policial y la corrupción, en muchos casos la arquitectura normativa no está diseñada de manera realista para moldear el entorno

sociojurídico de una manera que disuada los comportamientos corruptos y violentos en la práctica (Hammergren 2019; Dammert 2019). Asimismo, los derechos sociales constitucionales, tan típicos del constitucionalismo latinoamericano, a menudo se quedan en el papel a causa de los obstáculos prácticos (Gargarella 2013). En resumen, la educación legal influye en la profesión jurídica y esto, a su vez, tiene un impacto considerable sobre las instituciones y el Estado de derecho.

Las enseñanzas de los estudios de derecho y desarrollo

Los esfuerzos iniciales del movimiento de derecho y desarrollo estuvieron marcados por una serie de premisas teóricas y posiciones ideológicas que fueron capaces de ofrecer soluciones para todos los desafíos del desarrollo. Los límites de la ilustración, el hiperracionalismo y las particularidades históricas y sociales de los contextos latinoamericanos frenaron los proyectos de modernización a través del legalismo liberal (Prado y Trebilcock 2009; Scott 1998; Horkheimer y Adorno 2002). Asimismo, la teoría de la dependencia adolecía de la perspectiva reduccionista y miope de la ortodoxia marxista, que negaba que el derecho tuviera un papel relevante en la sociedad y no tenía en cuenta otro conflicto sino aquel entre el trabajo y el capital (Tamanaha 1995; Cotterrell 2003; Collins 1982).

Las enseñanzas de los estudios de derecho y la sociedad podrían remediar estas fallas. Primero, en lugar de prometer sueños utópicos, ideales trascendentales y grandes revoluciones, los proyectos de derecho y desarrollo deberían estar diseñados para lograr mejoras prácticas, deberían basarse en problemas concretos y objetivos pragmáticos y deberían enfocarse en reformas paulatinas. Hasta la fecha, los proyectos de derecho y desarrollo se han materializado en una serie de disposiciones legales supremamente ambiciosas y no en políticas que persigan resultados cuasióptimos. Precisamente, una lectura de las constituciones y las leyes latinoamericanas indica que muchas promesas simplemente no se pueden cumplir.

Por lo tanto, el derecho debe entenderse más allá de su ontología conceptual, el sentido hermenéutico y la validez formal que unifica un conjunto de reglas y principios (Hart 2012; Dworkin 1986). Para comprender su impacto potencial en el desarrollo socioeconómico, debemos entender el derecho como un fenómeno que está integrado a la sociedad (Polanyi 2001; Tamanaha 2011a): el derecho no existe de manera autónoma como un producto exclusivo del sistema jurídico (Kelsen 1941; Luhmann 2004). Por el contrario, es un fenómeno social que se construye a través de las interacciones sociales, las dinámicas de poder y los incentivos económicos.

Los juristas a veces ignoran esta visión del derecho o la consideran irrelevante (Tamanaha 2011a; Prado y Trebilcock 2009); sin embargo, la institucionalización del derecho, esto es, su capacidad para definir las reglas del juego en una sociedad determinada, depende precisamente de las relaciones entre su contenido y múltiples actores institucionales. El derecho no es simplemente el texto escrito, sino también lo que la sociedad hace de él (Twining 2009; Tamanaha 2001). En muchos casos, las partes interesadas simplemente ignoran o rechazan una ley, en otros la adoptan y la aplican. A veces, las organizaciones formales, como la policía, los fiscales, los tribunales y otras agencias estatales, efectivamente aplican las leyes

(Galligan 2006); en otros contextos, sin embargo, prevalecen las instituciones informales.

Es importante destacar que el derecho en los libros necesariamente se construye y se interpreta de acuerdo con las costumbres, los hábitos, la cultura, la religión y otras normas informales. Por ejemplo, es claro que si se compara el reconocimiento de los derechos reproductivos en Europa y América del Norte con la prohibición generalizada del aborto en muchos países de América Latina, es clara la influencia de la religión sobre las reglas de juego (Gargarella 2013). Otro ejemplo posible es la extrema violencia que se vive en las áreas controladas por los capos de la droga, y la "ley del silencio" que los criminales les imponen a los testigos potenciales. Tales experiencias contradicen las conclusiones de los defensores del "garantismo" latinoamericano sobre la fuerza del derecho, y, en cambio, apuntan a que el derecho penal hiperliberal no ha sido suficiente para hacer cumplir la ley, proteger los bienes sociales y disuadir a los delincuentes (Gargarella 2016).

Del mismo modo, tanto la educación jurídica como las formas de pensar que surgen en la práctica tradicional influencian el comportamiento de las cortes. A pesar de que el modelo innovador de las acciones civiles públicas puede producir fallos progresistas en contra de las corporaciones que han cometido delitos colectivos (Oquendo 2008; Gómez 2012), los consumidores casi nunca reciben una compensación individual debido a las tendencias formalistas de los jueces encargados de ejecutar esas sentencias (Barroilhet 2012). Dado que son un fenómeno social, siempre se deben analizar las leyes dentro del contexto en el que serán aplicadas, interpretadas e implementadas (Tamanaha 2011a); por esta razón es posible atribuir el fracaso o el éxito de las reformas legislativas a las normas sociales informales que afectan al derecho en la práctica (véase, por ejemplo, la investigación de Daniel Brinks [2006] que concluye que los policías de Buenos Aires, São Paulo y Salvador de Bahía gozan de hecho de una licencia informal para matar a los presuntos delincuentes violentos).

Con frecuencia se afirma que las sociedades desarrolladas se caracterizan por la calidad de sus instituciones. Sin embargo, la palabra "institución" no tiene un único significado. Para algunos, "instituciones" es un sinónimo de "organizaciones" (Trebilcock y Prado 2011, 2014); por ello afirman que la Policía, la Fiscalía General y las organizaciones no gubernamentales (ONG) de derechos humanos son ejemplos de instituciones. Sin embargo, otros consideran que las instituciones son las "reglas del juego", el modelo prescriptivo de comportamiento que moldea la conducta de los actores sociales a través de un régimen de incentivos y sanciones (North 1990). Parece que ambos significados están correlacionados, porque las organizaciones suelen ser las encargadas de fijar las reglas. En numerosos casos, para que las reglas tengan un efecto real es necesario que las organizaciones fijen los estándares, implementen las reglas y hagan cumplir la ley. Sin los medios organizados para hacerlas cumplir, las reglas pueden permanecer inoperantes en la práctica.

La violencia policial en Buenos Aires y São Paulo ofrece un ejemplo trágico. En teoría, los agentes de policía tienen prohibido ejecutar a los presuntos delincuentes; sin embargo, en la práctica, las reglas de juego informales son diferentes (Brinks 2006). Normalmente, no se investigan los homicidios cometidos por la policía. Si bien existen organizaciones de supervisión y control (como la Auditoría de

Asuntos Internos de la Policía y la Fiscalía General), los fiscales se enteran oficialmente de los asesinatos policiales después de mucho tiempo. Esta demora hace prácticamente imposible encontrar testigos y llevar a cabo una investigación adecuada (Fortes 2006). Dado que con frecuencia esos casos se registran como "homicidios cometidos en legítima defensa", la investigación policial se limita al testimonio de los agentes de policía, que, de hecho, se presentan como víctimas de una agresión que se vieron obligados a repeler (Fortes 2006).

Como se trata de una institución, las ejecuciones extrajudiciales no solo se explican por la cultura jurídica y una creencia intersubjetiva que autoriza una pena de muerte informal (Brinks 2006); más bien, la ausencia de una estructura organizacional que supervise la conducta de la policía y responsabilice a los agentes por los homicidios que cometen impide que los fiscales investiguen estos casos y que los tribunales condenen a agentes de policía violentos (Fortes 2006). Este es un caso claro en el que las "reglas del juego" son el resultado conjunto de un régimen de incentivos y sanciones y el diseño organizacional. La evidencia que respalda esta afirmación proviene de una reforma institucional en Salvador de Bahía: como se creó una nueva estructura dentro del poder judicial y la Fiscalía General para tramitar estos casos, no solo se cambió la organización del sistema de justicia, sino también las "reglas del juego" con respecto a las ejecuciones extrajudiciales de menores (Brinks 2006).

El problema de la violencia institucionalizada también es relevante para fijar la agenda de derecho y desarrollo en América Latina, especialmente con respecto a la guerra contra las drogas. Esa agenda se debería enfocar en primera instancia en el constitucionalismo, el Estado de derecho y la democracia. La violencia generalizada en la región demuestra que la promulgación de un texto constitucional y las elecciones regulares son necesarias pero insuficientes para instituir un Estado democrático de derecho (Prado, Trebilcock y Hartford 2012). Esa agenda también debería concentrarse en la regulación de los mercados. Debido a la polarización en varios países latinoamericanos entre los liberales y los radicales (Gargarella 2013), las discusiones alrededor de la regulación de los mercados tienden a convertirse en un diálogo de sordos entre los defensores del *laissez-faire* y quienes apoyan el intervencionismo (Dezalay y Garth 2002). Ante este escenario de posiciones ideológicas extremas, es fundamental evaluar empíricamente cómo las leyes, los reglamentos, los derechos de propiedad y los regímenes contractuales pueden apoyar el desarrollo económico. Simplemente no existe una fórmula mágica para el éxito (Hammergren 2003; Trubek 2013).

Constitucionalismo, Estado de derecho y democracia

La promulgación de un texto constitucional es el punto de partida, no de llegada, para la consolidación de una democracia constitucional. En sus orígenes, las constituciones pretendían organizar el cuerpo político de una sociedad en particular (Galligan 2013) por medio de una serie de mecanismos de coordinación. Con ello, los textos constitucionales buscaban generar un gobierno eficiente (Galligan y Versteeg 2013). Por su parte, la tradición republicana sostiene que los ciudadanos no deben ser dominados por un poder externo; en ese sentido es necesario garantizarles a los individuos la posibilidad de ejercer su poder, sus derechos y sus libertades

(Pettit 1997, 2012; Skinner 2008). Sin embargo, el texto constitucional es una condición necesaria pero insuficiente para coordinar la organización del poder y proteger a los ciudadanos de la dominación. La institucionalización de las reglas del juego depende de un conjunto complejo de prácticas sociales y políticas que posibilitan el gobierno efectivo de las personas y la regulación legal de la vida social. Por lo tanto, la práctica del constitucionalismo depende de la implementación gradual de las reglas y principios constitucionales mediante el desarrollo de políticas, el ejercicio de los poderes y la protección de derechos. En la historia constitucional latinoamericana, la combinación de unos poderes ejecutivos extremadamente fuertes y unas sociedades altamente desiguales fue un obstáculo considerable para estos objetivos de coordinación política y las luchas contra la dominación (Gargarella 2013). En este contexto, el hecho de que el poder judicial se haya consolidado como un actor político en el siglo XXI ha reducido la concentración de poder, especialmente cuando los tribunales ejercen un control constitucional sobre el poder ejecutivo. No obstante, el control constitucional no necesariamente tiene un efecto positivo sobre la gobernabilidad o el igualitarismo. Los tribunales pueden afectar la gobernabilidad política al considerar que un programa o una política particular es inconstitucional. Asimismo, las decisiones judiciales suelen tener consecuencias económicas y pueden llevar a una redistribución desigual de los recursos entre los ciudadanos. Por esta razón, a veces las cortes impiden, de hecho, la adopción de políticas redistributivas que podrían reducir el trato desigual. Por tanto, los tribunales pueden afectar negativamente la democracia constitucional y empeorar la equidad social (Sieder, Schjolden y Angell 2005). Además, las decisiones garantistas con respecto a los derechos no necesariamente son positivas en todos los casos: a veces tienen efectos negativos sobre los ciudadanos a los que se les niega la protección estatal a pesar de que tienen un interés jurídico análogo. Por otro lado, la intervención judicial también puede asegurar el carácter democrático e inclusivo de una política gubernamental. En consecuencia, el papel del poder judicial como supervisor del ejecutivo en la América Latina contemporánea es fundamental, incluso si tenemos que analizar casos concretos y estamos en desacuerdo con el contenido y los resultados de determinadas decisiones judiciales.

La limitación de poder por medio de la Constitución y la ley es esencial en el concepto de "Estado de derecho" (*"rule of law"*): a pesar de que existen múltiples variaciones de este concepto (Santos 2006), todas confluyen en la limitación del poder estatal (Tamanaha 2004). Esta idea es diferente a un escenario en el que no existen restricciones o límites al poder del Estado y el derecho se usa para justificar las acciones del Gobierno (los llamados "Estados arbitrarios" [*"rule by law"*] [Tamanaha 2004]). Por tanto, a diferencia del modelo bolivariano que inspiró el hiperpresidencialismo latinoamericano (Gargarella 2013), la existencia de frenos y contrapesos sobre el poder ejecutivo es fundamental para la construcción de un Estado democrático de derecho.

Para fortalecer las instituciones democráticas, los Estados latinoamericanos contemporáneos han desarrollado múltiples formas de control recíproco. Los tribunales son una parte importante de este esfuerzo; por esa razón, el poder judicial ha recibido asistencia, capacitación y financiamiento durante las últimas décadas (Hammergren 2003). Sin embargo,

otras instituciones también son extremadamente importantes. Por ejemplo, la mayoría de las personas tienen muy poco contacto con los tribunales, pero una interacción regular con las fuerzas policiales en las calles. No obstante, la fuerza policial latinoamericana a menudo es antidemocrática en el sentido de que los agentes de policía operan fuera de los límites impuestos por el "Estado de derecho" (Prado, Trebilcock y Hartford 2012). Incluso después de los procesos de democratización política, es posible que la policía siga subordinada al partido de gobierno (policía autoritaria), proteja los intereses del crimen organizado (policía criminal) o siga su propio código de conducta moldeado por el corporativismo y los intereses internos (policía autárquica) en lugar de representar la voluntad del pueblo expresada en la Constitución y las leyes (Prado, Trebilcock y Hartford 2012).

Asimismo, los países latinoamericanos han creado algunos órganos especiales encargados de supervisar y controlar a otros actores estatales. Además de las comisiones de derechos humanos, el modelo de las "defensorías del pueblo" fue adoptado en Argentina, Colombia, Perú y otros países. Brasil incorporó este poder de supervisión a las funciones del Ministerio Público, y los procuradores han ejercido el papel de defensores del pueblo desde los años ochenta. Las interacciones regulares de estos órganos especiales con los ciudadanos, los tribunales y el Estado pueden tener un impacto significativo en la aplicación de las leyes, el reconocimiento de los derechos y la promoción de las políticas públicas (McAllister 2008).

Por otro lado, la consolidación del Estado democrático de derecho depende de la participación de los ciudadanos y las asociaciones civiles. A lo largo de sus dos siglos de constitucionalismo, América Latina ha experimentado varios gobiernos dictatoriales y Estados totalitarios (Gargarella 2013). Históricamente, en muy raras ocasiones los tribunales y los abogados han opuesto resistencia al autoritarismo (Pérez-Perdomo 2006). Esta situación cambió desde la década de 1970: el colegio de abogados brasileño, por ejemplo, fue un actor fundamental en el proceso de redemocratización (Dezalay y Garth 2002). En Venezuela y Perú, los ciudadanos y los grupos de derechos humanos desafiaron las acciones de presidentes muy poderosos (Pérez-Perdomo 2006). En términos de arquitectura jurídica, la mayoría de los países adoptaron poderosos recursos judiciales inspirados en el amparo mexicano y la acción colectiva brasileña (Oquendo 2008; Gómez 2016). Sin embargo, el éxito de estas medidas depende también de una sociedad civil fuerte que sea capaz de defender sus instituciones democráticas (Dahl 1971, 2015).

Finalmente, la mayoría de los países de América Latina no optaron solamente por una concepción procedimental del Estado de derecho, sino que adoptaron la concepción sustantiva, que incluye una serie de derechos positivos (Tamanaha 2002). La adopción de los derechos sociales, en general, y la protección del trabajo, la vivienda, la salud y la educación, en particular, son un rasgo innovador de las constituciones de la región (Gargarella 2013). Sin embargo, durante muchos años, los Gobiernos rara vez implementaron los derechos sociales, por lo que esas cláusulas siguieron siendo meras aspiraciones (Gargarella 2013). Gracias a los tribunales, que han empezado a aplicar y desarrollar los derechos sociales, esta situación ha cambiado en las últimas décadas. Si bien algunos consideran que los tribunales pueden desempeñar un papel importante como

catalizadores de este proceso paulatino (Young 2012; King 2012), es necesario contar con más investigaciones empíricas que examinen, especialmente, el impacto de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la reducción de la desigualdad.

Mercados regulados, regímenes proteccionistas y desarrollo industrial

La regulación de los mercados sigue siendo un importante desafío para los países latinoamericanos. Una de las dificultades es ideológica. Históricamente, la región ha sido testigo de una disputa ideológica entre visiones extremas de la economía: el intervencionismo estatal versus el liberalismo neoclásico (Dezalay y Garth 2002). Debido a que los mercados hacen parte del entramado de la sociedad, su funcionamiento está sujeto a las dinámicas, complejidades y fallas típicas de cualquier fenómeno social (Polanyi 2001). Por lo tanto, el buen funcionamiento de los mercados depende de una regulación efectiva y la calidad de las instituciones. Incluso si muchos países de América Latina emularan a los organismos reguladores independientes de Estados Unidos *(Independent Regulatory Agencies [IRA])*, sería claro que no existe una única receta para el éxito: la captura y las "puertas giratorias" son algunos de los potenciales problemas de cualquier esquema de regulación (Ayres y Braithwaite 1991; Makkai y Braithwaite 1992). A pesar de que muchos países de la región han incorporado las estrategias de regulación de los mercados y las leyes antimonopolio de los países del Atlántico norte, también las han adaptado a las estructuras políticas locales (Dezalay y Garth 2002; Palacios 2017; Mendoza 2017).

El capitalismo se presenta de diversas formas. Aunque ausente en los debates latinoamericanos, el ordoliberalismo alemán desarrolló una teoría social de los mercados en la que el Estado tiene un papel importante en la regulación de la economía y la búsqueda de la justicia social a través de los precios, los impuestos y la seguridad social. Esta versión del capitalismo fue la responsable del milagro económico alemán, la reconstrucción del país después de la Segunda Guerra Mundial y el desarrollo de una sociedad más justa y equitativa. El trabajo conjunto de las reformas legales, la acción política, la participación social y el desarrollo económico materializó las promesas del bienestar social alemán. En vista de que el desafío fundamental para el desarrollo de América Latina es superar la desigualdad, el modelo alternativo resulta sumamente interesante.

Algunos académicos dicen que el llamado "nuevo Estado desarrollista" es una versión regional del capitalismo (Trubek, Coutinho y Shapiro 2013). En su opinión, este modelo de activismo estatal fue el resultado de la combinación de las políticas macroeconómicas liberales, las políticas estatales de desarrollo industrial y la expansión de la política social a través de la seguridad social y los programas para combatir la pobreza (Trubek, Coutinho y Shapiro 2013). Los Gobiernos tenían la intención de apoyar y orientar la industria local a través de una amplia gama de asociaciones público-privadas financiadas por los bancos de desarrollo (Rojas 2013; Shapiro 2013). Finalmente, los ambiciosos programas de transferencias se usaron no solo para reducir la desigualdad económica (Coutinho 2013), sino también con intenciones populistas (Alviar 2013).

Al menos en Brasil, el éxito inicial que tuvo esa fórmula bajo el Gobierno de Lula se

evaporó durante la administración de Dilma Rousseff. Esta fue una de las razones que desencadenaron la recesión económica y la destitución de la presidenta en 2016. Aunque es necesario explorar empíricamente las razones que llevaron al fracaso las estrategias de desarrollo del Gobierno brasileño, los siguientes factores brindan una explicación parcial del crecimiento económico negativo, el alto desempleo, el retroceso de la industria y el aumento de la desigualdad: la indisciplina fiscal, el intervencionismo regulatorio, las medidas que restringen la competencia, la poca innovación, la insuficiente infraestructura, la caída de los precios de las materias primas, la corrupción política, las políticas públicas y sociales no sostenibles, el déficit en el sistema pensional y la mala calidad de las instituciones. Es claro que estos factores son interdependientes, así como que el "desarrollo" no resulta de la profecía de un gran visionario (Elías 1995).

La creación de zonas especiales es otra de las estrategias que han adoptado los Gobiernos para impulsar el desarrollo socioeconómico a través del derecho. Con el fin de promover sus industrias y el comercio internacional, Argentina, Brasil, Chile y Perú crearon las denominadas "Zonas Económicas Especiales", en las que opera un régimen tributario especial con tarifas más bajas. Estos regímenes jurídicos especiales contemplan en algunos casos la creación de "ciudades chárter", "ciudades modelo" o "ciudades bajo estatuto" *("charter cities")*: áreas con una legislación especial diseñada para superar la corrupción política, la rigidez institucional *(path dependence)* y otros obstáculos para el desarrollo de instituciones que conduzcan al desarrollo socioeconómico (Romer 2016). En 2011 se intentó autorizar en Honduras la creación de las "regiones especiales de desarrollo", pero el proyecto se interrumpió prematuramente y no fue posible evaluar su potencial para el desarrollo (Miller 2012). Al menos en teoría, las ciudades modelo podrían funcionar como un medio para evitar las deficiencias institucionales y legislativas de cada país (Prado 2017). Por ejemplo, en lugar de reformar todo el régimen laboral, tributario y de seguridad social para reducir costos y volverse competitivo en la economía global, un país podría mantener su legislación y simplemente crear una ciudad modelo con un sistema jurídico particular con el objetivo de fomentar el desarrollo socioeconómico. Asimismo, en lugar de transformar todo el sistema judicial, los estatutos de una ciudad modelo podrían promover el arbitraje internacional y otros métodos alternativos de solución de conflictos (MASC).

Los derechos de propiedad también son una parte central de la agenda contemporánea de derecho y desarrollo. De Soto ha argumentado que los títulos informales de propiedad en América Latina inhiben el desarrollo económico porque no pueden utilizarse como garantía para obtener préstamos bancarios. En ese sentido, sugiere reconocer oficialmente los títulos de propiedad de las viviendas del sector informal como un medio para aumentar su valor y la seguridad jurídica de sus ocupantes (De Soto 2000). No obstante, los académicos recomiendan cautela al predecir los efectos de la formalización de los derechos de propiedad (Kennedy 2013; Tamanaha 2011b). En primer lugar, los mercados informales en los sectores marginados de las ciudades ya cuentan con mecanismos para la transmisión de la posesión (Gómez 2014; Santos 1977). En segundo lugar, el proceso de formalización de los derechos de propiedad no es neutral y tiene consecuencias para la asignación de recursos (Kennedy 2013).

De hecho, puede facilitar la compra y eventual gentrificación de áreas que actualmente habitan los pobres urbanos (Tamanaha 2011b). Además, el proceso de titulación puede tener sesgos de género que favorecerían a los hombres jefes de hogar y empeorarían la posición de las mujeres (Trebilcock y Prado 2014). De ese modo, aunque es posible que la formalización de los derechos de propiedad no resuelva el problema de la vivienda en América Latina, la agenda de derecho y desarrollo definitivamente debería investigar las posibles soluciones. Las investigaciones empíricas también deberían examinar el alquiler de viviendas de interés social y los alquileres subvencionados y su potencial para sustituir las hipotecas o la donación de viviendas por parte del Estado. Hay múltiples formas de organizar el mercado y responder a las demandas sociales del capital y el trabajo. En ese sentido, la agenda de derecho y desarrollo también debería tener en cuenta los acuerdos comerciales, la inversión extranjera, los regímenes contractuales y el arbitraje.

Conclusiones: concepciones de desarrollo e indicadores jurídicos

Tradicionalmente se ha identificado el desarrollo con el crecimiento del producto interno bruto (PIB). Tendencias diferentes sostienen, sin embargo, que la eliminación de la pobreza, un mayor grado de libertad y el mejoramiento de la calidad de vida también son elementos conceptuales del desarrollo socioeconómico (Trebilcock y Prado 2014). Obviamente, el crecimiento importa, pero, en la medida en que los actores políticos fuertes pueden concentrar los beneficios sin redistribuirlos, no lleva por sí mismo al desarrollo (Easterly 2001). Los países latinoamericanos también deben desarrollar políticas que empoderen a las personas, mejoren sus capacidades humanas y eliminen las prácticas de dominación (Sen 2001). Las formas modernas de esclavitud, el subempleo y la explotación de los trabajadores siguen asolando los países de la región. Por ejemplo, muchos trabajadores agrícolas todavía experimentan condiciones de servidumbre por deudas. Millones de trabajadores y trabajadoras domésticos reciben salarios muy bajos y sacrifican su propia vida familiar para garantizar la comodidad de las clases medias y altas. Muchos trabajadores de la región realizan tareas que la tecnología o los consumidores mismos podrían llevar a cabo. En particular, esto apunta a una pérdida de recursos y capital humano que se debe examinar empíricamente. América Latina enfrenta el desafío de reducir la desigualdad y brindar oportunidades para que todos lleven una vida mejor. El progreso se puede evaluar, medir y cuantificar a través de una de las tecnologías de la gobernanza contemporánea: los indicadores jurídicos (Restrepo 2015). Los juzgados, jueces y procedimientos ya se analizan a través de datos cuantitativos y fórmulas matemáticas que permiten evaluar el desempeño judicial, la congestión judicial y la duración de los procesos (Fortes 2015). Los indicadores jurídicos pueden evaluar la calidad del Estado de derecho a través de índices y clasificaciones que, a su vez, permiten acceder fácilmente a la información sobre la manera en que se perciben las instituciones jurídicas (Urueña 2015). Aunque estos instrumentos tienen una clara dimensión política, por lo que los críticos advierten sus limitaciones para captar concepciones más complejas del desarrollo (Prada Uribe 2015), la medición jurídica le ha dado un giro matemático al discurso y la práctica del derecho y el desarrollo y ha permitido plantear reformas

basadas en la evidencia y evaluar continuamente su progreso (Restrepo 2017).

Finalmente, la agenda de derecho y desarrollo se transforma constantemente debido a la complejidad de los objetivos y los conflictos sociales. Dado que los imaginarios y las formas de opresión cambian con el tiempo, siempre es necesario pensar en nuevos cursos de acción y transformar las agendas. En este capítulo abogo por una aproximación empírica a la transformación de América Latina: en lugar de buscar las utopías, deberíamos reformar paulatinamente nuestras sociedades distópicas, que se caracterizan por la violencia extrema, la desigualdad y el bajo capital humano. Sin una transformación integral de la educación legal y la profesión jurídica, la baja calidad de las instituciones (organizaciones y reglas del juego) continuará afectando negativamente el Estado democrático de derecho, la regulación de las industrias y los mercados y el desarrollo humano. Por otro lado, la interacción de los diferentes actores institucionales puede tener un efecto positivo (Alviar 2017): en particular, puede resultar en una arquitectura normativa que estimule un entorno para el desarrollo. El desarrollo es un proceso interactivo complejo con resultados inciertos. Solo a través de la acción, la interacción y la evaluación será posible formular una agenda de derecho y desarrollo que sea adecuada para los propósitos de la América Latina del siglo XXI.

Referencias

Alviar, Helena. 2008. Classroom and the clinic: The relationship between clinical legal education, economic development and social transformation. *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff 13*: 197.

Alviar, Helena. 2014. Quando ideias viajam: Algumas reflexões sobre globalização do ensino jurídico E A Circulação da crítica. En *Globalização do ensino jurídico*, ed. Pedro Fortes. Rio de Janiero: FGV.

Alviar, Helena. 2013. Social policy and the new development state: The case of Colombia. En *Law and the new developmental state: The Brazilian experience in Latin American Contex*, eds. David Trubek, Helena Alviar Garcia, Diogo R. Coutinho y Álvaro Santos. Cambridge: Cambridge University Press.

Alviar, Helena. 2017. The evolving relationship between law and development: Proposing new tools. En *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions, and rights*, eds. Pedro Fortes, Larissa Borati, Andrés Palacios Lleras, y Tom Gerard Daly. Londres: Palgrave Macmillan.

Ayres, Ian y John Braithwaite. 1991. Tripartism: Regulatory capture and empowerment. *Law & Social Inquiry* 16(3): 435-96.

Barroilhet, Agustin. 2012. Class actions in Chile. *Law & Bus. Rev. Am.* 18: 275.

Brinks, D. 2006. The rule of (Non) law. En *Informal Institutions and Democracy in Latin America*, eds. Gretchen Helmke y Steven Levitsky. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Collins, Hugh. 1982. *Marxism and law*. Oxford: Oxford University Press.

Cotterrell, Roger BM. 2003. *The politics of jurisprudence: A critical introduction to legal philosophy*. University of Pennsylvania Press, 2ª ed.

Coutinho, Diogo R. 2013. Decentralization and coordination in social law and policy: The Bolsa Family Program. En *Law and the new developmental state: The Brazilian experience in Latin American Context*, eds. David Trubek, Helena Alviar García, Diogo R.

Coutinho y Álvaro Santos. Cambridge: Cambridge University Press.

Dahl, Robert Alan. 1971. *Polyarchy: Participation and opposition*. New Haven, CT: Yale University Press.

Dahl, Robert A. 2015. *On democracy*. New Haven, CT: Yale University Press.

Dammert, Lucía. 2019. Problems of police reform in Latin America. En *Routledge handbook of law and society in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso. Nueva York y Londres: Routledge.

De Soto, Hernando. 2000. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. Nueva York: Basic Books.

Dezalay, Yves y Bryant G. Garth. 2002. *The internationalization of palace wars: Lawyers, economists, and the contest to transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press.

Dworkin, Ronald. 1986. *Law's empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Easterly, William. 2001. *The elusive quest for growth: Economists' adventures and misadventures in the tropics*. Cambridge, MA: MIT Press.

Elías, Norbert. 1995. Technization and civilization. *Theory, Culture & Society* 12(3): 7-42.

Falcão, Joaquim. 2014. Ensino jurídico local-global. En *Globalização do ensino jurídico*, ed. Pedro Fortes. Rio de Janeiro: FGV.

Falcão, Joaquim, ed. 2013. *Mensalão: Diário de um julgamento: Supremo, mídia e opinião pública*. Rio de Janeiro: FGV.

Falcão, Joaquim. 2012. Reforma da educação jurídica: Continuidade sem continuísmos. En *Aventura e legado no ensino jurídico*, eds. Gabriel Lacerda, Joaquim Falcão y Tânia Rangel. Rio de Janeiro: FGV.

Fortes, Pedro. 2014. Admirável mundo novo pós-colonialista: Descolonizando o ensino jurídico global. En *Globalização do ensino jurídico*, ed. Pedro Fortes. Rio de Janeiro: FGV.

Fortes, Pedro. 2015. How legal indicators influence a justice system and judicial behavior: The Brazilian National Council of Justice and 'Justice in Numbers'. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 47(1): 39-55.

Fortes, Pedro. 2017. Human rights and remains: A policy proposal to prevent human rights violations in Brazil. En *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions, and rights*, eds. Pedro Fortes, Larissa Borati, Andrés Palacios Lleras, y Tom Gerard Daly. Londres: Palgrave Macmillan.

Fortes, Pedro. 2006. *O direito à vida*. O Globo, Opinião, 25 de mayo: 3-3.

Fukuyama, Francis. 2006. *The end of history and the last man*. Nueva York: Free Press.

Galanter, Marc. 1966. The modernization of law. En *Modernization: The dynamics of growth*, ed. Weiner Myron, 153-65. Nueva York y Berkeley: Basic Books.

Galligan, Denis. 2006. *Law in modern society*. Oxford: Oxford University Press.

Galligan, Denis y Mila Versteeg. 2013. Theoretical perspectives on the social and political foundations of constitutions. En *Social and political foundations of constitutions*, eds. Denis Galligan y Mila Versteeg, 3. Cambridge: Cambridge University Press.

Gargarella, Roberto. 2016. *Castigar el prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal*. Siglo XXI Editores.

Gargarella, Roberto. 2013. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the constitution*. Oxford: Oxford University Press.

Gómez, Manuel A. 2012. Will the birds stay south? The rise of class actions and other forms of Group Litigation Across Latin America. *The University of Miami Inter-American Law Review* 43(3): 481-521.

Gómez, Manuel A. 2014. Tower of David: Social order in a vertical community. *FIU L. Rev.* 10: 215.

Gómez, Manuel A. 2016. Smoke signals from the south: The unanticipated effects of an 'Unsuccessful' litigation on Brazil's anti-tobacco war. En *Class actions in context: how culture, economics and politics shape collective litigation*, eds. Deborah R. Hensler, Christopher Hodges, Ianika Tzankova. Cheltenham y Northampton, MA: Edward Elgar.

Hammergren, Linn. 2003. International Assistance to Latin American Justice Programs: Toward an Agenda for Reforming the Reformers. En *Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*, eds. Erik Jensen y Thomas Heller. Cambridge: Cambridge University Press.

Hammergren, Linn. 2019. New influences on legality and justice in Latin America: Corruption and organised crime. En *Routledge handbook of law and society in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso. Nueva York y Londres: Routledge.

Hart, Herbert y Lionel Adolphus. 2012. *The concept of law*. Tercera edición. Oxford: Oxford University Press.

Horkheimer, Max y Theodor W. Adorno. 2002. *Dialectic of enlightenment: Philosophical fragments*. Stanford, CA: Stanford University Press.

Kelsen, Hans. 1941. The pure theory of law and analytical jurisprudence. *Harvard Law Review* 55(1): 44-70.

Kennedy, David. 2013. Some caution about property rights as a recipe for economic development. En *Law and economics with Chinese characteristics: Institutions for Promoting Development in the Twenty-First Century*, eds. David Kennedy y Joseph E. Stiglitz. Oxford: Oxford University Press.

Kennedy, David y Joseph E. Stiglitz. 2013. Introduction. En *Law and economics with Chinese characteristics: Institutions for Promoting Development in the Twenty-First Century*, eds. David Kennedy y Joseph E. Stiglitz. Oxford: Oxford University Press.

King, Jeff. 2012. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kroncke, Jedidiah J. 2015. *The futility of law and development: China and the dangers of exporting American law*. Oxford: Oxford University Press.

Lacerda, Gabriel. 2012. CEPED–Um debate que dura há quase meio século. En *Aventura e legado no ensino jurídico*, eds. Gabriel Lacerda, Joaquim Falcão y Tânia Rangel. Río de Janeiro: FGV.

Luhmann, Niklas. 2004. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press.

Makkai, Toni y John Braithwaite. 1992. In and out of the revolving door: Making sense of regulatory capture. *Journal of Public Policy* 12(1): 61-78.

McAllister, Lesley. 2008. *Making law matter: Environmental protection and legal institutions in Brazil*. Stanford, CA: Stanford University Press.

Mendoza, José Miguel. 2017. Convergence, coordination and collusion in securities regulation: The Latin American integrated market. En *Law and policy in Latin America: transforming courts, institutions, and rights*, eds. Pedro Fortes, Larissa Borati, Andrés

Palacios Lleras y Tom Gerard Daly. Londres: Palgrave Macmillan.

Merryman, John Henry. 2000. Law and Development Memoirs I: The Chile Law Program. *The American Journal of Comparative Law* 48(3): 481-99.

Merryman, John Henry y Rogelio Pérez-Perdomo. 2007. *The civil law tradition: An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Stanford, CA: Stanford University Press.

Miller, Michael Castle. 2012. The Governance Market: A New Vision for Paul Romer's Charter Cities Concept. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2458669

North, Douglass, C. 1990. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press.

Oquendo, Angel R. 2008. Upping the ante: Collective litigation in Latin America. *Colum. J. Transnat'l L* 47:248.

Palacios, Andres. 2017. A counterhistory of antitrust in Latin America. En *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions, and rights*, eds. Pedro Fortes, Larissa Borati, Andrés Palacios Lleras y Tom Gerard Daly. Londres: Palgrave Macmillan.

Pérez Perdomo, Rogelio. 2006. Rule of law and lawyers in Latin America. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 603(1): 179-91.

Pettit, Philip. 1997. *Republicanism: A theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press.

Pettit, Philip. 2012. *On the people's terms: A republican theory and model of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Polanyi, Karl. 2001. *The great transformation: The political and economic origin of our time*. 2ª ed. Boston, MA: Beacon Press.

Prada Uribe, María Angélica. 2015. The quest for measuring development. En *The quiet power of indicators: Measuring governance, corruption, and rule of law*, eds. Sally Engle Merry, Kevin E. Davis y Benedict Kingsbury. Cambridge: Cambridge University Press.

Prado, Mariana. 2017. Institutional Bypasses in Brazil: Overcoming ex-ante resistance to institutional reforms. En *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions, and rights*, eds. Pedro Fortes, Larissa Borati, Andrés Palacios Lleras, y Tom Gerard Daly. Londres: Palgrave Macmillan.

Prado, Mariana y Michael Trebilcock. 2009. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. *University of Toronto Law Journal* 59(3): 341-80.

Prado, Mariana Mota, Michael Trebilcock y Patrick Hartford. 2012. Police Reform in Violent Democracies in Latin America. *Hague Journal on the Rule of Law* 4(2): 252-85.

Restrepo, David. 2015. Legal Indicators, Global Law and Legal Pluralism: An Introduction. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 47(1): 9-21.

Restrepo, David. 2017. Transnational Legal Indicators: The Missing Link in an Era of Law and Development. En *Law and Policy in Latin America: Transforming Courts, Institutions, and Rights*, eds. Pedro Fortes, Larissa Borati, Andrés Palacios Lleras, and Tom Gerard Daly. Londres: Palgrave Macmillan.

Rojas, Shunko. 2013. Understanding neodevelopmentalism in Latin America: New industrial policies in Brazil and Colombia. En *Law and the new developmental state: The Brazilian experience in Latin American Context*, eds. David Trubek, Helena Alviar Garcia, Diogo R. Coutinho y Álvaro Santos. Cambridge: Cambridge University Press.

Romer, Paul. 2016. *Charter cities: New cities, more choices, better rules*. https://paulromer.net/charter-cities-new-cities-more-choices-better-rules/. (Consultado el 20 de noviembre de 2016).

Santos, Álvaro. 2006. The World Bank's uses of the 'Rule of Law' Promise in Economic Development. En *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, eds. David y Álvaro Santos. Cambridge: Cambridge University Press.

Scott, James C. 1998. *Seeing like a state: How certain schemes to improve the human condition have failed*. New Haven, CT: Yale University Press.

Shapiro, Mario. 2013. Rediscovering the developmental path? Development bank, law, and innovation financing in the Brazilian economy. En *Law and the new developmental state: The Brazilian experience in Latin American context*, eds. David Trubek, Helena Alviar García, Diogo R. Coutinho y Álvaro Santos. Cambridge: Cambridge University Press.

Sen, Amartya. 2001. *Development as freedom*. Oxford: Oxford University Press.

Sieder, Rachel, Line Schjolden y Alan Angell, eds. 2005. *The judicialization of politics in Latin America*. Nueva York: Palgrave Macmillan.

Skinner, Quentin. 2008. *Hobbes and republican liberty*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sousa Santos, Boaventura de. 1977. The law of the oppressed: The construction and reproduction of legality in Pasargada. *Law and Society Review* 5-126.

Steiner, Henry J. 1971. Legal education and socioeconomic change: Brazilian perspectives. *The American Journal of Comparative Law* 39-90.

Steiner, Henry J. 2012. Meio Século Depois: Um olhar sobre mudanças na educação jurídica Brasileira e Americana. En *Aventura e legado no ensino jurídico*, Gabriel Lacerda Gabriel, Joaquim Falcão, y Tânia Rangel. Río de Janeiro: FGV.

Tamanaha, Brian Z. 1995. The lessons of law-and-development studies. *American Journal of International Law*: 470-86.

Tamanaha, Brian Z. 1997. *Realistic socio-legal theory: Pragmatism and a social theory of law*. Oxford: Oxford University Press.

Tamanaha, Brian Z. 2001. *A general jurisprudence of law and society*. Oxford: Oxford University Press.

Tamanaha, Brian Z. 2004. *On the rule of law: History, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press.

Tamanaha, Brian Z. 2011a. Primacy of society and the failures of law and development. *Cornell Int'l LJ* 44: 209.

Tamanaha, Brian. 2002. The Rule of Law for Everyone? *Current Legal Problems*, vol. 55 (1): 97-122.

Tamanaha, Brian Z. 2011b. The Rule of law and legal pluralism in development. *Hague Journal on the Rule of Law* 3(1): 1-17.

Trebilcock, Michael J. y Mariana Mota Prado. 2011. *What makes poor countries poor? Institutional Determinants of Development*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Trebilcock, Michael J. y Mariana Mota Prado. 2014. *Advanced introduction to law and development*. Chelthenham: Edward Elgar Publishing.

Trubek, David M. 1972. Max Weber on law and the rise of capitalism. *Wis. L. Rev.* 720.

Trubek, David. 2006. The 'Rule of Law' in development assistance: Past, present, and future. En *The New law and economic development: A critical appraisal*, eds. David Trubek y

Álvaro Santos. Cambridge: Cambridge University Press.

Trubek, David M. 2012. Reabrindo o Arquivo do CEPED: O que podemos aprender de um 'Caso do Arquivo Morto?'. En *Aventura e legado no ensino jurídico*, eds. Gabriel Lacerda Joaquim Falcão y Tânia Rangel. Rio de Janeiro: FGV.

Trubek, David M. 2013. Law, state, and the new developmentalism: An introduction. En *Law and the new developmental state: The Brazilian experience in Latin American context*, eds. David Trubek, Helena Alviar García, Diogo R. Coutinho y Álvaro Santos. Cambridge: Cambridge University Press.

Trubek, David M., Diogo R. Coutinho y Mario G. Schapiro. 2013. New state activism in Brazil and the challenge for law. En *Law and the new developmental state: The Brazilian experience in Latin American context*, eds. David Trubek, Helena Alviar García, Diogo R. Coutinho y Álvaro Santos. Cambridge: Cambridge University Press.

Trubek, David M. y Marc Galanter. 1974. Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the United States. *Wis. L. Rev.*: 1062.

Twining, William. 2009. *General jurisprudence: Understanding law from a global perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.

Twining, William. 2012. *Karl Llewellyn and the realist movement*. CUP.

Unger, Roberto. 2010. Uma nova faculdade de direito no Brasil. En *O projeto da escola de direito Rio da FGV*, Caio Farah Rodriguez y Joaquim Falcão. Rio de Janeiro: FGV.

Urueña, René. 2015. Indicators and the law: A case study of the rule of law index. En *The quiet power of indicators. Measuring governance, corruption, and the rule of law*, eds. Sally Engle Merry, Kevin E. Davis, Benedict Kingsbury. Cambridge: Cambridge University Press.

Vargas, Daniel. 2014. Jurista Criativo. En *Globalização do ensino jurídico*, ed. Pedro Fortes. Rio de Janeiro: FGV.

Vieira, Oscar Vilhena, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima y José Garcez Ghirardi. 2014. Ensino do direito para um mundo em transformação: A experiência da FGV Direito SP. En *Globalização do ensino jurídico*, ed. Pedro Fortes. Rio de Janeiro: FGV.

Weber, Max. 1978. *Economy and society: An outline of interpretive sociology*. California: University of California Press.

Young, Katharine G. 2012. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press.

Capítulo 10
PERSPECTIVAS MARXISTAS SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO EN AMÉRICA LATINA*

Carlos Rivera Lugo

¿A qué nos referimos cuando hablamos de la relación entre el derecho y la lucha contra la desigualdad en América Latina? Para comprender la razón fundamental detrás de esta condición generalizada y nociva, es imperativo que nos centremos en una de sus más decisivas relaciones estructurantes: la que existe entre el capital, el Estado y el derecho, en su historicidad concreta y, particularmente, desde perspectivas marxistas.

El marxismo ha sido, sin duda, la deconstrucción estratégica más importante de la gran narrativa capitalista. Según el distinguido jurista argentino-mexicano Óscar Correas Vázquez (1943), como corpus teórico el marxismo es "el mayor y mejor intento realizado por la inteligencia humana para explicar cómo funciona el capitalismo y cómo puede ser destituido para fundar una sociedad comunitaria" (Ferreira 2011, 34).

En la misma línea, el sociólogo suizo Razmig Keucheyan (1975) propone la hipótesis de que históricamente el marxismo ha demostrado ser insuperable como teoría del capitalismo, sus lógicas expansivas de explotación y acumulación y, lo que es más importante, su tendencia innata hacia la crisis como, por ejemplo, aquella con la que la economía mundial capitalista ha estado forcejeando desde el 2008. Dicho autor entiende que la crisis actual es de naturaleza orgánica, afectando así al sistema en su totalidad. Sin embargo, las perspectivas no marxistas o algunas de las llamadas posmarxistas han demostrado ser bastante mudas o deficientes en explicar su raíz y la necesidad histórica de desarrollar modos alternativos de existencia colectiva ante las contradicciones antagónicas insuperables que aquejan la economía mundial capitalista (Keucheyan 2016, 51).

Una vez más nos enfrentamos al hecho inescapable de que el sistema capitalista ha demostrado que no está dispuesto a reconciliar intereses de clases diferentes. Su objetivo final no es el bienestar general de la sociedad. Se trata de un sistema antagónico que existe con el propósito principal de asegurar los intereses particulares de la clase capitalista por medio de su permanente y creciente enriquecimiento. Esto explica por qué se caracteriza por una crisis cíclica recurrente. La desigualdad y, por ende, las crisis son inherentes al sistema capitalista. Actualmente estamos hablando de una

* Cómo citar este capítulo: Rivera Lugo, Carlos. 2024. Perspectivas marxistas sobre el derecho y el Estado en América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 223-246. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.11

crisis de sobreacumulación, monopolización y concentración como resultado de una negación estructural de cualquier posibilidad de conciliación entre el capital y el trabajo. Esto produce un círculo vicioso de acumulación de capital bajo el cual la sobreexplotación del trabajo por parte del capital y su consiguiente desigualdad es su piedra angular.

En este capítulo, trazo los diversos acercamientos marxistas al derecho y el Estado, incluyendo cómo algunos estudiosos latinoamericanos de estos temas han producido entendimientos novedosos que son prometedores para una agenda sociojurídica marxista o anticapitalista. En particular, concentro mi atención en el llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano* y su reconocimiento de formas comunales o comunitarias de organización como el ejemplo más claro de un *comunismo jurídico o normativo* que se va abriendo paso.

Las dos caras de la crisis actual

El destacado economista-político y sociólogo italiano Giovanni Arrighi (1937-2009) sostiene que desde 2008 estamos asistiendo a una "crisis terminal" del sistema capitalista debido al creciente agotamiento de las posibilidades de reestructuración bajo lo que él define como la presente fase descendente del ciclo sistémico más reciente de acumulación capitalista. Dicho ciclo sistémico fue inaugurado en 1945 tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, bajo la hegemonía de los Estados Unidos de América. Basándose en la teoría de Marx sobre las crisis cíclicas inherentes al capitalismo debido a las contradicciones antagónicas propias de sus procesos sociales de producción, intercambio y acumulación, Arrighi sostiene que desde sus inicios el capitalismo ha experimentado una serie de ciclos que se distinguen por fases de expansión, estancamiento y declive. En consecuencia, lo que caracteriza al otoño actual del capitalismo, bajo el neoliberalismo, es que ha vuelto a su lógica previa de acumulación de finales del siglo XIX y principios del XX. Esta constituyó otra fase altamente turbulenta y descendente del ciclo sistémico previo de acumulación, basada en la idea de que sus objetivos solo pueden lograrse mediante la explotación y la desposesión creciente de los trabajadores, como también mediante la represión violenta de sus luchas (Arrighi 2010, 371-86). Este intento por suprimir la contradicción social inherentemente antagónica del capitalismo entre el capital y el trabajo ha aumentado las asimetrías estructurales, la polarización social, los antagonismos y la desigualdad en todo el planeta, particularmente en la América Latina.

La resultante turbulencia estructural que ahora estamos presenciando en todo el mundo capitalista, como resultado de las lógicas y efectos de la etapa actual de la globalización capitalista bajo el neoliberalismo (Laval y Dardot 2013), es una expresión de dicha "crisis terminal". En el mejor de los casos, esto presenta una oportunidad única para un cambio sistémico radical. Ahora bien, en el peor de los casos, podría desembocar en un creciente tranque o caos sistémico, incluyendo la presencia permanente de conflictos violentos, tanto sociales como internacionales. Wolfgang Streek (1946), director emérito del prestigioso Instituto de Investigaciones Sociales Max Plank, propone que este último caso podría resultar en un *interregno* duradero. Se trataría de un período largo de indeterminación y desorden como consecuencia de la falta de un agente colectivo de cambio estructural en medio de esta crisis sistémica caracterizada por una

dialéctica aparentemente inescapable de desigualdad, estancamiento y deuda (Streek 2016, 12-18). A la luz de esto, no sería nada exagerado proponer que detrás de las tendencias contrarrevolucionarias, autocráticas o neofascistas que estamos presenciando actualmente en varias partes del mundo como, por ejemplo, en Estados Unidos y Europa, lo que existe son oportunidades perdidas o fracasadas de transformación antisistémica o revolucionaria, como propuso Walter Benjamin (1892-1940) de la Escuela de Fráncfort para explicar el avance fascista por toda Europa entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial.

En este sentido, uno de los principales problemas de la teoría jurídica y social desde finales del siglo XX ha sido una especie de crítica reformista institucionalizada a favor de un reclamo por una democracia ampliada bajo el marco de las prevalecientes formas burguesas del Estado y el derecho. Esta vertiente del pensamiento crítico evalúa la actual crisis del capitalismo, bajo el neoliberalismo, como una condición que puede superarse mediante reformas graduales de carácter regulatorio, bajo la ilusión de que aún es posible una reafirmación o un retorno al Estado social o de bienestar keynesiano. La idea de una transformación sistémica o revolucionaria de carácter transcapitalista se descarta o, lo que es peor, ni se considera. En cambio, lo que se necesita es precisamente una crítica estratégica más profunda que se centre en las principales contradicciones de la actual economía política capitalista. En ausencia de ella, se vive una *crisis dentro de la crisis* que tiene que ver con la crisis de la idea y la práctica de la revolución, es decir, de la necesidad y la posibilidad concreta de la construcción de otro orden social y mundial que lleve a la humanidad más allá del capitalismo y su barbarie.

La actual economía política neoliberal, en la que la desigualdad resulta fundamental para la reproducción del capital, se ha convertido en la nueva *raison d'état* y su principal fuente material de prescripción de políticas y normas. El capital, en su actual etapa de desarrollo, se ha embarcado en una colonización real y total de los medios y las fuerzas de producción, incluidas aquellas que antes ignoraba o meramente apropiaba marginalmente en nuestra región. Sin embargo, lo que es más importante, el historiador francés Fernando Braudel (1902-1985) afirma que la reproducción continua del capital ha requerido que finalmente este se convierta en Estado (Braudel 1977, 92). El derecho está igualmente implicado en este proceso de subsunción real y total bajo las lógicas de reproducción del capital. Esta es la razón por la que la convicción de Marx de que solo a través de nuestra comprensión de la economía política podemos entender tanto la naturaleza de la forma jurídica como sus cambios bajo el capitalismo tiene una pertinencia especial en la situación actual.

Por ello, una vez más se hace evidente que la economía política es la matriz normativa de la sociedad capitalista. En este contexto estratégico necesitamos articular nuestro entendido de los cambios correlativos experimentados por el Estado y el derecho, en su especificidad histórica en la América Latina, particularmente en relación con la exclusión social y económica; la criminalización de las protestas, lo que incluye el uso de la tortura, las desapariciones, los asesinatos oficialmente sancionados y las ejecuciones extrajudiciales; la inmunidad efectiva de los poderosos o privilegiados; el prejuicio clasista y racista de las políticas y prácticas penales actuales; o la insensibilidad general hacia las condiciones de explotación y opresión

bajo las cuales demasiados en la sociedad se ven obligados a trabajar y vivir. No obstante, también incluye la valoración de esos nuevos desarrollos a favor de un modo alternativo y contrahegemónico que promueva la inclusión social, económica y política en la región. Tal es el caso del llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano* en países como Venezuela, Ecuador y Bolivia, donde ha habido un intento consciente, aunque conflictivo, por revitalizar y relegitimar el Estado de derecho. Otro ejemplo es la fuerza normativa constitutiva de las acciones societales y comunales autónomas como, por ejemplo, en México, que van más allá de las limitaciones inherentes de una legalidad capitalista liberal.

El nudo gordiano de la transición a una nueva sociedad

Antes de continuar, es imperativo que aclaremos qué entendemos por perspectivas marxistas. Nos estamos refiriendo a la pluralidad de concepciones del marxismo que han prevalecido desde sus comienzos no solo en América Latina, sino en todo el mundo, ya que si no puede haber futuro sin Marx, como lo ha sentenciado el conocido filósofo deconstruccionista y posmoderno francés Jacques Derrida (1930-2004), debemos estar conscientes de que estamos aludiendo a un cierto Marx cuyo pensamiento ha trascendido su propia autoría y su historicidad concreta (Derrida 1994, 13). Marx no lo hubiera deseado de otra manera, como bien lo demostró en vida con su propia práctica teórica. Por ejemplo, al final de su vida fue sumamente crítico de aquellos epígonos suyos que asumían interpretaciones y aplicaciones dogmáticas, ahistóricas y, por ende, idealistas o revisionistas de su pensamiento (Musto 2020, 121). Por ello consideramos aquí como marxistas todas aquellas perspectivas que, de una manera u otra, reconocen la imposibilidad de abordar cualquier tipo de crítica de la sociedad y economía política capitalista del presente, incluyendo los temas del sujeto, el Estado y el derecho, sin referirse, directa o indirectamente, a las proposiciones y categorías teóricas específicas de Marx, como también las desarrolladas por otros en el perfeccionamiento subsiguiente y continuo del pensamiento marxista (Sánchez Vázquez 1998, 11; Musto 2020). Hay quienes, además, se han propuesto interrogar a Marx y sus textos no solo desde el presente, sino también desde otros contextos geográficos no europeos, proponiendo nuevos modos de lectura de estos (Dussel 2017; Mezzadra 2014). Finalmente, también incluimos aquellos horizontes teóricos que aportan al enriquecimiento de la teoría crítica y que, a pesar de no considerarse marxistas, no obstante se reconocen influenciados por el pensamiento marxista. Este es el caso, por ejemplo, del pensador francés Michel Foucault (1926-1984) y su discurso paradigmático sobre el sujeto y las relaciones de poder, como también su perspectiva estratégica del derecho y la gubernamentalidad bajo el neoliberalismo, las cuales son consideradas contribuciones significativas a la teoría crítica contemporánea.

El pensamiento marxista ha sido así de hecho el resultado de una constelación de diversas fuentes y variados ámbitos, que también incluyen a la academia y los centros de investigación no conectados directamente con organizaciones o movimientos políticos y sociales y sus prácticas, pero más ampliamente asociados con la propuesta histórica anticapitalista del socialismo o comunismo. En el caso específico de América Latina, el pensamiento

marxista actual también ha sido el resultado de lo que muchas veces ha sido un esfuerzo disidente, descolonizador y creativo hacia su enriquecimiento y desarrollo más allá de sus orígenes europeos, reflejando así un deseo de una perspectiva más auténtica debidamente inscrita en su propio contexto histórico y condiciones (Sánchez Vázquez 2018; Dussel 2017; Bosteels 2013; Löwy 1992).

Sin embargo, existe más específicamente un gran debate al que deberíamos hacer referencia por su centralidad para el presente capítulo. Gira en torno a la naturaleza y función específicas del derecho y el Estado como modos históricamente determinados de estructuración, regulación social y gobernanza económica-política. Más precisamente, trata sobre cómo articular el marco teórico-práctico necesario para afrontar eficazmente el proceso —como movimiento histórico real— de transición del capitalismo al comunismo. Me refiero al comunismo como un nuevo modo comunal transcapitalista de producción, socialidad, gobernanza e, incluso, de regulación. También implica confrontar lo que se ha calificado como el omnipresente fetichismo de las formas del Estado y lo jurídico que históricamente ha limitado los horizontes de cualquier posibilidad real y sustantiva de cambio sistémico o civilizatorio bajo las pasadas experiencias históricas socialistas. El carácter problemático de la transición a una nueva sociedad ha sido el nudo gordiano que el marxismo ha sido incapaz de desenredar en la medida en que no ha sido capaz de romper con el marco normativo que sirve para la reproducción de la economía mundial capitalista. Por lo tanto, existe una necesidad imperiosa para el desarrollo de una teoría sobre el proceso social constitutivo de la transición que permita finalmente romper con el discurso jurídico-político burgués, incluido su lenguaje, categorías, prácticas e instituciones.

Una de las principales dificultades enfrentadas para el desarrollo de esta teoría marxista alternativa ha sido el hecho de que la perspectiva marxista predominante del derecho es más bien instrumental. Bajo esta, tanto el Estado como el derecho sirven, en última instancia, a los intereses de la clase dominante en la sociedad. En consecuencia, bajo el capitalismo, esencialmente representan el marco político y normativo de una dictadura de la clase dominante dedicada a promover sus intereses particulares de clase. Sin embargo, como instrumentos, no están exentos de contradicciones que alegadamente explican su relativa autonomía de su base infraestructural: la economía capitalista. Esto crea la posibilidad de su uso por parte de la clase trabajadora y otros grupos sociales subalternos, aprovechando así en su beneficio dichas contradicciones políticas y jurídicas con el fin de allanar el camino para una gradual transformación.

Uno de los promotores más importantes de esta visión instrumental lo fue inicialmente el jurista soviético Andrey Vichinsky (1883-1954), la influencia intelectual más importante de la concepción estalinista del Estado y el derecho. Como fiscal general de Stalin y su principal teórico jurídico, su perspectiva se hizo dominante a través de la mayor parte del movimiento comunista soviético e internacional, incluyendo las experiencias históricas concretas del llamado *socialismo real* en el siglo XX en diferentes partes del mundo. Así, si el Estado y el derecho son básicamente instrumentos al servicio de la dominación de clase, lo mismo podría decirse en el caso de la llegada al poder del proletariado. Ambos podrían utilizarse a favor de su propia dictadura

sobre la clase burguesa. Incluso, la propiedad privada burguesa dejaría de existir una vez que se transfiera legalmente al "Estado proletario", como si la forma jurídica pudiese producir de por sí una transfiguración mágica de esta. En este sentido, el derecho se reduce a normas, reglas y procedimientos estadocéntricos, de naturaleza trascendente, es decir, externos al individuo, la clase o la comunidad. Su cumplimiento estricto se puede imponer por medios coercitivos de ser necesario. Esta perspectiva instrumental y burocrática representó el abandono del ideal inicial de los bolcheviques, el cual favorecía la abolición inmediata del poder estatal y jurídico burgués y su sustitución con procesos sociales constitutivos de naturaleza inmanente. Esto significaba la institución de procesos autodeterminados de gobernanza y de producción normativa en manos de los sóviets, en los que consideraciones de justicia, de conformidad con los intereses de la clase proletaria, serían privilegiadas por encima de las legales y sus formalidades. La proposición marxista a favor de "la extinción gradual del Estado y el derecho" sería el resultado de la construcción inmediata de un sistema soviético de autogobierno, algo que fue abandonado bajo el estalinismo y el llamado *socialismo real* a favor de un Estado burocrático centralizado.

La *normatividad de lo real* del marxismo

El pensamiento marxista sobre el derecho es, sin embargo, mucho más rico y complejo, contrario a lo que han sostenido algunos como, por ejemplo, Hans Kelsen (1881-1973) (Kelsen 1957, 275). Otros como, por ejemplo, Boaventura de Sousa Santos (1940) confunden la pluralidad de perspectivas con la inexistencia de una teoría marxista del derecho (Santos 1980, 245-247), como si la diferencia, la contradicción o la no identidad fuese algo ajeno al fenómeno jurídico, en su historicidad y conceptualización como algo vivo. Hay que repensar en la identidad desde la diferencia o la contradicción. En una serie de cinco artículos publicados en 1842 en la *Rheinische Zeitung*, en torno a una controversia jurídica en ese momento sobre la apropiación de la madera de los bosques en la Renana por parte de los pobres, un joven Marx indaga acerca de cómo el derecho privado liberal suplantó al "derecho consuetudinario universal" en el que se basó, hasta ese momento, el uso libre de los bienes comunes durante el período de acumulación originaria del capitalismo en Europa. Se refería a una normatividad societal consuetudinaria no solo limitada a las leyes de las élites privilegiadas, sino también a lo que hasta entonces se consideraban bienes comunes y sobre los cuales regían aquellas normas consuetudinarias de quienes no tienen otro patrimonio y, por ende, ninguna otra ley que no fuese la que surge de sus propios actos y costumbres. El derecho positivo liberal constituye, por lo tanto, un reconocimiento unilateral y excluyente, con validez y aplicación universal, de las normas consuetudinarias de las élites privilegiadas, en particular de la burguesía ascendente y las relaciones de dominación existentes.

Para Marx, el derecho moderno no es más que las costumbres de los propietarios y sus intereses privados, que son codificados como derecho y garantizados por el Estado, dejando por tanto de ser consideradas meras costumbres como las que servían de base al resto de las normas consuetudinarias existentes en la sociedad. En contraste, Marx se refiere a la normatividad consuetudinaria de los pobres

como invisibilizada en términos de su propia positividad y racionalidad, aunque sea una normatividad que con más razón podría considerarse "una ley universal". En cualquier caso, las costumbres de los ricos deben ser ilegalizadas y no las costumbres y acciones de los desposeídos. Sin embargo, como derecho prevalece un cálculo económico individualista y egoísta por encima de lo que es el bien común, marginando en el proceso una parte significativa de la sociedad de toda posibilidad material para garantizar su propia existencia (Marx y Bensaid 2015; Laval y Dardot 2015, 367-414; Roux 2008). Esta apreciación de Marx refleja una búsqueda inicial suya de una normatividad societal fundada en lo común e independiente del derecho burgués positivo. Su enfoque resulta particularmente de interés hoy con respecto a la reevaluación actual de la fuerza normativa de los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, como expresión de un modo históricamente alternativo de estructuración y regulación social de la vida en común. La negativa a reconocer la fuerza vinculante de esta normatividad societal y comunitaria conduce al despótico excepcionalismo jurídico estadocéntrico y mercadocéntrico bajo el que vivimos actualmente. Por lo tanto, es imperativo que recuperemos esta normatividad inmanente de la que la sociedad y la comunidad, así como las clases y grupos subalternos, han sido desposeídos.

Más adelante, Marx insistió en que el punto focal de una concepción radical del Estado y el derecho sea el ser humano concreto y su realidad material. En este contexto material, con sus relaciones sociales y de poder concretas, tenemos la base para cualquier posibilidad de cambio radical. Asegura que la única manera de superar cualquier tipo de opresión es superando toda forma de servidumbre, especialmente la propiedad privada burguesa. Si bien Marx comprendió que su crítica total de la sociedad capitalista no podía reducirse a la economía, no obstante entendió igualmente que su crítica de la economía política, sus conceptos y categorías también sirven para revelar la realidad de la que se derivan, en última instancia, lo político y lo jurídico (Holloway y Picciotto 1978, 17-18; Bonnet, Holloway y Tischler 2006, 46).

En el contexto de sus principales escritos críticos sobre la economía política del capital, Marx expresó su entendido de que solo a través de nuestra valoración de las contradicciones que se producen en la base económica de la sociedad, podemos captar la naturaleza y los constantes cambios vividos concretamente en las formas de la política y lo jurídico, como también sus posibilidades o limitaciones históricas. Debemos dejar de depender de ficciones y apariencias para finalmente darnos cuenta de que los contenidos y aplicaciones específicos de lo político y lo jurídico en la sociedad capitalista son el resultado de las relaciones de poder. Así, la normatividad no se puede fundar en una idea, sino en la realidad misma, estratégicamente contextualizada. Marx propone una *normatividad de lo real* desde la cual constituir la superación histórica de la forma jurídica burguesa. En particular, a través de una comprensión integral de la dialéctica material entre las relaciones económicas y las relaciones jurídicas, podemos conocer cómo las llamadas leyes del mercado capitalista desarrollan una fuerza constitutiva excepcional y dominante que determina, fundamentalmente, el horizonte del derecho burgués. Bajo este, la eficacia constituye hoy, en última instancia, el criterio principal de legitimidad. La economía política y las formas sociales capitalistas que derivan

de esta —por ejemplo, la mercancía, el valor y el trabajo, así como el Estado y el derecho— constituyen la fuente material del Estado y el derecho burgués, como también su *razón de ser*. Desde la perspectiva dialéctica materialista de Marx, la forma y la sustancia son inseparables. Las formas sociales del capitalismo también sirven para estructurar la realidad empírica.

El jurista bolchevique Eugeny Pashukanis (1891-1937) siguió este enfoque trazado por Marx. Su teoría crítica acerca del imperativo revolucionario de ir más allá de la forma jurídica resultaría ser una contribución paradigmática. Se despuntaba así claramente de la concepción revisionista o reduccionista de Vichinsky. Pashukanis afirmó que la forma jurídica esencialmente legaliza, a través de una serie de mecanismos coercitivos, la forma mercancía como matriz normativa, incluyendo su modo de valoración de las mercancías y su intercambio en el mercado capitalista. Ello tiene efectos constitutivos para la creación de una subjetividad subordinada que es expresión directa de relaciones sociales históricamente concretas, más específicamente como relaciones entre sujetos implicados en la producción y el intercambio de mercancías, bajo el modo capitalista de producción.

Las reglas y normas se derivan de prácticas y relaciones sociales específicas que no se reducen a su carácter ideológico. Pashukanis señaló correctamente que en la realidad material una determinada relación social, como es el capital y su facticidad, motorizada por la lucha de clases, siempre prevalecerá sobre la norma abstracta, tanto en su contenido como en su aplicación concreta. Por esto, Marx tenía razón en decir que "entre iguales derechos, la fuerza decide" (Marx 1990, 344). La lógica detrás de la forma mercancía es esencialmente responsable de la estructuración de la forma jurídica, en términos de su función ordenadora, así como de su función mediadora de los conflictos dentro de la sociedad capitalista.

Pashukanis también advirtió sobre el hecho evidente de que las relaciones sociales implicadas en el proceso de producción e intercambio de mercancías, junto con sus fundamentos normativos, representados por las formas del Estado y el derecho, son esencialmente la base tanto del liberalismo como del capitalismo en general. La presencia continua de estas formas durante el período de transición del capitalismo al comunismo serviría para transmitir también sus contradicciones principales. Esto resultaría ser fatal, ya que sus efectos estructurantes y reguladores inciden sobre la vida cotidiana en todas sus expresiones, incluyendo la constitución de una subjetividad alienada. La forma jurídica no puede desprenderse de su socialmente jerarquizante y adversativa matriz normativa que exige un cumplimiento y una obediencia estrictas.

Por último, el jurista bolchevique reafirmó la proposición de Marx sobre la necesidad histórica de la eventual extinción de la forma jurídica como el modo dominante de regulación social, y su reemplazo por un nuevo modo no jurídico basado en la autodeterminación de los trabajadores, bajo la forma social comunal o comunista (Pashukanis 1976; Freitas y Feitosa 2012, 205-25; Mascaro 2012, 466-78; Rivera Lugo y Correas 2013, 128-38; Rivera Lugo 2014, 164-70). Por supuesto, sus ideas eran contrarias a la prevaleciente concepción instrumental estalinista del Estado y el derecho, un hecho que eventualmente condujo a que fuese purgado a pesar de su prominencia como jurista entre los bolcheviques.

Es importante subrayar que las contribuciones teóricas fundamentales de Pashukanis han demostrado ser particularmente influyentes entre muchos juristas marxistas contemporáneos en América Latina y en otras partes. Por ejemplo, los participantes de lo que se ha conocido como el *debate derivacionista del Estado marxista* (Holloway y Picciotto 1978; Bonnet y Piva 2017; Caldas 2015) tienden a coincidir con Pashukanis, ya que también derivan las formas del Estado y el derecho del carácter específico de las relaciones sociales de producción, intercambio y acumulación del capitalismo. Según el jurista brasileño Camilo Onoda Caldas, la proposición teórica que deriva el derecho de la economía política capitalista y sus relaciones socioeconómicas inherentes "rechaza la idea de que el derecho, como también el Estado, son simplemente instrumentos neutrales, que pueden utilizarse para cualquier propósito, gestionados libremente por las decisiones políticas de quienes ocupan determinados puestos dentro del aparato estatal". Esto significa que meros cambios o reformas "no resultan en una desestructuración del modo capitalista de producción y sus consecuencias socioeconómicas comunes, incluso en las esferas política y jurídica" (Caldas 2015, 255-56).

Ahora bien, el distinguido jurista brasileño Alysson Leandro Mascaro alerta sobre la necesidad de evitar cualquier simplificación excesiva de la relación entre el derecho y la economía. Como forma socioeconómica, el derecho no es idéntico a las lógicas y procesos económico-políticos, política que contribuye a estructurar. Por lo tanto, es vital entender que la forma jurídica tiene sus matices que hay que identificar y tener en cuenta(Mascaro 2013). En ese sentido, derivar el Estado y el derecho del capital no es cuestión de reducir lo político o lo jurídico a lo económico, sino de entender por qué estos asumen unas formas particulares dentro de las relaciones de producción, intercambio y dominación. Esa especificidad tiene como objetivo proveer las condiciones necesarias que garanticen la reproducción permanente del capital.

Sobre la aparente autonomía relativa del Estado y el derecho

Otra valiosa perspectiva marxista del derecho es la *crítica ontológica* del derecho de George Lukács (Sartori 2010). También sigue en la línea del pensamiento de Marx, desde una perspectiva crítica y heterodoxa. En particular, el filósofo húngaro (1885-1971) fue probablemente el pensador marxista más preeminente fuera de la Unión Soviética en tiempos de Stalin. Lukács reconoce las articulaciones entre el derecho y la facticidad socioeconómica: "El derecho es una forma específica de reflexión y reproducción en la conciencia de lo que realmente ocurre en la vida económica". El derecho no es en sí mismo un instrumento eficaz para la solución de todos los conflictos sociales. Por esta razón, el derecho requiere su interiorización por parte de los miembros de la sociedad. Así las cosas, la legalidad burguesa tiene un doble carácter: una abstracción reificada que promueve la ilusión de autonomía del derecho y una prescripción manipuladora, ontológicamente dependiente de la realidad concreta y extralegal de la economía política. El derecho depende de este proceso social que impone una forma concreta de socialidad. Las relaciones jurídicas son, por ende, el producto de la reproducción material del complejo social total y, como tal, está imbuido de intereses y contradicciones de clase específicas.

Para Lukács, la idea del derecho como principal modo de regulación social es una manifestación de un fetiche jurídico reduccionista. El derecho en sus funciones duales de reflexión y manipulación solo sirve para reducir la regulación social a la defensa de los intereses de las clases hegemónicas. Por lo tanto, una vez estas limitaciones características del modo actual de regulación social se superan, surge la posibilidad, en una sociedad de iguales, de la extinción de la esfera jurídica como modo dominante de regulación (Sartori 2010).

Por otra parte, el filósofo francés Louis Althusser (1918-1990) postula, a diferencia de Pashukanis y de Lukács, que si bien el derecho regula formalmente las relaciones de producción capitalistas, no deja por ello de formar parte del aparato ideológico del Estado con una relativa autonomía de la infraestructura económica. No hay una relación de determinación lineal entre lo jurídico-político y lo económico, a pesar de que este lo sobredetermina en última instancia (Althusser 2015, 203-208; Althusser 2014, 15-18).

Esta idea acerca de la autonomía relativa del Estado y el derecho con respecto a la economía se recoge en la perspectiva estructuralista del sociólogo político griego Nicos Poulantzas (1936-1979), en la que prevalece la idea de una privilegiación de lo político y lo jurídico, más allá de lo estructural y las relaciones de clase. En ausencia de una comprensión más completa de las complejas articulaciones de estos con la economía política, el enfoque particular de Poulantzas tiende a confundir, por ejemplo, el aparato estatal con la forma política estatal de la que hablaron Pashukanis y Lukács. Esto lo lleva a promover la falsa ilusión antes mencionada sobre las posibilidades históricas de un cambio sistémico gradual a partir de la captura del poder bajo el llamado Estado social o de bienestar y las alegadas oportunidades ofrecidas por su democracia representativa liberal.

Por supuesto, en cuanto a las posibilidades históricas de cambio bajo el Estado de derecho burgués, el historiador marxista británico E. P. Thompson (1924-1993) advirtió que los marxistas deberían evitar cualquier reduccionismo estructural. Comenzando por la Constitución y la solución ordenada de conflictos, el Estado de derecho constituye un logro histórico universal, enfatizó. Representa un conjunto de limitaciones al ejercicio del poder desnudo. Para Thompson, cuya postura sería altamente valorada en los círculos marxistas, lo que surgió originalmente como un instrumento a favor de la clase burguesa, imbuida dentro de la base misma de las relaciones capitalistas de producción, también representa un instrumento contra los actos arbitrarios de los poderes *de facto*. Sirve para mediar en las relaciones de clase existentes y, por lo tanto, constituye un campo de batalla entre la pluralidad existente de intereses de clase. Thompson puntualiza, sin embargo, que para que el Estado de derecho sea efectivo y reconocido como legítimo por todos los miembros de la sociedad, su retórica ideológica no puede ser vacía ni sus objetivos dominantes de clase pueden ser transparentes. Al menos debe mantener la apariencia de su independencia del contexto social, político y económico. Por supuesto, Thompson no deja de reconocer que en una sociedad caracterizada por flagrantes desigualdades de clases, el derecho siempre tenderá a parecer una farsa. Sin embargo, insiste en que cualquier contradicción entre lo que se proclama formalmente y lo que se practica efectivamente debe denunciarse y combatirse sin atentar contra el principio mismo del Estado de derecho. De lo contrario,

se estaría abandonando un importante instrumento de lucha contra el ejercicio arbitrario del poder (Beirne y Quinney 1982, 130-7).

No puedo dejar de mencionar aquí la apreciación del reconocido teórico social alemán Jürgen Habermas (1929) en el sentido de que existe en la actualidad una escisión desgarradora entre esa facticidad y los procesos de validación, entre lo que se enuncia en abstracto como política y derecho y lo que de hecho son. Ello plantea el reto de articular una nueva relación entre facticidad y validez a partir de una teoría discursiva basada en una racionalidad práctica y dialógica que sirva de marco a una nueva democracia de tipo comunicativo. Desde esta se puede replantear la validez de los hechos con fuerza normativa que se asoman en la actualidad desde la sociedad civil, en tensión con las conceptualizaciones actuales tanto del Estado, el derecho y la economía. En particular, la idea de la libertad se va disociando crecientemente del Estado y su monismo jurídico. Más bien parece estarse revelando un deseo de retornar a lo común, aunque no necesariamente desde una perspectiva revolucionaria, en su acepción estadocéntrica como en experiencias históricas pasadas. La diferencia, sostiene el teórico social alemán, está más bien centrada en torno a reclamos de justicia y de participación más directa en los procesos decisionales de la sociedad toda desde la misma sociedad civil. Se identifica así un desplazamiento creciente de poder desde la esfera política de lo público a la esfera societal (Habermas 1998). No obstante, vemos cómo Habermas, al igual que Poulantzas, parece privilegiar lo jurídico-político por encima de las determinaciones y contradicciones estructurales de la economía política capitalista, lo que tiende a hacer que su propuesto Estado democrático de derecho raye en lo ilusorio. Se olvida de que la sociedad civil es el escenario principal en el que se traban las luchas de clases. Existen en su seno una pluralidad de intereses y expectativas que, más que diferentes, son más bien contradictorios y adversativos dependiendo de la situación y posición que se ocupe en ella.

El llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano* tiende a compartir la visión de una autonomía relativa del derecho y de su realidad material como campo abierto de luchas en la creencia de que puede construir su *socialismo del siglo XXI* a través de medios legales más participativos. Una experiencia histórica previa, el caso de Chile bajo el Gobierno de Salvador Allende (1970-1973) y su intento por producir una transición pacífica y ordenada del capitalismo al socialismo, bajo el imperante Estado de derecho capitalista, terminó en un sangriento golpe de Estado que sirvió para dar inicio a la contrarrevolución neoliberal global. Como en el caso de Chile, los actuales empeños por construir una nueva sociedad a través de medios constitucionales también han confrontado intentos, con apoyo extranjero, para desestabilizar y revertir dichos procesos, incluso por medio de bloqueos y sanciones imperiales como en el caso de Venezuela; un golpe de Estado como el ocurrido en octubre de 2019 en Bolivia; o una regresión política como en Ecuador. En estos casos, el Estado de derecho se ha convertido en campos de batalla que, formalmente al menos, no han roto con el marco constitucional. Incluso, en el caso de Bolivia se produjo la situación inédita de que en octubre de 2020 se pusiese fin a un Gobierno *de facto* impuesto por medio de un golpe, viabilizándose el retorno al Gobierno, por la vía electoral, del Movimiento al Socialismo (MAS), el mismo que había sido depuesto hacía un año.

El filósofo argentino-mexicano Enrique Dussel tiene razón cuando enfatiza que la economía política siempre está imbuida de fundamentos normativos históricamente determinados, de naturaleza ética, a veces denominadas "leyes", que sirven para estructurar y regular su operación. Por ejemplo, tomemos el fundamento normativo de la institución de la propiedad privada capitalista, que también está reconocida por las constituciones actuales de Venezuela, Bolivia y Ecuador, aunque acompañada de otras formas de propiedad más cooperativas o socializadas como la derivada de la forma comunidad. Aun así, no podemos ignorar que el reconocimiento de la propiedad privada burguesa como un "derecho natural e inalienable", reconocido como tal bajo el Estado de derecho, legitima y garantiza, a través de su universal fuerza vinculante y coactiva, el "derecho" del capitalista a apropiarse y usar en forma privada, como le venga en gana, cualquier plusvalía producida en el proceso de producción. En ese sentido, todos los aspectos de la economía política capitalista están en una relación normativa, expresiva de una relación social y de poder protegida por el Estado de derecho burgués. Por esta razón, Dussel insiste en que el derecho es más propiamente de una naturaleza infraestructural y no supraestructural, contrario a lo que han sostenido tradicionalmente muchos marxistas. Bajo el capitalismo, el derecho sirve una función estructurante y no solo prescriptiva o reguladora (Dussel 2014, 61-3). Esto explica, en parte, las dificultades confrontadas por estos países para desarrollar una nueva economía política que rompa activamente con la *dialéctica de la dependencia* (Marini 1973), incluida su continua dependencia en el *extractivismo* como estrategia de desarrollo.

No podemos ignorar el hecho de que el Estado de derecho moderno, bajo su predominante idea y práctica constitucional liberal, ha girado esencialmente en torno a los derechos burgueses: propiedad privada, libertad contractual, libre empresa, libre mercado y, como corolario, la autonomía de la voluntad para entrar en relaciones y obligaciones contractuales, incluyendo la libertad individual, en particular, para vender y enajenar nuestra fuerza de trabajo al capital. En este sentido, la desigualdad y el discrimen han sido siempre inherentes al Estado de derecho prevaleciente, cuya matriz normativa se encuentra en la producción social, la valoración y la acumulación de capital, una realidad generalmente invisibilizada bajo nuestro arraigado fetichismo de la forma jurídica. Esa es la razón por la que, por ejemplo, no se ha reconocido el derecho a no ser explotado como un derecho fundamental del ser humano. De particular relevancia en este sentido es la insistencia de Giorgio Agamben (1942) en que la preocupación central del neoliberalismo no es el ciudadano como sujeto de derechos, sino como *Homo economicus* o, como prefiere el filósofo italiano, como *nuda vida* bajo la cual los derechos son dictados por la economía política actual.

Otro aporte importante al respecto es el del marxista italiano Antonio Negri (1933), uno de los filósofos políticos contemporáneos más influyentes. Este define la presente condición del Estado de derecho como un proceso de fragmentación, es decir, un exceso constituyente que es "constituyente de un tejido biopolítico". ¿A qué se refiere con esto? El tejido biopolítico está definido como "poderes que operan transversalmente para determinar (a través de relaciones de fuerza, relaciones epistémicas, actos voluntarios, técnicos y productivos)

contextos conductuales y normativos" (Negri 2008, 338). Aquí estamos fuera de las categorías habituales del discurso jurídico moderno y hasta, en general, de lo que se ha considerado hasta ahora como una perspectiva marxista. Los hechos y las acciones constitutivas se revelan, por un lado, como parte de la ofensiva del capital a favor de *la subsunción real*, es decir, el dominio total y, por otro lado, como resistencia y afirmación de nuevas posibilidades transformativas. Ejemplos de autorregulación y autogobierno se multiplican debido a la presencia asimétrica y crítica de estos incontinentes flujos normativos e instancias de autonomía y autodeterminación, los cuales también resultan en la producción de nueva subjetividad. En este sentido, subraya Negri, el capital no es una realidad monolítica, sino una dinámica relación social caracterizada dialécticamente tanto por la dominación como por la lucha.

A la luz de lo anterior, también podríamos hablar de un *tejido biojurídico* bajo el cual el capital, según Negri y Michael Hardt (USA 1960), "funciona como una forma impersonal de dominación que impone leyes propias, leyes económicas que estructuran la vida social y hacen jerarquías y subordinaciones que parecen naturales y necesari[a]s"(Hardt y Negri 2009, 7). Este *tejido biojurídico* se impone y garantiza con una violencia que es aceptada como si fuese algo normal. Los controles opresivos del capital sobre nuestras vidas dependen de que sus leyes sean internalizadas como naturales. Esta fenomenología marxista de los cuerpos y mentes se opone a cualquier reificación ideológica del Estado de derecho, incluido el sujeto de derechos. En cambio, nos invita a examinar la dinámica de las luchas y su fuerza constituyente inmanente para la creación de una nueva economía política. Esto incluye sus fundamentos normativos cuya matriz está en un *común* democráticamente empoderado, no reducido a las esferas pública o privada, sino localizado más allá de estas como esferas obsoletas de organización social que estratégica e históricamente deben gradualmente extinguirse.

Por su parte, Foucault advierte que la creación y construcción de un modo alternativo de estructuración, regulación y gobernanza es algo harto contradictorio, lo que nos obliga a vivir y luchar tanto dentro como fuera del Estado y el derecho, mientras estos existan como modos dominantes (Domínguez González y Alhambra Delgado 2012, 99). Sin embargo, el conocido filósofo francés Alain Badiou (1937) advierte al respecto, desde una perspectiva comunista, que para articular una nueva proposición afirmativa de carácter antisistémica, se tiene que estar fuera tanto del Estado como del derecho; de lo contrario, se limita uno a actuar como mera oposición presa de las lógicas del marco político y jurídico burgués, las cuales resultan contrarias a las de los movimientos y las organizaciones antisistémicas (Badiou 2013, 10).

El impulso normativo alternativo de la forma comunal

Marx tenía razón al insistir en que el Estado burgués no era más que una "comunidad ilusoria" y que detrás de sus leyes y reglas aparentemente neutrales, que supuestamente ofrecen libertad y justicia para todos, radica una serie de normas y relaciones económicas, basadas en la institución capitalista de la propiedad y las relaciones privadas, que materialmente estructuran y determinan la existencia de sus sujetos como una monada aislada y solitaria. Allí su insistencia en la necesidad de la extinción gradual del derecho como modo predominante

de estructuración y regulación social (Guastini 1976). Si bien algunos han descartado esta proposición teórica como algo ilusorio, más recientemente ha vuelto a cobrar actualidad entre aquellos que, fuera de cualquier alegación de reduccionismo estructural, lo consideran una profunda verdad validada empíricamente, a la cual le ha llegado su momento de realización (Rivera Lugo 2014, 123-61). Lo que se necesita es una proposición afirmativa más concreta en cuanto a los principios normativos alternativos y procesos constitutivos, apuntalados en experiencias fácticas concretas, desde las cuales se pueda fundar y desarrollar lo nuevo.

Más recientemente se ha reconocido que la forma comunal fue el principal foco de atención de Marx en sus últimos años, por lo que incluso, entre otras razones, dejó finalmente sin terminar los volúmenes 2 y 3 de su *opus prima, El capital*. En su lugar, emprendió una evaluación crítica de la importancia histórica de la Comuna de París de 1871 y un extenso estudio de la comuna rural en Rusia, entre otras experiencias comunales que incluyeron las de los pueblos indígenas de América Latina. Marx estaba convencido de que la comuna representaba un modo históricamente alternativo de producción social y gobernanza autónoma al existente bajo el capitalismo, que ponía en entredicho la necesidad y existencia del Estado. Finalmente, había encontrado su modelo de gobierno no estatal para completar su tesis sobre la extinción gradual de la forma del Estado burgués. Lo que faltaba era darse cuenta de su potencial histórico. Su estudio y pensamiento acerca de la comuna como una forma alternativa de gobierno lo hicieron introducir una importante adición teórica al "Prefacio" a la edición alemana de 1872 del *Manifiesto Comunista*. Para él, la experiencia de la Comuna de París había demostrado que "la clase obrera no puede limitarse simplemente a tomar posesión de la máquina del Estado tal como está, y a servirse de ella para sus propios fines". Posteriormente, en el "Prefacio" de la edición rusa de 1882, Marx sugirió más abiertamente la forma comunal, en el caso de Rusia, como un potencial "punto de partida para el desarrollo comunista" y una alternativa a la experiencia de Europa occidental bajo el capitalismo (Marx 2015, 461-487; Bosteels 2014, 53-5, 60-8, Basso 2015, 54-107).

Marx estaba convencido de que, entre otras cosas, la comuna tenía que superar la tendencia a reducir su alcance a lo local, algo que de no corregirse eventualmente facilitaría su destrucción a manos de la embestida del capital (García Linera 2008, 38). Su observación tiene una especial relevancia ahora que las aspiraciones del capital a una subsunción real y total se han dirigido específicamente contra esta forma-comunidad o comunal con el fin de despojar a los pueblos indígenas de los recursos naturales que existen en sus territorios. Ello ha impuesto la necesidad histórica de levantarse por encima de una identidad ancestral propensa a reducir sus luchas a lo local e ignorar el más amplio marco estratégico en el que se están viendo forzados a actuar.

De ahí la importancia de que en las luchas más recientes —por ejemplo, en Bolivia, Ecuador y México— hemos sido testigos del surgimiento de una nueva subjetividad y militancia que trasciende el entorno comunitario inmediato, lo que demuestra el creciente potencial de radicalización de la forma-comunidad. Además, la influencia política de los pueblos y comunidades indígenas ha crecido hasta tal punto que han podido desempeñar un papel importante en los procesos constituyentes

del llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, convirtiéndose en una de sus más significativas fuentes materiales de principios y disposiciones normativas. También han introducido nuevas ideas en los debates teóricos sobre la transición a un futuro alternativo que incluye una transformación civilizatoria más allá de una ruptura sistémica con el actual orden capitalista. Este es el caso con el principio indígena andino de *sumak kawsay* (vivir bien) como un modo alternativo de socialidad basado en la forma-comunidad.

En cuanto al llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, este es representativo de una subjetividad normativa potencialmente nueva: el pueblo como poder constituyente. Asimismo, encarna, por lo menos, la aparición potencial de un nuevo *episteme* jurídico que propone socializar y multiplicar las fuentes materiales principales de normatividad válida, con su fuerza constitutiva autónoma más allá del poder constituido gubernamentalmente. Esto, por supuesto, plantea un reto único para cada uno, lleno de un potencial conflictivo, debido al hecho de que las sociedades no son conjuntos homogéneos, simétricos y armoniosos, sino totalidades heterogéneas, asimétricas y contradictorias. Estas constituciones son, al fin y al cabo, procesos constitutivos totales con un carácter participativo potencialmente expansivo que va más allá de sus textos y su interpretación bajo la cultura jurídica burguesa aún imperante. En estos casos, bien podríamos estar hablando de la necesidad de forjar una *nueva normatividad constituyente*, que supere las posibilidades del marco actual del derecho constitucional. Al respecto, hay críticos que advierten que, en el caso de Bolivia y Ecuador, el nuevo orden constitucional puede representar finalmente una nueva forma de dominación si no se abren *de facto* a la fuerza normativa de esta pluralidad procesos constitutivos sociales y comunitarios. Destacan que los respectivos procesos de rebelión civil que llevaron a la prescripción de una nueva constitución estaban mayormente comprometidos con la institución de formas más autónomas de lo político que las que se practican al presente (Tapia 2011, 167-85; Noguera y Navas 2016, 23-7, 213-54). En el caso de Venezuela, antes de su inesperado fallecimiento, Hugo Chávez (1954-2013), como presidente y fundador del proyecto revolucionario bolivariano, insistió en la necesidad de desarrollar agresivamente una estructura comunal de poder en todo el país, como una nueva forma de gobernanza más allá y en sustitución de la prevaleciente forma política estatal. En ausencia de ello, subrayó, el carácter radical del proceso seguramente sufriría el mismo destino adverso que el sufrido por el *socialismo real* europeo (Chávez 2012; Ciccariello-Maher 2016, 14-25).

En cuanto al potencial histórico que podría representar el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* en otros contextos, como México, el joven antropólogo jurídico Orlando Aragón Andrade —miembro del colectivo de juristas militantes *Emancipaciones* de Michoacán, México, dedicado al estudio crítico y práctica alternativa del derecho—, sostiene que también se pueden observar sus impulsos transformativos entre los efectos de las luchas autónomas de las comunidades indígenas locales, como en el caso de San Francisco de Cherán. Para este, se trata de un *nuevo constitucionalismo transformador desde abajo* con una fuerza normativa constitutiva no limitada al ámbito local, sino extensivo también al contexto nacional (Aragón Andrade 2016; Aragón Andrade 2019). Me he referido a este fenómeno en otra parte

como *constitucionalismo societal* y *comunal*, lo que da cuenta de la progresiva autonomización de los procesos constitutivos y la ampliación de su impulso normativo más allá del Estado y su derecho (Rivera Lugo 2016). Esto contrasta con la constitucionalización estadocéntrica de los derechos de los pueblos indígenas, dominados por un horizonte limitado en el que las libertades inalienables de estos son básicamente normalizadas bajo la forma jurídica colonial capitalista.

Según el investigador jurídico italiano Massimo Fichera, actualmente "el alma del constitucionalismo debe buscarse a nivel local". Agrega: "Lo que queda por delante es un campo de posibilidades para una forma de constitucionalismo comunal" (Fichera 2016). Hace referencia a la empíricamente identificable tendencia hacia el reconocimiento del conjunto de la sociedad como el lugar en que ocurren una serie de procesos constitutivos que son independientes del orden constitucional estadocéntrico. Aquí se encuentra realmente la nueva posibilidad histórica potenciada inicialmente por el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Incluso podría rebasarlo de limitarse a privilegiar el marco estatal y negarse a reconocer de hecho el impulso material de un marco constitucional más amplio que consiste en un proceso social dinámico y participativo de prescripción normativa impregnado permanentemente de una pluralidad constitutiva de contextos y fuentes.

Un ejemplo de estas *constituciones comunales* son los regímenes normativos autónomos de pueblos y comunidades indígenas, en la medida en que sean representativos de un acuerdo efectivamente consensuado entre sus miembros y constitutivo de un modo específico de organización de la participación política, con sus propias instituciones y procesos de producción normativa (Correas 2007, 67). Por lo tanto, nos referimos a mucho más de lo que comúnmente se conoce como pluralismo jurídico. Más exactamente, aludimos a la existencia e interacción de una multiplicidad de sistemas normativos que incluyen tanto a la comunidad como al Estado, como también a los procesos de producción social e intercambio de mercancías, entre otros, todos los cuales luchan por la legitimación de su normatividad respectiva en medio de la actual crisis estructural del capitalismo. Esta importante pluralidad normativa refleja la creciente ruptura de la integración sistémica bajo la actual crisis, lo que resulta en un cambio paradigmático cada vez más evidente con respecto a la ordenación y regulación social fuera del marco institucional estadocéntrico.

El espectro del comunismo normativo

Antonio Gramsci (1891-1937) tenía razón al insistir en que, en última instancia, la creación de normas no es la prerrogativa exclusiva del Estado. Según el conocido marxista italiano, el conjunto de la sociedad, sus asociaciones e instituciones, son también fuentes materiales de prescripciones normativas:

> Todo hombre, en la medida en que está activo, es decir, vivo, contribuye a modificar el entorno social en el que se desarrolla (para modificar algunas de sus características o preservar a los demás); en otras palabras, tiende a establecer 'normas', reglas de vida y de conducta. (Gramsci 1971, 265-6)

En este sentido, todos son potencialmente legisladores de normas y reglas, con la salvedad

de que bajo la actual dicotomía burguesa entre sociedad política y sociedad civil, a la primera se le ha provisto con los instrumentos ideológicos y coercitivos para legitimar y asegurar el cumplimiento universal con sus normas. Esto explica la lucha librada, por una parte, por el control del derecho, sus significados y aplicaciones concretas y, por otra parte, la lucha por establecer posiciones autoritativas para la creación de normas que puedan alterar el balance real de fuerzas que, en última instancia, determina la existencia real del derecho. Es cuestión de desarrollar un nuevo orden normativo en el que esta distinción entre sociedad política y sociedad civil también se extinga.

Por esta razón, uno de los desarrollos más importantes en la crítica, la investigación y el pensamiento sociojurídico en América Latina es el estudio de las diferentes experiencias históricas de lo común o comunal, por los marxistas, anarquistas y pueblos indígenas de Latinoamérica, entre otros. Teniendo en cuenta que el objeto más importante del pensamiento marxista no es meramente obtener una mejor comprensión de la realidad, sino lograr su transformación revolucionaria, uno de nuestros mayores desafíos hoy es perfeccionar nuestro pensamiento o perspectiva crítica acerca del tema a la luz de nuestra realidad actual. Por lo tanto, tenemos que ir más allá de un mero diagnóstico de la situación inmediata para establecer un marco teórico y práctico alternativo basado en las experiencias normativas societales y comunales que han surgido, incluyendo las expresiones del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. De lo que se trata es de potenciar un proceso continuo de construcción y transformación creativa y crítica, con el objetivo de contribuir a la producción de un nuevo modo hegemónico de estructuración y regulación social. Esto seguramente requerirá la deconstrucción y desfetichización de los conceptos y categorías predominantes, así como de la creación de nuevos constructos teóricos que puedan representar efectivamente estas experiencias normativas alternativas, algunas de las cuales han sido sugeridas en este capítulo. Sobre todo, hay que ir más allá de una mera valoración de las diferencias que caracterizan a las diversas concepciones y experiencias de lo común, lo comunal y lo comunitario, e identificar tanto sus contradicciones como también sus afinidades estratégicas y posibilidades para desarrollar un agenciamiento colectivo a favor de la construcción de la alternativa revolucionaria transcapitalista previamente mencionada, incluyendo los fundamentos normativos de su economía política de transición. Para los marxistas de la región, esta situación representa una oportunidad única para finalmente superar su "comunismo abstracto" (Echeverría 1986, 179-95) a través de la comprensión de las implicaciones estratégicas de la apuesta de Marx a favor de las posibilidades revolucionarias de la forma comunal o comunitaria, rompiendo, por lo tanto, radicalmente con el arraigado entendimiento eurocéntrico de la historicidad concreta de América Latina bajo el capitalismo (Cueva 2008).

En este sentido, el movimiento zapatista en México representa una convergencia positiva entre perspectivas marxistas y la cosmovisión maya que propone disputar las relaciones sociales y de poder del presente no solo en sus comunidades, sino también más allá de estas. El Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) cree que un verdadero cambio revolucionario de carácter anticapitalista solo puede ser el resultado de la institución autónoma, desde abajo, de nuevas relaciones sociales y de

poder basadas en la forma-comunidad o forma-comunal. Ese es el caso con el establecimiento de los Caracoles (regiones organizativas de las comunidades autónomas zapatistas), las Juntas de Buen Gobierno y la institución de una administración independiente de justicia. Con la aplicación exitosa de los usos y costumbres de las comunidades, es decir, las normas, reglas y prácticas procesales propias, se opera efectivamente fuera del control del Gobierno central. Experiencias como estas han demostrado la posibilidad concreta de proveer una gobernanza democráticamente autogestada, a través de procesos decisionales conducidos a través de asambleas, con representación directa de los miembros de la comunidad. También han demostrado la viabilidad de una justicia comunitaria relacional y autónoma basada en un proceso participativo de solución de conflictos, cuyos términos se articulan y enuncian colectivamente por medio de un acuerdo de carácter reparador.

Este fenómeno representa un ejemplo empíricamente verificable de la ya mencionada comprensión, empuñada por Marx, del comunismo como el devenir permanente de esos impulsos y experiencias históricas comunales que no solo se caracterizan por la negación del estado actual de las cosas, sino que, más importante aún, afirman activamente una nueva posibilidad histórica para una forma alternativa de normatividad que ha sido descrita como *comunismo jurídico o normativo* (Negri 2003, 11-12; Rivera Lugo y Correas 2013, 13-27). Esto incluye la posibilidad de un *no derecho proletario* (Badiou 2009, 184) o un *no derecho societal* y *comunal* (Rivera Lugo 2014, 123-61) como formas potencialmente alternativas de gobernanza, normatividad y regulación social más allá del derecho burgués centrado en el mercado y el Estado. Por *no derecho* me refiero al marco normativo autodeterminado bajo el cual operan los movimientos sociales y comunitarios, así como los movimientos y las organizaciones revolucionarias. También es el marco normativo tácito o informal de todas las relaciones y asociaciones fundadas en el principio de una reciprocidad basada en la cooperación, amistad o solidaridad, bastante ajena al individualismo posesivo y egoísta propio del derecho burgués. Estas experiencias forjan, una a una, una lógica acumulativa de un poder constitutivo para la construcción de un modo alternativo de socialidad que ya está presente, al menos en *potentia*. Son pruebas de que hay espacio no solo para la resistencia, sino, sobre todo, para el desarrollo de nuevas posibilidades transformativas, incluyendo sus fundamentos normativos, más allá del capital.

Según el distinguido filósofo e historiador jurídico cubano Julio Fernández Bulté(1937-2008), el colapso del *socialismo real* europeo constituye una oportunidad histórica para revisitar la perspectiva marxista tanto del Estado como del derecho mediante el reconocimiento efectivo de la producción creciente de una normatividad no estadocéntrica y la consiguiente reducción de la función prescriptiva de la forma política estatal. Esto no debe entenderse como una alteración meramente circunstancial e insustancial con respecto a las fuentes materiales del derecho, sino como la manifestación de una mutación estructural en relación con cómo se produce el derecho o la normatividad societal en general y cómo se expresa este fenómeno en los tiempos actuales(Matilla Correa 2009, 206–7). Es el espectro del *comunismo normativo real* que actualmente acecha el mundo jurídico y que, en última instancia, reta a la forma jurídica

como una forma históricamente dada, limitada y cada vez más superada de estructuración y regulación social.

Referencias

Althusser, L., 2014. *Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Práctica teórica y lucha ideológica*. México DF: Grupo Editorial Tomo.

Althusser, L., 2015. *Sobre la reproducción*. Madrid: Akal.

Aragón Andrade, O. 2016. Transformando el constitucionalismo transformador. Lecciones desde la experiencia político-jurídica de Cherán, México. *Seminario de estudios críticos del Derecho y las Humanidades*. Colectivo Emancipaciones/UNAM: Morelia.

Aragón Andrade, O. 2019. *El derecho en insurrección: Hacia una antropología jurídica militante desde la experiencia de Cherán, México*. Morelia / Ciudad de México: Escuela Nacional de Estudios Superiores, Unidad Morelia/UNAM.

Arrighi, G. 2010. *The Long Twentieth Century*. Londres / Nueva York: Verso.

Badiou, A. 2009. *Teoría del sujeto*. Nueva York: A&C Black.

Badiou, A. 2013. Dialéctica afirmativa: de la lógica a la antropología, *The International Journal of Badiou Studies*, vol. 2, n.° 1, Brooklyn, Nueva York.

Basso, L. 2015. *Marx and the common*. Chicago: Haymarket Books.

Beirne, P. y Quinney, R. 1982. *Marxism and law*. Nueva York: John Wiley and Sons.

Bensaid, D. 2015. Karl Marx, los ladrones de leña y los derechos de los desposeídos. En Marx, K. y Bensaid, D. *Contra el expolio de nuestras vidas*. Madrid: Errata Naturae.

Bonnet, A., Holloway, J. y Tischler, S. 2006. *Marxismo abierto: Una visión europea y latinoamericana* volumen I. Caracas: Monte Ávila.

Bonnet, A. y Piva, A. 2017. *Estado y capital. El debate alemán sobre la derivación del Estado*. Buenos Aires: Ediciones Herramienta.

Bosteels, B. 2013. *El marxismo en América Latina: Nuevos caminos al comunismo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional.

Bosteels, B. 2014. Estado, comuna, comunidad. *Revista Boliviana de Investigación*, vol. 11, n.° 1.

Braudel, F. 1977. *Reflexiones posteriores sobre la civilización material y el capitalismo*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Caldas, CO 2015. *A teoria da derivaçâo do estado e do direito*. Sâo Paulo: Outras Expressôes / Dobra.

Chávez, H. 2012. *Golpe de timón*. Caracas: Correo del Orinoco.

Ciccariello-Maher, G. 2016. *Building the Commune: Radical Democracy in Venezuela*. London / New York: Verso.

Correas, O. 2007. *Derecho indígena mexicano I*. México: CEIICH-UNAM/Coyoacán.

Cueva, A. 2008. El marxismo latinoamericano: Historia y problemas actuales. En *Entre la ira y la esperanza y otros ensayos de crítica latinoamericana*. Buenos Aires/Bogotá: CLACSO/Siglo del Hombre.

Derrida, J. 1994. *Espectros de Marx*. Madrid: Trotta.

Domínguez González, DJ y Alhambra Delgado, M. 2012. El hilo rojo de Foucault. *Youkali* n.º 13.

Dussel, E. 2014. *16 tesis de economía política*. México: Siglo XXI.

Dussel, E. 2017. *El último Marx. 1863-1882) y la liberación latinoamericana*. México DF: Siglo XXI.

Echeverría, B. 1986. *El discurso crítico de Marx*. México: Ediciones Era.

Ferreira, E. 2011. Entrevista a Óscar Correas. *Revista Jurídica Direito & Realidade* , vol. 1, n.° 1, enero-junio 2011.

Fernández Bulté, J. 2008. El socialismo del siglo XXI. *Revista Jurídica del Ministerio de Justicia*, La Habana, Tercera época, año 1, número 1, enero-junio 2008.

Fichera, M. 2016. *La paradoja del constitucionalismo liberal: un llamado al constitucionalismo comunal, VerfBlog*, 10 de noviembre de 2016. Disponible en: http://verfassungsblog.de/the-paradox-of-liberal-Constitutionalism-un-llamado-por-constitucionalismo-comunal/. Consultado el 2 de agosto de 2018.

Freitas, L. y Feitosa, E. 2012. *Marxismo, realismo e direitos humanos*. Paraíba: Universidad Federal da Paraíba.

García Linera, A. 2008. *La potencia plebeya*. Buenos Aires: CLACSO/Prometeo.

Gramsci A. 1971. *Selections from the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*. Nueva York, International Publishers.

Guastini, R. 1976. *Sobre la extinción del Estado.* Disponible en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/1/teo/teo3.pdf. Consultado el 17 de junio de 2018.

Habermas, J., 1998. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

Hardt, M. y Negri, A. 2011. *Commonwealth: El proyecto de una revolución del común*. Madrid: Akal.

Holloway, J. y Picciotto, S. ed. 1978. *State and Capital*. Londres: Edward Arnold.

Kelsen, H. 1957. *Teoría comunista del derecho y el Estado*. Buenos Aires: EMECÉ.

Keucheyan, R. 2016. Las mutaciones de la teoría crítica. *Nueva Sociedad*, n.° 261, enero-febrero de 2016.

Laval. C. y Dardot, P. 2013. *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*. Barcelona: Gedisa.

Laval. C. y Dardot, P. 2015. *Común*. Barcelona: Gedisa.

Löwy, M. 1992. *Marxism in Latin America from 1909 to the present: An Anthology*. Amherst, Nueva York: Libros de Humanidad.

Marini, R. M. 1973. *Dialéctica de la dependencia*. México: Ediciones Era.

Marx, K. 1842. En defensa de los ladrones de leña. En Marx, K. y Bensaid, D. 2015. *Contra el expolio de nuestras vidas*. Madrid: Errata Naturae.

Marx, C. 1999. *El Capital. Crítica de la economía política*, vol. 1. México: Fondo de Cultura Económica.

Marx, K. 2015. *Antología*. México: Siglo XXI.

Marx, K. y Bensaid D. 2015. *Contra El Expolio De Nuestras Vidas*. Madrid: Errata naturae editores.

Mascaro, A. L. 2013. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo. 2015. *Estado y forma política*. Buenos Aires: Prometeo.

Mascaro, A. L. 2016. *Democracia e crisis do capitalismo atual: Aportes teóricos*. Trabajo presentado al Conferencia Constitucionalismo, Derechos Humanos y Democracia: Análisis de los conflictos y debates en Nuestra América. Quito: CLACSO/IAEN/UASB.

Matilla Correa, A. coord. 2009. *Panorama de la ciencia del derecho en Cuba, Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté*. La Habana / Palma de Mallorca: Universidad de La Habana / Leonard Muntaner.

Mezzadra, S. 2014. *La cocina de Marx. El sujeto y su producción*. Buenos Aires: Tinta Limón.

Musto, M., 2020. *The last years of Karl Marx*. Stanford: Stanford University Press.

Negri, A. 2003. *La forma-Estado*. Madrid: Akal.

Negri, A. 2008. Filosofía del derecho contra la soberanía: nuevos excesos, viejas fragmentaciones. *Law Critique* , vol. 19: 335-43.

Negri, A. y Hardt, M. 2003. *El trabajo de Dionisos. Una crítica de la forma-Estado*. Madrid: Akal.

Noguera, A. y Navas, M. 2016. *Los nuevos derechos de participación en Ecuador, ¿Derechos Constituyentes o Derechos Constitucionales? Estudio del modelo constitucional de 2008*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Pashukanis, E. 1976. *La teoría general del derecho y del marxismo*. México, DF: Grijalbo.

Rivera Lugo, C. y Correas Vázquez, O. coords. 2013. *El comunismo jurídico*. México: UNAM-CEIICH.

Rivera Lugo, C. 2014. *¡Ni una vida más para el Derecho! Reflexiones sobre la crisis actual de la forma-jurídica*. Aguascalientes / San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat y Programa de Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

Rivera Lugo, C. 2016. La normatividad societal de lo común. En Rajland, B. y Benente, M. coords., *El Derecho y el Estado. Procesos políticos y constituyentes en Nuestra América*. Buenos Aires: CLACSO/FISYP.

Roux, R. 2008. Marx y la cuestión del despojo. Claves teóricas para iluminar un cambio de época. *Revista Herramienta*, n.o. 38, Buenos Aires.

Sánchez Vázquez, A. 1988. El marxismo en América Latina. *Dialéctica*, n.º 19.

Sánchez Vázquez, A. 2018. *De Marx al marxismo en América Latina*. Ciudad de México: Ítaca.

Santos, B. 1980. Justicia popular, dualidad de poderes y estrategia socialista. *Revista de Sociología*, n.° 13.

Sartori, V. B. 2010. *Lukács e a crítica ontológica ao direito*. São Paulo: Cortez.

Streek, W. 2016. *¿Cómo terminará el capitalismo?* Londres / Nueva York: Verso.

Tapia, L. 2011. *El estado de derecho como tiranía*. La Paz: CIDES/UMSA.

Parte II
Nuevos modelos constitucionales y diseño institucional

Capítulo 11
POLÍTICA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA*

Juan F. González Bertomeu[1]

Introducción

Es un privilegio tener la oportunidad de revisar el campo floreciente de la política judicial en América Latina. El campo está repleto de trabajos valiosos y, a menudo, novedosos, que se construyen sobre la base de los esfuerzos del pasado y ofrecen investigaciones empíricamente sólidas, de avanzada en términos metodológicos y fundamentadas tanto en el plano conceptual como en el teórico. Al reivindicar su poder frente a una gran cantidad de actores y tomar parte en varios debates colectivos relevantes, muchos tribunales latinoamericanos se han puesto en el centro del escenario durante las últimas décadas. Las investigaciones que rastrean sus determinantes y trayectorias han estado a la altura del desafío. La abundancia de estudios de buena calidad es motivo de celebración y también plantea el desafío de reseñarlos.

Este capítulo organiza el campo de la política judicial en América Latina alrededor de cinco preguntas. Para ello, presenta de manera ilustrativa una serie de investigaciones relativamente recientes[2] sobre los tribunales latinoamericanos, en particular sobre aquellos que ejercen la jurisdicción constitucional. En vista de que las conclusiones de un estudio a menudo contradicen las de los demás, el objetivo de este capítulo no es ofrecer una explicación definitiva, sino resaltar las contribuciones más representativas del campo y los desafíos que enfrenta. La primera sección del capítulo aborda una pregunta conceptual: ¿a qué nos referimos cuando hablamos de la "independencia" y el "poder" judicial? La segunda pregunta (sección 2) se remite al empoderamiento de los tribunales: ¿por qué y en qué condiciones los actores políticos delegan el poder en los tribunales? El tercer grupo de preguntas es: ¿qué explica el comportamiento de los(las) jueces(zas)? y ¿cuáles son (algunos de) los factores de motivación que influyen en sus decisiones? La tercera sección explora a dos candidatos (las actitudes de jueces y juezas y las consideraciones estratégicas), mientras la cuarta analiza la discusión sobre el derecho y las ideas o culturas jurídicas. Las dos últimas preguntas (sección 5) se refieren a la relevancia y los determinantes de la activación de los

* Cómo citar este capítulo: González Bertomeu, Juan F. 2024. Política judicial en América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 247-270.
http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.12

tribunales y el cumplimiento de las decisiones. Para concluir, el capítulo resalta algunos de los desafíos futuros.

Estudiar los tribunales es una tarea difícil. Las razones giran, en parte, alrededor de los puntos principales que aborda este capítulo, pero van más allá de ellos. Las decisiones de los tribunales pueden tener diferentes implicaciones políticas y sociales. Salvo en las revisiones de oficio, la misión principal de los tribunales es resolver disputas. Sin embargo, sus sentencias también pueden proteger o debilitar derechos, legitimar o debilitar un régimen político, declarar responsables (o no) a los funcionarios, mediar de forma exitosa (o no) en los conflictos entre facciones, etc. En muchos casos es difícil concluir si los tribunales van detrás de estos resultados o si simplemente son las consecuencias inesperadas o —lo que no es lo mismo— no deseadas de sus acciones. Además, tanto los componentes institucionales como las particularidades políticas, sociales, culturales y profesionales pueden afectar la capacidad de los tribunales para lograr uno o más de esos resultados. Un capítulo como este solo puede abordar un número limitado de preguntas, y varias quedan por fuera. En particular, este capítulo no tiene en cuenta la gran influencia que pueden tener la estructura de los tribunales y las reglas internas sobre la carga de trabajo de los(las) jueces(zas), sus prácticas de deliberación y sus sentencias[3].

El capítulo se concentra en los proyectos en los que la ciencia política, la sociología y el derecho dialogan entre sí, y que ofrecen evidencias cuantificables (a menudo mediante el empleo de métodos mixtos). Por supuesto, este énfasis no pretende negar la importancia de los análisis completamente cualitativos; de hecho, este capítulo presenta algunas de esas contribuciones[4].

Conceptos

Si bien este capítulo no se concentra en los conceptos, puede ser útil revisarlos rápidamente. En América Latina, el campo de la política judicial se desarrolló en el contexto de sistemas políticos que transitaban hacia la democracia después de haber sufrido regímenes autoritarios y en los que el poder judicial enfrentaba presiones políticas y otros desafíos serios (que, de hecho, algunos de ellos aún enfrentan). Por ello, resulta natural que los académicos hayan reflexionado sobre los roles, las condiciones y el estatus de los tribunales.

El concepto de *independencia* judicial y su posible utilidad han estado en el centro de un debate de larga data (Kornhauser 2002; Shapiro 1981; Tate y Vallinder 1995; Larkins 1996; la lista es extensa). Como lo ha planteado Brinks, resulta interesante que, a pesar de los usos variados de la palabra "independencia", los académicos coincidan en que, en buena medida, los tribunales latinoamericanos no son independientes (2005, 596). La independencia ha sido conceptualizada en la región como la libertad de un juez para "reflejar sus preferencias en sus decisiones sin enfrentar represalias" (Iaryczower *et al.* 2002, 699). Esto no puede ser del todo correcto. Ninguna teoría aceptable afirma que un(a) juez(a) con preferencias extravagantes debería tener absoluta libertad para hacer lo que quiera (Kapiszewski y Taylor 2008). Además, es posible que una jueza partidista siempre "prefiera" no oponerse al Gobierno.

Una manera superior de concebir la independencia es afirmar que los (las) jueces(zas) deben ser "los autores de sus decisiones", por lo que no deben sufrir amenazas ni presiones indebidas (Kornhauser 2002, 48; Staton 2010). Sin embargo, hay que tener en cuenta que hay

muchos tipos de "amenazas", de tal forma que solo serían "indebidas" aquellas que condujeran a una pérdida de imparcialidad (Brinks 2005). Un aporte conceptual prometedor es la distinción de Brinks entre la independencia *decisional* y la independencia de *preferencias* (*ibid*.). Así, mientras que la primera se ve comprometida ante la interferencia indebida en el proceso de toma de decisiones para favorecer a una de las partes, la segunda se pone en peligro cuando una facción captura unilateralmente el proceso de selección de los jueces. De ese modo, si los procesos de selección no son plurales y terminan en el nombramiento de jueces(zas) completamente partidistas y de pensamiento afín, la correspondencia entre las preferencias de los jueces y una de las partes podría determinar *ex ante* el resultado de un proceso, incluso ante la ausencia de interferencias indebidas (*ibid*.). Si bien la independencia se ve comprometida si falta alguna de esas dimensiones, un sistema puede tener independencia decisional sin independencia de preferencias y viceversa (*ibid*.).

El *poder judicial* (es decir, el poder de los tribunales) es un concepto menos problemático. Ha sido analizado tanto en su naturaleza jurídica como fáctica. A la primera pertenecen las reglas que estructuran el proceso de decisión judicial, entre las que se incluyen aquellas que establecen las formas de control judicial, los efectos de las decisiones y el acceso a la administración de justicia (Ríos-Figueroa 2011; Staton 2010). Es claro que un tribunal débil en este sentido puede ser independiente en cualquiera de las dimensiones anteriores (Kornhauser 2002). La naturaleza fáctica del poder judicial está más relacionada con la independencia: se trata de la capacidad de un tribunal de "generar con sus acciones" ciertos resultados deseados, principalmente al asegurar el cumplimiento de sus decisiones (Staton 2010, 9). En este sentido, el concepto más neutral de *asertividad* (Kapiszewski y Taylor 2008) podría reemplazar la problemática noción de *activismo*.

Empoderamiento

Los tribunales pueden fortalecer o debilitar su poder a través de sus acciones. Sin embargo, su capacidad para operar (el tipo de casos que resuelven, los efectos legales de sus decisiones o la estabilidad laboral) depende en gran medida de las decisiones que toman actores externos, entre ellos los Gobiernos. A veces, los Gobiernos fortalecen la capacidad de los tribunales por medio de una reforma institucional; esto, a su vez, suele posibilitar la revisión judicial de la conducta de los funcionarios gubernamentales[5]. Muchos académicos se han preocupado por entender las razones que motivan este comportamiento en apariencia contraproducente de las coaliciones gobernantes (Finkel 2004; Ingram 2015). La literatura ha explicado este fenómeno con base en (al menos) cinco tipos de motivaciones *estratégicas*[6]. En diversos grados, cada explicación supone que el comportamiento estratégico aparece en los contextos en los que se percibe alguna forma de debilidad, ya sea una posible derrota electoral o un Gobierno dividido[7]. Es importante resaltar que cada explicación intenta captar las *motivaciones* de los actores, algo que, por sí mismo, es difícil de precisar (Ingram 2016, por ejemplo, intenta identificar los incentivos materiales e inmateriales que determinan las motivaciones). En ese sentido, los académicos procuran reconstruirlas analizando el comportamiento de los actores y la información que se considera disponible para ellos, aunque a menudo incorporan una serie de supuestos potencialmente problemáticos

en las explicaciones, como el comportamiento no miope de los actores. Además, sin importar las motivaciones, con mucha frecuencia las instituciones adquieren una vida propia tan pronto como se ponen en funcionamiento (Thelen y Mahoney 2009).

Una primera explicación es la teoría del *seguro* o del *aseguramiento (insurance theory)* (Ramseyer 1994; Ginsburg 2003; Finkel 2008). Según ella, la coalición gobernante fortalecerá los tribunales ante la posibilidad de una pérdida del poder. Ello le permitirá sumar una instancia o bien para impugnar las políticas del Gobierno entrante o bien para afianzar sus propias políticas frente al último, dado que podrán ser defendidas en el poder judicial (*ibid*.). De ese modo, la coalición gobernante paga una prima (un poder judicial reforzado que puede controlarlo en la actualidad) para estar asegurado en el futuro, si llegara a requerirlo. La explicación del *equilibrio de poder* se conecta con la primera porque también enfatiza la competencia electoral (Chávez 2004a, 2004b). Según esta segunda explicación, el Gobierno tiene un incentivo para fortalecer las cortes cuando varios partidos comparten el poder a lo largo del tiempo y ninguno tiende a dominar conjuntamente el ejecutivo y el legislativo. En tales escenarios, los tribunales "pueden aparecer como [árbitros] entre los actores políticos" (Chávez 2004b, 465). De acuerdo con Chávez, el equilibrio de poder, que estuvo ausente durante muchos años en Argentina, es necesario para la independencia judicial. Esta explicación puede dar cuenta tanto de la *tolerancia* de los Gobiernos frente a los tribunales independientes como de sus intentos de *reforzarlos*[8].

La tercera explicación se concentra en la *legitimación*. Según ella, los regímenes percibidos como débiles, autoritarios o poco transparentes fortalecen los tribunales para mostrar su compromiso renovado con el Estado de derecho (Landry 2008). Para Ruibal, esto permite explicar la reforma al sistema de nombramientos de la Corte Suprema de Argentina que tuvo lugar en la primera década de los 2000[9]. La cuarta explicación, que es, más bien, un compendio de explicaciones, muestra que el empoderamiento de los tribunales es una de las estrategias para *preservar* o *fortalecer* las coaliciones. Al investir de poder a un tercero, el Gobierno podría consolidarse, ya sea porque ha perdido su capacidad de arbitrar los conflictos dentro de una coalición, para evitar tomar decisiones en casos sensibles o para superar los obstáculos para la implementación de una agenda particular (Voigt y Salzberger 2002; Whittington 2005; Hirschl 2006)[10]. La quinta es una explicación de tipo *moneda de cambio (bargaining chip)* (Finkel 2008). El Gobierno podría aceptar fortalecer el poder judicial a cambio de medidas que valora más. En Argentina, solo después de que el Gobierno apoyó varios cambios, entre ellos la creación de un nuevo consejo judicial, fue posible aprobar en 1994 una reforma constitucional cuyo principal objetivo era permitir la reelección del presidente Ménem (Finkel 2008)[11].

Uno esperaría que estas motivaciones coincidieran con un arreglo institucional adecuado[12]. Por ejemplo, si el déficit de legitimidad se explica por una respuesta débil a las violaciones de derechos, es de esperar que se refuercen los mecanismos de protección de derechos por medio de acciones como el amparo o equivalentes, tal y como sucedió en Colombia en 1991[13].

México

México es un terreno fértil para explorar estas teorías. En 1994, en el contexto de 65 años

de Gobierno continuo del PRI (Partido Revolucionario Institucional), un sistema político severamente deslegitimado y derrotas electorales locales, Ernesto Zedillo, un economista priista, llegó al poder después de prometer una reforma judicial. Poco después, Zedillo logró la aprobación de una reforma constitucional que extendió la jurisdicción de la Suprema Corte y modificó su composición. A la Suprema Corte se le amplió la competencia para arbitrar conflictos entre distintos órganos del Estado a través del mecanismo de la "controversia constitucional" y para decidir en forma directa sobre la constitucionalidad de las normas, que pueden ser demandadas por un grupo de funcionarios(as) o políticos(as) a través de la "acción de inconstitucionalidad". Además, se redujo de 26 a 11 el número de magistrados(as), y su forma de elección se reemplazó por un nuevo procedimiento más plural (Finkel 2004; Magaloni 2008). Algunas académicas han intentado explicar este fenómeno.

Según Finkel (2004), el caso de Zedillo se puede entender como una típica estrategia de aseguramiento en un contexto en el que el PRI ya no podía controlar las elecciones. Tras fijarse a mediano plazo, Zedillo y sus asesores buscaron "protegerse frente a una eventual pérdida del poder" (Finkel, 2004, 87). Zedillo presentó un proyecto de reforma más débil que el que finalmente se aprobó, pero una parte de la oposición (el derechista Partido Acción Nacional [PAN]), cuyos votos eran necesarios, impulsó "un mayor empoderamiento judicial" (el izquierdista Partido de la Revolución Democrática [PRD] votó en contra) (*ibid*. 102). La explicación de Finkel se basa entonces en la teoría del aseguramiento y tiene rasgos de la estrategia de la moneda de cambio. De acuerdo con Magaloni (2008), la explicación es diferente. La autora recurrió a un análisis de teoría de juegos en el que dos políticos compiten entre sí por una postulación y el presidente toma las decisiones finales. Mientras el PRI monopolizaba efectivamente las postulaciones, se obedecía cualquier decisión que tomara el presidente. Sin embargo, tan pronto como se abrieron las opciones electorales, el costo de desafiar al liderazgo disminuyó y el presidente perdió la capacidad de garantizar el cumplimiento, ya sea a favor o en contra de sus aliados. De ese modo, la solución fue externalizar las decisiones: la cuarta explicación.

Si bien Inclán (2009) compartió la opinión de Magaloni, optó por la tercera explicación. Ambas autoras coincidieron en que la motivación de Zedillo era más cortoplacista de lo que pensaba Finkel: conservar el poder que el PRI tenía en ese momento. Según Inclán, dado que la propuesta de reforma o su implementación no tuvieron lugar en una etapa avanzada del Gobierno de Zedillo, particularmente en un momento en el que las posibilidades de derrota del PRI eran más claras, la teoría del seguro no lograba explicar el caso mexicano. De hecho, cuando la reforma se llevó a cabo, se vivía un clima de "victoria política", y no se pensaba que una derrota futura fuera probable (Inclán 2009, 755; Woods y Hilbink 2009). Además, si se hubiera pensado que la derrota era probable, quizás el PAN, el partido con mayores posibilidades de llegar al poder, se habría opuesto a la reforma, mientras que el pequeño PRD la habría apoyado (*ibid*.). Ocurrió exactamente lo contrario. Según Inclán, Zedillo quería limpiar la imagen del partido para lograr tres objetivos: convencer a los votantes para que apoyaran al PRI, mostrar que gobernaría de manera transparente y, como lo indica Magaloni, externalizar algunas decisiones para evitar un debilitamiento del poder[14].

Es posible integrar algunas de las explicaciones ofrecidas en este diálogo fructífero para ofrecer un mapa de motivaciones más complejo. Sin embargo, el principio de parsimonia les aconseja a los investigadores que concentren sus esfuerzos en formular explicaciones más simples. El éxito de cada una está en función de las evidencias empíricas. En resumen, las anteriores explicaciones estratégicas predicen que el empoderamiento ocurre en contextos en los que los Gobiernos son relativamente débiles. Sin embargo, para identificar cuál de ellas está en juego en un caso particular, es necesario conocer las condiciones políticas relevantes y la información y la racionalidad de los actores políticos. Evidentemente, allí se encuentra el mayor desafío.

Toma de decisiones

La discusión anterior se centró en los determinantes *externos* del empoderamiento de los tribunales. Probablemente, la mayor parte de los estudios contemporáneos se concentran en cambio en los factores que están detrás de las decisiones de los tribunales y los (las) jueces(zas). Esta sección ofrece algunas consideraciones preliminares alrededor del comportamiento judicial, describe los posibles factores que lo determinan, destaca las contribuciones más importantes en el campo y señala algunos desafíos.

Como han señalado algunos(as) académicos(as), los(las) investigadores(as) pueden centrarse en un número limitado de cuestiones si aíslan en sus estudios el comportamiento de los jueces de las consecuencias de sus decisiones. Esto, sin embargo, resulta un poco artificial. Particularmente en los asuntos que involucran al Gobierno, las predicciones de los(las) jueces(zas) sobre el cumplimiento de sus sentencias pueden influir en las decisiones que toman y las órdenes que profieren (Kapiszewski y Taylor 2013; Staton 2010). Es posible pensar que los jueces consideran el impacto social de sus decisiones, incluso más allá de su cumplimiento. También es posible dar un paso hacia atrás para preguntarse por las personas que activaron la intervención de los tribunales en un caso y dilucidar las condiciones y oportunidades de acceso (Ingram 2015, 256).

Actitudes

A principios del siglo XX, el realismo jurídico norteamericano cuestionó la opinión predominante según la cual los jueces aplicaban el derecho en sus decisiones. Para el realismo, una mirada más cercana revelaba que los jueces respondían "principalmente al estímulo de los hechos del caso, más que a las normas y razones jurídicas" (Leiter 2002). Dado que el derecho era indeterminado, las razones jurídicas no justificaban por sí mismas una decisión (*ibid*.). Sobre esta base, Pritchett (1948) lideró a fines de la década de los cuarenta un "cambio de paradigma" en el estudio de los tribunales por parte de la ciencia política (Cameron y Kornhauser 2015). En lugar de interpretar las consideraciones vertidas en las sentencias, Pritchett se concentró en los *votos* de los jueces en ellas (*ibid*.). En las décadas siguientes, Pritchett y otros (entre los que se destacan Schubert y Spaeth) se embarcaron en una ambiciosa agenda de investigación, usualmente denominada "actitudinalismo". Allí el foco de la investigación se encontraba en las actitudes de los jueces frente a los hechos del caso (*ibid*.). En Estados Unidos, muchos estudios, incluyendo algunos que desarrollaron métodos novedosos,

han intentado medir las actitudes de los (las) jueces(zas) con el fin de capturar el peso de sus preferencias de política pública y ubicarlas en el espectro liberalismo-conservadurismo.

Solo unos pocos trabajos sobre los tribunales latinoamericanos han estudiado las actitudes políticas o ideológicas de los (las) jueces(zas). Entre ellos se encuentra el estudio de Scribner (2011) sobre las Cortes Supremas de Chile y Argentina (en los períodos 1932-1999 y 1946-1999, respectivamente). En su trabajo, la autora encontró que, bajo un gobierno democrático, la probabilidad de que los jueces argentinos votaran para proteger los derechos de expresión era 15 puntos porcentuales mayor que en el caso de los jueces conservadores (Scribner no encontró un efecto significativo en Chile). Otra contribución relevante es el estudio de Basabe Serrano (2012) sobre las decisiones de control abstracto de constitucionalidad de la Corte Constitucional de Ecuador. Para su investigación, el autor construyó un indicador de ideología con la ayuda de un grupo de expertos(as) que clasificó a los jueces constitucionales en el espectro derecha-izquierda con base en sus posiciones alrededor de la intervención del Estado en la economía y la flexibilidad laboral y sus inclinaciones partidistas. Ese indicador fue la variable independiente de un modelo de regresión cuya variable dependiente fueron los votos de los jueces en los casos que involucraban esas áreas. Basabe Serrano encontró que la "ideología", definida de ese modo, tiene algún efecto sobre las decisiones de los jueces constitucionales.

Con frecuencia, los modelos actitudinales operacionalizan las preferencias de los (las) jueces(zas) atribuyéndoles las preferencias del funcionario que los nombró (generalmente el presidente) o, como en el caso anterior, recurriendo a las opiniones de expertos(as). Aunque estos métodos pueden ser muy útiles, y, a menudo, son los únicos disponibles, vienen con algunas salvedades. Mientras que la primera es una medida indirecta, la segunda puede llevar a un problema de endogeneidad en la medida en que el conocimiento experto sobre el comportamiento pasado de jueces y juezas a veces proviene de los mismos casos que se pretende explicar en el estudio. Algunas investigaciones han tratado de eludir estos problemas al inferir directamente los "puntos ideales" de los jueces de su comportamiento *revelado* en la corte (Martin y Quinn 2002). Si bien esta alternativa también puede tener algunos problemas, su magnitud dependerá del tipo de proyecto para el cual se usan los puntos ideales[15]. El estudio de Sánchez *et al.* (2011) sobre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad en la Suprema Corte de México optó por esa alternativa. Los(las) autores(as) infirieron estimaciones bidimensionales de las preferencias de los(las) jueces(zas). Las dimensiones, que eran independientes entre sí, consistían en los ejes liberal-conservador y legalista-interpretativista. Los(las) autores(as) definieron el "interpretativismo" como una posición que aboga por apartarse de los precedentes que limitan la jurisdicción de la corte, favorece la interpretación no literal y acoge una interpretación extensiva de la legitimación procesal (el "legalismo" es su opuesto). Los(las) autores(as) descubrieron que los jueces "no s[o]lo ocupan distintas posiciones […] con respecto a la división ideológica prevaleciente", sino también "con respecto a la filosofía judicial o las formas de interpretación jurídica" (*ibid.*).

El estudio de González-Bertomeu *et al.* (2016) también usó la estimación por puntos ideales. Los autores ubicaron en la dimensión

liberal-conservador los votos de los (las) jueces(zas) de la Corte Suprema de Argentina en un conjunto de controversias sobre derechos y procesos políticos entre 1984 y 2007. Los jueces se dividieron claramente en esta dimensión; de hecho, los jueces nombrados por el presidente más conservador se agruparon alrededor de opiniones conservadoras. Desposato *et al*. (2015) también usaron puntos ideales judiciales para estudiar el comportamiento del Supremo Tribunal Federal de Brasil entre 1989 y 2010. Los autores encontraron que tanto las reformas que reforzaron la autoridad del Tribunal en la formulación de políticas públicas como el aumento en el número de jueces nombrados por el Partido dos Trabalhadores (PT) crearon una nueva división en el Tribunal.

Estrategias

Con seguridad, los (las) jueces(zas) valoran otras cosas además de implementar sus preferencias políticas: mantener su trabajo u obtener ascensos, que sus decisiones no sean revocadas, lograr notoriedad, etc. Bajo el paraguas de los enfoques "estratégicos", una segunda rama afirma que, en su búsqueda por materializar sus preferencias, jueces y juezas toman en consideración una serie de factores que pueden incidir en aquellos objetivos. Esos factores les limitan las decisiones posibles. El entorno político que rodea a los jueces, por ejemplo, el grado de unidad de las demás ramas del poder y el apoyo público al Gobierno, o la presión del propio medio judicial, dan forma a esos factores. De ese modo, no es sorprendente que los(las) académicos(as) centrados en América Latina se hayan preocupado más por los estudios estratégicos que por el actitudinalismo (Helmke y Ríos-Figueroa 2011): la inestabilidad política de la región se tradujo en la inestabilidad laboral de los jueces y en varios intentos de socavar el poder de los tribunales.

Un enfoque estratégico estándar, basado en modelos de división de poderes, postula en su forma simplificada que la asertividad de los (las) jueces(zas) crece a medida que el partido de gobierno es menos capaz de ejercer control sobre el legislativo (Gely y Spiller 1990; Ferejohn y Weingast 1992; Ferejohn 1999). Si bien estas explicaciones se basan en muchos supuestos, su punto central es que, cuando se unen las ramas elegidas popularmente, tienen una mayor capacidad de coordinación para anular las interpretaciones judiciales "hostiles", disciplinar a los jueces o debilitar los tribunales. Existen varias consideraciones relevantes para tomar en cuenta en estas explicaciones. Entre ellas, si una decisión judicial particular se tomó por razones legales o constitucionales[16], el tipo de mayorías legislativas necesario para aprobar aquellas medidas, y el momento en que se toman las acciones.

Los (las) académicos(as) latinoamericanos(as) han probado estos enfoques. Iaryczower *et al*. (2002) estudiaron el comportamiento de la Corte Suprema de Argentina entre 1935 y 1998. Según los autores, era significativamente más probable que la Corte invalidara una norma para el caso particular cuando el ejecutivo no controlaba el poder legislativo. En su estudio sobre Argentina, Chávez argumentó que los tribunales se vuelven autónomos cuando "ningún partido altamente disciplinado controla tanto el ejecutivo como el legislativo" (2004b, 451). Chávez (2003) aprovechó las grandes diferencias en la política subnacional argentina para comparar la provincia de Mendoza, que se caracteriza por la competencia electoral, con la monolítica provincia de San Luis. La autora

mostró que solo en Mendoza se observa algún grado de independencia judicial[17]. Ríos-Figueroa (2007) se concentró en las decisiones de la Suprema Corte de México contra los gobiernos federales y locales del PRI entre 1994 y 2002 y encontró que la probabilidad de que la Corte votara en contra del PRI aumentó tan pronto como el partido perdió la mayoría legislativa y (luego) la presidencia[18].

Según algunos estudios, la interacción de las ramas de poder ha sido el punto decisivo en Brasil. Uno de ellos es el trabajo de Kapiszewski sobre las decisiones de política económica que tomaron las altas cortes de Brasil y Argentina entre 1985 y 2004 (2012, 2013). Brinks (2011), por su parte, destaca las implicaciones que tiene un contexto político fragmentado para los nombramientos judiciales. La fragmentación precipita el nombramiento de jueces que "sirven fielmente" al régimen político en general y no solo "a aquellos que ejercen el poder en un momento dado", y que tienden a ser más autónomos cuando deciden casos en los que el Gobierno no está involucrado. Aquello que le interesa al régimen está influido en parte por las preferencias de quienes controlan los nombramientos, especialmente el presidente (*ibid.*). Kapiszewski (2013) concuerda con esa conclusión. La autora sostiene que una corte profesionalizada como la brasileña es más "cooperativa" y "estadista" que la más volátil corte argentina. Por otro lado, en su estudio sobre Paraguay, Basabe Serrano (2015) afirmó que la fragmentación del poder político es una condición necesaria, pero no suficiente para la independencia, ya que las instituciones *informales* también pueden ser un obstáculo.

Otros estudios han operacionalizado la fuerza del Gobierno a través del apoyo popular: los Gobiernos suficientemente populares podrán enfrentarse a los tribunales al mismo tiempo que eluden las posibles consecuencias negativas. La investigación de Rodríguez-Raga (2011) sobre las decisiones de control abstracto de constitucionalidad de la Corte Constitucional de Colombia es un buen ejemplo de este tipo de trabajos. Si bien el estudio encontró que el apoyo popular al presidente no afectaba *directamente* las decisiones del tribunal, sí descubrió que era más probable que la Corte declarara inconstitucional una norma al final del mandato del presidente que al principio. Tiede y Ponce (2011) analizaron las decisiones de amparo del Tribunal Constitucional de Perú. Los (las) autores(as) concluyeron que cuanto más se deterioraba el apoyo popular al gobierno, era más probable que el Tribunal decidiera en su contra. Del mismo modo, encontraron que esa probabilidad también aumentaba a medida que disminuía la proporción de escaños en el Congreso ocupados por miembros del partido del presidente.

Vale la pena mencionar tres enfoques teóricamente novedosos. Dos de ellos surgieron de una observación aparentemente desconcertante: a pesar de que su independencia no está garantizada, con frecuencia los (las) jueces(zas) en América Latina "confrontan" al Gobierno. El primero de estos enfoques, el modelo de defección estratégica de Helmke (2002, 2005; Helmke y Sanders 2006), es bien conocido. En contextos de inestabilidad laboral, los jueces tienden a apoyar al ejecutivo, excepto cuando hacerlo pone en peligro su posición frente al Gobierno entrante (*ibid.*). Si los jueces determinan que hay una probabilidad suficientemente alta de que llegue al Gobierno un grupo con una postura política diferente, tomarán la decisión racional de "desertar"; es decir, desafiarán al Gobierno del momento para mostrarle al Gobierno entrante que no son

leales al primero. La autora encontró algunas evidencias de defección en la Corte Suprema de Argentina entre 1976 y 1999: una proporción mayor de decisiones contrarias a los Gobiernos hacia el final de cada período relevante. Sin embargo, tras probar de forma comparada el modelo de Helmke, Sánchez-Urribarri y Songer (2006), arrojaron dudas sobre la posibilidad de generalizarlo. Además, si se siguiera el modelo, debería suponerse que las decisiones en contra del ejecutivo disminuyen tan pronto como llega al poder el nuevo Gobierno, algo que Helmke no investigó.

Basabe Serrano estudió el "voto de convicción" de los (las) jueces(zas) en contextos de "inestabilidad institucional extrema" (2012). Si bien el autor acogió las explicaciones estratégicas, les dio un giro importante. Los jueces responden a la inestabilidad favoreciendo estratégicamente al Gobierno, aunque solo hasta cierto punto: si pueden anticipar que serán forzados a dejar su cargo, considerarán su trabajo una experiencia pasajera y usarán el tiempo para votar de acuerdo con sus convicciones. De esta forma, su comportamiento se acerca al de los jueces ordinarios en entornos estables: los jueces más "estratégicos" son aquellos que se encuentran en contextos con niveles medios de estabilidad (dicho de otra forma, la función de voto no es lineal —la inestabilidad fomenta el voto estratégico—, sino curvilínea; *ibid*. 134). Basabe Serrano encontró evidencias de este fenómeno en la Corte Constitucional ecuatoriana.

Por su parte, Staton (2010) tuvo en cuenta tanto la toma de decisiones como su cumplimiento, y se concentró en el apoyo popular a los tribunales. Su estudio hace eco de la afirmación de Hamilton según la cual los tribunales carecen de la "espada" para hacer cumplir sus decisiones. Esto resulta particularmente relevante cuando el encargado de exigir su cumplimiento, el Gobierno, es justamente el que debe cumplir. Es más probable que un tribunal se pronuncie en contra del ejecutivo si cree que la gente tenderá a enterarse del incumplimiento del Gobierno (*ibid*.; Vanberg 2005; Tiede 2011). Como sucede con la Suprema Corte de México, los propios tribunales pueden favorecer ese conocimiento: la gente se informa sobre un caso cuando lo cubren los medios, y la cobertura responde en parte a la decisión del tribunal de emitir un comunicado de prensa. Staton llegó a dos conclusiones en su estudio: 1. El aumento de la cobertura de los medios hace más probable que el tribunal falle en contra de los intereses del Gobierno; y 2. Es más probable que el tribunal emita un comunicado de prensa cuando invalida una norma, intentando blindar así su posición con el apoyo popular. Estos resultados son consistentes con otros trabajos, incluido el estudio comparativo de Helmke (2011) sobre las cortes en América Latina. De ese modo, el apoyo popular a los tribunales parece fundamental para reducir los ataques contra jueces y juezas.

Prudencia vs. asertividad

Además de las ideas anteriores, ¿por qué en ocasiones los tribunales desafían al Gobierno en contextos de inestabilidad (ya sea real o percibida)? Más aún, si el apoyo a los tribunales es tan importante ¿cómo se construye? En el contexto de los Estados Unidos, se ha sugerido que es clave que las cortes sean prudentes a corto plazo e intervengan de una forma poco sistemática y paulatina (Bickel 1986). Ahora bien, Staton y Helmke (2011) argumentaron que es posible que la prudencia excesiva no sea

apropiada en América Latina. Según ellos, esa estrategia corre el riesgo de construir "creencias inexactas sobre las preferencias judiciales" entre los litigantes: la prudencia podría ser vista como un "sesgo partidista" o como una muestra de que las cortes "no están dispuestas a defender los derechos" (325). Esto resulta comprensible en el contexto latinoamericano. De hecho, como consecuencia de las expectativas políticas en el momento de su creación, el diseño institucional y otros factores, la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica usualmente actúan de una manera asertiva, y son relativamente respetadas precisamente por eso. En buena medida, las altas cortes de América Latina pueden construir su legitimidad haciendo valer su poder, especialmente si la gente percibe que se beneficia de forma directa o indirecta de sus decisiones. Al mismo tiempo, sin embargo, estas estrategias no son del todo seguras, ya que las represalias políticas siguen siendo un riesgo latente (Castagnola y Pérez-Liñán 2011).

La utilidad de los jueces

La pregunta por las motivaciones de los (las) jueces(zas) no tiene una respuesta obvia. Por esa razón, una teoría comprehensiva del comportamiento judicial debería tener en cuenta una gran cantidad de factores y ajustarse a los contextos locales. El derecho (comoquiera que se defina) y otras consideraciones institucionales ciertamente hacen parte de esos factores, así como las consideraciones ideológicas, políticas, sociales y económicas y las idiosincrasias e inclinaciones profesionales (entre las que puede encontrarse el interés en maximizar el tiempo libre o evitar los conflictos entre pares) (Cameron y Kornhauser 2015). Dado que los científicos sociales pretenden dilucidar fenómenos complejos, a menudo reducen al máximo las variables explicativas. Una consecuencia de esto es una simplificación acaso excesiva. La pregunta que queda en el aire es si la simplificación es el precio que hay que pagar para poder formular una explicación (ciertamente parcial).

En contra de la simplificación, Kapiszewski (2011) infiere a partir de las decisiones del Supremo Tribunal Federal de Brasil una teoría multifactorial de la conducta judicial. Según su modelo de "balance táctico", los (las) magistrados(as) que se enfrentan a casos de una gran importancia política sopesan seis tipos de consideraciones: su ideología, los intereses judiciales, las preferencias del Gobierno, las posibles consecuencias económicas o políticas de sus decisiones, la opinión popular y el derecho. Tras estudiar un conjunto de decisiones cuidadosamente seleccionadas, la autora concluye que las cortes respaldan o desafían al Gobierno en función del peso que adquieren dichas consideraciones en cada caso particular (473). Al balancearlas, los (las) magistrados(as) consideran y priorizan "los diferentes roles que pueden desempeñar las altas cortes en una democracia" (*ibid.*)[19].

La toma de decisiones y el derecho

El reinado de las altas cortes

Es común leer que los estudios de política judicial se concentran principalmente en las altas cortes de solo un puñado de países (Shapiro 1981; Kapiszewski y Taylor 2008). Si se miran los estudios sobre América Latina, lo primero suena hoy más cercano a la realidad que lo segundo. Si bien la lista de países que atraen la

atención de los académicos se ha ampliado, el énfasis en las altas cortes sigue siendo la norma (Ingram 2016 e Ingram y Kapiszewski 2019 son algunas excepciones). Los tribunales superiores son instituciones políticamente relevantes y por ello son objetos de estudio atractivos. Además, si los sistemas de información que publican las decisiones de las altas cortes distan mucho de ser buenos, los de las demás cortes nacionales o subnacionales son radicalmente deficientes o simplemente inexistentes. A menudo, estudiar a las altas cortes no es la opción más factible, sino la única posible.

El énfasis en las altas cortes afecta la manera en la que entendemos el papel del derecho y otros factores en las decisiones de los tribunales y los (las) jueces(zas). Por ejemplo, los realistas estadounidenses no sostenían que el derecho limitaba insuficientemente a cualquier juez, sino afirmaban que tal conclusión era especialmente cierta con respecto a los jueces de apelación y, en particular, a la Corte Suprema de Estados Unidos, que estudia casos relativamente abiertos y novedosos (Friedman 2006, Cameron y Kornhauser 2015). Es posible que lo mismo pueda decirse de la forma en que las altas cortes de América Latina resuelven los asuntos constitucionales. Cuando no resuelven controversias constitucionales, la experiencia de los (las) jueces(zas) ordinarios(as) podría ser diferente: en esos contextos, es posible que el derecho sea mucho más determinante en sus decisiones. Dos características adicionales podrían explicar las diferencias entre las altas cortes y los juzgados inferiores. Como lo han sostenido Cameron y Kornhauser (2015) en el contexto estadounidense, los criterios de selección de los (las) jueces(zas) podrían variar en función de la jerarquía judicial: debido a las apuestas políticas alrededor de los casos que tienen que resolver, es probable que los jueces de las altas cortes tengan un perfil más "político" y que los elegidos para ocupar las posiciones más bajas de la pirámide judicial sean profesionales más "técnicos" (*ibid*.). Por otro lado, el control jerárquico sobre jueces y juezas tiende a crecer a medida que se desciende a la base de la pirámide (*ibid*.). En resumen, una perspectiva que se concentre exclusivamente en las altas cortes puede producir una imagen sesgada de la relación entre los jueces y el derecho. Una línea de investigación fructífera podría comparar el comportamiento de los jueces de distintas jerarquías, teniendo en cuenta el papel y la estructura de cada tribunal.

El derecho

El derecho es el gran elefante en la habitación. Con frecuencia los (las) académicos(as) que apoyan los enfoques empíricos presentan el "modelo jurídico" de decisión como un rival de los demás (Segal y Spaeth 2002). Sin embargo, dicho modelo se identifica con una visión mecanicista de la decisión judicial que ningún académico del derecho defiende realmente (Friedman 2006; Cameron y Kornhauser 2015; Landau 2005; Kapiszewski 2013). La pregunta "¿qué es el derecho?" aún despierta la atención de los filósofos jurídicos. No obstante, la mayoría está de acuerdo en que el derecho se compone de reglas claras, reglas no tan claras y principios que están sujetos a interpretación (Dworkin 1977). En el derecho no hay mucho lugar para el comportamiento mecanicista; por el contrario, se trata de una práctica pública de "justificación razonada" en la que prima el desacuerdo (Friedman 2006; Dworkin 1986; Kapiszewski 2013). Por supuesto, incorporar esta perspectiva a los modelos de decisión judicial hace más difícil la

comprobación de si el derecho restringe suficientemente a los (las) jueces(zas). A pesar de esto, tal ejercicio tiene la virtud de ofrecer una representación más precisa de la manera en que el derecho debería operar y cómo lo hace en la realidad (Friedman 2006).

¿Es el "modelo jurídico" compatible con otras explicaciones del comportamiento judicial, particularmente el "actitudinalismo"? Una respuesta posible es que sí. Podría sostenerse, por ejemplo, que lo que parecen ser las preferencias políticas de los (las) jueces(zas) son realmente un componente de su filosofía jurídica (Friedman 2006). Ahora bien, mientras que algunos académicos del derecho podrían considerar que las sentencias judiciales son manifestaciones de esa filosofía, los investigadores empíricos insistirán en que están determinadas por las preferencias más estrechas de los jueces. Si fuera así, la semántica impediría el progreso. Sin embargo, quizás exista alguna diferencia entre, por un lado, las preferencias ideológicas y relativamente exógenas de un(a) juez(a) y, por el otro, sus "preferencias" sobre la mejor manera de aproximarse a la función judicial y los materiales jurídicos. Estas últimas pueden ser (al menos parcialmente) endógenas a la formación judicial, la forma en que los jueces entienden aquello que requiere la institución de la que forman parte, y las normas cambiantes de la profesión.

Si esta distinción sobreviviera a un examen crítico, sería posible que las preferencias sobre el derecho (es decir, la "filosofía judicial" de un[a] juez[a]) pudieran ser incorporadas a un modelo jurídico más general, mientras que las preferencias claramente ideológicas no. Las preferencias ideológicas tenderían a determinar el resultado de un caso dados algunos hechos, a la vez que las preferencias sobre el derecho funcionarían como "metacuestiones" alrededor del papel del poder judicial y la identificación e interpretación de los materiales jurídicos (Friedman 2006). La dimensión interpretativismo-legalismo en Sánchez *et al.* (2011) y los trabajos de Landau (2005) y Ansolabehere (2008) ilustran este punto. Landau identifica dos visiones sobre el derecho: una postura positivista, típica de los (las) jueces(zas) de carrera, y una perspectiva principialista o "neoconstitucionalista", típica de los (las) académicos(as) en los últimos años. Aunque la distinción entre ideología y filosofía jurídica puede ser útil, también es imperfecta. El sistema jurídico en sí mismo a menudo dicta un resultado o lo insinúa[20]. Además, en un nivel más general, los dos tipos de "preferencias" pueden estar entrelazados: la ideología de una jueza puede influir en su filosofía judicial, así como su formación y sus ideas sobre el derecho pueden construir lo que consideramos como sus preferencias ideológicas y exógenas.

En resumen, los componentes del modelo actitudinal y su relación con el derecho dependen de lo que pensamos sobre lo que es el derecho y de cómo definimos las actitudes con respecto al derecho. Hay dos cuestiones más alrededor de la posición según la cual el derecho no restringe suficientemente a los (las) jueces(zas). La primera de ellas tiene que ver con un desafío metodológico simple que enfrenta la mayoría de los estudios empíricos sobre la toma de decisiones judiciales: aun si un modelo bien especificado muestra que una variable extrajurídica explica en parte los cambios observados en la variable dependiente, es muy importante no perder de vista el tamaño del efecto. Por ejemplo, si la variable extrajurídica explicara el 15 % de los cambios en la variable dependiente, esto no implicaría

necesariamente que el derecho restringe muy débilmente a los jueces: dado que el modelo no explica la variación restante, los resultados no son concluyentes. Lo mismo se puede decir de los estudios que descartan las votaciones unánimes porque no transmiten información útil sobre las preferencias de los jueces (Pritchett 1948; Cameron y Kornhauser 2015), como aquellos trabajos que infieren los "puntos ideales" judiciales[21]. Esto resulta totalmente apropiado en la medida en que los estudios evitan sacar conclusiones definitivas sobre el peso de las preferencias en la toma de decisiones. La unanimidad podría indicar que el caso no es ideológicamente relevante, pero también podría dar a entender que existe un acuerdo en el nivel del razonamiento jurídico.

La segunda cuestión es: ¿a qué le prestamos atención cuando estudiamos el comportamiento judicial? Tanto en América Latina como en otras latitudes, los estudios empíricos generalmente consideran los resultados de los casos o las *decisiones* concretas, y no reparan mucho en sus *argumentos* (Friedman 2006). Esto es completamente comprensible porque resulta más simple y parecería reflejar lo que los (las) jueces(zas) "hacen realmente" (*ibid*.). Sin embargo, la argumentación es fundamental para el derecho. Las decisiones judiciales están necesariamente ligadas tanto a los hechos relevantes (al menos en los casos de control concreto en vez de abstracto) como a los argumentos doctrinales (*ibid*.; Cameron y Kornhauser 2015). Así, el contenido sustantivo de las sentencias podría mostrar que el derecho "influye en la manera en que los jueces estructuran el análisis y organizan los resultados" (Friedman 2006, 266). Además, incluso si se supone que los jueces se guían por la ideología, es posible encontrar a dos de ellos que, a pesar de no tener una ideología en común, deciden en un mismo sentido. Las preferencias de los jueces sobre las normas, los principios y las políticas públicas (teóricamente centrales para el modelo actitudinal) no siempre se traducen en preferencias sobre las decisiones (Cameron y Kornhauser 2017). Los estudios empíricos se podrían nutrir de una perspectiva que tomara en serio la argumentación. En otras palabras, si el análisis de los votos de los jueces representó un paso importante en el estudio de los tribunales, un nuevo paso hacia adelante sería recuperar el valor de los argumentos.

Factores ideacionales

Los estudios jurídicos latinoamericanos se están concentrando cada vez más en las fuentes de las ideas, los lenguajes o las "culturas de la legalidad" (Huneeus *et al*. 2010) y en la forma en que ellos moldean el "poder judicial y las relaciones sociales" (Ingram 2016, 252; Hilbink 2012; Ansolabehere 2008; Nunes 2010; Landau 2005). En la introducción de su valioso trabajo, por ejemplo, Huneeus *et al*. afirman que las ideas jurídicas y los paradigmas de interpretación de los (las) jueces(zas) de la región están en constante cambio, y que actualmente tienden a alejarse del formalismo prototípico de la tradición del derecho civil. Huneeus *et al*. analizan el conjunto de "ideas legales y prácticas que acompañan y provocan la judicialización de la política, y al mismo tiempo son su consecuencia" (2010, 3-4). Entre otros temas, los estudios han rastreado el origen y la evolución de las ideas jurídicas y han destacado el papel de las redes jurídicas en su difusión (Ingram 2015, 2016; Couso 2010; Hilbink 2007, 2012).

Este tipo de contribuciones mejoran enormemente nuestra comprensión del funcionamiento

del derecho. Al mismo tiempo, traen consigo sus propias complejidades. Huneeus *et al*. afirman, con razón, que "las ideas y las acciones no estratégicas son importantes para los resultados políticos" (2010, 5). Sin embargo, puede ser difícil construir una "genealogía" de las ideas. Como se dijo más arriba, muy probablemente tanto la ideología de los (las) abogados(as) y los (las) jueces(zas) como su capacitación y el entorno social, institucional y político en el que se mueven forjan sus visiones sobre el derecho. Específicamente, puede resultar complicado distinguir lo estratégico de lo que no lo es. Por ejemplo, una serie de estudios ha destacado el apoliticismo y la pasividad del poder judicial chileno (Couso y Hilbink 2011). Algunas académicas han concluido que esa postura refleja en parte los rastros culturales iliberales de la historia del país (Hilbink 2007). Sin embargo, Couso y Hilbink (2011) han señalado también que tal apoliticismo fue la estrategia de supervivencia de un poder judicial que se había enfrentado sin éxito al Gobierno. Quien se quema con leche…

De hecho, las instituciones y la política misma pueden determinar en parte la "cultura jurídica". Un ejemplo interesante es la noción de "carácter" o "perfil" de una corte. Kapiszewski (2012, 2013) y Ansolabehere (2007) han argumentado que las características institucionales y políticas de los procesos de selección de los (las) jueces(zas), su estabilidad laboral, su perfil profesional y su cohesión, entre otros factores, definen el perfil de un tribunal. A su vez, el carácter afecta las relaciones entre un tribunal y otros actores. Aunque esta explicación es fascinante, deja en el aire una pregunta: si el carácter es una función de esas características, ¿es posible considerarlo como un factor causal diferente? En resumen, como lo reconocen Huneeus *et al.* (2010), los cambios en los factores ideacionales pueden ser tanto la causa como la consecuencia de la judicialización de la política y, más específicamente, del comportamiento judicial. Otros factores, incluidos los institucionales, también podrían provocar tales cambios.

Activación y cumplimiento

Esta sección final considera brevemente dos temas: 1. Quiénes acceden efectivamente a los tribunales y en qué condiciones lo hacen; y 2. En qué consiste el cumplimiento de las sentencias y qué lo provoca[22]. Es claro que la activación de los tribunales es crucial. Por la falta de casos, aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada en 1979, tuvo que pasar casi una década para que resolviera una controversia por primera vez. Siguiendo a Epp y Galanter, Smulovitz (2005, 2008, 2010) ha demostrado que, a pesar de las opiniones negativas de los ciudadanos sobre el poder judicial (indicativa de una cultura jurídica débil), los cambios en las estructuras de apoyo desencadenaron la judicialización en Argentina. Esto es compatible con los estudios que muestran que diversos grupos sociales se han "apropiado" instrumentalmente del derecho para llevar sus reclamos a las cortes (Ingram 2015; Gómez 2010; Domingo 2010; Rueda 2010).

El impacto y el cumplimiento también son cruciales. En su importante contribución sobre el concepto de cumplimiento y las estrategias para medirlo, Kapiszewski y Taylor (2013) afirman que es necesario diferenciar el impacto del cumplimiento. Según los autores, el impacto es un fenómeno más amplio que va más allá de "las acciones o cambios de política que resultan directamente" de una sentencia (807); se trata,

entre otros, de los efectos sobre la sociedad, las políticas públicas o el comportamiento de las instituciones incluso en escenarios de incumplimiento (*ibid*.). Las dimensiones del impacto, que van más allá del alcance de este capítulo, son tanto simbólicas (véase el capítulo de Pou en este volumen) como redistributivas (Brinks y Gauri 2014; Motta Ferraz 2011).

El cumplimiento, en particular por parte de las autoridades políticas, se ha definido como la "ejecución (o la omisión) completa de la acción ordenada (o prohibida) en una o más sentencias judiciales". La mayoría de los casos de cumplimiento se ubica, sin embargo, "en algún punto del continuo" entre el cumplimiento total y el incumplimiento (Kapiszewski y Taylor 2013, 805-6). Para ayudar a medir el cumplimiento, Kapiszewski y Taylor identifican cuatro dimensiones en la forma en que las autoridades reaccionan frente a un fallo: el *actor* que lleva a cabo la orden (el que se identifica en el fallo o uno diferente); el tipo de *acción* (si responde o no a la orden); el *momento* de la acción; y las *personas alcanzadas* por ella (las personas que determina el fallo u otras diferentes, sean más o menos) (*ibid*.).

Staton y sus coautores(as) (Staton y Vanberg 2008; Staton y Romero 2012; Gauri *et al.* 2015) han conectado el cumplimiento del Gobierno con el grado de claridad de las órdenes. La claridad determina parcialmente el cumplimiento: cuanto más clara sea la orden, más difícil será ignorarla y escapar de las críticas (Staton y Vanberg 2008). Sin embargo, cuanto menos probable se vuelva el cumplimiento del Gobierno, más vagas serán las órdenes de la corte[23]. Como lo afirma Staton (2010), los tribunales tienen en cuenta esta situación para elegir sus estrategias de autoempoderamiento.

Tanto la activación de las cortes como el cumplimiento de las sentencias pueden (y, probablemente, deberían) ser parte de una teoría de la toma de decisiones; esto, sin embargo, haría más compleja la teoría. Un intento interesante es el de Helmke y Staton (2011), que incorpora a los litigantes a un modelo de interacción entre las distintas ramas del poder. Un ejemplo más completo es el modelo de Gauri y Brinks (2008), que presenta el litigio alrededor de los derechos sociales y económicos como un proceso multidimensional de "legalización de las políticas públicas"[24]. Los autores postulan que "el ciclo de vida del litigio de políticas públicas" tiene cuatro etapas: 1. La movilización legal, que depende en parte de la estructura de apoyo al litigio; 2. La decisión judicial, que refleja las teorías que se han discutido más arriba; 3. Una respuesta de un actor burocrático, político o privado; y, en algunos casos, 4. Acciones legales subsiguientes *(follow-up litigation)*. En cada etapa, "uno o más actores estratégicos realiza una elección" (*ibid*.). Por ejemplo, los posibles litigantes anticipan las inclinaciones de los (las) jueces(zas), la probabilidad de cumplimiento y "su propia capacidad para presentar nuevas acciones legales si fuera necesario", mientras que los (las) jueces(zas) deciden con miras al cumplimiento (20). El panorama jurídico, institucional y político también afecta la forma y el impacto de la legalización (14-20): la disponibilidad de remedios judiciales será clave, al igual que la amplitud de las disposiciones constitucionales que consagran derechos. Otro ejemplo relevante es el trabajo de Gloppen *et al.* (2010), que combina elementos del lado de la demanda y del lado de la oferta para dar cuenta de las "funciones de rendición de cuentas de los tribunales".

Conclusiones

La política judicial latinoamericana es un campo rico y que despierta cada vez más la atención de los académicos. Es muy probable que haya avances significativos en los próximos años. Como sucede con cualquier otro campo, el camino que tiene que seguir está lleno de desafíos teóricos y metodológicos. En las páginas anteriores se han sugerido algunos de ellos. El campo puede beneficiarse de más proyectos empíricos que exploren bases de datos nuevas. Es fundamental que los trabajos que hagan uso de las decisiones de los tribunales se concentren en los temas que resulten apropiados para responder las preguntas relevantes. Además, aunque puede ser difícil en la práctica, sería conveniente ampliar la lista de los tribunales que reciben atención académica y llevar a cabo proyectos comparativos en los que se analice el comportamiento de las cortes de diferentes países o jerarquías. Es claro que la diversidad institucional de las jurisdicciones constitucionales de la región aún no se ha estudiado lo suficiente (Navia y Ríos-Figueroa 2005).

Los avances metodológicos para cuantificar las preferencias de los (las) jueces(zas) son prometedores. Aun así, se podrían dedicar mayores esfuerzos a explorar aquello que, junto con las preferencias políticas y la estabilidad laboral, ocupa la mente de jueces y juezas. En particular, aún no hemos comprendido cabalmente el papel del derecho y otros factores institucionales relevantes. Además, dado que el foco ha estado principalmente sobre las decisiones y no sobre los argumentos, no hemos explotado el potencial de revisar los patrones de casos sobre un mismo asunto. Salvo algunas excepciones valiosas, también hemos pasado por alto las dimensiones interpretativas y culturales del derecho, que, a pesar de todas sus complejidades, también tienen un gran potencial. Aunque no hicieron parte de esta revisión, los trabajos que estudian los posibles sesgos de género, raza y clase en la toma de decisiones judiciales son muy prometedores, así como los estudios que exploran si esos sesgos afectan los procesos de selección de jueces y la formación judicial, o si son también su consecuencia.

Nuestra comprensión se puede nutrir de las perspectivas que se esfuerzan por integrar al análisis los diferentes elementos de los procesos judiciales, y, en general, por tomar en serio el derecho y otros aspectos institucionales. Por supuesto, los modelos no pueden hacer el trabajo sin una base teórica firme. Todavía hay mucho que discutir sobre los roles que los tribunales pueden y deben desempeñar en una democracia. Esas discusiones podrán seguir orientando los estudios empíricos.

Notas

1. Las revisiones de Ingram (2015) y Kapiszewski y Taylor (2013) fueron de gran ayuda para el autor. Además, el autor agradece a Matthew Ingram, Lewis Kornhauser y Raúl Sánchez Urribarri por sus útiles comentarios. Agradece también la ayuda brindada por Theo Baizabal para identificar las investigaciones más relevantes. El autor asume la responsabilidad por los posibles errores.
2. Este capítulo solo presenta estudios que fueron publicados antes de 2018.
3. Véanse, entre otros, Pou (2017), Brinks (2011) y Kapiszewski (2010).
4. Por razones de espacio, este capítulo deja por fuera valiosos estudios, entre otros, la exploración etnográfica de Barrera (2012).

Asimismo, este capítulo no analiza el papel que deberían cumplir los tribunales en una democracia (véase el capítulo de Pou en este volumen) ni estudia el voto estratégico dentro de los tribunales ni profundiza en cuestiones metodológicas específicas. Aunque es fundamental revisar la relación entre los tribunales nacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Huneeus 2011), es suficientemente desafiante comprender a los primeros.

5. Los estudios sobre el "empoderamiento de los tribunales" suelen intentar explicar los cambios institucionales de naturaleza no transitoria (por ejemplo, un cambio en los procedimientos de nombramiento), en lugar de las estrategias políticas que no se manifiestan en un cambio institucional (por ejemplo, el nombramiento de jueces percibidos como independientes).
6. Entre las explicaciones no estratégicas se encuentra la difusión de las ideas constitucionales.
7. Aunque, tal vez, como dijo Bodino, incluso los gobernantes relativamente fuertes pueden estar interesados en ceder el poder, especialmente la capacidad de dar "malas noticias" a los ciudadanos (Holmes 1995).
8. Este podría ser un equilibrio en un juego repetido.
9. En 2003, el recién elegido presidente Néstor Kirchner decidió limitar las facultades de postulación del Gobierno al establecer un procedimiento de consulta previa. Según Ruibal (2009), Kirchner había llegado al poder con el 22 % de los votos y aprovechó el hecho de que la sociedad veía a la Corte Suprema como un actor partidista más para "obtener cooperación y legitimidad social" (70).
10. Esto último puede ser el resultado de los problemas de gobernabilidad generados por el federalismo o las distintas ramas del Gobierno (Ginsburg y Versteeg 2014).
11. Para que las motivaciones den sus frutos, las explicaciones 1, 2 y 4 requieren que el tribunal competente sea capaz de operar de forma independiente. Para la tercera explicación, basta con que los actores *crean* que los tribunales son capaces de operar de forma independiente. Véase la nota 14.
12. Sin duda, es necesario ser precavidos para no asignar las motivaciones después de haber observado los resultados.
13. Un control judicial abstracto que contemple la posibilidad de que la oposición impugne puede ser una opción para controvertir las políticas.
14. Inclán niega que Zedillo pretendiera principalmente crear una imagen internacional positiva.
15. Según Martin y Quinn (2005), la circularidad puede ser un problema si los puntos ideales (basados en los votos de los (las) jueces[zas]) se utilizan como variable explicativa en un modelo de regresión en el que los *mismos* votos son la variable dependiente.
16. Salvo algunas excepciones, el legislativo solo está autorizado para anular una decisión cuando interpreta una ley.
17. Chávez *et al.* (2011) compararon los tribunales supremos de Estados Unidos y Argentina.
18. Sánchez *et al.* (2011) están parcialmente en desacuerdo. La Corte continuó favoreciendo al PRI en casos de controversias constitucionales incluso después de que el poder del partido se fragmentó (*ibid.* 198).
19. Esta sección solo revisó las teorías sobre la *toma de decisiones*. A continuación se analizan algunas explicaciones multidimensionales de los procesos de litigio o "legalización".

20. Una norma que prohíbe fumar en los restaurantes es un buen ejemplo de lo primero, mientras que la prohibición de los castigos "crueles" ilustra lo segundo.
21. Sánchez *et al.* (2011), Desposato *et al.* (2015) y González-Bertomeu *et al.* (2016).
22. Véase el capítulo de Wilson en este volumen.
23. Una opción inexplorada sería una orden precisa, pero menos exigente (Lewis Kornhauser expresó esta alternativa).
24. Definida como una situación en la que tanto los tribunales y los (las) abogados(as) como el lenguaje y las categorías jurídicas se vuelven relevantes para el diseño e implementación de políticas públicas (*ibid*. 4).

Referencias

América Latina

Ansolabehere, Karina. 2007. *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. FLACSO México: Fontamara.

Ansolabehere, Karina. 2008. Legalistas, legalistas moderados y garantistas moderados, *Revista Mexicana de Sociología* 70(2), abril-junio: 331-59.

Barrera, Leticia. 2012. *La Corte Suprema en escena*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Basabe-Serrano, Santiago. 2012. Judges without Robes and Judicial voting in contexts of institutional instability: The case of Ecuador's Constitutional Court, 1999-2007. *Journal of Latin American Studies* 44(1): 127-61, February.

Basabe-Serrano, Santiago. 2015. Informal institutions and judicial independence in Paraguay, 1954-2011. *Law & Policy* 37: 350-78.

Brinks, Daniel M. 2005. Judicial reform and independence in Brazil and Argentina: The Beginning of a New Millennium? *Texas International Law Journal* 403: 595-622.

Brinks, Daniel M. 2011. 'Faithful Servants of the Regime': The Brazilian constitutional court's role under the 1988 Constitution. En *Courts in Latin America*, eds. Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figeroa, 128-53. Nueva York: Cambridge University Press.

Brinks, Daniel M. y Varun Gauri. 2014. The Law's Majestic Equality? *Perspectives on Politics* 12(2): 375-93.

Castagnola, Andrea y Aníbal Pérez-Liñán. 2011. Bolivia: The rise (and fall) of judicial review. En *Courts in Latin America*, Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, 278-305. Nueva York: Cambridge University Press.

Chávez, Rebecca Bill. 2003. The construction of the rule of law in Argentina: A tale of two provinces. *Comparative Politics* 35(4): 417.

Chávez, Rebecca Bill. 2004a. *The rule of law in nascent democracies: Judicial politics in Argentina*. Stanford, CA: Stanford University Press.

Chávez, Rebecca Bill. 2004b. The evolution of judicial autonomy in Argentina: Establishing the rule of law in an ultrapresidential system. *Journal of Latin American Studies* 36 (3): 451-78.

Chávez, Rebecca Bill, John A. Ferejohn y Barry R. Weingast. 2011. A Theory of the politically independent judiciary. En *Courts in Latin America*, Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, 219-47. Nueva York: Cambridge University Press.

Couso, Javier A. y Lisa Hilbink. 2011. From quietism to incipient activism: The institutional and ideological roots of rights adjudication in Chile. En *Courts in Latin*

America, Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, 99-127. Nueva York: Cambridge University Press.

Couso, Javier A. 2010. The transformation of constitutional discourse and the judicialization of politics in Latin America. En *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America*, eds. Javier A. Couso, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder, 141-60. Nueva York: Cambridge University Press.

Desposato, Scott, Matthew C. Ingram y Osmar Lannes, Jr. 2015. Power, composition, and decision making: The behavioral consequences of institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. *Journal of Law, Economics & Organization* 31(3): 534-67.

Domingo, Pilar. 2010. Novel appropriations of the law in the pursuit of political and social change in Latin America. En *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America*, eds. Javier A. Couso, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder, 254-78. Nueva York: Cambridge University Press.

Finkel, Jodi S. 2004. Judicial Reform as Insurance Policy in Mexico in the 1990s. *Latin American Politics and Society* 47(1): 87-113.

Finkel, Jodi S. 2008. *Judicial reform as political insurance Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press.

Gauri, Varun y Daniel M. Brinks. 2008. Introduction. En *Courting social justice. judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, 1-37. Cambridge University Press.

Gauri, Varun, Jeffrey K. Staton, y Jorge Vargas Cullell. 2015. The Costa Rican Supreme Court's Compliance Monitoring System. *Journal of Politics* 77(3): 774-86.

Gloppen, Siri, Bruce M. Wilson, Roberto Gargarella, Elin Skaar y Morten Kinander. 2010. *Courts and power in Latin America and Africa*. Nueva York: Palgrave Macmillan.

Gómez, Manuel A. 2010. Political activism and the practice of law in Venezuela. En *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America*, eds. Javier A. Couso, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder, 182-206. Nueva York: Cambridge University Press.

González-Bertomeu, Juan F., Nuno Garoupa y Lucia Dalla Pellegrina. 2016. Estimating ideal points in Latin America: The case of Argentina. *Review of Law and Economics* 2.

Helmke, Gretchen. 2002. The logic of strategic defection: Court-Executive relations in Argentina under dictatorship and democracy. *The American Political Science Review* 96(2): 291-303.

Helmke, Gretchen. 2005. *Courts under constraints: Judges, generals, and presidents in Argentina*. Cambridge, Reino Unido; Nueva York: Cambridge University Press.

Helmke, Gretchen. 2011. Public support and judicial crises in Latin America. 13 *U. Pa. J. Const. L.* 397.

Helmke, Gretchen y Jeffrey K. Staton. 2011. The puzzling judicial politics of Latin America. En *Courts in Latin America*, Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, 306-31. Nueva York: Cambridge University Press.

Helmke, Gretchen y Julio Ríos-Figueroa. 2011. Introduction. En *Courts in Latin America*, Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa. Nueva York: Cambridge University Press.

Helmke, Gretchen y Mitchell S. Sanders. 2006. A Method for inferring judicial goals from behavior. *Journal of Politics* 68(4): 867-78.

Hilbink, Lisa. 2007. *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: Lessons from Chile*. Nueva York: Cambridge University Press.

Hilbink, Lisa. 2012. The origins of positive judicial independence. *World Politics* 64(4): 587-621.

Huneeus, Alexandra. 2011. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights. 44 *Cornell Int'l L.J.* 493.

Huneeus, Alexandra, Javier Couso, y Rachel Sieder. 2010. Cultures of legality: judicialization and political activism in contemporary Latin America. En *Cultures of Legality: Judicialization and political activism in Latin America*, eds. Javier A. Couso, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder, 3-24. Nueva York: Cambridge University Press.

Iaryczower, Matías, Pablo Spiller y Mariano Tommasi. 2002. Judicial independence in unstable environments, Argentina 1935-1998. *American Journal of Political Science* 46(4).

Inclán Oseguera, Silvia. 2009. Judicial reform in Mexico: Political insurance or the search for political legitimacy? *Political Research Quarterly* 62(4): 753-66.

Ingram, Matthew C. 2015. Judicial power in Latin America. *Latin American Research Review* 50(1): 250-60.

Ingram, Matthew C. 2016. *Crafting courts in new democracies*. Nueva York: Cambridge University Press.

Ingram, Matthew C. y Diana Kapiszewski. 2019. *Beyond high courts*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.

Kapiszewski, Diana. 2010. How courts work: Institutions, culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. En *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America,* eds. Javier A. Couso, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder, 51-77. Nueva York: Cambridge University Press.

Kapiszewski, Diana. 2011. Tactical balancing: High court decision making on politically crucial cases. *Law and Society Review* 45: 471-506.

Kapiszewski, Diana. 2012. *High courts and economic governance in Argentina and Brazil*. Nueva York: Cambridge University Press.

Kapiszewski, Diana. 2013. Economic governance on trial: High courts and elected leaders in Argentina and Brazil. *Latin American Politics and Society* 55(4): 47-73.

Kapiszewski, Diana y Matthew M. Taylor. 2008. Doing courts justice: Studying judicial politics in Latin America. *Perspectives on Politics* 6(4): 741-67.

Kapiszewski, Diana y Matthew M. Taylor. 2013. Compliance: Conceptualizing, measuring, and explaining adherence to judicial rulings. *Law and Social Inquiry* 38(4): 803-35.

Landau, David. 2005. The two discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A new approach to modeling judicial behavior in Latin America. *George Washington International Law Review* 373: 687-744.

Larkins, Christopher M. 1996. Judicial independence and democratization: A theoretical and conceptual analysis. *The American Journal of Comparative Law* 44(4): 605-26.

Magaloni, Beatriz. 2008. Enforcing the autocratic political order and the role of courts: The case of Mexico. En *Rule by law: The politics of courts in authoritarian regimes*, eds. Tom Ginsburg y Tamir Moustafa, 180-206. Cambridge University Press.

Motta Ferraz, Octavio Luiz. 2011. Harming the poor through social rights litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review* 89: 1643-68.

Navia, Patricio y Julio Ríos-Figueroa. 2005. The constitutional adjudication mosaic of Latin America. *Comparative Political Studies* 38(2): 189-217.

Nunes, Rodrigo M. 2010. Ideational origins of progressive judicial activism: The Colombian Constitutional Court and the right to health. *Latin American Politics and Society* 52(3): 67-97.

Pou Giménez, Francisca. 2017. Changing the channel: Broadcasting deliberations in the Mexican Supreme Court. En *A global perspective on justices and journalists*, eds. Richard David y David Taras. Cambridge University Press.

Ríos-Figueroa, Julio. 2007. Fragmentation of power and the emergence of an effective judiciary in Mexico, 1994-2002. *Latin American Politics and Society* 49(1): 31-57.

Ríos-Figueroa, Julio. 2011. Institutions for constitutional justice in Latin America. En *Courts in Latin America*, Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, 27-54. Nueva York: Cambridge University Press.

Rodríguez-Raga, Juan Carlos. 2011. Strategic deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. En *Courts in Latin America*, Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, 81-98. Nueva York: Cambridge University Press.

Rueda, Pablo. 2010. Legal language and social change during Colombia's economic crisis. En *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America*, eds. Javier A. Couso, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder, 25-50. Nueva York: Cambridge University Press.

Ruibal, Alba M. 2009. Self-Restraint in search of legitimacy: The reform of the Argentine Supreme Court. *Latin American Politics and Society* 51(3): 59-86.

Sánchez, Arianna, Beatriz Magaloni y Eric Magar. 2011. Legalist versus interpretativist: The Supreme Court and the Democratic Transition in Mexico. En *Courts in Latin America*, Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, 187-218. Nueva York: Cambridge University Press.

Sánchez-Urribarri Raúl y Donald R. Songer. 2006. A Cross-National examination of the 'Strategic Defection' theory. APSA 2006.

Scribner, Druscilla L. 2011. Courts, power, and rights in Argentina and Chile. En *Courts in Latin America*, Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, 248-77. Nueva York: Cambridge University Press.

Smulovitz, Catalina. 2005. Petitioning and creating rights: Judicialization in Argentina. En *The judicialization of politics in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, 161-86. Nueva York: Palgrame Macmillan.

Smulovitz, Catalina. 2010. Judicialization in Argentina: Legal culture or opportunities and support structures? En *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America*, eds. Javier A. Couso, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder, 234-53. Nueva York: Cambridge University Press.

Smulovitz, Catalina. 2008. La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina. *Desarrollo económico*, vol.48, (190/191): 287-305.

Staton, Jeffrey K. 2010. *Judicial power and strategic communication in Mexico*. Nueva York: Cambridge University Press.

Staton, Jeffrey K. y Alexia Romero. 2012. Clarity and compliance in the Inter-American Human Rights System. Manuscrito.

Staton, Jeffrey K. y Georg Vanberg. 2008. The value of vagueness: Delegation, defiance,

and judicial opinions. *American Journal of Political Science* 52(3): 504-19.

Tiede, Lydia Brashear. 2011. Review. *The Journal of Politics* 73(3): 957-58.

Tiede, Lydia Brasheary Aldo Fernando Ponce. 2011. Ruling Against the Executive in *Amparo* Cases: Evidence from the Peruvian Constitutional Tribunal. *Journal of Politics in Latin America* 3(2): 107-40.

Woods, Patricia J. y Lisa Hilbink (2009). Comparative sources of judicial empowerment: Ideas and interests. *Political Research Quarterly* 62(4): 745-52.

Otros

Bickel, Alexander. 1986. *The least dangerous branch*. Yale University Press.

Cameron, Charles M. y Lewis A. Kornhauser. 2015. Rational choice attitudinalism? *Eur J.Law Econ*, doi:10.1007/s10657-015-9512-1.

Cameron, Charles M. y Lewis A. Kornhauser. 2017. Theorizing the U.S. Supreme Court. Próxima publicación. *Oxford Research Encyclopedia of Politics*.

Dworkin, Ronald. 1977. *Taking rights seriously*. Harvard University Press.

Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Belknap.

Ferejohn, John. 1999. Independent judges, dependent judiciary: Explaining judicial independence. *Southern California Law Review* 72(2-3): 353-84.

Ferejohn, John y Barry Weingast. 1992. A positive theory of statutory interpretation. *International Review of Law and Economics* 12: 263-73.

Friedman, Barry. 2006. Taking law seriously. New York: University Public Law and Legal Theory Working Papers, *Paper* 21.

Gely, Rafael y Pablo T. Spiller. 1990. A rational choice theory of Supreme Court Statutory Decisions with applications to the State Farm and Grove City cases. *Journal of Law, Economics and Organization* 6: 263-300.

Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. Cambridge University Press.

Ginsburg, Tom y Mila Versteeg. 2014. Why do countries adopt constitutional review? *Journal of Law, Economics and Organization* 30: 587.

Hirschl, Ran. 2006. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review* 75(2): 721-54.

Holmes, Stephen. 1995. *Passions and constraint*. University of Chicago Press.

Kornhauser, Lewis A. 2002. Is judicial independence a useful concept? En *Judicial independence at the crossroads*, eds. Stephen B. Burbank y Barry Friedman, SAGE.

Landry, Pierre. 2008. The institutional diffusion of courts in China: Evidence from survey data. En *Rule by law: The politics of courts in authoritarian regimes*, eds. Tom Ginsburg y Tamir Moustafa. Cambridge University Press.

Leiter, Brian (2002). American legal realism. University of Texas Law, Public Law Research *Paper* n.º 42.

Martin, Andrew D. y Kevin M. Quinn. 2002. Dynamic ideal point estimation via Markov Chain Monte Carlo for the U.S. Supreme Court, 1953-1999. *Political Analysis* 10(2).

Pritchett, Hermann. 1948. *The Roosevelt court*. Nueva York: Palgrame Macmillan

Ramseyer, J. Mark. 1994. The puzzling (In)dependence of courts: A comparative approach. *Journal of Legal Studies* 23(2): 721-47.

Segal, Jeffrey y Harold J. Spaeth. 2002. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge University Press.

Shapiro, Martin. 1981. *Courts, a comparative and political analysis*. University of Chicago Press.

Tate, C Neal y Torbjörn Vallinder. 1995. *The global expansion of judicial power*. New York University Press.

Thelen, Kathleen y James Mahoney. 2009. *Explaining institutional change: Ambiguity, agency, and power*. Cambridge University Press.

Vanberg, Georg. 2005. *The politics of constitutional review in Germany*. Cambridge University Press.

Voigt, Stefan y Eli Salzberger. 2002. Choosing not to choose: When politicians choose to delegate powers. *Kyklos* 55: 289-310.

Whittington, Keith. 2005. 'Interpose Your Friendly Hand': Political supports for the exercise of judicial review by the United States Supreme Court. *APSR* 99(4): 583-96.

Capítulo 12
CORTES SUPREMAS Y CORTES CONSTITUCIONALES
TENDENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL*

Francisca Pou Giménez[1]

Introducción

La existencia de cortes constitucionales es un rasgo distintivo del entramado institucional propio de las democracias contemporáneas en todo el mundo; en la actualidad la literatura jurídica y sociojurídica sobre ellas es inmensa. Este capítulo analiza los ricos y con frecuencia innovadores desarrollos de la justicia constitucional en América Latina. Para ello, identifica las tendencias que resultan características en la región, como la prevalencia de diseños que combinan los rasgos propios de varios modelos de control de constitucionalidad, la importancia que las altas cortes han dado a la comunicación con la sociedad y a la creación de vínculos directos con la ciudadanía, la relevancia de la interacción entre cortes y el diálogo judicial, y la vitalidad de los debates que se han dado sobre la cuestión del impacto social de las sentencias.

Las percepciones sobre el poder judicial en América Latina han cambiado mucho en los últimos años y se ha dejado atrás la imagen de sumisión al ejecutivo y de relativa irrelevancia dentro del sistema político que había imperado por tanto tiempo (Rodiles 2016, 153). La creciente literatura sobre "política judicial", "judicialización" o "roles judiciales" muestra que, como ha sucedido en otras latitudes (Boulanger 2015; Hirschl 2004; Stone 2000, 2012; Tate y Vallinder 1995), las cortes supremas y constitucionales de la región se han convertido en actores políticos con gran influencia en la formulación de políticas públicas y otros asuntos que anteriormente eran de la competencia exclusiva de las otras ramas del poder (Kapiszewsky, Silverstein y Kagan 2013; Helmke y Ríos 2011; Gianella y Wilson en este volumen). Por su parte, la academia jurídica se ha interesado cada vez más por los desarrollos jurídicos que generan las cortes, en comparación con los que generan las otras ramas.

Este capítulo privilegia el análisis de la estructura institucional y el desempeño de las cortes por encima de las exploraciones causales que intentan desentrañar por qué las cortes se comportan como lo hacen. Desarrollados en combinación con oleadas de estudios sobre el Estado de derecho y democratización en América Latina, los trabajos que intentan esclarecer los determinantes empíricos del

* Cómo citar este capítulo: Pou Giménez, Francisca. 2024. Cortes supremas y cortes constitucionales. Tendencias en el ámbito de la justicia constitucional. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 271-296. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.13

desempeño y supervivencia de las cortes son muchos y valiosos. Recientemente, los estudios sobre independencia judicial (un tema clásico) se han visto complementados por otros que esbozan modelos de comportamiento judicial y reflexionan alrededor de los elementos que podrían explicar por qué las cortes terminan favoreciendo ciertos compromisos (como la protección de los derechos, la armonía entre las ramas del poder público, la transformación social, la estabilidad económica y jurídica o los intereses profesionales) sobre otros. A pesar de que son contribuciones iluminadoras, en el presente capítulo no emprendo su evaluación sistemática (remito a tal efecto al capítulo de González-Bertomeu en este libro, así como a González-Bertomeu 2012). Me concentro en describir qué hacen las cortes constitucionales y supremas de la región y cómo lo hacen, más que en tratar de explicar por qué lo hacen. Examino las estructuras institucionales y procedimentales que organizan su desempeño y destaco algunos de los rasgos que iluminan los roles y funciones que cumplen en las democracias latinoamericanas contemporáneas.

También es necesario decir que, por razones de espacio, el capítulo no cubre todas las altas cortes y países en la misma medida, sino que se centra de forma explícita o implícita en los desarrollos de Colombia, Argentina, Brasil y México. Me referiré a las altas cortes de América Central y el Caribe; de países de América del Sur como Paraguay, Uruguay, Chile o Perú; o del grupo de países que marcan una corriente distintiva dentro del constitucionalismo de la región —el "nuevo constitucionalismo latinoamericano" de Bolivia, Ecuador y Venezuela (Viciano y Martínez Dalmau 2011; Couso 2014; Gargarella 2012)— de pasada o de forma genérica cuando me refiera a desarrollos regionales en los que participan. Aunque no hay excusa para dejar vacíos que podrían ser cubiertos con una investigación más amplia, lo cierto es que la literatura más comentada, conocida y fácilmente disponible sobre la región se centra en su mayor parte en ese puñado de países. Ello de inmediato sugiere temas para futuras agendas de investigación, puesto que dicha desproporción profundiza las asimetrías Sur-Sur, no menos dañinas que las asimetrías Norte-Sur que tradicionalmente han dominado la producción y difusión del conocimiento sociojurídico (Bonilla 2016). El capítulo, en conclusión, no ofrece una evaluación comparada omnicomprensiva, sino que intenta identificar las tendencias más destacadas en el ámbito de los desarrollos relacionados con la justicia constitucional de la región.

El texto se divide de la siguiente manera: El primer apartado analiza las altas cortes latinoamericanas como instituciones y destaca la cantidad y variedad de estructuras procedimentales a través de las cuales cumplen sus funciones constitucionales. El segundo apartado examina las relaciones entre las altas cortes y la sociedad civil. Los desarrollos judiciales regionales están sin duda marcados por el modo en que las cortes han entendido su rol público, su constante búsqueda de transparencia, su gusto por la exposición pública y el modo en que la interacción entre activistas, litigantes y jueces ha moldeado su posición política y ha creado nuevos escenarios para el debate democrático. El tercer apartado aborda la forma en que las altas cortes se relacionan entre sí y con otros tribunales, tanto a nivel nacional como supranacional. En las últimas décadas, América Latina ha sido testigo de una revolución en cuanto a métodos interpretativos y de comprensión general del derecho. En un espacio judicial

continental en el que las cortes suelen describirse a sí mismas como una especie de comunidad deliberativa, han surgido nuevos paradigmas de legitimidad moral y política. Analizo en específico la aparición del paradigma dialógico de jurisdicción y abordo algunas de las preguntas que plantea en relación con el desarrollo de dinámicas democráticas en el continente. El apartado final se ocupa de un tema que ha sido estudiado por muchos trabajos iluminadores e innovadores y que ha adquirido mucha relevancia en un contexto habitado por tribunales que aplican constituciones comprometidas con la transformación social en contextos de profunda injusticia: el debate sobre la eficacia de los fallos judiciales y las relaciones entre el derecho y el cambio social más en general.

El diseño institucional: una nueva mirada al mosaico

En el siglo XIX, los países latinoamericanos fueron pioneros en la adopción de sistemas de control de constitucionalidad de las leyes. México creó el juicio de amparo en 1847 para proteger los derechos fundamentales frente a injerencias indebidas de la autoridad, cuando nadie podía predecir que esta figura se convertiría en un ingrediente básico del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Colombia y Venezuela, por su parte, fueron pioneras en la instauración del control abstracto de constitucionalidad de las leyes (cuya "invención" muchas personas atribuyen erróneamente a Hans Kelsen, en Europa y en un momento mucho más tardío). En estos dos países se crearon en 1850 y 1859, respectivamente, las acciones públicas de inconstitucionalidad, que permitían a los ciudadanos cuestionar ante la Corte Suprema la validez de actos generales promulgados por las entidades subnacionales (Fernández 2012, 169-76; Ortiz 1997). Algún tiempo después, la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia aprobó el Acto Legislativo 3 de 1910, que extendió esa posibilidad a las leyes y decretos nacionales (Giacomette 2008; Rodríguez Peñaranda 2007). Estos desarrollos fueron innovadores no solo porque abrieron la posibilidad de invalidar totalmente una disposición legal, sino también porque otorgaron legitimación activa para solicitarlo a los ciudadanos comunes, algo que aún hoy sigue resultando sorprendente. Durante el siglo XIX, y a pesar de que los sistemas jurídicos y la cultura jurídica de la región eran (y siguen siendo) los propios de los sistemas de derecho civil o continental, varios países adoptaron sistemas de control de constitucionalidad difusos cercanos al modelo que existía en Estados Unidos desde 1803 (Fix-Zamudio 2001; Saba 2008). Sería un error, con todo, sobrestimar la importancia del control constitucional en ese momento. A diferencia de lo que ocurre hoy, en el siglo XIX las constituciones raramente eran entendidas como documentos normativos directamente aplicables. Las altas cortes concentraban gran parte de su atención en los recursos de casación y otras formas de control de legalidad, y sus estilos y prácticas reflejaban la prevalencia de las leyes sobre la Constitución, así como una fuerte influencia directa o indirecta del ejecutivo (véase Navia y Ríos-Figueroa 2005 —de donde tomo la referencia al "mosaico" en el título del apartado—, que exploran los elementos que supuestamente influyeron en el comportamiento histórico de los poderes judiciales en la región).

El avance global hacia una forma de democracia fundamentada en derechos que confiere responsabilidades fundamentales al poder judicial hizo que las cosas cambiaran radicalmente

en las últimas décadas. Los estudios comparados describen los actuales sistemas latinoamericanos de control de constitucionalidad como "híbridos" (Frosini y Pegoraro 2008) o "mixtos" (Brewer-Carías 2011). Esto significa que combinan rasgos de dos tipos ideales: el sistema difuso o descentralizado adoptado en Estados Unidos y el modelo concentrado o centralizado teorizado en detalle por Hans Kelsen a principios del siglo XX. En el modelo centralizado, una institución específica, cuyos miembros son elegidos mediante procedimientos especiales, decide sobre la constitucionalidad de las leyes. En todos los casos, el control es principal (no incidental), abstracto (no concreto), *ex ante* o *ex post* (antes o después de la entrada en vigor de la ley) y termina con una decisión de efectos generales: las disposiciones inconstitucionales se eliminan de los libros. Por el contrario, en un modelo descentralizado prototípico, cualquier juzgado puede revisar la constitucionalidad de las leyes en el curso de los procedimientos ordinarios. Por lo tanto, el control es incidental, concreto, *ex post* y tiene efectos *inter partes*: la norma inconstitucional simplemente se deja de lado en el caso concreto.

Muchas constituciones contemporáneas optan por modelos híbridos. Sin embargo, los diferentes grupos de híbridos tienen rasgos que los acercan más a uno u otro tipo ideal. Así, los híbridos europeos pueden describirse como sistemas esencialmente centralizados con algunos elementos de descentralización, como el representado por el hecho de que se les permita a los jueces ordinarios plantear una "cuestión de inconstitucionalidad" para que el tribunal constitucional decida sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley. Por su parte, los híbridos latinoamericanos pueden describirse como sistemas esencialmente descentralizados con algunos elementos de centralización o como sistemas que superponen los dos modelos. En Argentina, por ejemplo, cualquier juez puede dejar de lado una ley en el transcurso de un proceso judicial ordinario; sin embargo, la Corte Suprema conserva una competencia exclusiva sobre algunos asuntos (art. 117 de la Constitución argentina) y decide el "recurso extraordinario" (art. 256 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) en varias hipótesis que controla interpretativamente a través de un sistema de *certiorari* (Dalla Via 1997; Sagüés 2002). En Colombia, aunque la Corte Constitucional concentra el control abstracto y es la única institución facultada para decidir las acciones de inconstitucionalidad, todos los jueces (incluida la Corte Constitucional) pueden hacer uso de la "excepción de inconstitucionalidad" para dejar de lado una ley que consideren inconstitucional en medio de un proceso. Después de la reforma constitucional de 2011, México cuenta con tres niveles de control: un control centralizado a través de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, un control semicentralizado a través del recurso de amparo y un control difuso en cabeza de todos los jueces ordinarios.

Más allá de esto, los estudios comparativos muestran que las altas cortes de la región guardan diferencias en casi todas las dimensiones relevantes del diseño institucional (Roa 2015; Frosini y Pegoraro 2008; Navia y Ríos-Figueroa 2005): el número y el estatus de las cortes, los procedimientos de nombramiento, las áreas de jurisdicción, los efectos de las sentencias, etc. Así, algunos países han creado una corte constitucional para complementar el esquema preexistente, mientras que otros han mantenido sus antiguas cortes supremas únicas (cuyas

competencias han modificado) y otros más han creado una sala constitucional especializada dentro de la anterior corte. En algunos países, como México, Brasil y Argentina, una sola corte concentra una enorme cantidad de funciones, mientras que en otros, como Colombia y Perú, dichas funciones se distribuyen entre varias altas cortes. Algunos países han adoptado el tradicional sistema de nombramiento estadounidense, en cuyo contexto el presidente y el Senado son responsables de la designación de magistrados, mientras que otros han puesto en marcha procedimientos innovadores. En Colombia, por ejemplo, los magistrados de la Corte Constitucional de Colombia son elegidos por el Senado de las ternas de candidatos que elevan, por turnos, el presidente, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. En Bolivia, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 183 de la Constitución boliviana) y del Tribunal Constitucional Plurinacional (art. 199, *ibid*.) son elegidos por voto popular. El artículo 198 de la Constitución boliviana establece que "el Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación paritaria entre el sistema ordinario y el sistema indígena originario campesino". Para designar a los miembros de la Corte Constitucional de Ecuador, tanto el legislativo como el ejecutivo y la función de transparencia y control social nombran a dos personas para integrar una comisión calificadora. Dicha comisión elige los magistrados de entre los candidatos que las ramas anteriores preseleccionan después de agotar un concurso público en el que se garantiza la paridad de género y se permite la impugnación de la ciudadanía (art. 434 de la Constitución ecuatoriana).

En lo que respecta a las áreas de jurisdicción, los estudios comparados existentes destacan dos grandes rasgos característicos: la importancia de las facultades auxiliares de las altas cortes (Frosini y Pegoraro 2008) y la presencia generalizada de recursos o acciones especiales para la protección de derechos (Uprimny 2015; Ferrer 2006). Las facultades auxiliares son aquellas distintas a la facultad de control de constitucionalidad de la ley. Las cortes latinoamericanas son titulares de muchas de ellas, desde participar en el nombramiento de otros funcionarios públicos hasta decidir sobre la validez de las elecciones o llevar a cabo procesos de destitución. Para decirlo en la jerga kelseniana, las altas cortes de América Latina no fueron diseñadas para ser "puras" (Ferreres 2009), sino para ocupar el punto más alto de un sistema multifuncional en el que el poder judicial desempeña un amplio abanico de responsabilidades.

El segundo rasgo distintivo es el número, variedad y alcance de los recursos especializados para la protección de derechos. En realidad, este rasgo permite hablar de una característica regional más general, que tiene que ver con la apertura de la justicia constitucional latinoamericana a la sociedad, en un grado notablemente superior al que encontramos en Estados Unidos o Europa. Las vías de amparo o tutela, por ejemplo, son flexibles y tienen un notable alcance. A diferencia del amparo alemán o español, la mayoría de los amparos latinoamericanos pueden ser usados no solo para impugnar las acciones del ejecutivo o los actos administrativos, sino también para denunciar la inconstitucionalidad de las leyes, los tratados e incluso la conducta de actores privados. De hecho, la posibilidad de que las

personas puedan hacer valer sus derechos constitucionales frente a otros particulares (la llamada *Drittwirkung* o, más sencillamente, el "efecto horizontal" de los derechos fundamentales) es uno de los temas principales en el derecho constitucional contemporáneo (Gardbaum 2013), al mismo tiempo que constituye un impulso crucial para la eficacia constitucional en escenarios donde a veces el poder de los actores privados es abrumador. También ha sido importante la existencia de amparos colectivos, que en países como Argentina han dotado al litigio constitucional de derechos de una fuerza y un dinamismo extraordinarios, y más en general el hecho de que estas vías procesales tienden a operar con exigencias procesales menos estrictas (la tutela de Colombia y Costa Rica constituyen ejemplos paradigmáticos de ello; véanse Restrepo 2003, 81-3 y Wilson 2011, 59-60). Un elemento adicional de apertura deriva del hecho de que varios países (entre ellos Colombia, Ecuador, El Salvador, Bolivia, Guatemala y, con menor amplitud, Perú), siguiendo los precedentes históricos anteriormente citados, han otorgado legitimación procesal a los particulares para interponer acciones públicas de inconstitucionalidad que permiten invalidar leyes con efecto general y permanente. Lejos de generar una sobrecarga irresponsable de trabajo, en Colombia este mecanismo le ha permitido a la Corte generar doctrina sobre temas extraordinariamente relevantes que sin duda nunca hubieran sido planteados por las instituciones que gozan de legitimidad procesal en los modelos kelsenianos tradicionales *(Organklage)*. Otro factor de apertura es, por supuesto, el contenido de las constituciones regionales de la última ola, que incluyen declaraciones de derechos muy extensas y muestran un compromiso por otorgar relevancia constitucional a un amplio rango de necesidades básicas de las personas.

Este impresionante panorama institucional abre muchas líneas de investigación. La más inmediata, dentro del ámbito de los estudios comparados, debería seguramente centrarse en desarrollar trabajo teórico y "nuevas bases de clasificación" (Frosini y Pegoraro 2008) capaces de dar cuenta del rico y matizado mosaico judicial de la región. Es necesario llevar a cabo estos análisis desde una nueva perspectiva. Como han señalado los estudios comparados críticos (Esquirol 2014; Bonilla 2016; López 2016), con mucha frecuencia las descripciones de las instituciones y de los desarrollos latinoamericanos han estado permeadas por presupuestos sumamente asimétricos sobre el valor de las diferentes tradiciones jurídicas. El amplio espectro y la frecuente superposición de elementos institucionales acabados de documentar no deben ser presentados como algo "curioso", *kitsch* o "excesivamente complejo". Por el contrario, esta variedad es un reflejo elocuente de las dimensiones geográficas de América Latina, de capítulos importantes de las historias nacionales y regionales, de rasgos definitorios importantes del constitucionalismo latinoamericano y de desarrollos que deben ser estudiados en sus propios términos, no en función de otra cosa.

Una línea de investigación más específica podría explorar si existe alguna relación entre, por un lado, las múltiples responsabilidades de las altas cortes y la gran cantidad de canales disponibles para acceder a ellas y, por el otro, el alto perfil ("activismo") que generalmente se les atribuye. Aunque por mucho tiempo se ha considerado que los factores institucionales son fundamentales para explicar el comportamiento de las cortes, es necesario desplegar

investigaciones que permitan mapear con mayor detalle qué arreglos institucionales estarían correlacionados con unos u otros resultados (González-Bertomeu 2012). Algunos teóricos han defendido, por ejemplo, que los modelos centralizados europeos llevan incorporado un sesgo activista: dado que los tribunales constitucionales se crean exclusivamente con el objeto de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, un comportamiento excesivamente pasivo de su parte podría llegar a expresar que no son un elemento necesario del sistema constitucional y suscitar dudas sobre la bondad de mantenerlas, en contraste con las cortes de cierre de estilo norteamericano, que "devengan su salario" al desempeñar sus responsabilidades ordinarias dentro del poder judicial, independientemente de la frecuencia con la que anulen las leyes (Ferreres 2009, 79-80). El hecho de que las altas cortes latinoamericanas, con un menú jurisdiccional diversificado y amplio, enfrenten crecientes de litigio constitucional y no hayan perdido su imagen de activismo podría, sin embargo, apuntar hacia hipótesis distintas o podría simplemente verse como algo que invita a buscar aproximaciones analíticas nuevas que permitan construir modelos más sofisticados para definir y medir conceptos básicos ("activismo", " aplicación de la Constitución") y encontrar nuevas maneras de mapear las interacciones jurídicas, culturales, institucionales y políticas que confluyen alrededor de las cortes.

Las cortes latinoamericanas y la gente: la construcción de la legitimidad a través de la acción social y judicial

La extensa literatura sobre judicialización, que se pregunta cómo y por qué se crean los tribunales y cuáles son los elementos que influyen en su comportamiento y supervivencia, otorga un gran peso a las relaciones entre las cortes y las demás ramas del poder. Las teorías del "seguro", la deserción estratégica y la fragmentación y en general los enfoques actitudinales y estratégicos, entre otros, se centran en la manera en que las cortes se sitúan frente a la posición y la forma en que ejercen el poder las otras ramas del poder, a las que además se atribuyen con frecuencia intereses diferentes e incluso opuestos.

Sin embargo, y con independencia de lo que pueda ocurrir al nivel de las motivaciones más profundas, parece que los tribunales latinoamericanos se han interesado más por la gente que por las otras ramas del poder. En cierto sentido, en línea con los mandatos transformadores de las constituciones de la última ola y quizás animadas por el impulso activista de las herramientas procesales acabadas de examinar, los tribunales de la región han tratado de reforzar su posición política construyendo una relación privilegiada con la ciudadanía y favoreciendo la cooperación con los otros poderes por encima del antagonismo, con frecuencia en el marco de formas débiles o dialógicas de control de constitucionalidad (Gargarella 2014a; Tushnet 2008; Roach 2004). Estas dinámicas han arrojado resultados importantes en muchas áreas, entre las que me gustaría destacar tres: los derechos sociales, los derechos sexuales y reproductivos y los derechos indígenas y ambientales.

En el ámbito de los derechos sociales, la interacción que se ha dado entre litigantes y cortes no puede ser entendida sin antes hacer referencia a la influencia de un elemento doctrinal: el hecho de que los académicos latinoamericanos han sido pioneros en la formulación de teorías sobre la exigibilidad judicial de los

derechos sociales y sobre la manera en que la intervención de las cortes puede fortalecer la democracia en contextos marcados por dinámicas de política mayoritaria altamente excluyentes. En una temprana instancia de articulación de estos argumentos, Christian Courtis y Víctor Abramovich desacreditaron muy convincentemente la construcción tradicional sobre las supuestas diferencias estructurales o "naturales" entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales, económicos y culturales, por el otro, y enfatizaron sus continuidades en términos de obligaciones estatales, dimensiones positivas y negativas y costos (Abramovich y Courtis 2003). Al hacerlo, convergían en una tendencia internacional que, en estrecha conexión con el trabajo de los dos Comités de los Pactos de Derechos de las Naciones Unidas de 1966, formuló doctrinas sobre las múltiples dimensiones del disfrute de los derechos y el deber de los Estados de respetarlos, protegerlos y garantizarlos. Se desarrolló progresivamente una práctica consistente en "desempacar" los derechos en esa línea y se generó una batería de herramientas analíticas y argumentales que fortalecieron las oportunidades para la denuncia social y para el litigio tanto en foros nacionales como internacionales. Estas corrientes doctrinales sostienen que las dificultades que puedan subsistir todavía de cara a asegurar la garantía judicial a los derechos sociales deben superarse mediante la reforma de los marcos procesales existentes y señalan que la intervención de las cortes en la formulación de políticas públicas no es necesariamente antidemocrática. De hecho, en los contextos marcados por la existencia de asambleas legislativas frecuentemente elitistas, inoperantes y capturadas por poderes externos, los tribunales pueden ser cruciales para reforzar dinámicas que robustezcan la democracia, obligando a los poderes legislativo y ejecutivo a abandonar la inacción, corrigiendo discriminaciones o garantizando el respeto a derechos ya reconocidos (Abramovich y Courtis 2003; Abramovich 2009; Bergallo 2006; Gargarella 2006).

Estos puntos de vista han sido acogidos por amplios sectores de la academia y, aunque no han estado totalmente exentos de oposición, han ganado un extenso terreno dentro del poder judicial y otros espacios institucionales. No deja de llamar la atención, por ejemplo, que el artículo 1.º de la Constitución mexicana consagre, tras la reforma de 2011, las obligaciones estatales de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, al mismo tiempo que incorpora los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia, progresividad e interpretación *pro persona*. En una región donde las constituciones y en particular los derechos sociales habían sido durante tanto tiempo meros "trozos de papel", han surgido nuevas herramientas y maneras de entender el derecho que han favorecido la justiciabilidad incluso de sus disposiciones más transformadoras.

Los cambios en el campo de las ideas han sido impulsados por la extraordinaria expansión de las redes nacionales y transnacionales de activismo sociojurídico y de litigio de interés público (Rodríguez Garavito 2011a). En muchos países, las personas se organizaron primero para exigir que las atrocidades masivas perpetradas por las juntas militares en las décadas de los setenta y ochenta no quedaran impunes (el litigio formó parte de un conjunto más amplio de esfuerzos que luego se teorizaron bajo el marco de la "justicia transicional". Véanse De Greiff 2012; Saffon y Uprimny 2010; Teitel

2000). Los esfuerzos en esta área se desplegaron tanto en las jurisdicciones nacionales como ante las instituciones del Sistema Interamericano, revelando el gran potencial del litigio en otros ámbitos. La acción de organizaciones no gubernamentales (ONG) bien equipadas, bien financiadas y de alto perfil, acompañadas de un número creciente de clínicas universitarias de interés público, ha asegurado la acción continua de los tribunales latinoamericanos.

Mientras algunos temas se han litigado principalmente a nivel nacional (véanse, por ejemplo, el recuento de experiencias nacionales sobre derecho a la salud en Lamprea 2014; Bergallo 2013; Yamin y Parra 2010 y los capítulos sobre los países latinoamericanos incluidos en Langford 2008, que abarcan además otros derechos sociales), en otros la acción de las redes transnacionales ha sido crucial. La acción transnacional ha sido particularmente visible en el área de los derechos sexuales y reproductivos, en la que el litigio ha generado cambios jurídicos de muchos tipos —más radicales en el ámbito de la orientación sexual, menos espectaculares, pero en cualquier caso reales, en el ámbito del aborto (ver Restrepo 2011; Cook, Erdman y Dickens 2014; Bergallo y Ramón 2016; Gianella y Wilson 2016)—.

Más recientemente, las redes de litigio y abogacía de causa han incursionado en el ámbito de los derechos ambientales y de las comunidades indígenas. Las experiencias de litigio que han reivindicado el derecho a la consulta previa y han denunciado los efectos de los proyectos económicos extractivistas, con frecuencia resultado de los esfuerzos conjuntos de comunidades, abogados, sociólogos y antropólogos (Rodríguez Garavito 2011b, 2015a), han creado nuevos vínculos entre el derecho y las poblaciones indígenas y han complementado los desarrollos avanzados bajo las cláusulas pluriculturales o plurinacionales de las constituciones de la última ola (Bonilla 2006; Yrigoyen 2015; Ramírez y Maisley 2016; Rodríguez-Garavito 2015b).

Los tribunales han reaccionado a estos litigios desarrollando nuevas doctrinas y modalidades decisorias. Dentro de ellas merecen mención las construcciones analíticas sobre "estado de cosas inconstitucional", "conexidad" y "vía de hecho" de la Corte Constitucional colombiana, en ocasiones importadas por otros tribunales. Al declarar un "estado de cosas inconstitucional", la Corte colombiana llama la atención sobre la existencia de problemas sociales que tienen múltiples causas y que generan violaciones de derechos también múltiples, que se refuerzan mutuamente. Este concepto permite describir de una forma más densa las realidades inconstitucionales, a las que la Corte responde con órdenes especiales que exigen la acción conjunta de un amplio número de actores sociales y autoridades públicas. Gracias a la doctrina de la "conexidad" —ahora abandonada, pero solo después de declarar que muchos de los logros obtenidos gracias a ella son permanentes—, la Corte permitió que la acción de tutela, que en principio protegía exclusivamente a una categoría restringida de derechos, cobijara también los derechos sociales cuando era posible establecer que la violación de un derecho social, económico o cultural ponía en peligro otros derechos fundamentales, reforzando así el principio de interdependencia de los derechos y multiplicando acceso y garantía judicial en ámbitos tan cruciales como la salud, la seguridad social o el medio ambiente. La doctrina de la "vía de hecho", por su parte (como sucede también con el concepto de "arbitrariedad" en Argentina),

les permite a las altas cortes revisar y corregir por razones constitucionales las decisiones de los jueces inferiores más allá de los casos habilitados en las reglas ordinarias. Esta evolución en la manera de concebir los daños y las violaciones a los derechos permitió a su vez que muchas innovaciones en materia de órdenes judiciales y reparaciones, inspiradas en muchos casos por las prácticas del Sistema Interamericano, empezaran a formar parte de las prácticas nacionales.

Otras innovaciones han sido de tipo procedimental. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, la admisión de *amicus curiae*; la celebración de audiencias públicas en cuyo contexto las partes, los expertos y la sociedad civil proporcionan a las cortes bases más sólidas para decidir (una innovación en los sistemas de *civil law*); y, destacadamente, el diseño de órdenes remediales o resolutivas no tradicionales, participativas, dialógicas o estructurales (Bergallo 2006; Gargarella 2014a). Como se ha señalado, las sentencias estructurales de las cortes latinoamericanas pueden verse como una segunda generación de fallos que intenta aprender de lo que sucedió con los de primera generación, dictados paradigmáticamente por la Corte Suprema de Estados Unidos en los años cincuenta y sesenta en ámbitos como la reforma carcelaria o la segregación racial en las escuelas (Rodríguez Garavito 2011a). En contraste con el estilo de "orden y control" que adoptaban los resolutivos de estas sentencias —que incluían órdenes detalladas y cronogramas preestablecidos y convertían a las cortes no solo en decisoras clave, sino también en instancia encargada de supervisar el cumplimiento—, las sentencias estructurales de las cortes colombianas y argentina se caracterizan por ser flexibles y por convocar a una amplia gama de actores sociales y políticos a quienes se insta a actuar bajo su supervisión. En los resolutivos de la famosa sentencia T-025 de 2004, sobre desplazamiento forzado, por ejemplo, la Corte colombiana estableció pautas poco rígidas para la elaboración de una política pública, en gran parte inexistente, y requirió la participación de agencias gubernamentales, sociedad civil (incluidas las universidades, a las que les solicitó que realizaran los estudios correspondientes) y representantes de las víctimas bajo un sólido esquema de supervisión que supuso la creación de la sala especial dentro de la Corte (Rodríguez Garavito 2009).

Estos desarrollos hubieran tenido menos posibilidades de éxito si no hubieran sido complementados con un rasgo que singulariza a los altos tribunales latinoamericanos: sus esfuerzos por dar a sus funciones una alta visibilidad pública y por presentarse ante la ciudadanía como instituciones accesibles y transparentes, desplegando en general un alto perfil público. Algunas han adoptado estrategias de comunicación sin precedentes, como las de México y Brasil, que han decidido transmitir por televisión e internet las deliberaciones (Falcão y Oliveira 2013; Hübner Mendes 2017; Pou 2017b). Estas iniciativas se vinculan con una visión más amplia sobre la relación entre los tribunales y la sociedad. Los tribunales han considerado que cultivar una imagen de transparencia y apertura resultaba crucial para distinguirse de las ramas mayoritarias (a menudo desacreditadas) y construir una relación dinámica con otros actores sociales (Screibner 2016). Esta interacción mediada por la publicidad es fundamental para lograr que los casos lleguen a las cortes, asegurar la eficacia de las sentencias y, por supuesto, mantener el tipo de imagen pública que desean los tribunales. Sin

embargo, como lo han advertido Silva (2013, 2015) y Pou (2017a), hay que evaluar el impacto que la transmisión de las sesiones y otras reglas internas de decisión tienen sobre la calidad deliberativa de las decisiones judiciales y, en general, sobre la capacidad de los tribunales de satisfacer sus responsabilidades en términos de formulación de razones públicas. En un nivel más general, es necesario evaluar y monitorear cuidadosamente si la "revolución de la transparencia" de los tribunales es genuina o se trata de una movida excesivamente estratégica y "mercadotécnica" (que incluso podría acabar disminuyendo nuestra capacidad para pedirles cuentas por lo que realmente importa).

Las agendas de investigación jurídica y sociojurídica futura deberían dedicar esfuerzos en identificar sistemáticamente y analizar críticamente las áreas doctrinales en las que las altas cortes de la región han hecho contribuciones importantes. El primer gran paso en ese sentido fue el libro de casos editado por Juan González-Bertomeu y Roberto Gargarella (2016), que presenta la doctrina judicial regional en trece ámbitos, entre ellos la igualdad de derechos, la libertad religiosa, la libertad de expresión, los derechos de los presos, los derechos de las personas LGBTI, los pueblos indígenas, el medio ambiente, la regulación económica y la separación de poderes. El seguimiento actual de las cortes debería registrar cuidadosamente los desarrollos relacionados con derechos no tradicionales (como el derecho a la paz, el derecho a la alimentación y los derechos de la tierra), sin descuidar las doctrinas que se generan más allá del ámbito de los derechos. Aunque se suele pensar que en este último rubro no hay mucho por destacar, la verdad es que existen desarrollos latinoamericanos que son bien distintivos desde la perspectiva comparada, como las doctrinas regionales sobre inconstitucionalidad de las reformas constitucionales.

Las cortes latinoamericanas y sus pares: la "comunidad judicial"

Según algunos estudios, durante la última década América Latina ha sido testigo del surgimiento de un "espacio judicial" regional que se distingue por la fuerza del giro interpretativo, la centralidad del diálogo judicial y la relevancia de las fuentes del derecho interamericanas en el contexto del razonamiento judicial. A diferencia de otras experiencias de integración jurídica, como la europea, América Latina se caracteriza por el hecho de que tales tendencias se dan en una región donde la integración política es débil, lo que invita en mi opinión a una interesante discusión acerca de las fortalezas y debilidades de una integración basada casi exclusivamente en los tribunales y las prácticas de decisión alrededor de los derechos.

Las constituciones democráticas de la última ola emergieron junto con un cambio radical en la forma tradicional de entender el derecho, el razonamiento jurídico y la cultura jurídica —una dimensión que, con razón, está tomando fuerza en los estudios sobre el poder judicial (Couso, Huneeus y Sieder 2010)—. En el pasado, jueces latinoamericanos variablemente (des)empoderados desempeñaban su labor bajo las consignas básicas del paradigma del "estado legislativo" (Zagrebelsky 2003; Aguiló 2004), que sitúa a las reglas (no a los principios) en el centro del derecho, insta a resolver los conflictos aplicando las leyes (no la Constitución) y asume que la Constitución está relativamente separada del sistema jurídico en general. Actualmente, los teóricos y sociólogos del

derecho (Carbonell 2011; Esquirol 2011; Couso 2010; Rodríguez Garavito 2011a) afirman que América Latina es un referente del "interpretivismo jurídico" y el "neoconstitucionalismo", entendido como una versión del paradigma del "estado constitucional" en cuyo contexto el derecho está compuesto de principios, valores y reglas, la Constitución es directamente aplicable y constituye con frecuencia el ingrediente primordial de la decisión judicial, y los derechos y principios constitucionales básicos informan la totalidad del sistema jurídico (Pozzolo 2015).

La etiqueta "neoconstitucional", con todo, ha decaído en los usos cotidianos de la comunidad jurídica al considerar algunos que no se refiere a nada "nuevo", sino al constitucionalismo en sentido estricto y propio, y al estimar otros que captura una versión cuestionable del constitucionalismo: una visión demasiado elitista que confiere un rol mesiánico a la judicatura, abriendo paso a una gestión excesivamente antimayoritaria de las nuevas constituciones regionales. Sin embargo, más allá de las etiquetas y de los énfasis, no se puede negar que las cortes de la región operan bajo un paradigma prácticamente global, articulado en torno a la idea de la supremacía de los derechos y apoyado en un conjunto de estructuras conceptuales y argumentativas en el estilo de lo que los comparatistas han denominado "derecho constitucional genérico" (Law 2005). En el contexto de este "constitucionalismo global" emergente, dos rasgos singularizan al discurso judicial latinoamericano: el énfasis temático y argumentativo mencionado en el apartado anterior y la apertura del discurso judicial a fuentes e instituciones internacionales, particularmente interamericanas, desde las cuales se ha mostrado, a su vez, una intensa disposición a ejercer influencia sobre las prácticas nacionales. Tanto la "internacionalización del derecho constitucional" (Chang y Yeh 2012) como la "constitucionalización del derecho internacional" (Klabbers, Peters y Ulfstein 2009; Acosta 2015) son ciertamente detectables en la América Latina contemporánea.

Tras estas tendencias encontramos, por un lado, un conjunto de constituciones que otorgan una posición supralegal o incluso constitucional a las fuentes internacionales, en particular en el campo de los derechos, y, por otro, una corte que cultiva una postura bien definida respecto del alcance de sus propias funciones: la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana —ella misma una corte altamente interpretivista— ha construido paulatinamente un modelo de interacción con los tribunales nacionales que se aparta de los modelos tradicionales del derecho internacional. Ariel Dulitzky lo llama el "modelo de integración", en oposición al "modelo de subsidiariedad", que sigue prevaleciendo en otros sistemas de derechos humanos (Dulitzky 2015). En el contexto del modelo clásico de subsidiariedad, los Estados deben observar y cumplir los tratados, pero no tienen la obligación de otorgarles una posición jerárquica particular dentro del sistema de fuentes. Además, los compromisos internacionales recaen sobre el Estado, entendido como una entidad única, sin que se impongan deberes a autoridades concretas con respecto a la forma de cumplir ese compromiso. Tercero, y en congruencia con lo anterior, los tribunales internacionales solo pueden ser activados tras el agotamiento de los recursos internos, para dar oportunidad a los Estados de cumplir sus obligaciones; y finalmente, cuando la corte u organismo internacional detecta que el Estado ha infringido un tratado, declara que ha incurrido en "responsabilidad

internacional", sin calificar el estatus jurídico de las normas o actos estatales particulares (Dulitzky 2015, 52-4). En contraste con ello, entre 2008 y 2013 la Corte Interamericana articuló progresivamente la doctrina del "control de convencionalidad", que viene prácticamente a invertir los postulados anteriores. A su abrigo la Corte ha señalado que debe "prevalecer" la plena eficacia de las fuentes interamericanas; en otras palabras, expresó que los Estados les deben otorgar una jerarquía superior en el sistema de fuentes; ha observado que "todas las autoridades estatales dentro del marco de sus competencias", en especial el poder judicial, deben garantizar la eficacia de los tratados, es decir, deben realizar un control de convencionalidad al desplegar sus labores ordinarias; ha relajado el requisito de agotamiento de los recursos internos cuando se presume su ineficacia; y por último, lejos de limitarse a hacer las tradicionales declaraciones de existencia de "responsabilidad internacional", la Corte ha declarado directamente la "nulidad" de las leyes y actos nacionales y ha ordenado a los jueces cambiar algunas de sus interpretaciones. Con ello, la Corte ha reafirmado que los Estados deben dar a las fuentes interamericanas de derechos humanos un lugar primordial dentro de sus respectivos sistemas jurídicos (Dulitzky 2015, 54-9). Dulitzky cree que estamos ante un nuevo paradigma de integración y afirma que la Corte opera cada vez más como una corte *constitucional* interamericana.

El control de convencionalidad ha generado reacciones muy variadas. Un grupo de académicos vinculados históricamente con el Instituto Max Planck de Heidelberg (Alemania) y con notable influencia en los niveles superiores de las judicaturas nacionales ha abrazado decididamente esta evolución. En particular, este grupo ha registrado el surgimiento progresivo de una especie de "*Ius Constitucionale Commune* en América Latina" y ha expresado el anhelo de ver articularse una comunidad de jueces latinoamericanos comprometidos colectivamente, por primera vez, con la aplicación de un conjunto común de valores fundamentales (Bogdandy 2013, 2015; Bogdandy, Ferrer y Morales 2010). Aunque esta corriente académica apoya la supremacía interpretativa de la Corte Interamericana, cuyo "control concentrado de convencionalidad" garantizaría la coherencia y la unidad del sistema (Ferrer 2011), enfatiza de igual manera el "diálogo judicial" y la idea de que los jueces, incluida la Corte Interamericana, aprenden unos de otros y deciden dentro de los parámetros propios de una amplia comunidad de pares (Ferrer y Herrera 2013; Acosta 2015; Ferrer 2015). Otras corrientes han sido más moderadas o menos entusiastas. Jorge Contesse (2014, 106, 111-20), por ejemplo, ha defendido la necesidad de someter los estándares y deberes interamericanos a un proceso deliberativo en los foros judiciales nacionales y ha señalado que la Corte Interamericana debería reemplazar su actitud maximalista y "casacional" por un enfoque genuinamente dialógico que reconozca espacios de discrecionalidad estatal y trate a los tribunales nacionales como pares (véase también Basch y Contesse 2016). De manera similar, Roberto Gargarella (2014b, 2015) ha señalado que la "amalgama compartida de los derechos" no debería quedar inmune a la evaluación democrática. Gargarella destaca que, por un lado, las instituciones interamericanas, dado el diseño de los procedimientos de nombramiento y otros rasgos institucionales, exhiben un claro déficit democrático y, por otro, las acciones y normas estatales no son siempre iguales en

términos de legitimidad democrática. A su juicio, en casos como Barrios Altos, Almonacid, Gomes Lund o Gelman, la Corte Interamericana ha adoptado una visión inflexible sobre las leyes de amnistía insuficientemente sensible a la naturaleza de los procesos nacionales que llevaron a su adopción, lo cual la lleva a tratar de la misma manera a una autoamnistía indecorosa y a una ley surgida de un proceso de deliberación cuidadosa. Gargarella reconoce que "los jueces son una parte integral del proceso democrático y nos deben ayudar en la construcción de las leyes democráticas"; pero dichas leyes deben ser, fundamentalmente, el producto de un "acuerdo horizontal" y colectivo y no el resultado de una "imposición vertical judicial o política" (2015, 119). Uprimny, Sánchez y Sánchez (2014, 24-6) han identificado varios elementos para determinar el alcance y los contornos de la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar en el contexto de un proceso de paz. Según los autores, estas herramientas pueden generar un equilibrio sensible a la democracia entre los compromisos nacionales e internacionales.

¿Cómo han reaccionado las cortes supremas y constitucionales a este autoproclamado liderazgo interamericano y, en general, a la idea de "diálogo judicial"? Las altas cortes de la región parecen sentirse a gusto celebrando reuniones periódicas en diversos seminarios y cumbres en los que debaten desarrollos recientes y temas de interés común, a veces con tribunales de otros países (Pérez y Hernández 2014) o con la Corte Interamericana, la que a su vez lleva a cabo audiencias públicas en los países que forman parte del Sistema y programa seminarios complementarios con los miembros de la comunidad jurídica. Mucho más difícil resulta evaluar lo que sucede cuando los jueces se sientan a escribir sus fallos. Hay algunos trabajos que registran, comentan o tratan de sistematizar las formas en que los tribunales nacionales han incorporado las fuentes interamericanas (Filippini y Rossi 2010; Rodiles 2016) (todavía no contamos con un trabajo análogo que mapee el uso de las fuentes de derecho comparado) y un interés general en tratar de documentar cómo y en qué medida las cortes nacionales dialogan con sus pares extranjeros e internacionales más allá de los espacios de cortesía judicial. En cuanto a la Corte Interamericana y sus exigencias, la opinión generalizada indica que los tribunales nacionales no han ofrecido resistencia. De hecho, los debates recientes en la Corte Constitucional colombiana sobre la fuerza normativa de las doctrinas interpretativas propuestas por la Corte Interamericana en los casos Kimel o López Mendoza (véase, por ejemplo, la sentencia C-442 de 2011) y las discusiones análogas en Costa Rica en torno a los casos Atala y López Mendoza dan a entender que las interacciones han empezado a ser más fluidas[1]. Se trata, en definitiva, de un ámbito en el que en un futuro próximo deberíamos poder contar con hallazgos más exhaustivos.

El estudio de los modos de interacciones entre las altas cortes y entre ellas y las instituciones del Sistema Interamericano debe ser complementado por el análisis de sus interacciones con los jueces inferiores de cada país. Las investigaciones en esta área están todavía en gran medida pendientes. El trabajo académico es víctima a menudo de un "sesgo de disponibilidad" y tiende a centrar su atención en lo que ocurre en los niveles superiores y visibles del poder judicial, cuyos fallos suelen ser públicos y accesibles. Monitorear y analizar lo que sucede en los niveles inferiores del poder judicial es logísticamente más complejo

y requiere más tiempo. En cualquier caso, con el tiempo deberían aparecer más estudios que describan detalladamente las dinámicas intrajudiciales e identifiquen sus principales patrones. Por ejemplo, ¿se han dado en todos los países que cuentan con varias altas cortes "choques de trenes" al estilo del que se produjo durante tanto tiempo en Colombia entre la Corte Suprema y la Corte Constitucional? ¿Qué elementos han sido útiles para evitar o superar las fricciones? ¿Ha influido la apertura del sistema constitucional a las fuentes jurídicas internacionales en la relación entre altas cortes y jueces inferiores? Si ha sido así, ¿cómo? ¿Incide la estructura jerárquica o coordinada de la judicatura (en términos de Damaška [1986]) en esa relación? ¿Cómo influyen los diferentes grados de independencia interna en los desarrollos jurídicos?

Por último, el análisis de los poderes judiciales regionales debe prestar atención a un aspecto que lamentablemente parece estar llamado a tener un protagonismo creciente en los tiempos que vienen: el aumento de las formas no tradicionales de presión sobre la judicatura. Dado que las ramas políticas están reemplazando las modalidades tradicionales de ataque (como cambiar la composición y el tamaño de las cortes con fines partidistas [*court-packing*] o desafiarlas abiertamente) por nuevas estrategias (desde las críticas de los presidentes bolivarianos al imperialismo judicial interamericano [Couso 2016] hasta estrategias más matizadas y encubiertas como postular jueces afines al Gobierno, ejecutar negligentemente las sentencias o asfixiar económicamente los tribunales), es cada vez más interesante preguntarse qué tipo de diseños o dinámicas ayudan a preservar la autonomía del poder judicial. Jan Boesten (2016) ha argumentado, por ejemplo, que un diseño institucional con una pluralidad de altas cortes, como el que encontramos en Colombia, reduce las posibilidades de que el poder ejecutivo coopte el poder judicial. Otra línea de investigación relevante podría tratar de determinar si la internacionalización y el nuevo carácter transnacional del poder judicial latinoamericano, es decir, la supuesta existencia de una incipiente "comunidad judicial latinoamericana", marca o no alguna diferencia a la hora de intentar resistir estas nuevas formas de presión.

Decisiones constitucionales, eficacia y transformación social

Los tribunales constitucionales latinoamericanos contemporáneos gozan de una posición sin precedentes en el sistema político y en el jurídico. Aunque su papel como guardianes de los derechos es primordial, dichas cortes desempeñan un conjunto multifacético y diverso de funciones. Las constituciones regionales se destacan por la solidez de sus disposiciones sustantivas, que son, en última instancia, los materiales que las altas cortes de la región usan para crear doctrinas innovadoras. En general, las cortes han tratado de construir una relación directa con la ciudadanía y los grupos sociales, afianzando progresivamente su posición política y entendiendo con frecuencia su acción en términos de participación en un espacio judicial más amplio en cuyo contexto han ganado un espacio indiscutible para la acción política y jurídica.

¿En qué medida, sin embargo, han logrado estos tribunales cambiar el mundo, que se supone que es lo que las constituciones latinoamericanas les ordenan hacer (García 2013)? Para responder esta pregunta es necesario abordar

la cuestión de la eficacia de las sentencias. Analizar esta cuestión resulta más urgente en América Latina que en otros contextos debido a la interacción entre constituciones transformadoras y contextos socioeconómicos en los que millones de personas sufren graves carencias, y porque la pregunta por la eficacia se formula en un momento en el que no es posible eludir ciertos argumentos y debates, como los desarrollos en torno a la "revolución de los derechos" en Estados Unidos (Rosenberg 1991; McCann 1994) o la poderosa "crítica de los derechos" de la academia jurídica norteamericana (Jaramillo 2004). En compensación, las investigaciones sobre este tema tienen la suerte de poder apoyarse en el sofisticado y cuidadoso trabajo académico que se ha hecho en América Latina sobre la eficacia del derecho, que es genuinamente innovador en muchos sentidos y que logra iluminar aspectos en gran medida ausentes en los análisis desarrollados en el Norte Global (García 2009, 2010 y su capítulo en este volumen; Böhmer 2011).

Lo primero que han señalado los estudios regionales es que la cuestión de la eficacia o ineficacia de los fallos se ve radicalmente diferente según se adopte una teoría instrumental o constitutiva de las relaciones entre el derecho y la sociedad (Restrepo 2003; Rodríguez Garavito 2011a; Parra 2014). Desde una posición instrumental, el derecho y las realidades sociales se conciben como conceptualmente separados, por lo que se considera que un producto jurídico particular es eficaz solo si obtiene el resultado que pretendía generar. Una buena parte de la literatura del Norte Global sobre la eficacia constitucional, por ejemplo, las teorías que definen la eficacia como "texto-realidad-congruencia" (Kokott y Kaspar 2012), abraza esta postura. Desde una visión constitutiva, por contra, el derecho y las realidades sociales no pueden verse como dominios separados, puesto que el derecho es un artefacto social que moldea y es moldeado por otros de maneras diferentes y no siempre predecibles. Desde esta perspectiva, los efectos indirectos y simbólicos de los fallos son tan significativos como los directos e instrumentales (Restrepo 2003).

En esta línea, los sociojuristas César Rodríguez y Diana Rodríguez han señalado la necesidad de desarrollar nuevos lentes metodológicos y teóricos que sean capaces de captar de manera más adecuada una amplia gama de efectos indirectos. El marco analítico que desarrollan y que luego aplican a los estudios de caso detecta al menos cinco tipos de efectos indirectos de los fallos (materiales o simbólicos). Estos incluyen el efecto de modificación del marco, en virtud del cual ciertos problemas comienzan a percibirse como cuestiones de derechos humanos y entran en las agendas públicas; el efecto desbloqueador y el efecto de política pública, que refuerzan las capacidades institucionales de un país para enfrentar problemas socioeconómicos complejos; el efecto participativo, asociado a la forma en que los fallos favorecen la creación de coaliciones sociales activistas que fomentan la deliberación y participan en el proceso de implementación de los fallos; y el efecto socioeconómico, que favorece el debate colectivo sobre la gestión de problemas complejos de redistribución (2015, 23-25). Adicionalmente, Rodríguez y Rodríguez argumentan que los efectos potenciales de las sentencias dependen de cómo se acaben articulando tres distintas dimensiones: la fuerza que otorgan a los derechos en juego (derechos débiles o fuertes, en el sentido de Tushnet 2008), el tipo de orden que se incluye en los resolutivos (débil o fuerte) y el mecanismo de supervisión (débil o fuerte) que

se establece para tratar de asegurar el cumplimiento. Según sus hallazgos, los tribunales multiplican los efectos de sus fallos cuando se involucran en ejercicios dialógicos de toma de decisiones que resultan de la combinación de derechos fuertes, órdenes intermedias o moderadas y esquemas de supervisión fuertes. Este tipo de sentencias respeta la división de poderes, promueve la eficacia y refuerza la deliberación pública, ya que favorece los procesos participativos de cumplimiento que involucran a una pluralidad de actores sociales (Rodríguez y Rodríguez 2015, 37). De manera similar, en el transcurso de sus referencias a los efectos indirectos, David Landau ha señalado que, aunque las decisiones judiciales sobre derechos sociales en América Latina parecen haber favorecido en gran medida los intereses mayoritarios y la clase media, sin llegar a ser plenamente transformadoras (Landau 2012), han tenido otros efectos significativos, como garantizar la prestación de servicios públicos y corregir fallas regulatorias en Estados con importantes disfuncionalidades burocráticas, erigiéndose un poco en representantes del mandato popular ante las limitaciones representativas de los Parlamentos e impulsando el desarrollo de una "cultura constitucional" de la región (Landau 2018).

No es posible, en definitiva, medir el impacto de las altas cortes latinoamericanas en los últimos años exclusivamente en términos del número de novedades técnicas, procedimentales o doctrinales que encontramos en la jurisprudencia. Tampoco es posible hacerlo cuantificando el cumplimiento de una manera formalista o tratando de encontrar correlaciones entre las sentencias y los indicadores económicos o políticos. Si así se hiciera, dejarían de registrarse muchos de los efectos sociales, culturales y políticos de la justicia constitucional y los procesos más amplios que las sentencias generan o de los que surgen. Se dejaría de capturar, más específicamente, la importancia social que ha tenido en tantas ocasiones la intervención judicial. Como señala Esteban Restrepo, a través de los "amparos", las "acciones de tutela" o los "*mandados*", los tribunales latinoamericanos han dado respuesta en las últimas décadas a una cantidad sin precedentes de reclamos de ciudadanos comunes, poniendo el foco sobre algunos asuntos que anteriormente habían recibido poca atención política, como la violencia, la pobreza, el racismo y la discriminación, las privaciones materiales o la mala gestión de la tierra, entre otros (Restrepo 2015, 6-8). Como en otros países del Sur Global (Bonilla 2013), los grupos sociales oprimidos han llamado a la puerta de la judicatura y esta ha respondido mostrando su confianza en la capacidad de las sentencias de acabar con la indignidad, asumiendo así un papel central en los esfuerzos contemporáneos por la emancipación social (Restrepo 2015, 8).

Por descontado, no todos los tribunales regionales se entienden a sí mismos de esta manera, y un aparato metodológico más sofisticado podría detectar con más precisión los efectos y las dinámicas dañinas y las virtuosas. Todavía no se ha emprendido un proyecto de evaluación completa y geográficamente exhaustiva de pérdidas y ganancias —que puede ser que resulte algo demasiado ambicioso—. Pero si la idea es, más modestamente, identificar los desarrollos más significativos y característicos en el ámbito de la justicia constitucional, sin duda, el más importante de ellos es que las cortes supremas y constitucionales de la región

han conseguido, quizás por primera vez, que la Constitución sea relevante para la ciudadanía ordinaria.

Conclusiones

En las últimas décadas, el poder judicial ha fortalecido enormemente su posición constitucional. Este fenómeno ha sido particularmente notorio en América Latina, donde tradicionalmente los jueces no habían tenido un gran peso político y la Constitución carecía de un lugar preponderante en las dinámicas políticas y jurídicas cotidianas. Las constituciones latinoamericanas de la última ola han sido innovadoras a muchos niveles, incluyendo el diseño del poder judicial, al que han asignado un amplio conjunto de funciones, poderes y responsabilidades. Las altas cortes de la región han entendido que las constituciones les confieren importantes roles y responsabilidades públicas y, en general, no se han abstenido de ejercerlos.

América Latina es un territorio enorme y diverso y la evaluación comparada de los desarrollos judiciales debería preocuparse por dar cuenta de esa variedad. Sin embargo, por varias razones, como el regreso relativamente simultáneo de los regímenes democráticos, las semejanzas de contexto socioeconómico y ciertos rasgos similares (tanto autopercibidos como atribuidos desde afuera) entre los países de la región, han surgido muchas dinámicas genuinamente transnacionales que de algún modo compensan la inexistencia de estructuras de integración política a nivel subcontinental.

Este capítulo ha explorado desarrollos regionales distintivos en el ámbito de la justicia constitucional. Esos desarrollos se sustentan en ciertos rasgos comunes de diseño institucional e ilustran el hecho de que las altas cortes se preocupen cada vez más por sus relaciones con la sociedad civil y los demás tribunales. Un análisis que se concentra en identificar tendencias y novedades necesariamente acaba poniendo mucho énfasis en ciertos aspectos al tiempo que subestima otros. La existencia de novedades no elimina el hecho de que muchos otros elementos sigan igual que antes: los desarrollos "dialógicos" no eliminan la existencia de grandes ámbitos de la administración de justicia que se desarrollan bajo otros parámetros, y la aparición de nuevos canales de acceso a la justicia no hace desaparecer los extensos sectores de la judicatura que siguen siendo casi inaccesibles para el público. A pesar de estas advertencias, sin embargo, y todas las cosas consideradas, lo que se destaca más es el asombroso dinamismo de la región en los ámbitos estudiados y la cantidad de desarrollos que las futuras agendas de investigación habrán de registrar y analizar cuidadosamente.

Nota

1. Óscar Parra Vera explora en estos desarrollos investigaciones en curso sobre la manera en que las cortes nacionales se apropian o disienten de las doctrinas interamericanas. Le agradezco la información compartida y referencias que resultaron muy útiles.

Referencias

Abramovich, Víctor. 2009. El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. En *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, comps. Víctor Abramovich y Laura Pautassi. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Abramovich, Víctor y Christian Courtis. 2003. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Acosta, Paola. 2015. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Aguiló, Josep. 2004. *La constitución del estado constitucional*. Bogotá y Lima: Temis-Palestra.

Basch, Fernando y Jorge Contesse. 2016. International law and domestic adjudication. En *The Latin American casebook*, eds. Juan F. González-Bertomeu y Roberto Gargarella. Nueva York: Routledge.

Bergallo, Paola. 2006. Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. En *Derecho y pobreza. SELA 2005*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Bergallo, Paola. 2013. *Unleashing health rights in Argentinian courts: From the myth of rights to the politics of rights*. Disertación para el doctorado en derecho (JSD), Stanford University.

Bergallo, Paola y Agustina Ramón Michel. 2016. Abortion. En *The Latin American casebook*, eds. Juan F. González-Bertomeu y Roberto Gargarella. Nueva York: Routledge.

Boesten, Jan. 2016. *Between democratic security and democratic legality: discursive institutionalism and Colombia's Constitutional Court*. Disertación doctoral, University of British Columbia. https://open.library.ubc.ca/cIRcle/collections/ubctheses/24/items/1.0224798. (Consultado el 22 de mayo de 2017).

Bogdandy, Armin von. 2013. Ius constitutionale commune Latinoamericanum: Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea. En *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, coords. Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Bogdandy, Armin von. 2015. Ius constitutionale commune en América Latina: Observations on *Transformative Constitutionalism*, 109 AJIL (sin consolidar).

Bogdandy, Armin von, Eduardo Ferrer MacGregor y Mariela Morales Antoniazzi. 2010. *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constiutionale comune en América Latina?* Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Max Planck Institut.

Böhmer, Martín. 2011. Lusus naturae. En *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, coord. César Rodríguez Garavito. Buenos Aires: Siglo XIX Editores.

Bonilla, Daniel. 2006. *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Bonilla, Daniel. 2013. *Constitutionalism of the Global South*. Nueva York: Oxford University Press.

Bonilla, Daniel. 2016. La economía política del conocimiento jurídico. En *El constitucionalismo en el continente americano*, ed. Daniel Bonilla Maldonado. Bogotá: Uniandes, Siglo del Hombre Editores, Universidad EAFIT.

Boulanger, Christian. 2015. *Role theory, democratization and comparative constitutionalism: Constitutional courts as "Guardians", "Umpires" and "Founders"*.Disponible en Academia.edu.

Brewer-Carías, Alan. 2011. *Constitutional courts as positive legislators*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Carbonell, Miguel. (2011). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Chang, Wen-Chen y Jiunn-Rong Yeh. 2012. Internationalization of constitutional law. En *The oxford handbook of comparative constitutional law*, eds. Michel Rosenfeld y Andras Sajó. Oxford: Oxford University Press.

Contesse, Jorge. 2014. ¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos. SELA 2012*, Marisa Iglesias, Javier Couso, David Dyzenhaus, Julio Antonio Fernández Estrada y Roberto Gargarella. Buenos Aires: Libraria Ediciones.

Cook, Rebecca, Joanna Erdman y Bernard Dickens. 2014. *Abortion law in transnational perspective. Cases and controversies*. Filadelfia: The University of Pennsylvania Press.

Couso, Javier. 2010. Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: Entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional. En *Anuario de Derechos Humanos*, 33-47. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

Couso, Javier. 2014. Las democracias radicales y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. En *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos. SELA 2012*, Marisa Iglesias, Javier Couso, David Dyzenhaus, Julio Antonio Fernández Estrada y Roberto Gargarella. Buenos Aires: Libraria Ediciones.

Couso, Javier. 2016. ¿Regreso al futuro? El retorno del 'principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados' en el constitucionalismo radical latinoamericano. En *La desigualdad. SELA 2015*, Bradley Hayes, Luís Roberto Barroso, Renata Bregaglio Lazarte, Javier Couso, Iñigo de la Maza Gazmuri, Alberto do Amaral Junior, Fiona Doherty, Roberto Gargarella, Chloé S. Georas, Diego Gil McCawley, Bradley Hayes, Eleonora Lozano Rodríguez, Vivian I. Neptune Rivera, Ezequiel Nino, Paulina Ochoa Espejo, Catalina Pérez Correa, Aline Rezende Peres Osorio, Daniela Salazar, Constanza Salgado Muñoz. Buenos Aires: Libraria Ediciones.

Couso, Javier, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder. 2010. *Cultures of legality*. Nueva York: Cambridge University Press.

Dalla Vía, Alberto. 1997. La justicia constitucional en Argentina. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Damaška, Mirjan. 1986. *The faces of Justice and State Authority. A comparative approach to the legal process*. New Haven, CT: Yale University Press.

De Greiff, Pablo. 2012. Theorizing Transitional Justice. En *Transitional Justice* LI, eds. Melissa Williams, Rosemary Nagy y Jon Elster. Nueva York: New York University Press.

Dulitzky, Ariel. 2015. An Inter-American constitutional court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal* 50(1):45-93.

Esquirol, Jorge. 2011. The turn to legal interpretation in Latin America. 26 *American University International Law Review* 1031.

Esquirol, Jorge. 2014. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Uniandes.

Falcão, Joaquim y Fabiana Luci de Oliveira. 2013. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Lua Nova* 87: 429.

Fernández, Francisco. 2012. Del control político al control jurisdiccional. Evolución

y aportes a la justicia constitucional en América Latina. *Pensamiento Constitucional* XII(12).

Ferrer, Eduardo. 2006. Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado). En *El derecho de amparo en el mundo*, eds. Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Ciudad de México: UNAM, Porrúa, Konrad Adenauer Stiftung.

Ferrer, Eduardo. 2011. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez constitucional mexicano. En *La reforma de derechos humanos del 2011: un nuevo paradigma*, eds. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. México: IIJ UNAM.

Ferrer, Eduardo. 2015. Conventionality Control: The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. 109 *AJIL Unbound* 93.

Ferrer, Eduardo y Alfonso Herrera García. 2013. *Diálogo jurisprudencial en Derecho Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.

Ferreres, Víctor. 2009. *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*. New Haven, CT: Yale University Press.

Filippini, Leonardo y Julieta Rossi. 2010. El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales: el caso de Latinoamérica. En *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, eds. Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic and César Rodríguez Garavito. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Uniandes, U. Diego Portales, CELS y LAEHR.

Fix-Zamudio, Héctor. 2001. La justicia constitucional en América Latina. En *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, Héctor Fix-Zamudio. Ciudad de México: CNDH.

Frosini, Justin y Lucio Pegoraro. 2008. Constitutional courts in Latin America: A testing ground for new parameters of classification? *Journal of Comparative Law* 3(39).

García, Mauricio. 2009. *Sociología y crítica del derecho*. Ciudad de México: Ediciones Fontamara.

García, Mauricio. 2010. *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia.

García, Mauricio. 2013. Constitucionalismo aspiracional. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades* 15(29).

Gardbaum, Stephen. 2013. The structure and scope of constitutional rights. En *Comparative Constitutional Law*, eds. Tom Ginsburg y Rosalind Dixon. Cheltenham: Edward Elgar.

Gargarella, Roberto. 2006. Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights? En *Deliberative Democracy and its Discontents*, eds. Samantha Besson y José Luis Martí. Burlington, VT: Ashgate.

Gargarella, Roberto. 2012. Latin American contitutionalism then and now: Promises and questions. En *New constitutionalism in Latin America. Promises and practices*, eds. Detlef Nolte y Almut Schilling-Vacaflor. Ashgate Publishing.

Gargarella, Roberto, ed. 2014a. *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Gargarella, Roberto. 2014b. Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. En *Derechos Humanos: posibilidades teóricas y desafíos*

prácticos. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) 2013. Buenos Aires: Libraria Ediciones.

Gargarella, Roberto. 2015. Democracy and rights in Gelman v. Uruguay. *AJIL Unbound* 109:115-19.

Giacomette, Ana. 2008. Acción pública de inconstitucionalidad de las leyes. En *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo VIII. Procesos constitucionales orgánicos*, comps. Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldívar. UNAM, IMDC, Marcial Pons.

Gianella, Camilla y Bruce Wilson. 2016. LGBTI Rights. En *The Latin American casebook. Courts, constitutions and rights*, eds. Juan F. González-Bertomeu y Roberto Gargarella. Nueva York: Routledge.

González-Bertomeu, Juan. 2012. *Constitutional adjudication in non-ideal scenarios. The case of Argentina and Colombia*. Disertación para el doctorado en derecho (JSD). NYU School of Law.

González-Bertomeu, Juan y Roberto Gargarella. 2016. *The Latin American casebook. Courts, constitutions and rights*. Nueva York: Routledge.

Helmke, Gretchen y Julio Ríos-Figueroa. 2011. *Courts in Latin America*. Nueva York: Oxford University Press.

Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard, MA: Harvard University Press.

Jaramillo, Isabel. 2004. Estudio preliminar. En *La crítica de los derechos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Kapiszewsky, Diana, Gordon Silverstein y Robert A. Kagan. 2013. *Consequential courts. Judicial roles in global perspective*. Nueva York: Cambridge University Press.

Klabbers, Jan, Anne Peters y Geir Ulfstein. 2009. *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: Oxford University Press.

Kokott, Julianne y Martin Kaspar. 2012. Ensuring constitutional efficacy. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, eds. Michel Rosenfeld y András Sajó. Oxford: Oxford University Press.

Lamprea, Everaldo. 2014. Colombia's right-to-health litigation in a context of health care reform. En *The right to health at the public/private divide. A global comparative study*, eds. Colleen Flood y Aeyal Gross. Cambridge: Cambridge University Press.

Landau, David. 2012. The reality of social rights enforcement. *Harvard Law Review* 53(1):190-247.

Landau, David. 2018. Socioeconomic rights without social transformation in Latin America. Theorizing courts favorable to majoritarian social ideas. En *Constitutionalism in the Americas*, eds. Colin Crawford y Daniel Bonilla Maldonado. Cheltenham, UK & Northampton MA, USA: Edward Elgar.

Langford, Malcolm. 2008. *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Law, David. 2005. Generic Constitutional Law. *Minnesota Law Review* 89: 652.

López, Diego. 2016. Reposicionando América Latina y el Caribe en los mapas del Derecho constitucional comparado. En *El constitucionalismo en el continente americano*, ed. Daniel Bonilla Maldonado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

McCann, Michael. 1994. *Rights at work: Pay equity reform and the politics of legal mobilization*. Chicago: The University of Chicago Press.

Mendes, Hübner. 2017. The Brazilian Supremo Tribunal Federal. En *Comparative constitutional reasoning*, eds. András Jakab, Arthur Dyevre y Giulio Itzcovich. Cambridge: Cambridge University Press.

Navia, Patricio y Julio Ríos-Figueroa. 2005. The constitutional adjudication mosaic of Latin America. *Comparative Political Studies* 38(2): 189-217.

Ortiz, Julio César. 1997. El nuevo sistema de control constitucional en Colombia. De la supresión de las funciones de control constitucional de la Corte Suprema a la creación de la Corte Constitucional. En *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*. Serie Estudios Doctrinales 183. Ciudad de México: IIJ UNAM.

Parra, Óscar. 2014. El impacto de las decisiones interamericanas. Notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al empoderamiento institucional. En *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, eds. Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi. IIJ UNAM, Max Planck Institute, IIDC.

Parra, Óscar y Alicia Ely Yamin. 2010. Judicial protection of the right to health in Colombia; from individual demands to individual claims to public debates. *Hastings International and Comparative Law Review* 33(2): 101-29.

Pérez, Carlos y Javier Hernández Valencia (eds.). 2014. *A dialogue between judges. Writings of the summit of Presidents of Constitutional, Regional and Supreme Courts (Mexico, 2012)*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Office of the UN High Commissioner for Human Rights.

Pou Giménez, Francisca. 2017a. Constitutional change and the Supreme Court Institutional Architecture: Decisional indeterminacy as an obstacle to legitimacy. En *Judicial politics in Mexico: The Supreme Court and the transition to democracy*, eds. Andrea Castagnola y Saúl López Noriega. Nueva York: Routledge.

Pou Giménez, Francisca. 2017b. Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court. En *Justices and journalists: The global perspective*, eds. Richard Davis y David Taras. Nueva York: Cambridge University Press.

Pozzolo, Susanna. 2015. Apuntes sobre neoconstitucionalismo. En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I. eds. Jorge Fabra y Álvaro Núñez. México City. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875. (Consultado el 22 de febrero de 2018).

Ramírez, Slivina y Nahuel Maisley. 2016. The Protection of the right of indigenous peoples. En *The Latin American casebook*, eds. Juan F. González-Bertomeu y Roberto Gargarella. Burlington, VT: Ashgate Publishing.

Restrepo, Esteban. 2003. Reforma constitucional y progreso social: la constitucionalización de la vida cotidiana en Colombia. En *SELA 2002. El derecho como objeto e instrumento de transformación*, ed. Roberto Saba. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Restrepo, Esteban. 2011. Advancing sexual health and reproductive rights in Latin America and the Caribbean. Artículo en progreso preparado por la Organización Mundial de la Salud. Ginebra. www.ichrp.org/files/papers/183/140_Restrepo_LAC _2011.pdf (Consultado el 22 de febrero de 2018).

Restrepo, Esteban. 2015. *Constitutional agonism*. Disertación del doctorado en derecho (JSD), Yale Law School.

Roa, Jorge Ernesto. 2015. La justicia constitucional en América Latina. *Serie Cuadernos*

de Trabajo 34. Universidad Externado de Colombia.

Roach, Kent. 2004. *Dialogic judicial review and its critics Supreme Court Law Review* 23: 49-104.

Rodiles, Alejandro. 2016. The law and politics of the pro persona principle in Latin America. En *The interpretation of international law by domestic courts. Unity, diversity, convergence*, eds. Helmut P. Aust y Georg Nolte. Oxford: Oxford University Press.

Rodríguez Garavito, César, dir. 2009. *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Uniandes, Acnur, ASDI.

Rodríguez-Garavito, César. 2011a. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review* 89: 1669.

Rodríguez-Garavito, César. 2011b. Ethnicity.gov: Global governance, indigenous peoples, and the right to prior consultation in social minefields. *Indiana Journal of Global Legal Studies* 18: 263.

Rodríguez-Garavito, César. 2015a. Remapping law and society in Latin America: Visions and topics for a new legal cartography. En *Law and society in Latin America. A new map*, ed. César Rodríguez-Garavito. Nueva York: Routledge.

Rodríguez-Garavito, César, dir. 2015b. *Human rights in minefields. Extractive economies, environmental conflicts, and social justice in the Global South*. Bogotá: Center for the Study of Law, Justice and Society, DeJusticia.

Rodríguez-Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. 2015. *Radical deprivation on trial: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in the Global South*. Nueva York: Cambridge University Press.

Rodríguez Peñaranda, María Luisa. 2007. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rosenberg, Gerald. 1991. *The hollow hope: Can courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press.

Saba, Roberto. 2008. Constitutions and codes: A difficult marriage. The unusual merging of the American Constitutional Law tradition with the continental law tradition. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 77: 285.

Saffon, María Paula y Rodrigo Uprimny. 2010. Uses and abuses of transitional justice in Colombia. En *Law in Peace Negotiations*, eds. Morten Bergsmo y Pablo Kalmanovitz. Torkel Opsahl Academic Publishing.

Sagüés, Néstor. 2002. *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*. Buenos Aires: Astrea.

Screibner, Druscilla. 2016. Judicial communication: (Re)constructing legitimacy in Argentina. En *Justices and journalists: The global perspective*, eds. Richard Davis y David Taras. Nueva York: Cambridge University Press.

Silva, Virgílio Alfonso da. 2013. Deciding without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law* 11(3).

Silva, Virgílio Alfonso da. 2015. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberaçao no Supremo Tribunal Federal. *Journal of International Studies / Revista Estudios Institucionais* 1(1).

Stone, Alec. 2000. *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.

Stone, Alec. 2012. Constitutional courts. En *The Oxford Handbook of Comparative*

Constitutional Law, eds. Michel Rosenfeld y Andras Sajó. Oxford: Oxford University Press.

Tate, Neal y Torbjorn Vallinder. 1995. *The global expansion of judicial power*. Nueva York: New York University Press.

Teitel, Ruti. 2000. *Transitional justice*. Oxford: Oxford University Press.

Tushnet, Mark. 2008. *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press.

Uprimny, Rodrigo. 2015. The recent transformations of constitutional law in Latin America: trends and challenges. En *Law and society in Latin America. A new map*, ed César Rodríguez-Garavito. Nueva York: Routlegde.

Uprimny, Rodrigo, Luz María Sánchez Duque y Nelson Camilo Sánchez León. 2014. *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Dejusticia.

Viciano, Roberto y Rubén Martínez Dalmau. 2011. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado* 9.

Wilson, Bruce. 2011. Enforcing rights and exercising an accountability function: Costa Rica's Constitutional Chamber of the Supreme Court. En *Courts in Latin America*, eds. Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa. Nueva York: Oxford University Press.

Yamin, Alicia y Óscar Parra-Vera. 2010. Judicial protection of the right to health in Colombia: From social demands to individual claims to public debates. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 33:431.

Yrigoyen, Raquel. 2015.The panorama of pluralist constitutionalism: From multiculturalism to decolonization. En *Law and society in Latin America. A new map*, ed. César Rodríguez-Garavito. Nueva York: Routlegde.

Zagrebelsky, Gustavo. 2003. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

Capítulo 13
LAS FISCALÍAS EN AMÉRICA LATINA* [1]

Verónica Michel

La investigación y la persecución de los delitos, por un lado, y la decisión judicial, por otro, son las dos etapas de un mismo proceso (Ríos-Figueroa 2006, 2012a) que involucra a dos instituciones diferentes dentro de un sistema judicial: la Fiscalía (que investiga y acusa) y el poder judicial (que juzga). Por lo tanto, para que la persecución penal sea exitosa es necesario que la Fiscalía, que, en última instancia, está a cargo de la investigación y la persecución de los delitos, lleve a cabo una labor investigativa adecuada. En vista de que los fiscales tienen un gran poder para decidir unilateralmente qué, cuándo y a quién acusan y llevan a juicio, las fiscalías constituyen la puerta de entrada al sistema judicial[2]. Solo los casos que son investigados llegan a los tribunales. Dado el gran poder que tienen las fiscalías, resulta sorprendente que hasta hace muy poco los académicos de derecho y sociedad hayan empezado a estudiar el papel que estas instituciones juegan en la manera en que se relacionan el derecho, la sociedad y el Estado.

Este capítulo explora las investigaciones recientes que han surgido en torno a esta institución. La primera sección realiza un breve recuento histórico del desarrollo de los órganos fiscales en el contexto del derecho procesal penal en América Latina y explica las reformas que han transformado en los últimos años el papel de esta institución dentro de los sistemas de justicia penal en la región. La siguiente sección describe los múltiples diseños institucionales que observamos actualmente en los órganos fiscales de la región[3]. La tercera sección revisa las investigaciones empíricas que ofrece la literatura sobre las fiscalías. En general, dichos estudios destacan que unos órganos fiscales independientes y que rinden cuentas a la ciudadanía cumplen un rol fundamental en el funcionamiento de la democracia constitucional en la medida en que respaldan la seguridad jurídica, la protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado de derecho. El capítulo concluye con algunas sugerencias para futuras investigaciones.

"¿Qué hay en un nombre?" Los orígenes de los órganos fiscales en América Latina

Los antecedentes de lo que hoy conocemos como "fiscalías" se remontan a la aparición del derecho penal en los Estados modernos.

* Cómo citar este capítulo: Michel, Verónica. 2024. Las fiscalías en América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 297-320. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.14

Históricamente, el derecho penal apareció en la modernidad como la expresión jurídica más cruda del poder coercitivo del Estado soberano, puesto que le otorga al Estado el derecho de atribuir la culpa y determinar el castigo (Dubber 2006, 2014). Antes de que los poderes de persecución penal se centralizaran en manos del Estado, durante siglos las sociedades resolvieron sus conflictos a través de medios privados como la venganza, la mediación, el perdón o la reconciliación personal (Ma 2008). Progresivamente, gracias a la centralización del poder coercitivo, no solo la persecución y el castigo empezaron a ser administrados por el Estado, también algunos delitos empezaron a ser considerados como cuestiones de interés público. Así, con el surgimiento del Estado moderno, el crimen se convirtió en un asunto social (no privado) y la persecución y el castigo pasaron a ser una prerrogativa del Estado, no del individuo. La discrecionalidad de los fiscales, en particular la decisión de no perseguir una conducta, se entiende mejor como una demostración del poder soberano (Sarat y Clarke 2008).

Aunque la centralización del poder fiscal fue un proceso lento y desigual a lo largo del globo, la mayoría de los países comenzaron a crear instituciones fiscales estatales en el siglo XIX, y América Latina no fue una excepción[4]. Sabemos poco sobre el funcionamiento real de estos primeros órganos fiscales, puesto que durante muchos años dichas instituciones, al igual que el poder judicial en general, escaparon de la mirada de los académicos porque eran consideradas como un epifenómeno de la política. La mayoría de las publicaciones sobre los órganos fiscales en América Latina, que a menudo hacen parte de los manuales de derecho procesal penal, tienden a ser descriptivas e históricas (por ejemplo, Castro 2008; Gimeno, Moreno y Cortés 1999; Horvitz y López 2002). Esta literatura, sin embargo, es muy importante para entender los antecedentes históricos de esta institución en la región, así como su función general dentro del Estado. De estas primeras investigaciones sabemos que los nuevos Estados independientes de América Latina heredaron las instituciones jurídicas que impusieron España y Portugal durante el dominio colonial (Barahona, Cerón y Peroti 2010; Fix-Zamudio 2002; Suárez 1995), y que transcurrió alrededor de un siglo para que los países recién independizados lograran la estabilidad política y económica necesaria para reformar sus sistemas de justicia penal (Aguirre y Salvatore 2001, 3-4)[5].

Aunque todos los países de la región heredaron la tradición *civil law* o de derecho continental, cada país abordó de una manera diferente la centralización de los poderes fiscales. Todos los países recién independizados mantuvieron los principios inquisitivos, pero algunos, como Chile, introdujeron un "modelo inquisitivo puro", en el que los jueces de instrucción investigaban, perseguían y juzgaban al mismo tiempo (Duce 2009). Otros países, como México o Argentina, en cambio, siguieron el "modelo francés" de persecución penal y concentraron el monopolio de la persecución en manos de un órgano fiscal, o *Ministerio Público*. Con ello, introdujeron un "modelo mixto" que separaba la persecución del juzgamiento, pero que aún se basaba en principios inquisitivos como la reserva y los procedimientos escritos (Castro 2008; Garro 2000).

Es importante mencionar brevemente el papel de los fiscales en los diferentes modelos de persecución penal. Los sistemas inquisitivos fueron diseñados bajo el supuesto de que la

"verdad" penal se descubre mediante la investigación oficial o la indagación que realiza una parte neutral (el juez de instrucción o fiscal). Por el contrario, los sistemas acusatorios o adversariales funcionan bajo el supuesto de que la verdad se descubre a través de la disputa entre la defensa y el fiscal, en la que el juez desempeña el papel de un árbitro neutral (Bradley 2007). Quizás el aspecto más criticado de los sistemas inquisitivos "puros" es que concentran la investigación y el juzgamiento en manos de un juez, el juez de instrucción. Esto hace que un solo juez sea responsable de investigar las conductas, atribuir la culpabilidad y resolver el caso.

Del mismo modo, otras características que también están presentes en el modelo inquisitivo "mixto" han recibido críticas. En los sistemas inquisitivos, el procedimiento es mayormente escrito, lo que lo hace lento y bastante oscuro. La reserva que se requiere a lo largo del proceso deja a las partes en escenarios de tipo kafkiano: por ejemplo, dado que la identidad de los sujetos investigados no es pública, las partes desconocen el estado del proceso e incluso su papel en él. Durante la etapa de investigación, los derechos del acusado pueden verse severamente afectados de otras formas. En un sistema inquisitivo, el objetivo principal es el descubrimiento de la "verdad" a través de una investigación penal en la que la confesión es un componente clave de la indagación oficial. Además, puesto que la mayoría de las pruebas son reunidas por el juez de instrucción o el fiscal, la defensa prácticamente no tiene ningún papel en su producción.

Desde la década de los ochenta, la mayoría de los países de América Latina han implementado modelos de procedimiento penal de corte acusatorio y, en consecuencia, han cambiado radicalmente el papel de las fiscalías en los procesos penales. A diferencia de los sistemas inquisitivos, en los sistemas acusatorios la defensa y la fiscalía comparten la responsabilidad de reunir pruebas. Además, los procedimientos ahora son públicos y orales, y existe una clara separación de las funciones de investigación y juzgamiento (como se explica en la tabla 14.1). Para hacer posible esta transición, tuvieron que suceder importantes cambios jurídicos e institucionales. En primer lugar, fue necesario promulgar nuevos códigos de procedimiento penal. En segundo lugar, probablemente uno de los cambios más radicales ocurrió en países que abandonaron un sistema inquisitivo puro. Particularmente en Chile, gracias a la creación de un órgano fiscal (el Ministerio Público) los fiscales adquirieron la facultad discrecional de investigar y perseguir los delitos, lo que dejó a los jueces con la responsabilidad exclusiva de aplicar la ley y decidir si condena o absuelve. Finalmente, la implementación de los juicios orales, que pretendía que los procedimientos fueran más abiertos y menos reservados, estuvo acompañada de una reestructuración de las cortes y de varios programas de capacitación para los funcionarios judiciales. Ahora bien, el resultado no fue un sistema acusatorio puro, sino una mezcla de ambos modelos, que se asemeja, más bien, al tipo de procedimiento penal que existe actualmente en Europa continental (Merryman y Pérez-Perdomo 2007). Hasta el día de hoy, solamente Brasil no ha implementado un modelo acusatorio de procedimiento penal.

No es posible entender la importancia de las reformas descritas anteriormente sin tener en cuenta el contexto en el que surgieron: el proceso de transición del autoritarismo a la democracia. Como parte del proceso de

Tabla 14.1. Comparación de los sistemas inquisitivos y acusatorios

	Sistema inquisitivo	Sistema acusatorio
Supuestos sobre la forma en que se evitan las condenas erróneas en la etapa de instrucción	Basado en el supuesto de que es posible evitar condenas erróneas a lo largo de la etapa de instrucción. Se asume que la verdad se encuentra a través de la investigación oficial.	Basado en el supuesto de que las condenas erróneas se evitan a través de la disputa. Se asume que la verdad se encuentra a través de la disputa entre la fiscalía y la defensa.
Responsabilidad de recaudar las pruebas	La responsabilidad recae en el órgano fiscal (el juez de instrucción o el fiscal). En los sistemas inquisitivos puros, el juez de instrucción investiga y persigue los delitos. En los sistemas inquisitivos mixtos el fiscal presenta las pruebas ante los jueces.	La defensa y la fiscalía comparten la responsabilidad de recaudar las pruebas. Ambas partes introducen las pruebas y las presentan ante un juez, que decide si las acepta o no.
Procedimientos	Las partes conocen las decisiones judiciales por medios escritos. El juicio está en manos del juez. El juez de instrucción decide con base en la investigación oficial.	Audiencias orales. Todas las partes participan, interrogan y contrainterrogan. La etapa de instrucción es pública y está mediada por un juez de control de garantías. El juicio es público y está mediado por un juez de conocimiento o de juicio oral. La decisión final la toma el juez de conocimiento, el tribunal de juicio oral o el tribunal de jurado (según sea el país).
Derechos del acusado	Derecho a un juicio justo.	Derecho a un juicio justo. En algunos países se entiende que el derecho a guardar silencio es una poderosa garantía para los acusados.
Derechos de las víctimas	Les confieren derechos de reparación y participación a las víctimas, que tienen el estatus de parte durante las etapas de instrucción y juzgamiento.	Los sistemas acusatorios que provienen de la tradición anglosajona del *common law* tienden a eliminar los derechos de participación y reparación y solo reconocen a las víctimas como testigos. Los sistemas mixtos y los sistemas reformados de los países de tradición continental o de *civil law* tienden a conferirles derechos de reparación y participación a las víctimas durante la etapa de investigación, la intermedia y la de juicio oral.

Fuente: Elaboración propia.

transición democrática, los países latinoamericanos de alguna manera se vieron obligados a introducir una serie de reformas judiciales que pretendían implementar, después de varios fracasos históricos, el Estado de derecho en la región (Adelman y Centeno 2002). La ola de reformas que se inició a mediados de la década de los ochenta se ha dirigido desde entonces a todo el sector de la justicia, entendido aquí como una amplia gama de entidades del sector público y el sector privado "y las reglas formales e informales que rigen su comportamiento. Se incluye como mínimo a los tribunales, la fiscalía y la defensa, la policía, las prisiones, el colegio de abogados, las facultades de derecho y diversos grupos de la sociedad civil" (Hammergren 2002a, 1).

Las reformas judiciales se han sustentado en unos supuestos muy fuertes sobre el papel del poder judicial como garante del Estado de derecho. A su vez, quienes apoyan las reformas han considerado que el Estado de derecho es

un elemento necesario, pero no suficiente, para la consolidación de la democracia y el funcionamiento de la economía de mercado (Thome 1998; Ansolabehere 2007). En ese sentido, es posible distinguir analíticamente tres objetivos de las reformas judiciales:

1. Independencia del poder judicial. Aquí confluyen dos propósitos: 1) fortalecer el poder judicial; y 2) abandonar el papel tradicional que desempeñaba el poder judicial como un brazo subordinado y politizado del Gobierno.
2. Eficiencia. Entre los esfuerzos en esta área se incluye la modernización de los códigos de procedimiento civil y penal. La creación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), la ampliación del presupuesto del sistema de justicia, la modernización de las cortes y la creación de escuelas de formación judicial para profesionalizar a los jueces y a los litigantes han sido otras estrategias que buscan mejorar los niveles de eficiencia.
3. Acceso a la justicia. Algunas medidas, como la creación de los MASC, abordaron varios problemas estructurales de los sistemas jurídicos con el fin de mejorar los índices de acceso a la justicia (Thome 1998; Messick 2002). Sin embargo, la implementación de los programas de defensoría pública, la ampliación de los derechos de las víctimas y la creación de oficinas para atender a las víctimas, donde se ofrece asesoría legal gratuita, tienen como único objetivo acercar a los grupos más desfavorecidos de la sociedad a la administración de justicia.

Tras observar los cambios trascendentales que se estaban produciendo en América Latina, los académicos se concentraron inicialmente en estudiar las causas de la transición y en evaluar los nuevos mecanismos electorales y de participación (Collier y Collier, 1991; Murphy 1993; O'Donnell, Schmitter y Whitehead 1986; Putnam 1993; Schmitter y Karl 1991). Sin embargo, en la década de los noventa, cuando los beneficios esperados no se materializaron en las nuevas democracias (Zakaria 1997), los académicos empezaron a estudiar la calidad de la democracia. Por ello, dejaron de enfocarse en los problemas de "rendición de cuentas vertical" *(vertical accountability)* y empezaron a considerar los asuntos relacionados con la "rendición de cuentas horizontal" *(horizontal accountability)* y el Estado de derecho (Brinks, Leiras y Mainwaring 2014; Guarnieri 2003; Mainwaring y Welna 2003; O'Donnell 1999; Schedler, Diamond y Plattner 1999). En contraste con hacer que un Gobierno rinda cuentas de sus acciones a través de mecanismos verticales, como las elecciones, la rendición de cuentas horizontal requiere la existencia de

> […] agencias estatales que estén habilitadas y facultadas legalmente y que tengan la voluntad y la capacidad real para tomar acciones que vayan desde la supervisión de rutina hasta las sanciones penales o los juicios políticos cuando tengan conocimiento de acciones u omisiones de otros agentes estatales o agencias del [E]stado que puedan calificarse como ilegales. (O'Donnell 1999, 38)

Este giro hacia el estudio de la rendición de cuentas horizontal en las democracias constitucionales hizo que el poder judicial se convirtiera en un objeto de investigación de los análisis que buscan comprender el gobierno democrático[6].

Como se señaló anteriormente, si bien las reformas judiciales que se promulgaron en América Latina fueron muy diferentes entre sí y se enfocaron en diversas áreas del sector de la justicia, inicialmente los académicos se concentraron principalmente en las reformas que tenían como objetivo mejorar la independencia de la rama judicial. La mayoría de los académicos se preguntaba, por un lado, por las razones que llevaron a los actores políticos a fortalecer una institución que podría decidir en su contra en el futuro y, por otro, por la forma en que la falta de independencia afectó el gobierno democrático (Ferejohn 1999; Inclán e Inclán 2005; Skaar 2001; Tiede 2006). Dado que las cortes eran usadas tradicionalmente como una herramienta política en la región, tanto los académicos como los encargados de formular políticas públicas abogaron por la necesidad de implementar reformas que garantizaran la independencia judicial, el acceso a la justicia y la eficiencia judicial (HiiL 2007; O'Donnell 2004; Peerenboom 2004; Schedler, Diamond y Plattner 1999). Asimismo, algunos investigadores del circuito académico estadounidense llamaron la atención sobre la necesidad de estudiar los órganos fiscales (Kapiszewski y Taylor 2008).

Ahora bien, los juristas latinoamericanos fueron los primeros en sostener que las reformas judiciales debían centrarse no solo en los tribunales, sino también en los órganos fiscales. Desde la década de los ochenta, los juristas de la región han hablado de la necesidad de reformar el sistema de justicia penal para favorecer el gobierno democrático y la protección de los derechos humanos (Binder 2000; Zaffaroni 1986; Zaffaroni 2000). En particular, mostraron que la persecución penal fue una de las herramientas de represión de los regímenes autoritarios, por lo que destacaron la importancia de fortalecer la independencia no solo de los jueces, sino también de los órganos fiscales. Así, paralelamente a las discusiones sobre el papel de la independencia judicial (Hammergren 2002a, 2002b; Prillaman 2000; Skaar 2002), las primeras discusiones sobre los órganos fiscales se centraron en la independencia fiscal (Garro 2000; Heymann 1995; Sadek y Batista Cavalcanti 2003). Por tanto, no es sorprendente que el enfoque privilegiara el diseño institucional, como explico con más detalle a continuación.

Los órganos fiscales en la América Latina contemporánea

Cuando la ola de reformas procesales penales se extendió por la región a mediados de la década de los noventa (Binder 2000; Duce 2009; Langer 2007), los académicos comenzaron a estudiar con más detenimiento los órganos fiscales. Aunque la mayoría de estas discusiones se enmarcaron en la discusión general de la reforma procesal penal, probablemente una de las primeras preguntas que abordaron los académicos fue por qué los países reformaban los órganos fiscales. Para algunos, la reforma de las fiscalías se entiende mejor como una parte de los procesos generales de reforma de la justicia penal que se estaban llevando a cabo en la región (Duce 2009; Duce y Pérez Perdomo 2003) y que tenían como objetivo principal construir una administración de justicia más transparente, más eficiente y en armonía con el gobierno democrático (Domingo 1999; Pereira 2003). Para otros autores, los incentivos políticos creados por la competencia electoral explican mejor por qué los políticos apoyan reformas tan ambiciosas del sistema

de justicia penal (Ingram 2008, 2016). Para un tercer grupo de académicos, la tendencia regional hacia el modelo acusatorio es el producto de la intervención de un grupo de juristas que difundieron por toda América Latina un código modelo de procedimiento penal que fue implementado con algunos cambios por varios países de la región (Langer 2007).

Más allá de las razones que llevaron a la implementación de estas ambiciosas reformas, actualmente el órgano fiscal recibe muchos nombres en los países latinoamericanos. Por ejemplo, en algunos lo llaman "Ministerio Público" (Guatemala y Costa Rica), otros lo denominan "Procuraduría General" (República Dominicana o en México hasta el 2018) y otros se refieren a él como "Fiscalía General" (Chile y Colombia). Independientemente de las denominaciones, según Van Aaken, Salzberger y Voigt (2004, 6), un órgano fiscal es una institución que cumple los siguientes criterios: se trata de un órgano estatal que (1) tiene la competencia y la autoridad para investigar un crimen (recopila la información/evidencia o instruye a la policía para que lo haga), (2) tiene la competencia para imputar o presentar cargos (esto es, ejercer la acción penal), y (3) lo más importante, representa el interés público (es decir, al Estado). Por mandato constitucional, la mayoría de las fiscalías de la región comparten la misión de hacer cumplir la ley y defender los intereses del Estado, perseguir el delito y proteger los derechos de los ciudadanos (Payne, Zovatto y Mateo 2006, 144).

Probablemente, lo primero que tenemos que aprender acerca de los órganos fiscales de la región es que, a pesar de que desempeñan un papel funcional similar dentro de los sistemas judiciales, son bastante diversos en términos de su diseño institucional. Por ejemplo, existe una gran variedad en cuanto a quién conduce realmente la investigación criminal. En algunos países, la Fiscalía tiene una rama de investigación (por ejemplo, la Fiscalía de Guatemala cuenta con la Dirección General de Investigación Criminal [Digicri], que también está a cargo de las investigaciones penales), mientras que en otros la fuerza policial tiene un departamento encargado de llevar a cabo las investigaciones penales en nombre de la Fiscalía (por ejemplo, la Policía de Investigaciones de Chile, que depende del Ministerio del Interior). Independientemente de estas variaciones, la persecución penal siempre está en manos del órgano fiscal.

Más importantes son las variaciones que potencialmente influyen en la independencia de los fiscales para decidir discrecionalmente los hechos que investigarán. De manera similar a otros trabajos que intentan medir los niveles de independencia judicial (Ferejohn 1999; Ríos-Figueroa 2006; Staton y Ríos-Figueroa 2009), defino la "independencia fiscal" como la capacidad de las fiscalías para traducir sus propias preferencias en acciones, sin presiones políticas externas. La literatura ha señalado que una fiscalía puede disfrutar de una independencia *de jure*, en función de las leyes que crearon la institución, o de una independencia *de facto*, que refleja cómo esas leyes se implementan en la práctica (Maggetti 2007; Van Aaken, Salzberger y Voigt 2004). Dada la dificultad para medir la independencia *de facto* (Ríos-Figueroa 2015), en esta sección abordo los aspectos que supuestamente afectan la independencia fiscal *de jure*.

Un rasgo del diseño institucional que puede afectar la independencia fiscal es la ubicación de los órganos fiscales en la estructura del Estado. Históricamente, los legisladores han

ubicado las fiscalías en las diferentes ramas del poder o les han dado una autonomía funcional total (tabla 14.2). A través del tiempo, las fiscalías se han constituido como parte del poder ejecutivo (como sucedió en México hasta el 2018, o tal y como sucede hoy en Uruguay o en Estados Unidos), del poder judicial (como en Costa Rica) o han sido diseñadas como instituciones autónomas (como en Chile, Guatemala o Brasil). Las fiscalías que hacen parte del ejecutivo tienen más probabilidades de sufrir las presiones políticas del gobierno de turno. En ese sentido, existe un mayor riesgo de que dichas fiscalías no solo representen los intereses del "Estado", sino también los de la élite gobernante. Por lo tanto, la persecución de ciertos casos, por ejemplo, las violaciones de derechos humanos, dependerá en gran medida de la voluntad del ejecutivo. Por el contrario, cuando la Fiscalía hace parte de la rama judicial, los fiscales deben "gozar del mismo grado de independencia frente al gobierno que los jueces" (Ríos-Figueroa 2012b, 198). Por lo tanto, en teoría, una fiscalía autónoma debería tener menos probabilidades de sufrir las presiones políticas del ejecutivo y debería ser inmune a las amenazas a la independencia judicial que padecen los jueces. Según la información de la tabla 14.2, las fiscalías autónomas se han convertido en la norma en la región, con las excepciones de Uruguay, que ha mantenido su órgano fiscal dentro del poder ejecutivo, y Costa Rica, que lo ha mantenido dentro del poder judicial.

Sin embargo, la ubicación de la Fiscalía no es el único factor que afecta la independencia de los fiscales para decidir qué casos investigan y llevan a los tribunales. La independencia de los fiscales también depende en gran medida de las reglas de nombramiento, ascenso y permanencia. Cuando el ejecutivo participa en el nombramiento del jefe del órgano fiscal, es más probable que se comporte de acuerdo con las preferencias del gobierno de turno. Las reglas que determinan la carrera del jefe de la Fiscalía también varían en la región: mientras que en algunos países tanto el ejecutivo como el legislativo toman las decisiones, en otros el poder lo tiene la rama judicial (véase, por ejemplo, Aguiar 2012).

Otros factores adicionales también afectan la discrecionalidad de las fiscalías. En muchos países, estas gozan de un mayor grado de libertad si el derecho procesal penal consagra el principio de oportunidad (o principio de selectividad). En contraste con el principio de legalidad (o principio de obligatoriedad), según el cual la Fiscalía tiene el deber de investigar y perseguir todos los casos en los que haya evidencias suficientes, el principio de oportunidad le otorga una mayor discrecionalidad a la Fiscalía para decidir si somete a juicio un caso particular (Van Aaken, Feld y Voigt 2008, 10). Así, el principio de oportunidad le permite a la Fiscalía no solo decidir si una conducta específica realmente constituye un delito, sino también si el caso merece ser llevado ante los jueces. En los sistemas en los que prima el principio de legalidad, usualmente la decisión de no investigar un caso está sujeta al control de un juez. Si bien la aplicación del principio de oportunidad puede ayudar a reducir la congestión en las fiscalías y a asignar recursos solo en los casos que merecen atención (Centro de Estudios de Justicia de las Américas [CEJA] 2005; Horvitz y López 2002), en teoría también les permitiría a los fiscales desestimar sistemáticamente ciertos casos por razones políticas o a causa de los incentivos (aversión al riesgo) que crean las reglas de ascenso y permanencia

Tabla 14.2. Diversidad en el diseño institucional de los órganos fiscales latinoamericanos

	Ubicación previa del órgano fiscal	Ubicación actual del órgano fiscal	Quién nombra al jefe del órgano fiscal	Discrecionalidad fiscal	Control judicial
Argentina	Auto (1949)	Auto (1994)	Ejecutivo (con la aprobación de los 2/3 del Senado)	0,85	1
Bolivia	Eje (1826-1991)	Auto (1991)	Congreso	0,6	0
Brasil	Eje (1968-1988) Auto (1946-1967)	Auto (1988)	Presidente (con la aprobación del Senado)	0,2	0,33
Chile	Jud (1949-1997)	Auto (1997)	Presidente (de una lista creada por la Corte Suprema y aprobada por el Senado)	n/d	n/d
Colombia	Jud (1949-1992) Eje (1830)	Auto (1992)	Corte Suprema (de una terna enviada por el presidente)	0,75	1
Costa Rica	Eje (1948-1973)	Jud (1973)	Corte Suprema	0,55	0,66
Ecuador	Auto (1978-1997) Eje (1945-1977)	Auto (1997)	Congreso (de una terna enviada por el presidente)	0,9	1
El Salvador	Eje (1950-1983)	Auto (1983)	Congreso	n/d	1
Guatemala	Eje (1956-1993)	Auto (1993)	Presidente	0,75	1
Honduras	Jud (1936-1994)	Auto (1994)	Congreso	n/d	0,66
México	Eje (1918-2018)	Auto (2018)	Presidente (ratificado por el Senado)	0.35	0,66
Nicaragua	Eje (1948-2000)	Auto (2000)	Congreso (de una lista enviada por el presidente y los congresistas)	n/d	n/d
Panamá	Eje (1972-1982)	Auto (1983)	Ejecutivo (aprobado por el Congreso)	0,75	1
Paraguay	Jud (1992-2000) Auto (1967-1992)	Auto (2000)	Ejecutivo (aprobado por el Senado, de una lista enviada por el poder judicial)	0,6	1
Perú	Jud (1933-1979)	Auto (1979)	Junta de Fiscales Supremos	0,2	0,33
Uruguay	Eje (1952)	Eje (2015)	Ejecutivo (aprobado por el Senado)	n/d	n/d
Venezuela	Eje (1948-1961) Auto (1947-1948) Eje (1936-1947)	Auto (1961)	Asamblea Nacional (de una lista enviada por el Poder Ciudadano)	0,6	1

Leyenda: n/d = información no disponible, Auto = autónomo, Eje = dentro del poder ejecutivo, Jud = dentro del poder judicial

Fuente: La ubicación de los órganos fiscales y la información sobre el nombramiento del jefe del órgano fiscal se obtuvo en constituciones, decretos y leyes orgánicas pasadas y vigentes. El año corresponde al momento en el que al órgano fiscal se le dio su ubicación actual (no necesariamente es el año de la última reforma). Los datos sobre discrecionalidad fiscal y control judicial se encuentran en Van Aaken, Feld y Voigt (2008)[7].

(Garoupa 2009). En la práctica, actualmente se prefiere la aplicación del principio de oportunidad con el fin de fomentar la eficiencia de los sistemas jurídicos. No obstante, en los países de la región se aplican estos principios de formas diferentes. Por ejemplo, en algunos países es obligatorio perseguir los delitos graves, pero los fiscales pueden aplicar el principio de oportunidad frente a los delitos menores.

Después de confrontar la gran variedad de diseños institucionales de las fiscalías de la región, los académicos han empezado a preguntarse, haciendo eco de los estudios sobre la independencia judicial, por las causas que llevan a un país a optar por un diseño específico. ¿Por qué se diseñan algunas fiscalías para ser más independientes? ¿Por qué otras están diseñadas para depender más del ejecutivo o del poder judicial? Las investigaciones sobre este tema insisten en resaltar la importancia de la competencia política. Por ejemplo, algunos estudios han encontrado que los legisladores son más propensos a diseñar e implementar reformas que fortalezcan la independencia de las instituciones judiciales si hay al menos dos partidos enfrentados en el Congreso (véanse Ríos-Figueroa y Pozas-Loyo 2010, que comparan los datos de varios países de la región, e Ingram 2016, que hace una comparación subnacional de las reformas implementadas en los estados de un mismo país). La lógica detrás de estos resultados parece ser que, en contextos de competencia electoral, los políticos prefieren diseñar y crear instituciones neutrales, justas y que no se politicen fácilmente. Por el contrario, otros estudios han afirmado que, a pesar de la democratización electoral, la falta de un compromiso serio con los ideales del gobierno democrático y el Estado de derecho puede explicar por qué algunos países han sido reacios a otorgarle una mayor autonomía funcional a la Fiscalía (Aguiar 2015).

Cuando los académicos estudiaron con más detenimiento el trabajo de las fiscalías, llegaron a un resultado aún más interesante: la independencia fiscal *de jure* no se traduce fácilmente en independencia *de facto*. Además, se hizo evidente un problema adicional: las fiscalías no solo son actores clave en los procesos horizontales de rendición de cuentas en las democracias constitucionales, también es necesario que rindan cuentas por cualquier uso indebido o abusivo de sus poderes discrecionales. En cualquier democracia constitucional, se asume que los fiscales no solo son inmunes a las presiones externas, sino también neutrales en la forma en que toman sus decisiones (Green y Zacharias 2004). Los fiscales actúan como actores "cuasijudiciales" cuando deciden si investigan o archivan un caso. Esa "combinación de poderes en un mismo actor es preocupante porque pone a los fiscales en condiciones de juzgar sus propias causas (la clásica amenaza al [E]stado de derecho)" (Barkow 2008, 883).

Por lo tanto, en un país que vele por el cumplimiento de la ley y esté comprometido con el gobierno democrático, es imperativo que el órgano estatal encargado de perseguir el crimen sea tanto independiente como responsable. Defino la "rendición de cuentas fiscal" como la vigilancia institucionalizada sobre las decisiones fiscales. La rendición de cuentas fiscal "implica no s[o]lo responsabilidad, sino también la *obligación legal* [énfasis original] de responder o el derecho institucionalizado de un agente estatal de imponer sanciones" a los funcionarios públicos (Mainwaring 2003, 5). En la siguiente sección de este capítulo me concentraré en el impacto de tener una fiscalía independiente y responsable.

La importancia de los órganos fiscales

La importancia de la independencia y la rendición de cuentas fiscal se comprende mejor cuando tenemos en cuenta el tipo de fallas en las que puede incurrir un sistema judicial en la etapa de instrucción. Las fallas sistémicas se pueden clasificar en dos tipos, según la persona que las sufre: el acusado o la víctima (tabla 14.3). También es necesario considerar la intencionalidad detrás de tales fallas, que pueden ser el resultado intencional de una orden directa o una política ("fallas por comisión") o una consecuencia de la falta de recursos, capacidad o entrenamiento ("fallas por omisión")[8].

Tabla 14.3. Fallas sistémicas de la justicia penal en la etapa de instrucción

	Afectan al acusado	Afectan a la víctima/sociedad
Fallas por omisión (incapacidad del Estado/ entrenamiento)	Investigaciones pobres o ineficientes que terminan en la persecución de individuos inocentes. Los prejuicios raciales y de clase y los estereotipos pueden generar injusticias sistémicas similares.	La falta de investigaciones y el fracaso en llevar a juicio los casos, que producen la "impunidad sistémica".
Fallas por comisión (voluntad política u orden)	El poder fiscal se usa como una herramienta de represión contra los disidentes o para mantener el orden.	"Impunidad selectiva": La política criminal *de facto* o *de jure* impide la persecución de algunos delitos, por ejemplo, los delitos de cuello blanco, la corrupción o las violaciones de derechos humanos.

Fuente: Elaboración propia.

Es posible ilustrar empíricamente estos cuatro tipos de fallas. Por ejemplo, observamos fallas sistémicas "por comisión" (o un uso politizado de la discrecionalidad fiscal) cuando un sistema persigue injustamente a algunos individuos y grupos particulares o cuando impide por razones políticas que ciertos delincuentes sean investigados. Los Gobiernos de América Latina no solo han usado el homicidio y la tortura como herramientas de represión política (Green 2015; Kritz 1995; McAdams 1997; Nino 1996), también hay evidencias de que han utilizado los poderes fiscales como un medio para mantener el orden y reprimir a los opositores políticos. Por ejemplo, las investigaciones de derechos humanos han demostrado que los gobiernos autoritarios de la región apresaban a una buena cantidad de personas por razones políticas (Aguayo 1998; Gibney 1987; Lessa 2013; Lutz y Sikkink 2003). Tras la transición a la democracia, algunos Gobiernos han mostrado una preocupante tendencia a criminalizar la protesta social (Abal Medina y Ortega Breña 2011; Müller 2012). De manera similar, los estudios históricos indican que la persecución penal y el encarcelamiento han sido usados desde hace mucho tiempo como una forma de "limpiar" la sociedad de las poblaciones no deseadas (prostitutas, homosexuales y pandillas) o como un medio para reprimir la rebelión social (Monterroso 2008; Piccato 2001; Salvatore, Aguirre y Joseph 2001). Recientemente, los académicos han sostenido que las políticas antipandillas implementadas en Brasil y en América Central restringen el derecho al debido proceso de los jóvenes que supuestamente hacen parte de esos grupos (Bruneau 2014; Lambert 2012).

También hay evidencias de que, ya sea como consecuencia de una orden directa o por voluntad política, se ha consolidado una

política *de facto* de "impunidad selectiva" que protege a algunos individuos y grupos de la persecución penal (Binder 2000, 81) y afecta, en consecuencia, los derechos de las víctimas. Los datos provienen en su mayoría de las investigaciones de derechos humanos. Por ejemplo, en la región fueron aprobadas varias leyes de amnistía que pretendían evitar que los agentes estatales fueran juzgados por las violaciones de derechos humanos que cometieron cuando hacían parte de los regímenes autoritarios (Lessa y Payne 2012; Roht-Arriaza y Gibson 1998). Esto se puede describir como una política *de jure* de impunidad selectiva. Además, los estudios han dado a entender que es más difícil llevar a juicio a un oficial de alto rango que a uno de bajo (Lutz y Sikkink 2001; Lutz y Reiger 2009).

Por otro lado, los sistemas de justicia penal también pueden producir fallas sistémicas "por omisión" que afectan gravemente los derechos de los acusados cuando las investigaciones son ineficientes o sesgadas y se dirigen de manera desproporcionada en contra de las minorías o los grupos marginados. Más aún, el sistema de justicia penal también puede afectar los derechos de las víctimas y la sociedad en general cuando simplemente es incapaz de perseguir los delitos, lo que se denomina "impunidad sistémica". Probablemente, algunas de las críticas más severas que reciben la mayoría de los sistemas penales latinoamericanos tienen que ver con su incapacidad para proteger los derechos de los acusados. Aunque aún son escasos, los estudios empíricos sobre este tema indican que muchos países de la región practican arrestos y detenciones arbitrarios, confían en las confesiones (forzadas) para continuar las pesquisas, no garantizan ni brindan una asesoría legal adecuada y abusan de la prisión preventiva (Lopes 2016; McGrath 2000; Méndez, O'Donnell y Pinheiro 1999; Riego y Duce 2009; Ríos-Figueroa 2012b; Tiede 2012).

Ahora bien, las críticas más severas se dirigen hacia la "impunidad sistémica" en los países de la región, es decir, hacia la incapacidad de los sistemas penales para perseguir y castigar los crímenes (Ungar 2002, 2011). Este fenómeno produce un refugio seguro para los criminales y afecta gravemente los derechos de las víctimas y la sociedad en general. Se ha señalado que en ocasiones este tipo de fallas no son el resultado de políticas explícitas, sino de prejuicios y sesgos tan profundamente arraigados que terminan produciendo fallas sistémicas. Por ejemplo, las investigaciones recientes que evalúan el fracaso de los sistemas jurídicos para investigar y llevar a juicio los casos de violencia de género indican que, en la mayoría de las ocasiones, la falta de interés de los fiscales se debe a la misoginia y la discriminación contra las mujeres (Sanford 2008; Wright 2011). Más adelante desarrollo por qué la impunidad sistémica afecta a la sociedad en general. Por ahora, basta con decir que, a diferencia de las otras fallas, la impunidad sistémica ha generado un conjunto de investigaciones empíricas que ahondan explícitamente en el papel de los órganos fiscales.

Los cuatro tipos de fallas son propias de un régimen tiránico o reflejan la erosión del Estado de derecho. Por lo tanto, es fundamental entender la independencia fiscal y la responsabilidad de los órganos fiscales cuando abusan de sus poderes. Aunque aún hay pocos estudios empíricos al respecto, más adelante ofrezco un resumen de las agendas emergentes de investigación empírica que intentan evaluar el impacto y la importancia de las fiscalías para el Estado de derecho. En primer lugar, presento

los estudios que muestran cómo y cuándo un órgano fiscal puede tener un impacto positivo o negativo sobre el Estado de derecho. En segundo lugar, me centro en cómo se puede hacer a las fiscalías responsables en casos de uso indebido o de abuso del poder.

El impacto de las fiscalías sobre el Estado de derecho

Probablemente sea bastante alentador ver lo que sucede cuando las reformas judiciales funcionan de una manera que ayuda a reducir las desigualdades históricas. Por ejemplo, los cambios en la Fiscalía brasileña hacen evidente que a veces un fiscal puede ser un agente de rendición de cuentas y cambio social. Después de la transición a la democracia y con la promulgación de la Constitución Federal de 1988, la Fiscalía brasileña empezó a tener un mayor grado de independencia. Una de sus funciones principales ha sido supervisar y controlar la Administración pública. Los académicos han señalado que, en ese papel, la Fiscalía se ha convertido en un actor político clave que promueve los derechos sociales, incluidos los derechos de los niños, al llevar ante los tribunales los reclamos que pretenden incrementar la eficacia de tales derechos (Sadek y Cavalcanti 2003; Silva 2000).

Aunque es importante saber cómo o cuándo las fiscalías funcionan bien y promueven el cambio social, la mayoría de los estudios empíricos se han centrado en los casos en los que fallan. Como se señaló anteriormente, las fallas sistémicas de los órganos fiscales suelen deberse a la baja capacidad, la falta de recursos y la deficiente coordinación interinstitucional (Monterroso 2008; Payne 2008; Zepeda 2004). Algunas investigaciones también destacan los grandes problemas en la implementación de las reformas, como la ausencia de recursos y el hecho de que los funcionarios judiciales, incluidos los fiscales, no hayan recibido una capacitación adecuada acerca de las nuevas dinámicas del sistema acusatorio (CEJA 2005; Hammergren 2008; Lopes 2016; Rodríguez y Shirk 2015).

Además, algunas fallas de la Fiscalía pueden atribuirse al propio diseño institucional. La falta de independencia fiscal, protegida por diseño institucional, ha sido identificada como un factor clave que explica la corrupción (Ríos-Figueroa 2006, 2012a; Van Aaken, Feld y Voigt 2008, 2010; Van Aaken, Salzberger y Voigt 2004). Esto se debe a que los fiscales cercanos al poder son menos propensos a presentar cargos contra los políticos. Como en los casos de corrupción, las violaciones de derechos humanos ponen al Estado en la incómoda posición de perseguir a sus propios agentes. El primer trabajo empírico en llamar la atención sobre este problema estudió algunos casos de responsabilidad policial en Argentina y Brasil (Brinks 2003, 2008). Según este estudio, el diseño institucional juega un papel primordial en la impunidad de que gozan los policías acusados de violar los derechos humanos: dado que la policía está encargada de recaudar los materiales probatorios, sus preferencias son cercanas a las de los acusados (que en este caso son sus colegas). En México, la investigación cualitativa ha identificado obstáculos similares para perseguir a los agentes estatales que han participado en la reciente escalada de homicidios y desapariciones (OSF 2016). En este caso se identificó que el proceso de nombramiento de los fiscales afecta negativamente su independencia (Aguiar 2012, 2015).

Los estudios recientes sobre la impunidad advierten acerca del impacto negativo que las fallas de los órganos fiscales pueden tener sobre el Estado de derecho. Por ejemplo, se ha demostrado que la poca disposición de muchos países de la región a investigar, procesar y sancionar a los asesinos de periodistas y activistas de derechos humanos (por ejemplo, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] 2011; Sack, Shapiro y Castro 2015) disminuye la confianza del público en el sistema jurídico y las instituciones democráticas (Fernández y Kuenzi 2010). Además, dado que el efecto disuasorio del "castigo" nunca se percibe (CAF 2014), no es sorprendente que algunos hayan encontrado que la impunidad sistémica no solo aumenta la percepción de inseguridad (Duce y Pérez Perdomo, 2003), sino también los niveles generales de violencia y criminalidad (Imbusch, Misse y Carrión 2011). Por ejemplo, algunos han argumentado que la incidencia del feminicidio aumentó en Guatemala como consecuencia de los altos niveles de impunidad en los casos de violencia doméstica (Benítez 2007). Es igualmente preocupante la aparición de formas privadas de justicia. En vista de que los ciudadanos no confían en los tribunales ni canalizan sus quejas a través de ellos, toman justicia por sus propios medios a través de prácticas como el linchamiento (Godoy 2006; Malone 2012).

Cuando todo falla, ¿cómo hacer que los fiscales rindan cuentas?

Dada la importancia de los órganos fiscales para brindar certeza y seguridad, apoyar el Estado de derecho y reforzar la gobernabilidad democrática, no es sorprendente que poco a poco los académicos se estén aventurando a explorar las formas en que los fiscales deberían rendir cuentas. Como se explicó, es necesaria una combinación de independencia y supervisión para que las fiscalías no abusen de su discrecionalidad y para responsabilizar a los fiscales cuando incurran en fallas por comisión u omisión. Así como las variaciones en el diseño institucional pueden afectar la independencia de un órgano fiscal, estudios recientes han concluido que los legisladores pueden favorecer la rendición de cuentas al crear mecanismos que puedan controlar los poderes discrecionales de los fiscales.

Un mecanismo obvio es el control judicial de algunas decisiones de la Fiscalía, como la decisión de investigar o archivar un caso, la formulación de la acusación y la aplicación del principio de oportunidad. Sin embargo, existe otra forma en la que el diseño institucional puede favorecer la rendición de cuentas y, en el proceso, evitar las investigaciones y desestimaciones arbitrarias (y tal vez impulsadas por motivos políticos). Los estudios sobre la "rendición de cuentas fiscal" también han destacado las herramientas jurídicas de las que se valen los actores sociales para impulsar las investigaciones penales. Durante mucho tiempo, los académicos de los derechos humanos han señalado que la ciudadanía puede iniciar acciones para hacer que los órganos fiscales cumplan su trabajo, incluso si son incapaces o no están dispuestos a hacerlo (Burt 2013; Peruzzotti y Smulovitz 2006; Sikkink 1993). Sin embargo, solo hasta hace muy poco se entendió que la querella es el mecanismo jurídico a través del cual los actores sociales pueden influir en la persecución de los delitos (Collins 2009, 2010; Michel y Sikkink 2013).

Aunque tradicionalmente las fiscalías están diseñadas para ejercer el monopolio de la acción

penal, tal monopolio puede hacerse más poroso si las víctimas, sus familiares o las organizaciones no gubernamentales (ONG) adquieren el derecho como querellantes a provocar la acción penal pública o adherirse a la ya iniciada por el órgano fiscal. De este modo la figura del querellante sirve como un mecanismo institucional que, en teoría, puede hacer que los fiscales sean responsables frente a la sociedad por el cumplimiento de sus deberes. El derecho a constituirse en querellantes les permite a las víctimas, sus abogados e incluso a las organizaciones locales de derechos humanos abrir las investigaciones penales y participar en las etapas de investigación e instrucción. En derecho procesal penal comparado encontramos que el querellante puede tener un rol *auxiliar*, en el cual la víctima u ofendido solo puede adherirse a la acusación de la Fiscalía o puede tener un rol *autónomo*, en el que la víctima u ofendido tiene la facultad de presentar una acusación diferente a la que presenta la Fiscalía[9]. Dado que el querellante suele tener el derecho de apelar las decisiones importantes de los fiscales, esta figura legal también funciona como un mecanismo de control. En algunos países, por ejemplo, el querellante puede solicitarle a un juez que, en cualquier etapa del procedimiento, revise y revoque la decisión de un fiscal de dejar de investigar o instruir un caso. Los estudios empíricos no solo han demostrado que el querellante puede servir como una herramienta de control sobre los órganos fiscales que no están dispuestos a perseguir a los agentes estatales por violaciones de derechos humanos (Dancy y Michel 2015; Michel y Sikkink 2013). Curiosamente, también han descubierto que opera como una herramienta de rendición de cuentas cuando las fiscalías son incapaces de perseguir los delitos comunes (por ejemplo, debido a la falta de recursos) (Michel 2018, 2020).

Comentarios finales y sugerencias para investigaciones futuras

La incipiente investigación sobre los órganos fiscales en América Latina ha demostrado la urgente necesidad de estudiarlos más a fondo, sobre todo porque las fiscalías cumplen un papel importante en el funcionamiento general de un sistema judicial y en el fortalecimiento del gobierno democrático y el Estado de derecho. En general, los estudios futuros deberían ayudarnos a comprender mejor la distinción entre la independencia *de facto* y *de jure*, así como los factores que hacen que las fiscalías sean responsables frente a la sociedad. Aunque se trata de un campo de investigación floreciente, hay muchas áreas sobre las que prácticamente no sabemos nada y que, en consecuencia, se deben abordar en los estudios futuros. Sobre la base de los cuatro tipos de fallas sistémicas que pueden ocurrir en la etapa de instrucción (como se explica en la tabla 14.2), destacaré algunas áreas que requieren más investigaciones empíricas y comparativas.

En el área de las fallas "por omisión", tenemos que saber más sobre cómo y cuándo funciona (o no) un órgano fiscal. Aunque actualmente contamos con algunas investigaciones empíricas que muestran algunos de los factores que presuntamente hacen que las fiscalías sean ineficientes, así como con estudios sobre el impacto general de la impunidad, necesitamos saber más para poder formular políticas que reduzcan las fallas sistémicas que conducen a la impunidad. En particular, necesitamos estudios empíricos más sistemáticos que nos ayuden a

comprender cómo los prejuicios de raza, clase o género producen investigaciones penales ineficientes y sesgadas, así como la forma en que estos factores pueden influir en la inacción de los fiscales y generar impunidad. Este vacío también pone de manifiesto la necesidad de estudiar tanto el papel de la policía en la etapa de investigación penal como su relación con los fiscales. Aunque algunos académicos ya se han aventurado a estudiar el papel de la policía en las fallas fiscales (Brinks 2008; Lopes 2016; Monterroso 2008), es necesario contar con más análisis empíricos y teóricos sobre la fuerza policial en el contexto latinoamericano (Macaulay 2007).

En el área de las fallas "por comisión", las investigaciones de derechos humanos nos han ayudado a comprender dos fenómenos: la instrumentalización de los poderes fiscales para reprimir a los opositores políticos en los regímenes autoritarios y el uso de la discrecionalidad fiscal para crear escenarios de impunidad selectiva que blindan a los agentes estatales involucrados en violaciones de derechos humanos. Sin embargo, sabemos poco sobre las investigaciones alrededor de las violaciones más recientes, el uso de los poderes fiscales como una herramienta de limpieza social o el control del orden a través de la criminalización de la protesta social. De manera similar, aunque las investigaciones existentes proporcionan un buen punto de partida para explicar la impunidad en los casos de violaciones de derechos humanos, aún no tenemos datos sobre las condiciones que fomentan o inhiben la persecución de los casos de corrupción o los delitos de cuello blanco.

Notas

1. Como lo indica la autora más adelante, las instituciones estatales que cumplen la función de persecución e investigación penal reciben nombres diferentes en cada país de la región. Por simplicidad, traduzco el término "*public prosecutor office*", que nombra a estas instituciones en general, como "Fiscalía", y el adjetivo "*prosecutorial*" como "fiscal". (Nota del traductor).
2. Sin embargo, los académicos de países que siguen la tradición anglosajona del *common law* y de Europa continental han investigado las fiscalías desde hace tiempo. Por ejemplo, Abrams (1971), Krug (2002) y Moley (1929) han examinado los riesgos inherentes a los poderes de persecución penal.
3. El lector encontrará diferencias entre la versión en inglés de este capítulo y esta nueva edición en español, pues se corrigieron errores y se incorporaron actualizaciones importantes a la información de diseño institucional actual de las fiscalías en la región.
4. Sobre el desarrollo histórico de las fiscalías en los países del *common law,* véanse Langbein (1973), Ma (2008) y Ramsey (2002).
5. Uso el término "América Latina" para referirme únicamente a los países de habla hispana y portuguesa de América Central y del Sur cuyos sistemas jurídicos hacen parte de la tradición del derecho continental o *civil law*. No incluyo los países del Caribe ni los de tradición anglosajona o de *common law.*
6. Además del poder judicial, que tiene un papel importante en la defensa de la Constitución y el Estado de derecho por medio del control de constitucionalidad, otras agencias e instituciones estatales importantes también tienen funciones de rendición de cuentas

horizontal. Entre ellas se encuentran las instituciones de auditoría (como las contralorías encargadas de supervisar los presupuestos y los gastos públicos), las defensorías del pueblo y de derechos humanos, las fiscalías y las procuradurías. Para una discusión sobre los diferentes organismos de la región, véase Payne, Zovatto y Mateo (2006).

7. Van Aaken, Feld y Voigt (2008) construyen sus datos con base en los cuestionarios que respondió un grupo de expertos. En la variable "discrecionalidad fiscal", los expertos indicaron si en sus países la labor de la Fiscalía está gobernada por el principio de legalidad (persecución obligatoria) y si los fiscales pueden invocar el principio de oportunidad. En la variable "control judicial", los expertos respondieron si los jueces tienen la facultad para revisar las imputaciones de la Fiscalía, la decisión de investigar un crimen, la decisión de no investigar un crimen debido a deficiencias jurídicas o fácticas y la aplicación del principio de oportunidad.
8. Desde luego, empíricamente, el sistema de justicia penal de un país puede presentar uno o todos los tipos de fallas judiciales.
9. El querellante que se define aquí no es un actor civil (aunque en algunos países puede tener este papel también) y no tiene relación con la acción penal privada (que en algunos países se le denomina como querellante particular o acusador privado). La figura del querellante descrita aquí se encuentra en el derecho procesal comparado con diferentes nombres. A continuación doy ejemplos de los nombres con los que aparece esta figura en diferentes códigos procesales penales (CPP). En Buenos Aires (Argentina) (CPP de 1997, art. 77), *particular damnificado*; en Brasil (CPP de 1941, art. 268), *querelante*; en Chile (CPP de 1994, art. 111), *querellante*; en Ecuador (CPP de 2000, art. 52), *acusador particular*; en Guatemala (CPP de 1992), *querellante adhesivo*; en Honduras (CPP de 1999), *acusador privado*; en México (CPP Federal de 2014), *coadyuvante*; y en Panamá (CPP de 2008), *querellante coadyuvante*.

Referencias

Abal, Paula y Mariana Ortega. 2011. Thoughts on the visual aspect of the neoliberal order and the Piquetero movement in Argentina. *Latin American Perspectives* 38(1): 88-101.

Abrams, Norman. 1971. Internal policy: Guiding the exercise of prosecutorial discretion. *UCLA Law Review* 19(1): 1-58.

Adelman, Jeremy y Miguel Ángel Centeno. 2002. Between liberalism and neoliberalism: law's dilemma in Latin America. En *Global prescriptions: The production, exportation, and importation of a new legal orthodoxy*, eds. Yves Dezalay y Bryant G. Garth, 139-61. Ann Arbor: The University of Michigan Press.

Aguayo, Sergio. 1998. *1968: los archivos de la violencia*. México: Grijalbo, Reforma.

Aguiar Aguilar, Azul América. 2012. Institutional changes in the Public Prosecutor's Office: The cases of Mexico, Chile, and Brazil. *Mexican Law Review* IV(2): 262-90.

Aguiar Aguilar, Azul América. 2015. La procuración de justicia: El talón de Aquiles del Estado de Derecho en México. *Revista Mexicana de Análisis Político y Admistración Pública* IV(1): 159-72.

Aguirre, Carlos y Ricardo Salvatore. 2001. Introduction: Writing the history of law, crime, and punishment in Latin America. En *Crime and punishment in Latin America: Law and society since late Colonial times*, eds. Ricardo Salvatore, Carlos Aguirre y

Gilbert Joseph, 1-32. Durham: Duke University Press.

Ansolabehere, Karina. 2007. *La política desde la justicia. Cortes Supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. Ciudad de México: FLACSO y Fontamara.

Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe (CAF). 2014. *Towards a safer Latin America: A new perspective to prevent and control crime*. Bogotá: Development Bank of Latin America.

Barahona Carlos, Roberto Cerón y Felipe Peroti. 2010. El Ministerio Público y el Fiscal en Chile. Notas para el Estudio de su Historia Institucional. *Revista Chilena de Historia del Derecho* 22: 735-98.

Barkow, Rachel. 2008. Institutional Design and the Policing of Prosecutors: Lessons from Administrative Law. *Stanford Law Review* 61(4): 869-922.

Benítez, Inés. 2007. Rights Guatemala: Impunity fuels violence against women. *Inter Press Service News Agency*.

Binder, Alberto. 2000. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Bradley, Craig. 2007. *Criminal procedure: A worldwide study* (segunda edición). Durham, NC: Carolina Academic Press.

Brinks, Daniel. 2003. Informal institutions and the rule of law: The judicial response to state killings in Buenos Aires and São Paulo in the 1990s. *Comparative Politics* 36(1): 1-19.

Brinks, Daniel. 2008. *the judicial response to police killings in Latin America: Inequality and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Brinks, Daniel, Marcelo Leiras y Scott Mainwaring. 2014. *Reflections on uneven democracies: The legacy of Guillermo O'Donnell*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Bruneau, Thomas. 2014. Pandillas and Security in Central America. *Latin American Research Review* 49(2): 152-72.

Burt, Jo-Marie. 2013. The new accountability agenda in Latin America: The promise and perils of human rights prosecutions. En *Sustaining human rights in the Twenty-First Century: Strategies for Latin America*, eds. Katherine Hite y Mark Ungar, 101-41. Baltimore y Washington, DC: Woodrow Wilson Center Press and The Johns Hopkins University Press.

Castro, Juventino. 2008. *El Ministerio Público en México* (15 ed.). México: Editorial Porrúa.

CEJA. 2005. *Desafios del Ministerio Publico Fiscal en America Latina*. Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Collier, Ruth y David Rollier. 1991. *Shaping the political arena: Critical junctures, the labor movement, and regime dynamics in Latin America*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Collins, Cath. 2009. Human rights trials in Chile during and after the 'Pinochet Years.' *The International Journal of Transitional Justice* 4(1): 67-76.

Collins, Cath. 2010. *Post-Transitional Justice: Human rights trials in Chile and El Salvador*. University Park, PA: Penn State Press.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2011. *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas*. Washington, DC: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Dancy, Geoff y Verónica Michel. 2015. Human rights enforcement from below: Private actors and prosecutorial momentum in Latin America and Europe. *International Studies Quarterly*: 1-16.

Domingo, Pilar. 1999. Rule of law, citizenship and access to justice in Mexico. *Mexican Studies, Winter*: 151-91.

Dubber, Markus. 2006. Comparative criminal law. En *The Oxford Handbook of Comparative Law*, eds. Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann, 1287-1325. Nueva York: Oxford University Press.

Dubber, Markus. 2014. *Foundational texts in modern criminal law*. Oxford: Oxford University Press.

Duce, Mauricio. 2009. Criminal justice reform in Latin America: A panoramic and comparative perespective examining its development, contents, results, and challenges. *UDP Public Policy Series: Working Papers*, n.º 3.

Duce, Mauricio y Rogelio Pérez-Perdomo. 2003. Citizen security and reform of the criminal justice system in Latin America. En *Crime and violence in Latin America: Citizen security, democracy, and the state*, eds. Hugo Frühling, Joseph Tulchin y Heather Golding, xii, 284. Washington, DC y Baltimore: Woodrow Wilson Center Press; Johns Hopkins University Press.

Ferejohn, Jonh. 1999. Independent judges, dependent judiciary: Explaining judicial independence. *Southern California Law Review* 72(2-3): 353-84.

Fernández, Kenneth y Michele Kuenzi. 2010. Crime and Support for Democracy in Africa and Latin America. *Political Studies* 58(3): 450-71. doi: 10.1111/j.1467–9248.2009.00802.x

Fix-Zamudio, Héctor. 2002. *Función Constitucional del Ministerio Público: Tres ensayos y un epílogo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Garoupa, Nuno. 2009. Some reflections on the economics of prosecutors: Mandatory vs. selective prosecution. *International Review of Law and Economics* 29(1): 25-8. doi: 10.1016/j.irle.2008.07.001

Garro, Alejandro. 2000. Staffing the judiciary and prosecutorial offices in Argentina: Trials and tribulations in search of merit, integrity, and accountability. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 7: 349-447.

Gibney, Mark. 1987. Well-Founded Fear of Persecution, A. *Hum. Rts. Q.*, 10: 109.

Gimeno, Vicente, Víctor Moreno y Valentín Cortés. 1999. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, España: Editorial Colex.

Godoy, Angelina. 2006. *Popular injustice: Violence, community, and law in Latin America*. Stanford, CA: Stanford University Press.

Green, Bruce y Fred Zacharias. 2004. Prosecutorial neutrality. *Wisconsin Law Review*: 837-904.

Green, Jonh. 2015. *A history of political murder in Latin America: Killing the messengers of change*. Albany, NY: SUNY Press.

Guarnieri, Carlo. 2003. Courts as an instrument of horizontal accountability: The case of Latin Europe. En *Democracy and the rule of law*, eds. José María Marawall y Adam Przeworski. Cambridge: Cambridge University Press.

Hammergren, Linn. 2002a. Do judicial councils further judicial reform? Lessons from Latin America. En *Working Papers*, eds. Washington, DC.: C.E.F.I. Peace, 28.

Hammergren, Linn. 2002b. *Fifteen years of judicial reform in Latin America: Where we are and why we haven't made more progress*. USAID Global Center for Democracy and Governance.

Hammergren, Linn. 2008. Twenty-five years of Latin American Judicial Reforms: Achievements, disappointments, and emerging

issues. *The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations* 9(1): 89-104.

Heymann, Philip. 1995. Should Latin American prosecutors be independent of the executive in prosecuting government abuses? *University of Miami Inter-American Law Review* 26: 535-611.

HiiL. 2007. *Rule of law inventory report: Academic part*. Hague Institute for the Internationalisation of Law.

Horvitz, María Inés y Julián López. 2002. *Derecho procesal penal chileno*, tomo 1. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Imbusch, Peter, Michel Misse y Fernando Carrión. 2011. Violence research in Latin America and the Caribbean: A literature review. *International Journal of Conflict and Violence* 5(1): 88-154.

Inclán, María y Silvia Inclán. 2005. Las reformas judiciales en America Latina y la rendicion de cuentas del Estado. *Perfiles Latinoamericanos* 12(26): 55-82.

Ingram, Matthew. 2008. *Subnational judicial change in new democracies: Elections, ideology, and elite voluntarism in three Mexican states*. Artículo presentado en el taller de preparación para la investigación en CIDE, Centro de Investigación y Docencia Económicas, México City.

Ingram, Matthew. 2016. Mandates, geography, and networks: Diffusion of criminal procedure reform in Mexico. *Latin American Politics and Society* 58(1): 121-45. doi:10.1111/j.1548–2456.2016.00301.x

Kapiszewski, Diana y Matthew Taylor. 2008. Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America. *Perspectives on Politics* 6(4): 741-67.

Kritz, Neil. 1995. *Transitional justice: How emerging democracies reckon with former regimes*. Washington, DC: United States Institute of Peace Press.

Krug, Peter. 2002. Prosecutorial discretion and its limits. *The American Journal of Comparative Law*, *50*: 643-64. doi: 10.2307/840893

Lambert, Peter. 2012. National identity, conflict, and political violence: Experiences in Latin America. En *The ashgate research companion to political violence*, ed. Marie Breen-Smyth. Londres y Nueva York: Routledge.

Langbein, John. 1973. The origins of public prosecution at common law. *The American Journal of Legal History* 17: 313-335.

Langer, Máximo. 2007. Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of legal ideas from the periphery. *The American Journal of Comparative Law* 55: 617-76.

Lessa, Francesca. 2013. *Memory and transitional justice in Argentina and Uruguay*. Nueva York: Palgrave Macmillan.

Lessa, Francesca y Leigh Payne. 2012. *Amnesty in the Age of human rights accountability: Comparative and international perspectives*. Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press.

Lopes, Ludmila. 2016. *Problemas de la investigación penal de delitos de cierta complejidad en Brasil*. Biblioteca Virtual CEJA. http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/3146. (Consultado el 6 de septiembre de 2017).

Lutz, Ellen y Kathryn Sikkink. 2001. The justice cascade: The evolution and impact of foreign human rights trials in Latin America. *Chicago Journal of International Law* 2(1): 1-33.

Lutz, Ellen y Reiger, Caitlin. 2009. *Prosecuting heads of state*. Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press.

Lutz, Ellen y Kathryn Sikkink. 2003. International human rights law and practice in

Latin America. *International Organization* 54(3): 633-59.

Ma, Yue. 2008. Exploring the origins of public prosecution. *International Criminal Justice Review* 18.

Macaulay, Fiona. 2007. Knowledge production, framing and criminal justice reform in Latin America. *Journal of Latin American Studies* 39(3): 627-51. doi:http://dx.doi.org/10.1017/S0022216X07002866.

Maggetti, Martino. 2007. De facto independence after delegation: A fuzzy-set analysis. *Regulation and Governance* 1(4): 271-94.

Mainwaring, Scott. 2003. Introduction: Democratic accountability in Latin America. En *Democratic accountability in Latin America*, eds. Scott Mainwaring y Christoper Welna. Nueva York: Oxford University Press.

Mainwaring, Scott y Christoper Welna. 2003. *Democratic accountability in Latin America*. Oxford, Nueva York: Oxford University Press.

Malone, Mary Fran. 2012. *The rule of law in Central America: Citizens' reactions to crime and punishment*. Nueva York, NY: Continuum International Pub. Group.

McAdams, James, ed. 1997. *Transitional justice and the rule of law in new democracies*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.

McGrath, Luke. 2000. Presumed guilty?: Criminal justice and human rights in Mexico. *Fordham International Law Journal* 24(3): 801-88.

Merryman, Jonh y Rogelio Pérez-Perdomo. 2007. *The civil law tradition: An introduction to the legal systems of Europe and Latin America* (tercera edición). Stanford, CA: Stanford University Press.

Messick, R.E. 2002. Judicial Reform: The why, the what, and the how. En *World Bank Thematic Group on Legal Institutions. Conference on Strategies for Modernizing the Judicial Sector in the Arab World*, Marrakech, Marruecos, marzo, 15-17.

Michel, Verónica. 2018. *Prosecutorial accountability and victims' rights in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.

Michel, Verónica. 2020. Judicial reform and legal opportunity structure: The emergence of strategic litigation against femicide in Mexico. *Studies in Law, Politics, and Society* 82: 27-54.

Michel, Verónica y Kathryn Sikkink. 2013. Human rights prosecutions and the participation rights of victims in Latin America. *Law and Society Review* 47(4). 873-907.

Moley, Raymond. 1929. *Politics and criminal prosecution*. Nueva York: Minton, Balch.

Monterroso Javier. 2008. *Investigacion criminal: Estudio comparativo y propuesta de un modelo de policía de investigación en Guatemala* (segunda edición). Guatemala: ICCPG.

Murphy, William. 1993. Constitutions, constitutionalism, and democracy. En *Constitutionalism and democracy: Transitions in The Contemporary World*, ed. Douglas Greenberg, 3-25. NuevaYork: Oxford University Press.

Méndez, Juan, Guillermo O'Donnell y Paulo Pinheiro (eds.). 1999. *The (un)rule of law and the underprivileged in Latin America*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press.

Müller, Markus-Michael. 2012. The rise of the penal state in Latin America. *Contemporary Justice Review* 15(1): 57-76. doi:10.1080/10282580.2011.590282

Nino, Carlos. 1996. *Radical evil on trial*. New Haven, CT: Yale University Press.

O'Donnell, Guillermo. 1999. Horizontal accountability in new democracies. En *The self-restraining state: Power and accountability*

in new democracies, eds. Andreas Schesler, Larry Diamond y Marc F. Plattner.

O'Donnell, Guillermo. 2004. Why the rule of law matters. *Journal of Democracy* 15(4): 32-46.

O'Donnell, Guillermo, Philippe Schmitter y Laurence Whitehead. 1986. *Transitions From Authoritarian Rule in Latin America*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

OSF. 2016. *Undeniable atrocities: Confronting crimes against humanity in Mexico*. Nueva York, NY: Open Society Foundations.

Payne, Leight. 2008. *Unsettling accounts: Neither truth nor reconciliation in confessions of state violence*. Durham: Duke University Press.

Payne, Mark, Daniel Zovatto y Mercedes Mateo. 2006. *La política importa: Democracia y desarrollo en América Latina*. Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo/ Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral.

Peerenboom, Randall. 2004. *Human rights and rule of law: What's the relationship?* Bepress Legal Series Paper, 355.

Pereira, Anthony. 2003. Explaining judicial reform outcomes in new democracies: The importance of authoritarian legalism in Argentina, Brazil, and Chile. *Human Rights Review* 4(3): 3-16.

Peruzzotti, Enrique y Catalina Smulovitz. 2006. *Enforcing the rule of law: Social accountability in the new Latin American democracies*. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press.

Piccato, Pablo. 2001. *City of suspects: Crime in Mexico City, 1900-1931*. Durham, NC: Duke University Press.

Prillaman, William. 2000. *The judiciary and democratic decay in Latin America*. Westport, Connecticut; London: Praeger.

Putnam, Robert. 1993. *Making Democracy Work: Civic traditions in modern Italy*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Ramsey, Carolyn. 2002. The discretionary power of "Public" prosecutors in historical perspective. *American Criminal Law Review* 39: 1309-93.

Riego, Cristián y Mauricio Duce. 2009. *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: Evaluación y perspectivas*. Santiago de Chile: CEJA-JSCA.

Ríos-Figueroa, Julio. 2006. *Judicial independence: Definition, measurement, and its effects on corruption. An Analysis of Latin America*. Disertación doctoral, Departamento de Ciencia Política, New York University.

Ríos-Figueroa, Julio. 2012a. Institutional design and judicial behavior: Constitutional interpretation of criminal due process rights in Latin America. En *New constitutionalism in Latin America: promises and practices*, eds. Detlef Nolte y Almut Schilling-Vacaflor. Farnham, Surrey; Burlington, VT: Ashgate Pub.

Ríos-Figueroa, Julio. 2012b. Justice system institutions and corruption control: Evidence from Latin America. *The Justice System Journal* 33(2): 195-214.

Ríos-Figueroa, Julio. 2015. Judicial institutions. En *Routledge handbook of comparative political institutions*, ed. Jennifer Gandhi, xiii, 448. Milton Park, Abingdon, Oxon; Nueva York, NY: Routledge.

Ríos-Figueroa, Julio u Andreas Pozas-Loyo. 2010. Enacting constitutionalism: The origins of independent judicial institutions in Latin America. *Comparative Politics*, 293-311, april.

Rodríguez, Octavio y David Shirk. 2015. *Criminal Procedure Reform in Mexico 2008-2016: The final countdown for implementation*. San Diego, CA: Justice in Mexico/University of San Diego.

Roht-Arriaza, Naomi y Lauren Gibson. 1998. The developing jurisprudence on amnesty. *Human Rights Quarterly* 10(4): 843-85.

Sack, Jon, Adam Shapiro y Lucha Castro. 2015. *La lucha: The story of Lucha Castro and Human Rights in Mexico*. London, Brooklyn, NY: Verso.

Sadek, María Tereza y Rosângela Batista Cavalcanti. 2003. The new Brazilian Public Prosecution: An agent of accountability. En *Democratic accountability in Latin America*, eds. Scott Mainwaring y Christoper Welna, 201–27. Nueva York: Oxford University Press.

Salvatore, Ricardo, Carlos Aguirre y Gilbert Joseph. 2001. *Crime and punishment in Latin America: Law and Society since late Colonial times*. Durham: Duke University Press.

Sanford, Victoria. 2008. *Guatemala: Del genocidio al feminicidio*. Guatemala: F&G Editores.

Sarat, Austin y Conor Clarke. 2008. Beyond discretion: Prosecution, the logic of sovereignty, and the limits of law. *Law and Society Inquiry* 33(2): 387-416.

Schedler, Andreas, Larry Diamond y Marc Plattner. 1999. *The self-restraining state: Power and accountability in new democracies*. Boulder: Lynne Rienner Publishers.

Schmitter, Philippe y Terry Karl. 1991. What democracy is and is not. *Journal of Democracy*: 75-88.

Sikkink, Kathryn. 1993. Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America. *International Organization* 47(3): 411-41.

Silva, Cátia. 2000. *Brazilian prosecutors and the collective demands: Bringing social issues to the Courts of Justice*. Artículo presentado en la Reunión Anial de a Asociación de Estudios Latinoamericanos (American Studies Association), Miami, FL, marzo 16-18.

Skaar, Elin. 2001. *Judicial independence and human rights policies in Argentina and Chile*. Bergen: Chr. Michelsen Institute.

Skaar, Elin. 2002. *Judicial independence: A key to justice. An analysis of Latin America in the 1990s*. Disertación doctoral, Deparamento de Ciencia Política, University of California, Los Angeles.

Staton, Jeffrey y Julio Ríos-Figueroa. 2009. *Unpacking the rule of law: A review of judicial independence measures*. Artículo presentado en Measuring Democracy: A Multi-Dimensional, History Approach, Boston University, Boston MA.

Suárez, Santiago. 1995. *Los fiscales indianos: Orígen y evolución del Ministerio Público*. Caracas: Academia Nacional de la Historia.

Thome, J. R. 1998. Searching for democracy: The rule of law and legal reform in Latin America. En *Workshop on Reforma Judicial: Motivaciones, proyectos, caminos recorridos, caminos por recorrer*. España: Instituto Internacional de Sociología Jurídica

Tiede, Lydia. 2006. Judicial independence: Often cited, rarely understood. *Journal of Contemporary Legal Issues* 15: 129-61.

Tiede, Lydia. 2012. Chile's criminal law reform: Enhancing defendant's rights and citizen security. *Latin American Politics and Society* 54(3). doi:10.1111/j.1548–2456.2012.00165.x

Ungar, Mark. 2002. *Elusive reform: Democracy and the rule of law in Latin America*. Boulder: L. Rienner Publishers.

Ungar, Mark. 2011. *Policing democracy: Overcoming obstacles to citizen security in Latin America*. Washington, DC, Baltimore: Woodrow Wilson Center Press; Johns Hopkins University Press.

Van Aaken, Anne, Eli Salzberger y Stefan Voigt. 2004. The prosecution of public figures and the separation of powers. Confusion

within the executive branch: A conceptual framework. *Constitutional Political Economy* 15(3): 261-80.

Van Aaken, Anne, Lars Feld y Stefan Voigt. 2008. *Power over prosecutors corrupts politicians: Cross country evidence using a new indicator*. Artículo presentado en CESifo Working Paper n.º 2245, Center for Economic Studies (CESifo Group), Munich, Germany.

Van Aaken, Anne, Lars Feld y Stefan Voigt. 2010. Do independent prosecutors deter political corruption? An Empirical evaluation across Seventy-Eight countries. *American Law and Economics Review* 12(1): 204-44.

Wright, Melissa. 2011. Necropolitics, narcopolitics, and femicide: gendered violence on the Mexico-U.S. Border. *Journal of Women in Culture and Society* 36(3): 707-31.

Zaffaroni, Eugenio. 1986. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio, ed. 2000. *Sistema penal y derechos humanos Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Espana* (segunda edición). México, DF: Editorial Porrúa-Secretaría de Gobernación-ILANUD-Comisión Europea.

Zakaria, Fareed. 1997. The rise of illiberal democracy. *Foreign Affairs* (noviembre/diciembre).

Zepeda Guillermo. 2004. *Crimen sin castigo: Procuración de Justicia Penal y el Ministerio Público en México*. México, DF: CIDAC-Fondo de Cultura Económica.

Capítulo 14
LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO EN AMÉRICA LATINA*,**

Fredrik Uggla

Durante las últimas décadas, casi todos los países latinoamericanos han creado instituciones nacionales de derechos humanos que han denominado "Defensorías del Pueblo" o "Procuradurías de Derechos Humanos" (para una perspectiva general, véanse Reif 2004; Cárdenas 2014). Se trata de organismos estatales encargados de proteger los derechos de los ciudadanos frente a otras entidades estatales y la sociedad en general, ya sea recibiendo las denuncias por las violaciones cometidas por agentes estatales o promoviendo los derechos humanos a través de capacitaciones, campañas de información y proyectos de ley.

Gracias a que son accesibles, tienen procedimientos informales y aplican los principios generales de los derechos humanos en lugar de las reglas más estrictas, las defensorías del pueblo son entidades capaces de mejorar el acceso a la justicia y salvaguardar los derechos de los grupos marginados. Ahora bien, las defensorías tienen otra característica: carecen de las facultades sancionatorias formales para hacer cumplir sus decisiones y resoluciones. La mayor parte de su trabajo se concentra en el arbitraje, la persuasión o la provisión de información. Incluso cuando la defensoría emite resoluciones formales, realmente son recomendaciones que las entidades involucradas pueden optar por ignorar. Por esta razón, a pesar de que se presentan como un instrumento para mejorar el acceso a la justicia y el respeto por los derechos humanos, las defensorías corren el riesgo permanente de producir pocos resultados concretos.

Aunque carecen de las facultades para ejecutar sus decisiones, las defensorías del pueblo de la región se han convertido en actores importantes en los escenarios jurídico, político y social de sus respectivos países. Las defensorías no solo han desafiado con éxito a los líderes políticos y han promovido agendas para la protección de los derechos, también se han convertido en un puente entre los grupos de la sociedad civil y el Estado y se han consolidado como una institución confiable que toma en serio las demandas de los ciudadanos. Ahora bien, el impacto de las defensorías es diferente en cada país, sobre todo si se las compara con otras entidades estatales. Mientras algunas defensorías son, de hecho, enérgicas adalides de los derechos humanos, otras son casi ignoradas.

* Cómo citar este capítulo: Uggla, Fredrik. 2024. Las defensorías del pueblo en América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 321-344.
http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.15

Este capítulo rastrea la historia de las defensorías del pueblo en América Latina y esboza sus estructuras y funciones. Más allá de estos aspectos formales, el capítulo también examina el funcionamiento de estas instituciones, así como la manera en que las percibe el público en general. Además, se analizan dos áreas importantes en el debate teórico alrededor de las defensorías: en primer lugar si realmente se puede esperar que las acciones de una institución sin poder sancionador sean efectivas (el problema de la eficacia) y, en segundo lugar, de qué manera las defensorías tienen un impacto sobre el entorno jurídico y político en el que operan (el problema de la rendición de cuentas). Finalmente, presento las posibles agendas futuras de investigación sobre este tema.

La historia de las defensorías del pueblo en América Latina

La Constitución sueca de 1809 creó la figura del *Justitie ombudsman* como un instrumento para recibir las quejas de los ciudadanos contra las autoridades públicas. A lo largo del siglo XX algunos países de Europa occidental crearon instituciones similares (Jägerskiöld 1961). Muy probablemente, los países latinoamericanos siguieron el ejemplo de España, que incorporó la institución en su Constitución democrática de 1978 (Cárdenas 2014). La primera defensoría de la región, la Procuraduría para los Derechos Humanos de Guatemala, fue creada por la Constitución guatemalteca de 1985 y comenzó a funcionar en 1987.

Como lo muestra la tabla 15.1, durante las décadas siguientes varios países latinoamericanos establecieron defensorías del pueblo.

A finales de 2015, Chile se destacaba como el único país latinoamericano sin una defensoría. Hay que mencionar que en algunos casos se crearon defensorías regionales o locales, como en México y Argentina (en este último país se establecieron las primeras defensorías regionales en 1986) (Reif 2004).

Los académicos han tratado de explicar, por un lado, por qué tantos países latinoamericanos han creado defensorías del pueblo y, por otro, por qué los políticos, que prácticamente en toda América Latina están detrás de las violaciones generalizadas y sistemáticas a los derechos civiles y sociales, optan por crear instituciones de derechos humanos que gozan de unas facultades difusas y sin precedentes (Cárdenas 2014). Algunas de estas explicaciones destacan la importancia de las defensorías en entornos con un sistema judicial inoperante y una burocracia abusiva. En consecuencia, los Estados que habían superado recientemente un gobierno autoritario o un conflicto interno fueron los primeros en crear defensorías del pueblo. En tales contextos, la idea de crear una institución para salvaguardar y promover los derechos humanos debió haber sido bastante atractiva (Popkin 2000, 166). Ahora bien, también es posible ver las defensorías como una solución a un problema más urgente: la necesidad de establecer un control burocrático para garantizar el funcionamiento de la delegación democrática. Por lo tanto, en lugar de llevar a cabo una supervisión permanente y costosa, las defensorías actúan como una especie de "alarma de incendios" que depende de terceros (los ciudadanos) para llamar la atención de los políticos sobre las fallas de la burocracia (Lupia y McCubbins 1994).

Además de las explicaciones que resaltan los recuerdos de los abusos del pasado o las necesidades administrativas, las visiones más escépticas enfatizan el hecho de que, a

diferencia de las cortes constitucionales, por ejemplo, las defensorías carecen del poder para ordenar un curso de acción determinado. En consecuencia, la creación de las defensorías pudo haber sido una forma fácil y no demasiado costosa desde el punto de vista político de demostrar el compromiso con la democracia y los derechos humanos (Ungar 2002, 37; Pegram 2008). De hecho, se ha observado que la creación de la defensoría fue una estrategia para apaciguar a los actores internacionales (Maiorano 2001; Finkel 2012).

Una vez creadas, la mayoría de las defensorías latinoamericanas evolucionaron de una manera bastante similar. En primer lugar, y como se puede observar en la tabla 15.1, en varios casos las instituciones entraron en funcionamiento un tiempo después de haber sido creadas por medio de un proyecto de ley o una reforma constitucional. Esto respaldaría la idea de que las defensorías fueron creadas para demostrar un apoyo formal a los derechos humanos y no para combatir las violaciones de derechos en el país en cuestión. Ese parece haber sido el caso en Perú y Paraguay, donde la institución empezó a funcionar años después de su reconocimiento constitucional. Por el contrario, en El Salvador y Colombia, donde la institución se creó en un proceso de reforma constitucional que tuvo como finalidad ponerle fin a un conflicto armado, la Defensoría entró en funcionamiento mucho más rápidamente. Sin embargo, en estos últimos casos, la Defensoría hizo parte de un conjunto más amplio de reformas de derechos humanos (Cárdenas 2014).

Así pues, la mayoría de las defensorías del pueblo fueron creadas casi por capricho y sin reparar mucho en los recursos que necesitarían y el compromiso que otras entidades estatales deberían tener con ellas. Pero, a pesar de los comienzos lentos y los poderes limitados, las defensorías lograron convertirse en instituciones independientes, que gozan de un alto grado de legitimidad y defienden enérgicamente los derechos de los ciudadanos. Por ejemplo, ese ha sido el caso en Perú, Honduras, El Salvador y Bolivia (Pegram 2011; Uggla 2004; Popkin 2000). Concretamente, tanto el número de casos que reciben las defensorías como la confianza en ellas han crecido gracias al hecho de que los defensores son accesibles y los procedimientos relativamente rápidos (Ungar 2002). Este apoyo, a menudo combinado con cuantiosas donaciones externas, eventualmente les permitiría a las defensorías enfrentarse incluso a los más altos funcionarios del Estado. En Perú, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo, creada por Alberto Fujimori en 1993, jugó un papel tan importante en la supervisión de las elecciones de 2000 que le otorgó un gran "peso moral a la oposición" en un proceso que contribuyó a la caída de Fujimori (Pegram 2008, 78).

No obstante, como el éxito llevó a la institución a entrar en conflicto con los poderosos intereses estatales en muchos países, también hubo intentos de limitar la independencia y la fuerza de las defensorías del pueblo. Por lo general, estos ataques estaban relacionados ya fuera con el proceso de nombramiento del jefe de la defensoría o con la aprobación del presupuesto de la institución. Así, en Perú el Congreso se abstuvo de nombrar a un nuevo Defensor y en El Salvador y Bolivia se eligieron candidatos incompetentes o cercanos a los partidos políticos para dirigir la institución (Popkin 2000; Domingo 2006). En El Salvador, la asertividad de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos también tuvo repercusiones presupuestarias, y en Nicaragua el presupuesto

Tabla 15.1. Nombre, fecha de creación y estatus ante el Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (CIC) (2014) de las defensorías del pueblo latinoamericanas

País	Nombre	Fecha de creación	Entrada en funcionamiento	Acreditación internacional del CIC*
Guatemala	Procurador de los Derechos Humanos	1985	1987	1999: B 2000: A(R) 2013: A
El Salvador	Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos	1991	1992	2006: A
Colombia	Defensoría del Pueblo	1991	1992	2001: A
Costa Rica	Defensoría de los Habitantes	1992	1993	1999: A
Honduras	Comisionado Nacional de los Derechos Humanos	1992	1995	2000: B 2007: A 2011: B
Paraguay	Defensoría del Pueblo	1992	2001	2003: A
México**	Comisión Nacional de los Derechos Humanos	1992/1999	(1990)	1999: A
Perú	Defensoría del Pueblo	1993	1996	1999: A
Argentina	Defensoría del Pueblo de la Nación	1994	1994	1999: A
Bolivia	Defensoría del Pueblo	1994	1998	1999: B 2000: A
Nicaragua	Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos	1995	1999	2006: A
Ecuador	Defensoría del Pueblo	1996	1997	1999: A(R) 2009: A
Panamá	Defensoría del Pueblo	1997	1997	1999: A
Venezuela	Defensoría del Pueblo	1999	1999	2002: A
Uruguay	Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo	2008	2012	En trámite

* Se refiere al estatus de las defensorías ante el CIC. A = En conformidad con los Principios de París. B = No en total conformidad con los Principios de París. A(R) = Documentación insuficiente para conceder el estatus A.

** La confusa cronología de la Comisión Nacional de Derechos Humanos se debe al desarrollo gradual de la institución.

Fuente: Cárdenas 2014; Reif 2004; Uggla 2004; CIC 2014.

de la institución se redujo en un 40 % después de que adoptó posiciones opuestas al Gobierno (Popkin 2000; *The Economist* 2001). Por ello, durante los primeros años del siglo XXI, muchas defensorías latinoamericanas, incluidas varias de las más exitosas, atravesaron períodos de cambio o declive (Pegram 2011).

Dicha turbulencia ha disminuido durante la segunda década del siglo XXI. Actualmente, las defensorías del pueblo de la región son

instituciones relativamente consolidadas que les brindan a los ciudadanos un medio para lograr que los daños que han sufrido sean reparados. Además, a través de las campañas de información, los comunicados públicos y las capacitaciones, las defensorías construyen una especie de "conciencia moral" de la nación, aunque esto implique tomar posiciones impopulares frente al Gobierno y las mayorías. Sin embargo, como ha señalado Pegram (2011), los defensores son cada vez menos combativos y, posiblemente, más cercanos al Gobierno o los partidos políticos, lo cual ha resultado en la menor frecuencia de los ataques directos a las defensorías. Los recientes defensores del pueblo de Nicaragua (Ómar Cabezas, 2004-2016) y Venezuela (Tarek William Saab, 2014-2017) ilustran lo anterior: ambos son conocidos simpatizantes de los partidos de gobierno. En otros casos, los analistas afirman que incluso las defensorías más fuertes e independientes podrían verse afectadas si empiezan a dirigirlas personas que se perciben como cercanas al Gobierno (*Página Siete* 2017). Además, varios países se han demorado demasiado en nombrar un nuevo defensor del pueblo. Por ejemplo, en Paraguay el nuevo Defensor fue elegido en 2016, después de siete años de retraso, y en Argentina el Congreso aún no ha nombrado un nuevo Defensor para sustituir al que renunció en 2009. Si bien las diferencias partidistas pueden dar cuenta de algunos de estos retrasos, no dejan de parecer maquinaciones que buscan debilitar a la institución privándola de liderazgo y legitimidad. Como consecuencia de las acusaciones con respecto al nombramiento del Defensor y la independencia de la institución frente al Gobierno, el CIC suspendió en 2014 a la Defensoría del Pueblo de Paraguay y dijo en 2016 que la Defensoría del Pueblo de Venezuela solo cumple parcialmente las normas internacionales sobre las instituciones nacionales de derechos humanos (CIC 2014, 26 ss; GANHRI 2016, 51 ss).

En términos de enfoque temático, la evolución de las defensorías de América Latina refleja las tendencias regionales y locales en materia de derechos humanos. Si bien la mayoría de ellas fueron creadas en países en los que era común que los agentes estatales violaran gravemente los derechos más fundamentales, tales violaciones se han vuelto cada vez menos comunes en la mayoría de los países de la región que cuentan con una defensoría. En cambio, han pasado a primer plano nuevos temas como los derechos sociales, el buen gobierno y la mayor visibilidad de las minorías. Hoy en día, la mayoría de los casos que reciben las defensorías del pueblo latinoamericanas se concentran en estos asuntos. En consecuencia, aunque a menudo se tiene la imagen de que las defensorías protegen vigorosamente los derechos civiles y políticos frente a las amenazas del Estado, gran parte del trabajo actual de dichas instituciones tiene que ver con interacciones menos dramáticas entre el Estado y los ciudadanos o con la promoción de los anteriormente descuidados derechos sociales y culturales. Por ello, si bien la mayoría de las defensorías del pueblo de la región aún estudian casos en los que están involucradas las fuerzas policiales y los funcionarios judiciales, es más probable que interactúen con entidades como las instituciones de seguridad social y los municipios o con el público en general.

¿Qué es la Defensoría del Pueblo?

No es fácil traducir el término *ombudsman* a las lenguas no nórdicas. Mientras que el

significado de la palabra sueca *ombud* es "representante" o "agente", la mayoría de los nombres de las instituciones latinoamericanas explicitan su carácter protector por medio de las palabras "Procuraduría" o "Defensoría", junto a "Pueblo", "Habitantes" o en algunos casos "Derechos Humanos". Sin importar el término exacto, estas instituciones siguen un modelo común: son entidades estatales que reciben y atienden las denuncias de los ciudadanos cuyos derechos fueron violados por las autoridades públicas. Si bien tramitan estas quejas directamente, las defensorías también pueden emitir recomendaciones no vinculantes y publicar informes en los que presentan sus conclusiones. En algunos casos, los defensores del pueblo también pueden actuar legalmente como fiscales o defensores. Sin embargo, en ningún caso las acciones o conceptos de las defensorías constituyen sentencias o resoluciones jurídicamente vinculantes para otras entidades estatales; más bien, son recomendaciones que dichas partes pueden optar por cumplir.

Aunque la definición anterior captura lo que han hecho tradicionalmente las defensorías del pueblo, sus tareas y funciones han evolucionado con el tiempo. En ese sentido, Linda Reif (2011) propuso la distinción entre las "defensorías del pueblo clásicas" y las "defensorías del pueblo híbridas". Las primeras son "instituciones que no usan medios coercitivos o judiciales para controlar las conductas, sino 'poderes blandos' como la persuasión y la cooperación". De ese modo, ofrecen una "alternativa no judicial para supervisar la [A]dministración pública" (Reif 2011, 270). Sin embargo, las defensorías latinoamericanas pueden ser catalogadas como híbridas, puesto que conjugan las tareas de las defensorías clásicas con la protección y la promoción de los derechos humanos a través de campañas de información, estudios, asesorías, capacitaciones y proyectos de ley. Por supuesto, estas últimas tareas se asocian comúnmente con una institución nacional de derechos humanos (Cárdenas 2014); por esta razón, no es sorprendente que, como lo indica la tabla 15.1, la mayoría de las defensorías del pueblo latinoamericanas sean reconocidas internacionalmente como las instituciones nacionales de derechos humanos relevantes de acuerdo con los Principios de París. Ahora bien, algunas defensorías latinoamericanas nunca se han convertido en miembros del CIC (Brasil, por ejemplo), mientras que otras han perdido la acreditación (Honduras) o han sido degradadas a "estatus B" (Venezuela), lo que significa que solo cumplen parcialmente con los Principios de París (CIC 2017).

Dado que las defensorías de la región son las instituciones nacionales de derechos humanos, tienen una estrecha relación con el Sistema Universal de Derechos Humanos. En muchos casos, la defensoría del pueblo es tanto el puente para la incorporación y aplicación de las normas de derechos humanos en el escenario nacional, como el representante nacional de derechos humanos a nivel global y regional (Pegram 2015). Por ejemplo, las defensorías de Costa Rica, Nicaragua y México fueron las relatoras nacionales del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aceptado a los defensores del pueblo como testigos expertos (Reif 2004).

La estructura de la Defensoría del Pueblo

Las defensorías del pueblo de América Latina tienen estructuras formales muy similares. La

defensoría típica es una institución formalmente autónoma y de rango constitucional que cuenta con un alto grado de independencia para organizar su trabajo y establecer sus prioridades. Su ubicación exacta en la jerarquía administrativa puede variar: mientras que en algunos países la Defensoría forma parte de una entidad más grande, como en El Salvador, donde pertenece al Ministerio Público, en la mayoría de los países hace parte de la rama legislativa o es una entidad autónoma.

Las defensorías son instituciones esencialmente personalistas, cuyo centro indiscutible es su titular (el Defensor), que típicamente es nombrado por una mayoría calificada en el Congreso. Además, la mayoría de las defensorías del pueblo tienen estructuras bastante elaboradas, que incluyen oficinas descentralizadas (que hacen que la entidad sea más accesible) y ramas separadas que se concentran en ciertos asuntos, como los derechos de las mujeres, los derechos de los pueblos indígenas, la diversidad sexual y los derechos de los trabajadores. Estas estructuras administrativas tan ambiciosas necesitan muchos recursos para operar. En ese sentido, así como la creación misma de las defensorías, la asignación de recursos también resulta paradójica: no es claro si es posible esperar que los Gobiernos patrocinen una institución que supervisará y criticará su conducta. Como se señaló, en América Latina es frecuente el uso del presupuesto como una herramienta de represalia. Para minimizar este riesgo, la mayoría de las defensorías disfruta de un cierto grado de autonomía presupuestal con respecto al Gobierno, y, por lo general, recibe sus asignaciones directamente del poder legislativo. En muchos casos, sin embargo, esto ha sido insuficiente para asegurar una financiación adecuada (Pegram 2011); por ello, el apoyo de donantes extranjeros se ha vuelto importante para sostener a muchas defensorías de la región, especialmente en países más pobres, como Bolivia o Perú.

Por su carácter personalista, las defensorías dependen mucho de las cualidades personales del Defensor. Por lo tanto, mientras que un Defensor comprometido y popular puede elevar el prestigio de la institución y garantizar que las otras entidades estatales respeten su trabajo, un Defensor incompetente puede incluso destruir la institución. Dada esa vulnerabilidad, en muchos países de América Latina se observan con cautela los procesos de postulación y nombramiento del Defensor (*Página Siete* 2017). Alternativamente, los congresos pueden abstenerse de nombrar nuevos Defensores, por lo que no es raro que el cargo quede vacante durante años y que la entidad pierda visibilidad y liderazgo.

¿Qué hace la Defensoría del Pueblo?

Como se señaló, las tareas de las defensorías se dividen en dos categorías (Reif 2011): por un lado, se encuentra el trabajo de protección y principalmente reactivo que tiene que ver con las posibles violaciones de derechos humanos por parte de agentes e instituciones estatales; por otro lado, se encuentra la promoción de los derechos humanos por medio de campañas de información, proyectos de ley e informes sobre la situación actual de sus países (Cárdenas 2014). A diferencia del primer conjunto de tareas, las actividades de promoción no solo se dirigen a las autoridades estatales, sino también a la sociedad en su conjunto.

Trabajo de protección

Si bien todas las defensorías del pueblo tienen el mandato explícito de atender las quejas de los ciudadanos contra la burocracia pública (y en muchos casos contra las empresas privadas que prestan servicios públicos), el contenido exacto de esta tarea varía entre los países. Por ejemplo, la Defensoría argentina no puede investigar a un gran número de funcionarios, a saber: los miembros del poder legislativo y judicial, los de las entidades militares y de seguridad y las autoridades de la ciudad de Buenos Aires (que tiene su propia Defensoría) (Ley 24284, art. 16). En contraste, la Defensoría boliviana no enfrenta ninguna de estas restricciones, pero no puede intervenir en los procesos judiciales en curso (Ley 1818, art. 24:2). En general, las defensorías latinoamericanas tienen funciones relativamente irrestrictas, lo que les permite actuar frente a la burocracia pública en general, usualmente con excepción del poder judicial (como en México) y los procesos judiciales en curso. Aun cuando la Defensoría normalmente tiene el derecho de llevar a cabo investigaciones por su propia iniciativa (a veces en relación con las cárceles y los centros de detención, cuando tienen la facultad de supervisarlos), la gran mayoría de los casos llegan a la institución a través de las quejas o peticiones que presentan los ciudadanos.

Las defensorías reciben un número considerable de casos. Por ejemplo, la Defensoría del Pueblo de Colombia recibió cerca de 85.000 casos en 2013 (Colombia, defensor del pueblo 2014) y la de Perú más de 115.000 en 2014 (Perú, defensor del pueblo 2015). Sin embargo, con frecuencia las defensorías se enfrentan a hechos que no necesariamente caen en su ámbito de protección, por lo que deben redirigir a los denunciantes a las entidades públicas adecuadas. En los años en cuestión, las defensorías de Colombia y Perú recibieron cerca de 17.000 y 32.000 denuncias contra instituciones estatales, respectivamente.

Cuando reciben una denuncia, las defensorías inician una investigación y normalmente contactan a la entidad denunciada. En la mayoría de los países, las autoridades públicas tienen la obligación legal de responder los requerimientos de la Defensoría. Si la entidad no cesa la violación, la Defensoría puede elevar el caso a sus superiores funcionales y, en última instancia, al Congreso. En tales casos, emite una resolución formal y reporta el caso en su informe anual al poder legislativo. Además, la mayoría de las defensorías del pueblo también tienen el derecho de llevar los casos ante los tribunales, exigir medidas de protección, interponer *habeas corpus*, etc.

Ahora bien, la gran mayoría de las quejas no terminan en resoluciones formales ni en acciones judiciales; en cambio, suelen resolverse por medios relativamente informales como un llamado de atención a la entidad pública involucrada. Por ejemplo, en 2013 la Defensoría del Pueblo de Bolivia recibió 15.004 denuncias, de las cuales poco más de la mitad se encontraban fuera de su competencia porque se referían a los posibles abusos de una entidad pública o de una empresa privada que ejercía funciones públicas. Según sus datos, de las 8.136 que efectivamente atendió, 4.992 se resolvieron gracias a que la Defensoría contactó directamente a la entidad estatal correspondiente. En 1.322 casos más, la autoridad competente volvió a estudiar la situación por petición de la Defensoría, 741 denuncias se resolvieron por otros medios y 688 resultaron infundadas (Bolivia, defensor del pueblo 2014). Por lo

tanto, en Bolivia la Defensoría llevó a cabo el grueso de su trabajo de protección a través de contactos de bajo perfil y ejercicios de mediación y no a través de acusaciones públicas, la acción de los tribunales o la intervención del Congreso o la prensa (Uggla 2011), que suelen reservarse para los casos más graves. De hecho, la Defensoría del Pueblo de Bolivia solo emitió 16 resoluciones en 2013 y solo 18 de los casos que efectivamente atendió fueron llevados ante el Tribunal Constitucional por el denunciante o por la propia Defensoría. El caso de Bolivia no es excepcional: la mayoría de las defensorías solo emiten docenas o, a lo sumo, cientos de resoluciones (como en El Salvador), a la par que reciben miles o decenas de miles de denuncias.

Esta distribución refleja el hecho de que, aunque se suele asociar a las defensorías con los casos de alto perfil, la mayor parte de su trabajo frecuentemente tiene que ver con cuestiones cotidianas de carácter administrativo o con las labores que caracterizan a las defensorías clásicas en la descripción de Reif (2011). Problemas como los retrasos en el pago de las mesadas pensionales o el silencio burocrático rara vez requieren resoluciones formales o denuncias públicas para ser resueltos.

De hecho, si los reportes de las propias defensorías son correctos, dichas instituciones tienen bastante éxito en resolver las denuncias de los ciudadanos. Como se señaló, según los datos de la Defensoría del Pueblo de Bolivia, la entidad resolvió rápidamente más de la mitad de los casos que atendió en 2013. Esta tasa de cooperación y cumplimiento no es exclusiva de Bolivia. En sus informes anuales, la Defensoría del Pueblo peruana reporta cifras cercanas: de los 23.638 casos que atendió en 2014, las entidades involucradas respondieron de manera "pertinente y adecuada" en 16.500 casos, casi el 70% del total (Perú defensor del pueblo 2015). Las defensorías de Honduras y El Salvador han reportado datos similares (comisionado nacional de los derechos humanos 2015; procurador para los derechos humanos 2015).

Estas cifras pueden parecer sorprendentes si se tiene en cuenta la impotencia formal de las defensorías. Aunque las defensorías tramitan una gran cantidad de denuncias contra las autoridades policiales y penitenciarias, se debe recordar que la mayoría de las quejas que reciben y atienden no tienen que ver con el tipo de casos que usualmente se asocian con la protección de los derechos humanos, sino que giran en torno a cuestiones administrativas y asuntos relacionados con los servicios sociales. La tabla 15.2 muestra los derechos y temas más frecuentes en las quejas que reciben las defensorías de la región.

Si bien es difícil comparar las cifras entre países (debido a las diferentes definiciones de lo que constituye un caso o un derecho específico), es evidente que los derechos sociales y las quejas administrativas ocupan un lugar destacado entre los casos que reciben las defensorías. Incluso en un país como Colombia, a pesar de que en 2014 aún eran frecuentes las graves violaciones a los derechos fundamentales, las denuncias más frecuentes se referían al derecho a la salud y a las fallas en la atención en los hospitales. Aunque las quejas relacionadas con los derechos civiles, por ejemplo la integridad personal o los derechos de los presos, son comunes en la mayoría de los casos, solo en El Salvador y Uruguay encabezan la lista. Asimismo, si bien la fuerza policial es con frecuencia la entidad pública más denunciada ante la mayoría de las defensorías, en algunos casos, como en México y Perú, las instituciones públicas responsables de la seguridad social

Tabla 15.2. Derechos y temas más frecuentes en las quejas que reciben las defensorías latinoamericanas (porcentajes entre paréntesis)

Argentina 2015	Colombia 2014	Costa Rica 2015	El Salvador 2014–2015	Guatemala 2015*	Perú 2015	Uruguay 2015
Derechos de los consumidores, servicios públicos, impuestos (55,2)	Derecho a la salud (29,5)	Retrasos administrativos y respuestas negativas (34)	Integridad personal (19,9)	Niños y jóvenes (19,8)	Debido proceso administrativo (31,1)	Integridad personal (14,6)
Seguridad social y trabajo (18,9)	Derecho de petición (14,3)	Servicios de salud (20)	Debido proceso administrativo (7,9)	Salud (12,5)	Derecho de petición (9.5)	Trabajo (13,4)
Salud, protección social, educación y cultura (11,9)	Derechos de las personas desplazadas (9,3)	Seguridad social (12)	Seguridad personal (7,4)	Derechos de las mujeres (6,3)	Derechos de los trabajadores (9,4)	Niños y jóvenes (8,6)
Derechos humanos en general (9,7)	Derechos de los presos (6,7)	Educación (5)	Trabajo (7,3)	Seguridad (6,1)	Acceso a la justicia (9,1)	Discriminación (8,3)
Derechos especiales (3,2)	Derecho a la vida (5,8)	Medio ambiente (5)	Acceso a la justicia (5,6)	Derechos de los consumidores (6,1)	Derecho a la salud (8,9)	Libertad y seguridad personal (5,1)

* Solo casos admitidos.

Fuente: Defensor del pueblo de la nación (Argentina) 2016; defensor del pueblo (Colombia) 2015; Defensoría de los Habitantes (Costa Rica) 2016; procurador para los derechos humanos (El Salvador) 2015; procurador de los derechos humanos (Guatemala) 2016; defensor del pueblo (Perú) 2016; Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo (Uruguay) 2016.

ocupan un lugar destacado (Comisión Nacional de Derechos Humanos 2016; Perú, defensor del pueblo 2015).

Promoción de los derechos humanos

Las defensorías latinoamericanas también promueven el respeto a los derechos humanos entre las entidades públicas y en la sociedad en general. En ese sentido, la mayoría de las defensorías del pueblo tienen el deber explícito de presentar proyectos de ley en el campo de los derechos humanos, incluidos los proyectos que buscan ratificar los tratados internacionales de derechos humanos, así como de proporcionar información y capacitación en el área. Mientras que el trabajo de protección es en buena medida reactivo y es impulsado por las quejas y las denuncias de los ciudadanos, las defensorías tienen más libertad para elegir el enfoque de sus actividades de promoción. En consecuencia, las defensorías usan este tipo de actividades para darle un impulso estratégico al reconocimiento de ciertos derechos.

Las defensorías usan las experiencias y los documentos que recopilan cuando tramitan las denuncias de los ciudadanos para plantear cuestiones más generales sobre la situación de los derechos humanos en sus países. Los Defensores exponen esos diagnósticos en los informes anuales que deben presentar en sus respectivos congresos. Además de documentar

las actividades de las defensorías, a menudo estos informes visibilizan los patrones que siguen las violaciones de derechos humanos, y abren debates sociales más amplios sobre temas particulares. Asimismo, varios Defensores también elaboran informes extraordinarios que dan cuenta de los abusos del pasado; gracias a ello, las defensorías gozan de una gran credibilidad y un alto prestigio moral. Por último, las labores de información y capacitación constituyen una parte sustancial del trabajo de las defensorías. Por ejemplo, en 2013 la Defensoría del Pueblo de Bolivia reportó haber realizado más de 1.000 capacitaciones, de las cuales casi la mitad tuvieron lugar en las escuelas y una cuarta parte se dirigieron a la población en general (en el resto solo participaron los funcionarios y las entidades públicas) (Bolivia, defensor del pueblo 2014).

Las defensorías del pueblo en la sociedad

Como lo muestra la tabla 15.2, los ciudadanos suelen acudir a las defensorías del pueblo no solo para presentar denuncias, sino también en busca de ayuda y orientación con respecto a los trámites que deben agotar ante otras entidades públicas. Tal vez esto se refleja en el hecho de que los ciudadanos confían considerablemente más en las defensorías que en otras instituciones políticas similares, tal y como lo muestra la tabla 15.3, que presenta los datos del Proyecto de Opinión Pública de América Latina.

Tabla 15.3. Confianza popular (en una escala de 1-7) en la Defensoría del Pueblo, el sistema judicial y la Policía Nacional (desviaciones estándar entre paréntesis)

País/año	Confianza en la Defensoría	Confianza en el sistema judicial	Confianza en la Policía Nacional
Argentina (2010)	3,8 (1,81)	3,2 (1,70)***	2,8 (1,71)***
Bolivia (2014)	4,1 (1,47)	3,3 (1.0)***	3,2 (1,58)***
Colombia (2010)	4,8 (1,64)	4,2 (1,70)***	4,4 (1,78)***
Costa Rica (2010)	5,1 (1,73)	4,3 (1,81)***	3,9 (1,90)***
Ecuador (2010)	4,1 (1,74)	3,6 (1,72)***	4,2 (1,77)
El Salvador (2012)	4,6 (1,96)	4.0 (1.89)***	4,2 (1,97)**
Guatemala (2012)	4.1 (1.57)	3,8 (1,54)***	3,1 (1,70)***
Honduras (2014)	3,9 (1,86)	3,7 (1,85)	3,8 (1,94)
Paraguay (2010)	3,8 (1,66)	3,2 (1,73)***	3,2 (1,89)***
Perú (2014)	3,8 (1,66)	3,0 (1,54)***	3,3 (1,68)***
Venezuela (2010)	3,8 (1,96)	3,3 (1,95)***	3,1 (1,95)***

** Significativo al 1%

*** Significativo al 0,1%

Los datos representan el promedio de confianza en una escala de 1 a 7, donde 7 es el mayor grado de credibilidad. La significancia se refiere a la diferencia entre el dato en cuestión y la confianza en la Defensoría.

Fuente: The Americas Barometer, Latin American Public Opinion Project (LAPOP), www.lapopsurveys.org.

En general, la tabla 15.3 muestra que las defensorías del pueblo inspiran más confianza popular que el sistema judicial y la policía. Este hallazgo es notablemente consistente y estadísticamente significativo en los once países latinoamericanos para los que existen datos comparables. La excepción más notable es Honduras, donde no se puede encontrar una diferencia estadísticamente significativa entre las tres instituciones.

Hay poca evidencia sobre la relación entre los factores individuales, como los ingresos, la marginación social, el género o la educación, y la confianza en la Defensoría del Pueblo. Algunos estudios indican que la victimización, ya sea que provenga de la delincuencia o de encuentros con burócratas corruptos, reduce la confianza en la institución, aunque esta evidencia es relativamente débil (en los datos de dos países, la relación inversa entre la victimización y la confianza en la Defensoría cae por debajo de los niveles convencionales de significancia estadística). En cambio, la tabla 15.4 muestra que en los cinco países que cuentan con datos recientes, que también son los países en los que la institución tiene o ha tenido una posición relativamente destacable, los dos factores que explican los niveles de confianza son la edad (cuanto más joven, más confía en la Defensoría) (significativa en tres países) y, en particular, la aprobación al Gobierno.

Este último hallazgo puede parecer paradójico, puesto que las defensorías a menudo se presentan como contrapesos al Gobierno. Sin embargo, puede ser más fácil creer en la Defensoría y en su capacidad para alterar el comportamiento del Estado mediante la persuasión si en el principio se tiene una visión más favorable del Gobierno. Del mismo modo, este hallazgo también tiene que ser visto a la luz del hecho de que el trabajo de protección de las defensorías generalmente tiene que ver con las fallas de los funcionarios públicos individuales y no con la política estatal. Ahora bien, el bajo poder explicativo del modelo cuyos resultados aparecen en la tabla 15.4 indica que la confianza en las defensorías escapa de las explicaciones que se basan en esos factores.

Más allá de las expresiones individuales de confianza en las defensorías, es importante notar que su alta legitimidad, su gran versatilidad y su amplio abanico de funciones les han permitido trabajar en estrecha colaboración con las organizaciones de la sociedad civil, algo que es imposible para la mayoría de las agencias estatales. Así, dado que algunas defensorías han amplificado las demandas de la sociedad civil y han servido como puentes entre la sociedad y el Estado, dichas entidades se han vuelto fundamentales para asegurar una respuesta estatal favorable. Como señala Peruzzotti en un estudio sobre la interacción entre los grupos ambientalistas argentinos y la Defensoría del Pueblo de la Nación para defender un área protegida (2011, 265): "Para los actores de la sociedad civil, la [D]efensoría es un punto de entrada accesible a la red horizontal de agencias estatales de control puesto que sirve como un puente entre dichas agencias y las iniciativas de responsabilidad social".

Esta relación puede funcionar en ambas direcciones. Algunas defensorías se dirigen a la opinión pública por medio de proclamas, comunicados de prensa y similares con la esperanza de lograr no solo que la sociedad apoye sus posiciones, sino también que sus declaraciones avergüencen a las entidades estatales y las lleven a corregir sus errores (Pegram 2011). Un ejemplo extremo pero vívido de esto se puede encontrar en la respuesta del procurador de los

Tabla 15.4. Explicaciones para la confianza en la Defensoría del Pueblo. Los datos son coeficientes no estandarizados de una regresión lineal múltiple (desviaciones estándar entre paréntesis)

Factor	Guatemala (2012)	El Salvador (2012)	Bolivia (2014)	Honduras (2014)	Perú (2014)
Constante	4,638 (0,449)***	5,539 (0,568)***	4,516 (0,357)***	4,100 (0,481)***	4,060 (0,644)***
Quien contesta es mujer	0,077 (0,091)	0,290 (0,108)**	–0,038 (0,062)	–0,073 (0,100)	0,110 (0,104)
Edad	–0,002 (0,003)	–0,012 (0,004)***	–0,010 (0,002)***	–0,009 (0,011)*	–0,006 (0,003)**
Vive en las zonas rurales	0,245 (0,102)*	0,184 (0,129)	0,095 (0,070)	0,247 (0,108)*	0,088 (0,128)
Hace parte del grupo con mayores ingresos	–0,027 (0,015)**	–0,049 (0,020)*	–0,001 (0,010)	0,009 (0,013)	0,047 (0,013)***
Años de escolaridad	0,029 (0,013)*	–0,031 (0,015)*	–0,010 (0,008)	–0,022 (0,014)	–0,014 (0,015)
No ha sido víctima de un crimen	0,162 (0,113)	0,262 (0,142)**	0,137 (0,073)**	0,504 (0,131)***	0,005 (0,112)
Un funcionario público le ha pedido un soborno	–0,129 (0,217)	–0,145 (0,363)	–0,369 (0,104)***	–0,125 (0,214)	–0,401*
No tiene documento de identidad	–0,393 (0,132)*	0,209 (0,247)	0,320 (0,239)	0,079 (0,199)	0,711 (0,437)
Desaprueba al presidente/Gobierno	–0,291 (0,063)***	–0,503 (0,059)***	–0,215 (0,040)***	–0,397 (0,059)***	–0,395 (0,071)***
R^2 ajustado	0,031	0,097	0,034	0,060	

* Significativo al 5 %

** Significativo al 1 %

*** Significativo al 0,1%

Fuente: LAPOP, www.lapopsurveys.org.

derechos humanos de Guatemala al intento de autogolpe del presidente Serrano en 1993. El procurador se negó a aceptar las acciones del presidente y convocó movilizaciones populares contra el intento de golpe. Según un observador, el procurador se convirtió en "el líder de los esfuerzos de la sociedad civil para restaurar el orden constitucional" (Villagrán de León 1993; Dodson y Jackson 2004). Finalmente, los esfuerzos fueron exitosos.

Sin embargo, aunque existen varios ejemplos de cooperación entre las defensorías y las organizaciones de la sociedad civil, también ha sucedido lo contrario: las defensorías han entrado en conflicto con los actores no estatales. En algunos casos, esta situación surge cuando los Defensores toman posiciones contrarias a la opinión pública, como cuando protegen los derechos humanos de los presuntos delincuentes (Pegram 2011; Collins 2008). En otros casos, los defensores de derechos humanos se han opuesto a las defensorías del pueblo y las han acusado de ser títeres del Gobierno (véanse Finkel [2012] sobre México;

Caldera [2007] sobre Nicaragua; y ABC Color [2010] sobre Paraguay). La competencia por la atención pública y los recursos parecen estar en el centro de algunos de estos conflictos. Por ejemplo, Cárdenas (2014, 159, 344) afirma que la creación de la Defensoría del Pueblo en Colombia fue "una movida astuta para quitarles el protagonismo (y en algunos casos la financiación internacional) a las organizaciones no gubernamentales (ONG) de derechos humanos" (Goodman y Pegram 2011).

Debates alrededor de las defensorías del pueblo

Durante su primera década de existencia, las defensorías del pueblo de América Latina escaparon de la mirada de los académicos. Sin embargo, en los últimos años ha aparecido una serie de estudios que examinan la institución desde diferentes ángulos teóricos. En vista de que las defensorías desempeñan funciones de la mayor importancia, pero carecen de los medios formales para ejecutar sus resoluciones, no es sorprendente que los académicos se hayan concentrado en analizar la relevancia y la efectividad de la institución (Cárdenas 2014).

Cumplimiento y eficacia

Ya se ha mencionado que una característica definitoria de las defensorías del pueblo es que carecen de facultades sancionatorias y que sus conclusiones y resoluciones solo constituyen recomendaciones. Aunque las defensorías suelen tener la capacidad de presentar demandas o iniciar acciones legales con el fin de proteger los derechos de los ciudadanos, ni esta facultad ni sus labores de investigación deben confundirse con un poder real para emitir o ejecutar decisiones vinculantes. En consecuencia, y a pesar de sus buenos resultados, la efectividad de las defensorías es relativa y depende, en última instancia, de la voluntad de otras instituciones. De ello se desprende que los niveles de cumplimiento variarán en función de los sectores involucrados y los contextos nacionales. Probablemente, esto explica el hecho de que los académicos hayan valorado las defensorías de formas tan distintas. Mientras los escépticos señalan que la situación de los derechos humanos en un país determinado no ha cambiado visiblemente (Brett 2011), que los éxitos de las defensorías son limitados (Cárdenas 2014) o que los Defensores no son lo suficientemente combativos, quienes creen en la efectividad de la institución enfatizan las contribuciones de las defensorías en los casos de alto perfil (Pegram 2008) o las formas en que su manejo de las quejas individuales produce efectos (Uggla 2011). Los pocos estudios estadísticos disponibles muestran un cierto grado de eficacia, aunque dista mucho de ser completo. Sin embargo, cabe señalar que dichos estudios se basan ya sea en un material agregado que no da cuenta del funcionamiento real de la institución (Moreno y Witmer 2015; Moreno 2016) o en datos de un solo país (Uggla 2011).

Los académicos también se han preguntado por los factores que contribuyen a la efectividad de las defensorías (Reif 2004). Mientras algunos han afirmado que variables relacionadas con el diseño institucional, como la duración del mandato de los Defensores o la forma de nominación, son fundamentales (Moreno 2016; Moreno y Witmer 2015), otros han mirado hacia el contexto político en el que operan las defensorías (Finkel 2012), el apoyo que reciben de la opinión pública o los medios de comunicación (Uggla 2004; Pegram 2011), o las interacciones

de la entidad con otros actores sociales (Peruzzotti 2011) y el aparato estatal (Uggla 2011).

Dadas las diferencias en el respeto a los derechos humanos entre los países de la región, es difícil proporcionar una evaluación general de la eficacia de las defensorías. Además, las percepciones de eficacia no siempre reflejan el trabajo real de las defensorías. Si la mirada se concentrara exclusivamente en los casos de alto perfil o la situación general de los derechos humanos, la institución podría parecer mucho menos efectiva de lo que sería si se evaluara desde la perspectiva de las quejas cotidianas. Asimismo, los factores que contribuyen al éxito también pueden variar en función de los diferentes tipos de problemas en cuestión. Si bien las relaciones estrechas con la burocracia pueden ayudar a resolver las quejas administrativas, el apoyo de los medios de comunicación o de la sociedad civil puede ser necesario para enfrentar la política estatal, los abusos graves o los casos de corrupción de alto nivel.

Contribución

Los académicos también se han preguntado por el impacto de las defensorías sobre el sistema jurídico y político en el que actúan. Incluso una defensoría eficaz puede no ser más que un enclave democrático en un entorno que se caracteriza por el abuso y la falta de respeto a los derechos de los ciudadanos (Gilley 2010). Sin embargo, es posible que incluso una defensoría cuyas resoluciones sean ignoradas permanentemente por los agentes estatales pueda influir en la manera en que la opinión pública percibe el sistema jurídico.

Entonces, la primera pregunta que surge al respecto es qué influencia han tenido las defensorías del pueblo en los sistemas jurídicos y judiciales de América Latina. Aunque las defensorías no suelen tener una relación de colaboración con los sistemas judiciales de sus respectivos países (Pegram 2011), algunos estudios indican que, puesto que tienen la facultad de presentar acciones de nulidad o amparo, las defensorías han impulsado nuevas interpretaciones y temas de debate en los tribunales constitucionales (Domingo 2006; Pegram 2011). De manera similar, las defensorías también impulsan la incorporación de normas y tratados internacionales en los sistemas jurídicos nacionales (Pegram 2015; Pegram 2014). El hecho de que muchas defensorías tengan la facultad de tramitar denuncias contra el sistema judicial abre una clara posibilidad en ese ámbito; aun así, no existe evidencia sistemática sobre su impacto en esta área. De hecho, la falta de referencias a la entidad en los debates sobre el desarrollo judicial en América Latina bien puede indicar que las defensorías no han tenido un impacto real o que han enfrentado serias dificultades para cooperar con el sistema judicial (Pegram 2011) (para una excepción, véase Ungar 2013 sobre la supervisión a la policía en América Latina).

La pregunta por el impacto de las defensorías sobre el sistema político se ha planteado con frecuencia en el contexto del llamado "déficit de rendición de cuentas" que sufren los estados latinoamericanos (O'Donnell 1994; Mainwaring 2003). En consecuencia, se ha propuesto que las defensorías deben limitar los poderes del ejecutivo (Ungar 2002, 36; Pegram 2008; Uggla 2011). En parte, este es un debate conceptual. Moreno, Crisp y Shugart argumentan:

> No consideramos que la mera revelación de información por parte de las defensorías

> del pueblo sobre las violaciones de derechos humanos cometidas por funcionarios del poder ejecutivo (incluidas la policía y las fuerzas armadas) sea, por sí mismo, un acto de rendición de cuentas. Es claro que la revelación de información podría no tener ninguna consecuencia. […] Sólo se puede considerar que alguien ha rendido cuentas si se le ha impuesto una sanción. De ese modo, si la entidad que revela la información no impone las sanciones, realmente no logra responsabilizar a los abusadores. (2003, 81)

Sin embargo, en última instancia, la cuestión de si las defensorías pueden contribuir a la rendición de cuentas es en gran medida empírica (Mainwaring 2003); de hecho, es probable que tanto el éxito en este sentido como la eficacia de sus resoluciones dependan de los mismos factores. En particular, factores como la legitimidad, el apoyo popular y las alianzas con otras organizaciones de la sociedad civil pueden resultar determinantes, tal y como lo demuestran los casos emblemáticos de Perú y Guatemala, y el papel que desempeñó la Defensoría del Pueblo de Bolivia durante el turbulento período 2000-2005. Estos casos también demuestran que las cualidades personales del Defensor también son importantes. Un Defensor más combativo y que actúe de acuerdo con una visión amplia de las competencias de la institución no solo puede aumentar la confianza popular en la Defensoría, también está más dispuesto a pedirle cuentas al Gobierno. En otras palabras, un Defensor con esas características podría adquirir un mayor protagonismo como un agente de rendición de cuentas horizontal (Pegram 2011). Ahora bien, aunque la mayoría de los trabajos que describen a la institución mencionan este factor (Reif 2004; Cárdenas 2014), sigue estando poco teorizado (Pegram 2008). Es más, los estudios comparativos sistemáticos tienden a pasar por alto este factor crucial y, en cambio, enfatizan los aspectos institucionales o contextuales.

El impacto de las defensorías sobre la rendición de cuentas también está íntimamente relacionado con su autonomía (Uggla 2004): no se puede esperar que una defensoría controlada por el ejecutivo sea un agente de rendición de cuentas. Las disposiciones constitucionales que protegen a la institución de las influencias indebidas han tenido un éxito relativo. Como se señaló, muchos Defensores han tenido que hacerles frente a los intentos no siempre infructuosos del Gobierno de controlar o limitar sus operaciones. Además, es importante recordar que si bien la Defensoría puede ser, por un lado, un baluarte contra el poder del Gobierno, por otro, dado que supervisa la burocracia estatal o les otorga legitimidad a las decisiones dudosas, también puede servir como un instrumento para fortalecer al Gobierno. Aunque las defensorías de América Latina pueden, por lo general, cumplir cualquiera de estas funciones, parece que en muchos casos el balance se inclina hacia la última.

Si ese es el caso, también podría ser el efecto de transformaciones políticas más amplias. Como se mencionó, muchas defensorías del pueblo fueron creadas poco después de las transiciones a la democracia; en consecuencia, a menudo tuvieron que desafiar a los más altos miembros del poder ejecutivo para contrarrestar los legados autoritarios. Sin embargo, a medida que se afianzaban las democracias, las confrontaciones con el Gobierno se volvían cada vez menos frecuentes. En cambio, las defensorías empezaron a centrarse en promover una agenda de derechos más amplia y en

controlar a los burócratas que actúan de formas inadecuadas y que se niegan a cumplir las leyes, las normas internacionales o las regulaciones gubernamentales. Aunque en algunos casos estos cambios significan que las defensorías fueron cooptadas por los Gobiernos (particularmente mediante la designación de Defensores más cercanos al ejecutivo), bien podrían ser una elección estratégica de la institución.

Algunos académicos también se han preguntado por las estrategias que podrían usar las defensorías para hacer que los Estados respeten los derechos humanos de una forma más consistente. Hay evidencia que indica que las defensorías a menudo logran corregir los abusos individuales por parte de las autoridades estatales; asimismo, varias de ellas han logrado ampliar el debate y la concepción de los derechos humanos en sus respectivos países. Sin embargo, algunos autores han señalado que el impacto de las defensorías en esta área es limitado, particularmente cuando se trata de las violaciones más graves de derechos humanos (Cárdenas 2014; Brett 2011). De manera similar, algunos han argumentado que los Estados usan las defensorías como una fachada para cubrir tales abusos (Cárdenas 2014) y para desviar la atención pública e internacional (incluida la financiación de donantes) que reciben las organizaciones de la sociedad civil. Según esas perspectivas, la influencia de las defensorías sobre el respeto estatal a los derechos humanos es insignificante.

Incluso si las conclusiones no son tan dramáticas, parece claro que en los países donde se acusa al defensor del pueblo de ser demasiado cercano al Gobierno (por ejemplo, en Venezuela), la institución a menudo se concentra en los derechos sociales o colectivos, en lugar de los políticamente más polémicos derechos civiles. Si bien esto puede ampliar la concepción de los derechos humanos, también puede limitar el papel de las defensorías y disminuir su impacto general.

Finalmente, los académicos han estudiado la influencia de las defensorías del pueblo sobre la sociedad en general y la opinión pública. En muchos casos, las defensorías han luchado para romper los tabúes sociales y para hacer que los derechos humanos sean aceptados por la mayoría de la población (Cárdenas 2014). Si bien no hay pruebas definitivas en este sentido, el hecho de que las defensorías frecuentemente estén a la vanguardia en cuestiones tales como los derechos de las minorías sexuales, los derechos de los migrantes o los derechos ambientales indica que tales instituciones podrían tener un rol fundamental en la fijación de las agendas en el campo de los derechos humanos (Domingo 2006; Ungar y Hite 2013).

En resumen, es evidente que la mayoría de los debates académicos alrededor de las defensorías del pueblo se han concentrado en su potencial como instituciones de derechos humanos; en ese sentido, se han preguntado por el desempeño de las entidades con respecto a la protección de los derechos humanos fundamentales y por su capacidad para limitar los poderes de otras entidades estatales (el Gobierno en particular). Esto no es sorprendente, puesto que la mayoría de las investigaciones se han construido con base en las perspectivas de los estudios sobre los derechos humanos o la democratización. Ahora bien, tal enfoque puede pasar por alto algunas tareas importantes que llevan a cabo las defensorías, tales como la supervisión de las burocracias y la mediación entre el Estado y los ciudadanos. Como se mostró anteriormente, estas cuestiones ocupan un lugar destacado en las labores

que desempeñan la mayoría de las defensorías del pueblo. Si bien tales cuestiones no entran en contradicción con las funciones que cumplen las defensorías como instituciones de derechos humanos, no han recibido la misma atención por parte de los académicos. En consecuencia, los estudios corren el riesgo de pasar por alto una parte fundamental del trabajo de las defensorías y sus posibles contribuciones. Como ya se argumentó, una buena parte de las defensorías del pueblo de la región cubren una gran variedad de asuntos y gozan de una alta confianza popular. Gracias a ello, a los cambios en las relaciones entre el Estado y la sociedad y a los nuevos cuestionamientos a las prácticas discriminatorias, las defensorías podrían llegar a tener un protagonismo cada vez mayor. Sin embargo, es necesario cambiar las perspectivas teóricas para abordar adecuadamente estos aspectos de su trabajo.

Temas para las futuras investigaciones

Los estudios sobre las defensorías del pueblo en América Latina aún son incipientes. En su mayoría se han centrado en describir la institución y analizar su eficacia. Si bien este es un enfoque natural para estudiar una institución relativamente nueva, hacen falta estudios más sistemáticos que analicen las defensorías en su contexto institucional y político más amplio. Como he argumentado en este capítulo, el impacto de las defensorías depende en última instancia de otras instituciones, ya sea aquellas con las que se relacionan directamente, como los parlamentos y las entidades burocráticas, o aquellas que pueden ayudarles a aumentar sus niveles de eficacia, como los medios de comunicación o el sistema judicial. Por tanto, los futuros estudios deberían examinar las interacciones de las defensorías con otras instituciones y actores. Del mismo modo, los académicos deberían estudiar el papel de las defensorías como mediadoras entre el Estado y los ciudadanos. Esta línea de investigación podría revelar otros rasgos de las relaciones entre el Estado y la sociedad, sin mencionar que podría ilustrar las formas en que las defensorías contribuyen potencialmente al buen gobierno.

Aunque los análisis comparativos son fundamentales, es necesario contar con más estudios de caso. Además de los estudios que documentan las intervenciones más visibles, muy pocos trabajos académicos han dado cuenta de las actuaciones de las defensorías frente a los casos individuales o han explicado cómo toman sus decisiones en medio de las interacciones con otros agentes e instituciones. Ciertamente, un enfoque basado en procesos o casos puede ser más útil que los estudios estadísticos para responder dos preguntas cruciales y desconcertantes: ¿cómo las defensorías, a pesar de carecer de facultades sancionatorias, pueden marcar la diferencia?, y ¿por qué dichas instituciones gozan de unos niveles tan altos de confianza popular? (Uggla 2011). Asimismo, en vista de que los trabajos previos han mostrado que las intervenciones en materia de derechos humanos pueden tener efectos paradójicos, los estudios de caso cualitativos podrían complementar las investigaciones estadísticas sobre el tema. Por ejemplo, Finkel *et al.* (2006) encontraron que la cooperación internacional podría tener un impacto negativo significativo sobre los indicadores de derechos humanos de un país. Según los autores, esto se debe a que existe una relación positiva entre la cantidad de recursos y la detección de las violaciones. En ese sentido, las investigaciones futuras también

podrían explorar cómo las defensorías concientizan a los ciudadanos sobre la importancia de los derechos humanos.

Finalmente, hay que mencionar una línea de investigación prometedora que entiende las defensorías como un puente entre las normas internacionales de derechos humanos y las realidades nacionales. Aunque Thomas Pegram (2014, 2015) ha explorado esta cuestión, aún queda mucho trabajo por hacer. Dichos estudios podrían explicar cómo y con qué efecto se aplican las normas de derechos humanos en un entorno particular. Asimismo, tales trabajos podrían examinar, desde una perspectiva más amplia, cómo las normas de derechos humanos producen sinergias entre los esfuerzos nacionales y la acción internacional (Keck y Sikkink 1998). En vista de que son las instituciones nacionales de derechos humanos, las defensorías del pueblo se encuentran en el centro de tales procesos y, por consiguiente, proporcionan un excelente punto de entrada para estudiar este tema empíricamente.

Conclusiones

El nacimiento de las defensorías del pueblo en América Latina estuvo marcado por una mezcla de ilusión e indiferencia. Mientras en Argentina, por ejemplo, la Defensoría nació después de una larga lucha por crear una institución que previniera los abusos del Estado (Cárdenas 2014), en otros países la entidad fue creada, más bien, por capricho (Pegram 2008 sobre Perú).

Tensiones similares han estado en el centro del desarrollo de las defensorías latinoamericanas. Usualmente, las defensorías de la región desempeñan las funciones de una defensoría clásica (reciben las quejas de los ciudadanos sobre el comportamiento de la Administración Pública) y de una institución nacional de derechos humanos (promueven los derechos humanos y actúan como una especie de "árbitro moral" de la nación). Aunque son aliadas de las organizaciones de la sociedad civil y actúan como un actor crucial en la implementación de las normas internacionales de derechos humanos, el presupuesto de las defensorías y el nombramiento de los Defensores están en manos de los políticos, que, por lo general, tienen poco interés en promover sus labores. Por otra parte, a pesar de que las constituciones les otorgan un gran número de tareas, no tienen la capacidad legal para ejecutar sus decisiones o hacer valer sus posiciones.

Rasgos como estos hacen que la institución sea inherentemente volátil y que esté sujeta a las circunstancias políticas y sociales de su país. Este hecho, además, hace difícil emitir cualquier juicio sobre la relevancia o la eficacia de la entidad; en otras palabras, no es posible dar por sentado ni el poder ni la impotencia de las defensorías. Asimismo, a pesar de que se suele representar a las defensorías como instituciones que se oponen férreamente a los intentos del Gobierno de frustrar los derechos civiles y políticos fundamentales, lo cierto es que el trabajo real de la mayoría de las defensorías no siempre corresponde a esta imagen. Por el contrario, la mayoría de los casos que reciben se resuelven fácilmente mediante un llamado de atención a la entidad involucrada o la mediación entre los ciudadanos y la burocracia.

Sin embargo, tales observaciones no deberían llevarnos a dejar de lado la institución. Más bien, sus peculiaridades y específicamente el hecho de que gozan de una gran confianza popular y sirven como intermediarias entre los ciudadanos y las instituciones del Estado hacen

que las defensorías sean un objeto de investigación interesante para los estudios de derecho y sociedad en América Latina. Estudiar una institución cuya efectividad depende de terceros podría ayudarnos a entender mejor la voluntad política y la disposición de las entidades estatales a aceptar críticas, así como la capacidad de las entidades públicas y las instituciones jurídicas para adaptarse a las normas nacionales e internacionales de derechos humanos.

Notas

** El texto usa la palabra *ombudsman* de una forma que puede resultar ambigua en español. Típicamente, *ombudsman* se traduce al español como *defensoría del pueblo* (o *de derechos humanos*), la entidad, y como *defensor del pueblo*, el jefe de la entidad. La ambigüedad es aún mayor puesto que, como lo menciona el autor, las defensorías suelen tener un carácter personalista. Aunque el texto usa el término *ombudsman's office* para hacer explícito que hace referencia a la institución, también traduzco la palabra *ombudsman* como *defensoría*, con minúscula, para indicar que el autor se está refiriendo a estas entidades en general. Cuando el autor menciona la entidad específica de un país, aparece su nombre en español y con mayúsculas iniciales. Asimismo, traduzco *ombudsman* por *Defensor* cuando sea evidente que el autor se refiere al jefe de la defensoría y no a la entidad. (Nota del traductor).

Referencias

Argentina, Defensor del Pueblo de la Nación. 2016. *Informe Anual 2015*. Buenos Aires: DPN.

Bolivia, Defensor del Pueblo. 2014. *XIV Informe a la Asamblea Legislativa Plurinacional*. La Paz: Defensoría del Pueblo.

Brett, Roddy. 2011. Confronting racism from within the Guatemalan State: The challenges faced by the defender of indigenous rights of Guatemala's Human Rights Ombudsman's Office. *Oxford Development Studies* 39: 205-28.

Caldera, Marciela. 2007. A Omar Cabezas le 'da asco' el Cenidh. *El Nuevo Diario*. 26 de junio. http://archivo.elnuevodiario.com.ni/nacional/213781-omar-cabezas-le-da-asco-cenidh/. (Consultado el 6 de septiembre de 2017).

Cárdenas, Sonia. 2014. *Chains of justice: The global rise of state institutions for human rights*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.

Collins, Cath. 2008. The (Re)judicialisation of human rights accountability in Chile and El Salvador. *Latin American Perspectives* 35: 20-37.

Colombia, Defensor del Pueblo. 2014. *Vigésimo primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

Colombia, Defensor del Pueblo. 2015. *Vigésimo Segundo Informe del Defensor del Pueblo de Colombia al Congreso de la República*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2016. *Informe de Actividades 2015 del 1 de enero al 31 de diciembre*. México: CNDH.

Comisionado Nacional de los Derechos Humanos. 2015. *Informe al Honorable Congreso Nacional de la República Año 2014*. Tegucigalpa: CONADEH.

Costa Rica, Defensoría de los Habitantes. 2016. *Informe Anual de Labores 2015-2016*. San José: Defensoría de los Habitantes.

Dodson, Michael y Donald W. Jackson. 2004. Horizontal Accountability in Transitional Democracies: The Human Rights Ombudsman in El Salvador and Guatemala. *Latin American Politics and Society* 46: 1-27.

Domingo, Pilar. 2006. Weak courts, rights and legal mobilization in Bolivia. En *Courts and social transformation in new democracies*, eds. Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux, 233-54. Aldershot: Ashgate.

El Salvador, Procurador para los Derechos Humanos. 2015. *Análisis Situacional de los Derechos Humanos: Informe de Labores de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos junio 2014-mayo 2015*. San Salvador: PDDH.

Finkel, Jodi. 2012. Explaining the failure of Mexico's National Commission of Human Rights (Ombudsman's Office) After democratization: elections, incentives, and unaccountability in the Mexican Senate. *Human Rights Review* 13: 473-95.

Finkel, Steven, Aníbal Pérez-Liñán y Mitchell A. Seligson. 2006. *Effects of U.S. Foreign Assistance on Democracy Building: Results of a cross-national quantative study*. Informe. Vanderbilt University.

Gilley, Bruce. 2010. Democratic enclaves in authoritarian regimes. *Democratization* 17: 389-415.

Global Alliance of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights (GANHRI). 2016. *Report and recommendations of the session of the Sub-Committee on Accreditation (SCA)*, Ginebra, 9-13 de mayo de 2016. Informe.

Goodman, Ryan y Thomas Pegram. 2011. National Human Rights Institutions, State Compliance, and Social Change. En *Human rights, state compliance, and social change: Assessing National Human Rights Institutions*, eds. Ryan Goodman y Thomas Pegram, 1-27. Cambridge: Cambridge University Press.

Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (CIC). 2014. *Report and recommendations of the session of the Sub-Committee on Accreditation (SCA)*, Ginebra, 27-31 de octubre de 2014. Informe.

Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (CIC). 2017. *Accreditation status as of 26 may 2017*. Manuscrito sin publicar.

Jägerskiöld, Stig. 1961. The Swedish Ombudsman. *University of Pennsylvania Law Review* 109: 1077-99.

Keck, Margaret y Kathryn Sikkink. 1998. *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*. Cornell University Press.

Lupia, Arthur y Mathew McCubbins. 1994. Learning from oversight: Fire alarms and police patrols reconstructed. *Journal of Law, Economics and Organisation* 10: 96-125.

Mainwaring, Scott. 2003. Introduction: Democratic accountability in Latin America. En *Democratic accountability in Latin America*, eds. Scott Mainwaring y Christopher Welna, 3-33. Oxford: Oxford University Press.

Maiorano, Jorge Luis. 2001. El Defensor del Pueblo en América Latina. Necesidad de fortalecerlo. *Revista de Derecho* 12: 191-98.

Moreno, Erika. 2016. The contributions of the Ombudsman to human rights in Latin America, 1982-2011. *Latin American Politics and Society*. 58: 98-120.

Moreno, Erika, Brian F. Crisp y Matthew Soberg Shugart. 2003. The accountability deficit in Latin America. En *Democratic accountability in Latin America*, eds. Scott Mainwaring y Christopher Welna, 79-131. Oxford: Oxford University Press.

Moreno, Erika y Richard Witmer. 2015. The power of the pen: Human Rights Ombudsmen and personal integrity violations in Latin America, 1982-2006. *Human Rights Review* 17(2): 143-64.

O'Donnell, Guillermo. 1994. Horizontal accountability in new democracies. *The Journal of Democracy* 5: 55-69.

Página Siete. 2017. Albarracín cree que se convirtió a la Defensoría del Pueblo en "secretaría de un partido". *Página Siete*, 17 de junio de 2017.

Pegram, Thomas. 2008. Accountability in hostile times: The role of the Peruvian Human Rights Ombudsman 1996-2001. *Journal of Latin American Studies* 40: 51-82.

Pegram, Thomas. 2011. National Human Rights Institutions in Latin America: Politics and institutionalization. En *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, eds. Ryan Goodman y Thomas Pegram, 210-40. Cambridge: Cambridge University Press.

Pegram, Thomas. 2014. *Compliance agents: National Human Rights Institutions and the Inter-American Human Rights System*. Artículo presentado para la conferencia anual de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), Chicago, 24 de mayo de 2014.

Pegram, Thomas. 2015. Global human rights governance and orchestration: National Human Rights Institutions as Intermediaries. *European Journal of International Relations* 21: 595-620.

Peruzzotti, Enrique. 2011. The societalization of horizontal accountability: Rights advocacy and the Defensor del Pueblo de la Nacion in Argentina. En *Human rights, state compliance, and social change: Assessing National Human Rights Institutions*, eds. Ryan Goodman y Thomas Pegram, 243-69. Cambridge: Cambridge University Press.

Perú, Defensor del Pueblo. 2015. *Decimonoveno Informe Anual de la Defensoría del Pueblo: enero-diciembre 2014*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Perú, Defensor del Pueblo. 2016. *Decimoctavo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo: enero-diciembre 2014*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Popkin, Margaret. 2000. *Peace without justice: Obstacles to building the rule of law in El Salvador*. University Park: The Pennsylvania State University Press.

Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos. 2016. *Informe Anual Circunstanciado: Situación de los Derechos Humanos y Memoria de Labores 2015*. Guatemala: PDH.

Reif, Linda. 2004. *The Ombudsman, good governance and the international Human Rights System*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Reif, Linda. 2011. Transplantation and Adaptation: The Evolution of the Human Rights Ombudsman. *Boston College Third World Law Journal* 31: 269-310.

Repudiaron a Páez Monges en un acto en el Parlamento. 2010. ABC *Color (Paraguay)*, 1 de junio. www.abc.com.py/edicion-impresa/politica/repudiaron-a-paez-monges-en-un-acto-en-el-parlamento-110880.html. (Consultado el 6 de septiembre de 2017).

The Economist. 2001. Arnoldo Alemán. Nicaragua: Democracy's Next Battleground. *The Economist*, 14 de diciembre de 2001.

Uggla, Fredrik. 2004. The Ombudsman in Latin America. *Journal of Latin American Studies* 36: 423-50.

Uggla, Fredrik. 2011. "Through pressure or persuasion" Explaining compliance with the

resolutions of the Bolivian Defensor del Pueblo. En *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, eds. Ryan Goodman y Thomas Pegram, 270-94. Cambridge: Cambridge University Press.

Ungar, Mark. 2002. *Elusive reform and the rule of law in Latin America*. Boulder: Lynne Reinner.

Ungar, Mark. 2013. Crime, society, and the challenge to Human Rights. En *Sustaining Human Rights in the Twenty-First Century: Strategies from Latin America*, eds. Katherine Hite y Mark Ungar (Eds.), 195-217. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.

Ungar, Mark y Katherine Hite. 2013. The Arc of Human Rights. En *Sustaining Human Rights in the Twenty-First Century: Strategies from Latin America*, Katherine Hite y Mark Ungar, 9-33. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.

Uruguay, Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo. 2016. *IV Informe Anual a la Asamblea General*. Montevideo: Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo.

Villagrán de León, Francisco. 1993. Thwarting the Guatemalan Coup. *Journal of Democracy* 4: 117-24.

Capítulo 15
CAPTURA DE PRISIONEROS
BIENESTAR, GUERRA JURÍDICA Y CONFLICTO EN LAS HACINADAS CÁRCELES LATINOAMERICANAS*

Fiona Macaulay

Introducción

Este capítulo se centra tanto en las formas de legalidad e ilegalidad que producen los sistemas penitenciarios en América Latina como en aquellas que se producen dentro de ellos. Todos los países de la región han experimentado un aumento de la población carcelaria desde principios de la década de los noventa (tabla 16.1). En particular, en algunos países la cantidad de presos se ha quintuplicado, lo que ha provocado una grave crisis estructural en el sistema de justicia penal. Por supuesto, la experiencia y la gestión del encarcelamiento han variado considerablemente en la región. En algunos países las cárceles no sufren de hacinamiento; de hecho, en tales países, incluso en aquellos que padecen problemas graves, muchas instituciones penitenciarias individuales se parecen a la cárcel norteamericana o europea promedio, que está bajo el control total de las autoridades y cumple con las normas fundamentales de derechos humanos. Sin embargo, en un número significativo de países, el aumento vertiginoso de las tasas de encarcelamiento ha provocado una grave situación de hacinamiento y ha hecho que las autoridades estatales pierdan el control de algunas prisiones. En esos espacios, el Estado ha ejercido violencia contra los presos, ha permitido que estos la ejerzan entre ellos, o ha cedido el espacio carcelario a los propios internos.

El capítulo desarrolla el concepto de "captura de prisioneros", un fenómeno bifronte de ilegalidad que recoge, por un lado, las prácticas estatales de detención y, por otro, el gobierno informal o paralelo que ejercen los detenidos. Las autoridades estatales mantienen a decenas de miles de personas bajo un régimen prolongado y legalmente injustificable de prisión preventiva, sin mencionar que con frecuencia les niegan a los presos condenados sus derechos legales, incluida la liberación oportuna. Esta forma oficial de secuestro ha creado un estado de cosas en el que prevalece el hacinamiento, se gasta mínimamente en el mantenimiento de las cárceles y se violan de forma cotidiana, sistemática y grosera los estándares internacionales sobre el encarcelamiento. A su vez, estas múltiples ilegalidades estatales han propiciado el surgimiento de organizaciones de autodefensa y autogobierno entre los presos. En consecuencia,

* Cómo citar este capítulo: Macaulay, Fiona. 2024. Captura de prisioneros. Bienestar, guerra jurídica y conflicto en las hacinadas cárceles latinoamericanas. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 345-366. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.16

Tabla 16.1. Niveles y tasas de encarcelamiento en América Latina, 1992-2017

País	Número de prisioneros	Tasa de incremento (b/a)		Tasa de ocupación (2017)* (%)	Porcentaje de presos en prisión preventiva	Tasa de encarcela-miento	Tasa de incremento (b/a)	
	1992*	2014-2016				1992	2014-2016	
	(a)	(b)				(a)	(b)	
Argentina	21.016	72,693	3,46	106	50,1	63	167	2,65
(diciembre 2015)								
Bolivia	5.412	14,598	2,70	254	69,0	71	130	2,06
(julio 2016)	(1996)**				(febrero 2016)			
Brasil	114.377	657,680	5,75	164	36,9	74	318	4,29
(julio 2017)				(enero 2017)				
Chile	20.989	42,807	2,04	111	35,0	155	236	1,52
(julio 2017)				(septiembre 2013)				
Colombia	33.491	116,773	3,49	148	32,1	100	230	2,30
(julio 2017)				(julio 2017)				
Costa Rica	3.346	17,440	5,21	139	17,2	105	352	3,35
(septiembre 2014)								
Ecuador	7.998	26,421	3,30	114	48,8	74	160	2,16
(junio 2016)								
El Salvador	5.348	38,410	7,18	348	33,7	99	590	5,96
(junio 2017)				(agosto 2016)				
Guatemala	5.476	22,184	4,05	296	49,9	56	130	2,32
(julio 2017)				(diciembre 2015)				
Honduras	5.717	17,253	3,02	163	53	110	200	1,82
(agosto 2016)								
México	85.712	233.469	2,72	112	39,6	98	192	1,96
(julio 2016)								
Nicaragua	3.375	10.569	3,13	128	12,3	85	171	2,01
(octubre 2014)				(septiembre 2010)				
Panamá	4.428	17.165	3,88	121	62,6	178	426	2,39
(noviembre 2016)					(diciembre 2014)			
Paraguay	2.972	12.741	4,29	179	77,9	60	180	3,00
(diciembre 2015)	(1995)**							

País	Número de prisioneros	Tasa de incremento (b/a)		Tasa de ocupación (2017)* (%)	Porcentaje de presos en prisión preventiva	Tasa de encarcelamiento	Tasa de incremento (b/a)	
Perú	15.718	83.639	5,32	233	42,2	71	262	3,69
(abril 2017)								
Uruguay	3.037	10.228	3,37	113	65,0	97	297	3,06
(2016)**								
Venezuela	23.200	54.738	2,36	154	71,3	111	173	1,56
(2016)** Promedio	(1993)**		3,78	(2016)**				2,71

Notas

El mes y el año de los datos aparecen debajo de cada país o de los datos particulares, si no corresponden a la misma base. Si no se indica lo contrario, los datos de referencia son de 1992.

Argentina: Las cifras de 1992 incluyen los prisioneros bajo custodia policial, a diferencia de los datos de 2015.

* Tasa de ocupación = número de internos con respecto a la capacidad oficial del sistema penitenciario. Las cifras por encima del 100 % indican hacinamiento.

** La información sobre el mes específico no está disponible.

Fuente: Elaboración propia con base en los datos del Institute for Criminal Policy Research, World Prison Brief. www.prisonstudies.org/info/world brief/?search=southam&x=South%20America.

cuando los reclusos empezaron a controlar la vida cotidiana en las prisiones, crearon una forma diferente de "captura de prisioneros". Dicho de otro modo, se ha producido un mundo normativo y seudojurídico en el que, ante la ausencia de los funcionarios estatales dentro de los muros de la prisión, los reclusos juzgan y disciplinan a los demás.

En lo que sigue, comienzo señalando lo que el estudio de las prisiones y las prácticas penales latinoamericanas puede aportarle al campo de los estudios sociojurídicos en la región. Posteriormente examino las razones que llevan al Estado a capturar a los prisioneros y analizo las consecuencias del creciente control de los reclusos sobre el espacio carcelario, incluidas las implicaciones de este fenómeno para la literatura sociojurídica dominante sobre las cárceles y el encarcelamiento.

Las prisiones y los estudios sociojurídicos latinoamericanos

A lo largo del siglo XX, la mayoría de los textos sobre las prisiones y los sistemas penales fueron escritos por juristas que abordaban desde una perspectiva abstracta y positivista la pregunta por la adecuada interpretación de los códigos y leyes relevantes. Otra literatura se dedicó a describir las estructuras predominantes y las disposiciones formales que gobernaban un sistema penal individual o los sistemas penales de la región. Sin embargo, generalmente dichos trabajos no hacían referencia al funcionamiento *real* de las instituciones penitenciarias ni a las influencias sociales sobre el comportamiento de los actores que hacen parte de ellas (ver, por ejemplo, Rico 1997). No obstante, a medida que el encarcelamiento masivo tomaba

vuelo a finales de la década de los noventa, las organizaciones locales e internacionales de derechos humanos empezaron a producir un cuerpo de literatura gris que documentaba la gran brecha entre el derecho y su aplicación que se hacía evidente tanto en la selectividad social del sistema de justicia penal como en la administración de las prisiones. Los informes sobre las condiciones deplorables de las cárceles, la mala administración y las prácticas ilegales de la policía, los tribunales y las prisiones se basaron en una gran cantidad de datos empíricos obtenidos en las visitas de campo y a través de entrevistas con los internos y los funcionarios públicos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] 2011). Lamentablemente, dicha investigación, que estaba orientada a la transformación de la situación, hizo poco para detener el progreso del encarcelamiento masivo. Por su parte, los investigadores afiliados a las organizaciones no gubernamentales (ONG), los organismos multilaterales y los académicos que le hacen seguimiento a la política criminal usaron las herramientas cuantitativas de análisis de datos para mapear la composición cambiante de la creciente población carcelaria.

Como consecuencia, demostraron el impacto de las condenas por drogas sobre las tasas de encarcelamiento y documentaron el aumento en la proporción de mujeres presas y el alto porcentaje de reclusos bajo prisión preventiva o detenidos ilegalmente (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD] 2013). Algunos académicos también trataron de interpretar los cambios en las prácticas de encarcelamiento en función de tendencias nacionales, regionales o globales como la democratización y el neoliberalismo (Müller 2016), o con la ayuda de conceptos alternativos e híbridos como "liberalismo autoritario" (Iturralde 2016) y "bolivarianismo" (Antillano *et al*. 2016).

A medida que el Estado perdía el control efectivo de muchas instalaciones penitenciarias, una nueva generación de antropólogos e investigadores sociojurídicos comenzó a examinar las complejas formas de autogobierno que se desarrollaban en las cárceles ante la ausencia del Estado (Darke y Garcés 2017; Biondi 2016; Carter 2014; Cerbini 2012, 2017; Dias 2013)[1]. En parte, este tipo de investigaciones detalladas tardaron en aparecer en la región a causa de las características del campo: las cárceles latinoamericanas pueden ser espacios desagradables y peligrosos, sin mencionar que, a menudo, las autoridades penitenciarias brindan muy poca ayuda para acceder a ellas. Sin embargo, si bien se empezó a entender mejor la experiencia de los presos en contextos de abandono e ilegalidad, se sabía relativamente poco acerca de la sociología y la cultura organizacional de las instituciones de justicia que crearon tal situación. De hecho, el trabajo empírico sobre las actitudes y los procesos de toma de decisiones de los diferentes actores del sector de la justicia seguía siendo incipiente.

En 2013, la Escuela de Derecho de Fundação Getúlio Vargas, una de las principales facultades de derecho de Brasil, creó una revista de estudios jurídicos empíricos[2]. Quizás, la pregunta clave que quedaba por responder era por qué las instituciones y los actores encargados de defender el Estado de derecho incurrían rutinariamente en tales prácticas ilegales. Las cárceles pueden reflejar la ideología del Gobierno de turno, pero también refractar y magnificar las profundas ideologías sociales y políticas que se oponen a él. De ese modo, es claro que persiste una clara tensión, y no solo

en América Latina, entre el "garantismo" (el compromiso de proteger los derechos humanos individuales, incluidos los de los delincuentes) y la "defensa social" (según la cual es necesario proteger a los ciudadanos decentes de los elementos socialmente problemáticos). Tal tensión se manifiesta en las prácticas legalizadas e ilegales de encarcelamiento masivo.

Captura de prisioneros por parte del Estado

El aumento en los niveles de encarcelamiento en América Latina fue el resultado de la unión entre el expansionismo penal, que supuso el aumento del número y el tipo de delitos en los códigos penales, y el endurecimiento penal, que alargó las penas privativas de la libertad y las impuso a una gran cantidad de delitos. Tales tendencias han sido comunes en la región desde la década de los ochenta y usualmente van de la mano. Por ejemplo, en un claro ejemplo de expansionismo, Brasil aprobó entre 1985 y 2016 más de 115 leyes penales que incorporaron cerca de 550 nuevos delitos en los ya superpoblados códigos[3]. La Lei de Crimes Hediondos de 1990 es un ejemplo paradigmático de endurecimiento. Dicha ley estableció que los indiciados y condenados por varios delitos graves, entre ellos el narcotráfico, no podrían beneficiarse de la fianza, la libertad provisional, los indultos o amnistías, la conmutación de pena ni del traslado a cárceles de mínima seguridad. La reforma también alargó el período de elegibilidad para la libertad condicional. Como nunca se definió con precisión en qué consistía el delito de "narcotráfico", las cárceles, especialmente las instalaciones de máxima seguridad, se llenaron rápidamente de vendedores callejeros de drogas que la policía, los fiscales y jueces consideraron, a su discreción, criminales graves. La población carcelaria de Brasil se disparó de 90.000 internos en 1990 a 148.760 en 1995 y se dobló cada diez años hasta llegar a 650.956 a principios de 2017 (DEPEN 2016, 15). Aunque se intentó cambiar la ley en varias ocasiones, parecía que la reforma penal seguía siendo el dominio de los populistas punitivos. ¿Cuáles son entonces las motivaciones políticas, ideológicas y sociojurídicas que subyacen a la expansión penal?

El bienestar, la guerra jurídica y el conflicto

Los criminólogos coinciden en que las tasas de encarcelamiento no están correlacionadas *per se* con las tasas de criminalidad ni con la distribución de los crímenes, sino más bien con la forma en que la sociedad y las instituciones de justicia criminal deciden tratar a los sospechosos. Por ejemplo, la tabla 16.1 muestra que en 2016 Panamá, Costa Rica, Uruguay y Chile tuvieron tasas de encarcelamiento por encima de la media regional (192), pero sus tasas de homicidio fueron relativamente bajas en el mismo año (9,3 y 11,8 por cada 100.000 habitantes en Panamá y Costa Rica, respectivamente, y 7,6 y 3,6 en Uruguay y Chile, respectivamente)[4]. Una serie de teorías sociojurídicas han tratado de explicar el surgimiento del encarcelamiento como una especie de "política preferida" en las últimas décadas. Estas teorías han conectado el crecimiento en las tasas de encarcelamiento con consideraciones de economía política, la desaparición de otras políticas para la inclusión social, como la intervención en el mercado laboral y las políticas redistributivas, y las angustias sociales y legales alrededor de aquellos cuya existencia amenaza el orden social. Esta sección examina

tres ideas interconectadas (el *bienestar* [*welfare*], la *guerra jurídica* [*lawfare*] y el *conflicto* [*warfare*]) que explican la manera en que el Estado ha empezado a tratar a las clases económicamente y, a menudo, racialmente excluidas. Una sección posterior examina cómo las estructuras informales de gobierno creadas por los propios reclusos han llegado a reflejar estas mismas retóricas y funciones.

La idea de *bienestar* sugiere un deber de cuidado por parte del Estado. Aquí se incluyen las políticas focalizadas o universales que pretenden satisfacer las necesidades básicas de los más pobres. Tales políticas surgieron en la modernidad con el propósito de evitar que los pobres se involucraran en actividades indeseables (delictivas) para satisfacer sus necesidades; dicho de otro modo, se pensó en tales políticas como una estrategia para alejar a los más vulnerables del sistema de justicia penal. Dentro de las prisiones, el bienestar es una función central de la administración de la población carcelaria. Dado que el Estado ha dejado de cumplirla en muchas cárceles latinoamericanas, las familias y los grupos organizados de reclusos han asumido cada vez más este papel.

La idea de *guerra jurídica* es polisémica. Para algunos tiene un significado positivo cercano a la "judicialización" de las relaciones sociales o la política, es decir, cuando actores menos poderosos como los movimientos sociales promueven una agenda de justicia social al desafiar la política gubernamental en los tribunales. Un significado negativo es el uso agresivo de estrategias jurídicas para involucrar a un oponente en un proceso judicial engorroso. Sin embargo, un tercer grupo usa el término para referirse al uso de medidas legales al servicio de la seguridad nacional o internacional. Este capítulo define la idea de "guerra jurídica" de una forma cercana al tercer sentido, es decir, como "el uso de instrumentos jurídicos y de la violencia inherente al derecho para cometer actos de coerción política e incluso de supresión" (Comaroff y Comaroff 2006, 30). En este orden de ideas, el derecho penal se despliega en contra de los grupos sociales que supuestamente representan una amenaza existencial para la seguridad nacional, el Estado y la sociedad. Los políticos latinoamericanos, tanto los legisladores como los miembros del poder ejecutivo, se dieron cuenta de que las leyes severas son un instrumento simbólico que hace que el crimen rinda frutos en términos políticos y electorales, incluso si sus estrategias para mantener el orden no reducen ni el crimen ni la inseguridad. El creciente número de arrestos y detenciones tuvo un lugar importante en la "política de datos" (Müller 2016, 233), sin mencionar que les permitió a los Estados "gobernar a través del crimen" (Simon 1997). Más adelante examino el papel de los actores judiciales en esta guerra jurídica.

La idea de *conflicto* se refiere aquí a un discurso de seguridad que invoca "guerras contra" varios objetos de pánico social y moral, por ejemplo el terrorismo, los narcóticos o el crimen. En primer lugar, este discurso legitima el uso directo de la fuerza letal, que en América Latina generalmente es ejercida por las fuerzas armadas y unas fuerzas policiales predominantemente militarizadas. En segundo lugar, los legisladores y jueces utilizan el "discurso del conflicto" para justificar la guerra jurídica por medio del expansionismo penal. Los criminólogos críticos latinoamericanos, entre ellos Zaffaroni (2006), han recurrido a las vertientes más autoritarias de la filosofía jurídica alemana para comprender la "lógica profunda" de sus propios sistemas penales y el

constante encarcelamiento de determinadas poblaciones. Carl Schmitt, el jurista nazi, y más tarde Günther Jakobs se adhirieron a la idea del "derecho penal del enemigo", que dividía a la población en "ciudadanos" y "enemigos" (Schmitt 2007 [1932]). Para Jakobs, los enemigos deben ser excluidos y despojados de su personalidad jurídica para proteger a los ciudadanos y al cuerpo político (Jakobs 2014 [2010]).

Uno de los teóricos clave para entender la expansión global del "sentido común punitivo" forjado en Estados Unidos en las últimas décadas es el sociólogo francés Loïc Wacquant, para quien el declive del bienestar está directamente relacionado con el ascenso de la guerra jurídica: a medida que el Estado neoliberal recortaba drásticamente el presupuesto para el bienestar social, con lo que también rechazaba intelectualmente su papel en la integración social, empezaba a recurrir al encarcelamiento como un medio alternativo para disciplinar a los sectores marginales de la clase trabajadora posindustrial, especialmente a los grupos discriminados por razones étnicas (Wacquant 1999, 2009). Este cambio en la política estuvo acompañado de discursos cada vez más severos contra la delincuencia y de la criminalización de más infracciones menores (por ejemplo, las políticas de cero tolerancia o la famosa regla "tres infracciones y vas a la cárcel" [*"three strikes and you're out"*] en Estados Unidos).

Después de examinar la explosión carcelaria en Brasil, tanto Wacquant como otros extendieron ese análisis a toda la región (Wacquant 2003). Müller señala que en América Latina "la prisión se ha convertido en la institución estatal central a cargo de almacenar la marginalidad urbana" (Müller 2012, 72). El primero y más accesible análisis de Wacquant sobre este tema, el libro *Les Prisons de la Misère* (1999) (en español, *Las cárceles de la miseria* [2001]), tuvo una gran influencia entre las comunidades intelectuales y los estudiosos de la justicia penal que necesitaban buenos argumentos para cuestionar la importación de los modelos penales neoliberales en Brasil y Argentina.

Sin embargo, en algunos países latinoamericanos, especialmente los gobernados por los nuevos (y a menudo populistas) regímenes de centroizquierda, ha surgido una relación más compleja entre el encarcelamiento, el neoliberalismo y las políticas de redistribución. Ciertamente, en Venezuela el número de prisioneros se disparó en la década de los ochenta, especialmente después del colapso financiero de 1983: la población carcelaria pasó de 12.000 en 1980 a 29.000 en 1989 (Antillano *et al.* 2016, 198-9). Por su parte, durante los años más duros del ajuste neoliberal, entre 1989 y 1998, el número de reclusos se mantuvo relativamente estable e incluso disminuyó en un 15 % en algún momento. En los primeros años del Gobierno de Chávez, las cifras se redujeron drásticamente a solo 14.000 internos como consecuencia del "rechazo explícito a las políticas del pasado que criminalizaban a los pobres, los avances en la retórica de los derechos humanos, las reformas legales y el énfasis en la reducción de las desigualdades sociales para combatir el crecimiento de la violencia y el crimen" (Antillano *et al.* 2016, 200).

Sin embargo, con mucha frecuencia las políticas de asistencia social y el encarcelamiento van de la mano debido a los límites estructurales de la redistribución y la capacidad de las economías globalizadas de proporcionar puestos para los trabajadores poco calificados[5]. En muchas ocasiones, la izquierda latinoamericana se mostraba pasiva con respecto a las cuestiones de seguridad y criminalidad, en parte porque

estos campos se asociaban históricamente con los regímenes autoritarios de derecha y los actores militares. No obstante, entendía que el control del orden y la criminalidad ocupaba un lugar privilegiado en la agenda pública y tenía un gran impacto electoral. Así, el Gobierno de Brasil bajo el Partido de los Trabajadores (PT), el de Venezuela bajo el chavismo y el de la Ciudad de México bajo el Partido de la Revolución Democrática (PRD) les ofrecieron asistencia social a los "pobres que lo merecen" (por ejemplo, a través de esquemas de transferencias monetarias condicionadas como la Bolsa Escola y Oportunidades, ahora Prospera), pero también recurrieron al encarcelamiento preventivo de los pobres "malos" o que no merecen el apoyo del Estado. Si bien los Gobiernos de izquierda optaron por un análisis estructural de la criminalidad y prefirieron, en principio, un enfoque de bienestar a la marginalidad social, con frecuencia lo reemplazaron rápidamente por una retórica de pánico moral sobre el crimen, que, a su vez, condujo a la guerra jurídica.

La población carcelaria de Venezuela aumentó levemente entre 2000 y 2008, pero luego se disparó: de 19.257 reclusos en 2006 pasó a 24.069 en 2008, 40.825 en 2010 y alcanzó un máximo histórico de 51.256 en 2014. Detrás de este aumento estuvo el gobierno bolivariano, que calificó a los criminales como una amenaza para la revolución (Antillano *et al*. 2016)[6]. No obstante, aún no contamos con suficientes estudios sistemáticos para concluir si, efectivamente, los gobiernos de izquierda y populistas de izquierda de América Latina abordan la política criminal y carcelaria de una manera distintiva.

Tanto los gobiernos de izquierda como los de derecha adoptaron políticas de cero tolerancia inspiradas en la experiencia de Estados Unidos. Dichas políticas, de hecho, encajaron bastante bien en la mentalidad de las élites históricas, que sienten antipatía por los pobres, que, supuestamente, perturban el orden social y el espacio urbano. En México, la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, promulgada a mediados de la década de los noventa, introdujo la categoría no especificada de "delitos y conductas antisociales" en el Código Penal. Tras las más de 500 enmiendas al Código Penal de la Ciudad de México que impulsó el PRD en 2002 y que insertaron nuevos tipos penales y aumentaron las penas de prisión para otros, la población carcelaria local aumentó en un 40 % en un período de tres años (Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal [CDHDF] 2005). Posteriormente, la Ley de Cultura Cívica (LCC) de 2004, que fue redactada siguiendo las recomendaciones del exalcalde de Nueva York Rudolph Giuliani, tipificó 43 delitos menores, entre ellos actividades económicas informales como las ventas ambulantes o perturbaciones al espacio urbano como el ruido, los grafitis y el consumo de drogas o alcohol en espacios públicos. Tales infracciones eran castigadas con multas y detenciones de entre 6 y 36 horas. Las detenciones relacionadas con violaciones a la LCC aumentaron de 49.205 en 2006 a 134.732 en 2011 (Müller 2013, 456-7).

Mientras la centroizquierda combinó el bienestar con la guerra jurídica, la derecha prefirió el conflicto para justificar el encarcelamiento masivo. Como consecuencia de la "Guerra contra las Drogas", impulsada en el continente por Estados Unidos (por medio de sus acuerdos de ayuda bilateral condicionada) y por las posiciones prohibicionistas de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, los países de la región incorporaron

en sus leyes antinarcóticos disposiciones muy severas en contra del uso y posesión de pequeñas cantidades de droga (Metaal y Youngers 2010). El aumento de las detenciones por delitos relacionados con las drogas se convirtió en un dato bruto que reflejaba el éxito de la guerra; sin embargo, gracias a ese aumento también subieron significativamente las tasas de encarcelamiento en varios países. Por ejemplo, el acuerdo bilateral de cooperación antidrogas entre Estados Unidos y Ecuador incluyó un aumento esperado del 12 % en las personas detenidas y procesadas por delitos tipificados en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1991 (Edwards 2010, 51). La Ley 108 también hacía obligatoria la prisión preventiva y contemplaba una pena mínima de 10 años para esos delitos[7]. De manera similar, la Ley 1008 de Bolivia, que regula la producción de coca y otras sustancias controladas, fue diseñada informalmente por agentes estadounidenses. En México las leyes penales también aumentaron en número y se endurecieron como consecuencia de las "guerras" contra las drogas y el crimen organizado. El Código Penal Federal fue reformado en 1994 para elevar las penas para la producción, el tráfico y la distribución de drogas (el mínimo se incrementó a 10 años y el máximo a 25), y en 1996 la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada aumentó sustancialmente las penas de prisión para cualquier actividad potencialmente relacionada con el crimen organizado (Müller 2016, 231). Posteriormente, el Gobierno de Felipe Calderón (2006-2012) propuso castigar con cadena perpetua los delitos graves. En consecuencia, la población de las cárceles federales mexicanas se elevó de 23.286 a 41.647 entre 1995 y 2000 (Zepeda Lecuona 2012, 26)[8].

Las políticas de conflicto y guerra jurídica al estilo estadounidense tuvieron una gran influencia en El Salvador, donde el Gobierno trataba de reprimir a dos pandillas callejeras violentas conocidas colectivamente como "maras". Los hijos adolescentes de los muchos refugiados centroamericanos que huyeron de las guerras civiles que financiaron Estados Unidos en la década de los ochenta se involucraron con las pandillas de Los Ángeles o crearon bandas callejeras propias. Apoyado en la Illegal Immigration Reform y el Immigration Responsibility Act de 1996, que ordenaban la expulsión de los ciudadanos extranjeros condenados a un año o más de prisión y de los infractores nacionalizados después cumplir sus condenas, el Gobierno de Estados Unidos deportó a cerca de 46.000 convictos y 160.000 inmigrantes ilegales a Centroamérica entre 1998 y 2005, muchos de ellos pandilleros (Rodgers y Muggah 2009, 306). Cuando estos jóvenes llegaron a los países centroamericanos, recrearon las estructuras de pandillas como la Mara Salvatrucha o Calle 18 para sobrevivir en una tierra extraña.

En ese sentido, la política exterior de Estados Unidos creó, por un lado, una situación de exilio y vulnerabilidad que generó las dinámicas de detención en masa bajo sus leyes penales locales, y, por otro, un escenario de expulsión masiva bajo las leyes de inmigración y contra el terrorismo que promulgó como parte de su "guerra" contra las bandas y los extranjeros ilegales (Rodgers *et al.* 2009). El Gobierno de derecha de la Alianza Republicana Nacional (Arena) en El Salvador respondió con una política de "mano dura" a la violencia de las pandillas. Introducida en julio de 2003, dicha política criminalizó los cuerpos de todas las personas mayores de 12 años que tenían un

tatuaje de pandilla o mostraban los símbolos de las pandillas en público. La pena oscilaba entre 2 y 5 años de prisión. El siguiente paquete de medidas antipandillas, la política de "súper mano dura", aumentó las penas máximas a 9 años para los líderes y 5 para los pandilleros comunes, que, para ese momento, eran muchos más. Antes de las políticas antipandillas, en 2002, la población carcelaria era de 10.907 internos. Tras de un período de aumento sostenido, después de 2006 el incremento de la población carcelaria fue mucho más pronunciado, hasta llegar a los 37.244 internos en 2017, siete veces mayor que la población de hacía 25 años. La tasa de encarcelamiento también sufrió un incremento considerable: de 130 personas por cada 100.000 habitantes en 2000, llegó a 574 en 2017, la más alta de la región[9].

La retórica del conflicto respalda la captura legalizada de los enemigos, aunque, como lo indican Postema *et al*. (2017), los enemigos (los criminales detenidos) ni siquiera gozan de la protección legal que deben recibir los prisioneros de guerra en virtud de los Convenios de Ginebra. En cambio, el discurso del conflicto justifica los estados de excepción, que, en última instancia, se sobreponen a los códigos penales, los procedimientos legales y las garantías constitucionales. Las cárceles son con frecuencia "zonas de silencio legal" (Garcés 2014): las bases jurídicas para la detención son indiscutibles; la carga de la prueba recae en el acusado (se presume la culpabilidad en lugar de inocencia), pero tan pronto como el acusado es detenido, se vuelve casi imposible aportar evidencias[10]; la asesoría jurídica es casi inexistente; y el creciente número de instalaciones de "super máxima seguridad" de la región se resisten a la supervisión judicial y de la sociedad civil. Esta realidad es una manifestación de la tesis de Agamben (1998) sobre la "nuda vida", que extiende la noción foucaultiana de biopolítica para comprender cómo los Estados modernos crean estados o espacios schmittianos de excepción normalizados (el campo de concentración es el ejemplo paradigmático) donde las personas están simultáneamente sometidas a la ley y excluidas de su protección. Así, muchas de las cárceles de América Latina son espacios de internamiento (Birkbeck 2011) y abandono. En ellas los Estados muestran su deseo de utilizar la ley penal y la discrecionalidad judicial para encarcelar, pero también su falta de interés en hacer cumplir las garantías legales y constitucionales locales o los compromisos que adquirieron al ratificar las convenciones internacionales de derechos humanos.

Detención preventiva ilegal

El uso excesivo de la detención preventiva es, al mismo tiempo, el caso más claro de captura de prisioneros y un elemento clave que desencadena la toma del espacio carcelario por parte de los reclusos. Tal fenómeno es el resultado de formas primarias y secundarias de guerra jurídica; es decir, por un lado, de leyes penales más estrictas que prohíben la fianza o la libertad condicional y, por otro, de las prácticas discrecionales y a menudo ilegales de los actores judiciales. A nivel mundial, aproximadamente una tercera parte de los detenidos estaban en espera de un juicio en 2017. Algunos países latinoamericanos fueron los líderes mundiales: Paraguay ocupó el tercer lugar con el 77,9 % de sus prisioneros en detención preventiva, y Bolivia le siguió de cerca con el 69 %. Sin embargo, como lo muestra la tabla 16.1, entre los países de la región los datos fluctúan en un rango muy amplio: por ejemplo, solo el 12,3 %

de los presos de Nicaragua y el 17,2% de los de Costa Rica estaban en prisión preventiva. Esto indica que las altas proporciones de reclusos en detención preventiva son el resultado de la acción o la omisión del Estado.

Frecuentemente, el período de prisión preventiva excede cualquier lapso razonable o legalmente estipulado para que las autoridades concluyan su investigación y formulen los cargos. Además, usualmente va acompañado de la incertidumbre sobre los cargos reales que se formularán o se formularon contra los detenidos, la falta de acceso a un abogado y la falta de claridad sobre el momento en que los prisioneros serán llevados ante un juez por primera vez. En una gran cantidad de casos, se mantuvo a personas en prisión preventiva por cargos que no estaban sujetos a penas privativas de la libertad o por un período superior a la pena máxima que se les podría imponer. En Brasil, el Conselho Nacional de Justiça (CNJ), creado en 2004 para vigilar al poder judicial, inició en 2008 una revisión sistemática de todos los expedientes penales con el fin de corregir los miles de detenciones ilegales decretadas y perpetuadas por los jueces de primer instancia del país. Para el año 2016, sus jueces voluntarios, fiscales y defensores públicos habían examinado más de 400.000 expedientes. Como resultado, el CNJ les otorgó beneficios como el traslado a un régimen penitenciario menos estricto o la libertad condicional a 80.000 presos. Cerca de 45.000 de ellos fueron puestos en libertad inmediatamente porque ya habían purgado su pena hacía tiempo[11].

En algunos casos, el Estado legalizó el uso excesivo de la detención preventiva sin debido proceso. En México, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada introdujo la práctica del *arraigo*, que permitía la detención preventiva de un sospechoso hasta por 80 días sin necesidad de presentar cargos. La posterior incorporación del arraigo en la Constitución mexicana creó una auténtica paradoja legal: es claro que una detención preventiva prolongada o un arresto sin cargos viola una gran cantidad de garantías constitucionales, como el derecho a un abogado, la presunción de inocencia y la protección contra la tortura. En tales condiciones, es más probable que las autoridades extraigan información por medio de torturas para preparar sus casos, especialmente aquellos que tienen que ver con actividades terroristas. Ahora bien, al igual que las formas más corrientes de prisión preventiva, el arraigo contribuyó poco a reducir la delincuencia. Las autoridades reportaron que de las cerca de 4.000 personas detenidas bajo arraigo entre 2011 y 2014, solo 129 (3,2 %) fueron procesadas con éxito (Deaton y Rodríguez Ferreira 2015, 23).

Entre 2006 y 2009, unas 43.153 personas fueron detenidas por posesión de drogas en el estado mexicano de Jalisco, pero solo 3.500 fueron acusadas y apenas 2.173 condenadas (Hernández 2010, 66). En El Salvador, aunque por las normas más recientes se empezó a exigir alguna prueba de actividad delictiva para justificar un arresto, la política de super mano dura creó una puerta giratoria para los miles de sospechosos que a menudo fueron liberados por falta de pruebas (Savenije y Van der Borgh 2014). Un estudio brasileño encontró que el 37,2% de los detenidos en prisión preventiva en 2011 nunca fueron condenados; de hecho, aproximadamente la mitad de ellos fueron absueltos (Instituto de Pesquisa Econõmica Aplicada [IPEA] 2014). Este porcentaje tan bajo de condenas demuestra que, en lugar de pensarse como un instrumento para prevenir el delito, la detención preventiva masiva tiene

un valor simbólico, comunicacional y espectacular; en otros términos, pretende demostrar el poder coercitivo y la impunidad del Estado.

Cualquier detención preventiva sin cargos, sin la asistencia de un abogado o por períodos excesivos e injustificables es equivalente a un secuestro por parte del Estado y viola tanto las normas constitucionales locales como innumerables artículos de las convenciones internacionales de derechos humanos que han ratificado los países latinoamericanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otras. La CIDH ha criticado persistentemente estas prácticas desde la perspectiva de los derechos humanos y el Estado de derecho. Dado que los detenidos en prisión preventiva no gozan de los derechos de los condenados, como recibir educación u oportunidades de trabajo, los Estados suelen mantenerlos en las peores condiciones dentro del sistema penitenciario. En ese sentido, han sido un grupo maltratado que ha tenido que recurrir a los grupos organizados de presos para satisfacer sus necesidades básicas. Así, el uso indiscriminado de la prisión preventiva socavó la legitimidad del sistema de justicia y puso los establecimientos carcelarios por fuera del control de las autoridades (CIDH 2013). En medio de su preocupación, la CIDH publicó una guía práctica enfocada en la pronta reducción del uso de la detención preventiva en los países de la región (CIDH 2017).

La discrecionalidad de los actores judiciales y burocráticos

A pesar de la naturaleza prescriptiva y positivista de los sistemas jurídicos latinoamericanos, los actores de la justicia penal siguen ejerciendo una gran discrecionalidad con respecto a los cargos que se imputan y las personas que se capturan, encarcelan y condenan. Este hecho también cumple un papel fundamental en las detenciones preventivas ilegales. A veces las leyes mismas precipitan la discrecionalidad, como los tipos penales abiertos que condenan la "conducta antisocial", la posesión de drogas "para uso personal" o las actividades "potencialmente" relacionadas con el crimen organizado. Como han pasado por las mismas instituciones de formación jurídica y han atravesado los mismos procesos de aculturación profesional, a menudo estos "burócratas de la calle" comparten una poderosa cosmovisión colectiva. Muchos consideran que su rol no solo consiste en aplicar la ley, sino también en proteger a la sociedad. Por ello, usan sus poderes secundarios de guerra jurídica y se resisten con frecuencia a las contramedidas.

Los jueces cuestionan las prácticas de detención masiva en muy pocas ocasiones. En los primeros 12 meses de la política de mano dura en El Salvador, 19.275 presuntos pandilleros fueron arrestados y retenidos. Alrededor del 95 % de ellos fueron liberados cuando la política fue declarada ilegal (Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho [Fespad] y CEPES 2004). Sin embargo, los jueces tienden a defender las leyes de detención cuya constitucionalidad es cuestionable. Por ejemplo, entre 2007 y 2012 solo el 7 % de las solicitudes de los fiscales mexicanos para aplicar arraigos fueron denegadas (Deaton y Rodríguez Ferreira 2015, 22). Del mismo modo, la Lei de Crimes Hediondos de Brasil fue declarada constitucional en varias ocasiones entre 1990 y 2006; solo después de la llegada de nuevos miembros al Supremo Tribunal Federal varios

de sus artículos fueron anulados (Boiteux 2010, 32). A menudo, los agentes judiciales utilizan su discrecionalidad a favor de la detención y en contra del espíritu de la ley. Después de reconocer la inutilidad de encarcelar a los consumidores de drogas, varios países aprobaron leyes que despenalizaron la posesión de narcóticos y pretendieron evitar que los consumidores entraran al sistema de justicia penal, específicamente. No obstante, dado que los jueces aún tenían la capacidad de tomar decisiones subjetivas sobre el delincuente y el delito, dichas leyes no tuvieron el impacto deseado. Por ejemplo, una década después de que la ley de drogas de Brasil fuera reformada con el fin de ofrecerles un tratamiento médico a los consumidores de drogas, el número de detenidos por "tráfico" de estupefacientes se triplicó y el porcentaje de los detenidos por delitos relacionados con las drogas en la población carcelaria total pasó de 9 % en 2005 a 32,6 % en 2017[12].

En abril de 2011, el Gobierno brasileño sancionó la Lei de Medidas Cautelares en un intento por reducir el número de personas en prisión preventiva. Dicha ley les dio a los jueces una serie de alternativas a la detención preventiva, como el arresto domiciliario, la presentación regular de informes ante el tribunal, el monitoreo electrónico, el toque de queda nocturno y la prohibición de ciertas actividades. No obstante, la Lei de Medidas Cautelares fue boicoteada por los jueces mismos. Por ejemplo, en Río de Janeiro el 98 % de los acusados por delitos relacionados con las drogas permanecieron en detención preventiva, así como el 90 % de los acusados por poseer ilegalmente armas de fuego (un delito que admite fianza) y más del 50 % de los acusados de delitos no violentos contra la propiedad como el hurto y la receptación (Lemgruber *et al.* 2013, 10). En una línea similar, el CNJ introdujo a finales de 2015 las audiencias de custodia: en un término no mayor a 24 horas, cualquier persona capturada en flagrancia debía ser llevada ante un juez para que se decidiera si debe permanecer en prisión preventiva o si debe esperar el juicio en libertad. Aunque gracias a las audiencias de custodia cerca de la mitad de los sospechosos fueron puestos en libertad, la mayoría de los jueces siguieron prefiriendo la detención preventiva. La mayoría de los presos no tenían los medios para impugnar estas decisiones; de hecho, incluso si la decisión u omisión judicial era claramente ilegal y era anulada por el CNJ, el principio de autonomía judicial parecía proteger a los jueces de cualquier consecuencia penal o disciplinaria.

La captura del espacio carcelario por parte de los presos

El resultado de esta captura masiva de prisioneros ha sido la creación de zonas carcelarias de excepción legal y silencio donde las autoridades penitenciarias se han visto obligadas a compartir la administración con los grupos organizados de prisioneros o a renunciar definitivamente al control sobre la población penitenciaria. De ese modo, los propios presos han empezado a regular la vida en las cárceles por medio de códigos seudojurídicos de conducta y el uso de la coerción sobre otros presos.

El encarcelamiento masivo alcanzó un punto de inflexión a principios de la década de los noventa con el cambio en las dinámicas del gobierno penitenciario entre los presos y entre los presos y el personal oficial. La afluencia de miles de detenidos jóvenes que desconocían los complejos sistemas sociales en la cárcel, combinada con un hacinamiento sin precedentes,

unas espantosas condiciones de reclusión y las violaciones sistemáticas de derechos humanos, provocó un aumento de la violencia sin precedentes. Con frecuencia, los estados enfrentaron los disturbios carcelarios por medio de la violencia de las intervenciones militarizadas; en otras palabras, los estados usaron el conflicto para contener las consecuencias de la guerra jurídica. Sin embargo, en lugar de subyugar a las masas carcelarias, generalmente la respuesta estatal terminó radicalizándolas. A principios de la década de los noventa, Venezuela militarizó sus cárceles superpobladas poniéndolas bajo el control de la Guardia Nacional. A pesar de esto, los disturbios y la violencia se dispararon y se volvieron endémicos dentro del sistema penitenciario venezolano. Decenas de reclusos murieron en los incendios de las cárceles hondureñas en 2003 y 2004; de hecho, se rumora que la policía disparó contra los que huían de las llamas. Esto llevó a que las maras formaran sus propias unidades segregadas de autogobierno y consolidaran su propia "soberanía gótica" para protegerse tanto de la violencia ilegal del Estado como de los otros grupos organizados de presos (Carter 2014). La principal red criminal del estado de São Paulo, el Primeiro Comando da Capital (PCC), fue fundada a principios de la década de los noventa por un grupo de presos que exigían mejores condiciones de detención. En particular, el PCC surgió como una respuesta frente a la masacre de 111 presos por parte de la policía militar durante un motín en la famosa prisión de Carandiru en 1992 y las estrictas condiciones de seguridad y la brutalidad que sufrían los reclusos en la prisión de máxima seguridad de Taubaté (Dias 2013; Biondi 2016).

A medida que las autoridades se retiraban al perímetro de muchas cárceles y el panóptico era reemplazado por el gueto, las vidas de muchos reclusos se reducían a la "nuda vida" (Cerbini 2017). Esto llevó a los presos a resistir estas necropolíticas y a organizarse para garantizar su propia supervivencia, incluso utilizando su ventaja numérica para jugar "en la dialéctica de la ley y la violencia" (Comaroff y Comaroff 2006, 31). Como muchos sistemas penitenciarios dejaron de lado la pretensión de incluir (es decir, proporcionar bienestar) en lugar de excluir, los propios prisioneros llegaron a la conclusión de que sería mejor gobernarse a sí mismos. En consecuencia, los presos han construido una identidad colectiva en torno a su marginación y han cubierto sus propias necesidades de bienestar.

Las etnografías citadas anteriormente revelaron que los reclusos mismos gobernaban informalmente las cárceles. El modo de autoorganización, sin embargo, ha sido muy diverso: desde la ayuda mutua (y la colaboración con los guardias) orientada a la supervivencia hasta los grupos violentos y con ánimo de lucro que manejan las redes de protección dentro de las cárceles y reclutan a los prisioneros para llevar a cabo actividades criminales fuera de las prisiones (Macaulay 2017). Tales grupos se definen en función de las siguientes variables: 1. El grado de autonomía colectiva de los presos frente a las autoridades penitenciarias; 2. Quién ejerce el control coercitivo y tiene la capacidad de usar la violencia, incluso la fuerza letal, dentro de los muros de la prisión; 3. Su estructura, organización jerárquica y alcance (si operan en una sola cárcel, en una red conectada a lo largo de varias instalaciones del sistema penitenciario, o tanto dentro como fuera de las prisiones); y 4. Los recursos materiales (las mercancías que se comercializan y las necesidades inherentes al encarcelamiento que se pueden usar para extraer rentas y fomentar la lealtad)

e inmateriales (como la legitimidad, la confianza o el miedo) que les permiten mantener el dominio sobre los presos y las autoridades penitenciarias.

En el extremo de la ayuda mutua, la cárcel de San Pedro en Bolivia se hizo famosa por funcionar como una colonia penal con muy pocas restricciones. La mayoría de los 2.300 reclusos están a la espera de un juicio y deben sobrevivir dentro de un orden carcelario en el que todo es susceptible de ser una mercancía: las celdas, la atención médica, los alimentos, la seguridad y los narcóticos, por citar algunos ejemplos. Aunque las autoridades están ausentes, ningún grupo de individuos domina la prisión ni perturba su delicado equilibrio. De hecho, si bien hay claras jerarquías sociales entre los presos, la compleja economía de la cárcel se basa en una serie de derechos de propiedad seudolegales (Skarbek 2010). Es más, el control comunitario de la violencia es tal que incluso familias enteras pueden vivir dentro de la prisión (Cerbini 2017).

En el extremo más violento, en la década de los noventa las prisiones de Venezuela vivieron el surgimiento de formas armadas de autogobierno que les permitían a los grupos gobernantes (o "carros") imponer sus reglas y jerarquías a la población carcelaria. Los "malandros o mundanos" generalmente controlaban el "carro" y financiaban su monopolio de la violencia e incluso la compra de armas de fuego por medio de la "causa", un impuesto que les cobraban a los demás internos. Los reclusos, a su vez, se dividían entre "brujas, trabajadores o administrativos", cristianos u "ovejas" y, en el fondo, "gandules", es decir, los más desposeídos y marginados (Antillano *et al.* 2016).

La existencia de organizaciones criminales que extraen rentas de los presos y sus familias más allá de los muros de la prisión es un síntoma de que "los crímenes violentos se parecen cada vez más al [G]obierno, sobre todo porque proporcionan seguridad y mantienen el orden social a cambio de un pago" (Comaroff y Comaroff 2006, 5). Los grupos criminales no solo proveen los bienes y servicios que el Estado no está dispuesto a proporcionar, como los alimentos y la seguridad, sino que también vinculan a los presos a las organizaciones y los controlan por medio de amenazas implícitas contra quienes infringen las reglas (los prisioneros y los guardias) o amenazan el *statu quo* (las autoridades penitenciarias).

En tales contextos, la vida en prisión es paradójica. Los presos viven bajo un régimen hipercodificado y seudolegal que regula detalladamente aspectos como la vestimenta, el contacto con los demás, la sexualidad, las deudas, las drogas, el lenguaje y el movimiento. Si bien la regulación y la implementación de procesos seudojurídicos de resolución de conflictos buscan reducir la violencia interpersonal, con frecuencia los grupos gobernantes recurren a las amenazas, la violencia y la exclusión para sustentar su régimen. El ejemplo del PCC es paradigmático. Después de que la organización fortaleció su control sobre las prisiones, las autoridades penitenciarias del estado de São Paulo dejaron de reportar a las autoridades federales los datos sobre los prisioneros muertos en sus cárceles. Muchas de esas muertes fueron en realidad ejecuciones perpetradas por los cuadros del grupo dentro de las cárceles. Como los *carros* venezolanos, el PCC impuso una jerarquía social, un *ethos* altamente codificado y un sistema disciplinario seudojudicial (Dias y Salla 2017).

A diferencia de otras organizaciones, el PCC logró controlar cerca del 95 % de las cárceles y

los presos en el estado de São Paulo y expandir su dominio a otras zonas de Brasil. En contraste con las maras centroamericanas, que entraron a las cárceles como consecuencia de una política criminal estricta, el PCC nació dentro del sistema penitenciario. Mientras que en Río de Janeiro los miembros de las distintas redes criminales (o Comandos) que se enfrentan en las calles tuvieron que ser segregados en alas o unidades diferentes del sistema penitenciario, el PCC se convirtió con éxito en una organización hegemónica y burocrática (Dias y Darke 2016). Además, tras extender sus actividades más allá de los muros de la prisión, el PCC se convirtió en un cartel del crimen organizado con una presencia dominante en muchas comunidades urbanas de bajos ingresos. Su gobierno del espacio carcelario le permitió ganar la lealtad de un gran número de reclusos y asegurar, en consecuencia, su propia supervivencia como organización. Debido al ciclo de arrestos, detenciones y liberaciones, cerca de un millón de personas pasan cada año por el sistema penitenciario brasileño (DEPEN 2016, 23); muchas de ellas están dispuestas a pagar por protección en la prisión y a trabajar por ella en libertad. Así, el PCC logró imponer una "pax monopolista" (Biderman *et al.* 2014) que regulaba el uso de la violencia por parte de sus integrantes y de las personas bajo su control, y que supuestamente redujo la tasa de homicidios en las cárceles y barrios donde operaba. Sin embargo, el PCC no operó a espaldas del Estado en esos lugares; por el contrario, actuó como un poder "legal" que no solo juzgaba paralelamente, sino que también gozaba de la aquiescencia de las autoridades y formaba con ellas una "simbiosis mortal" (Denyer Willis 2009).

Para las autoridades fue muy conveniente que la acción del PCC llevara a que los disturbios, que ocurrían semanalmente en Brasil a fines de la década de los noventa, cesaran y la violencia se redujera considerablemente en las cárceles. No obstante, la cesión de las prisiones minó la legitimidad del Estado, así como su capacidad para mantener el monopolio de la fuerza, un componente clave del Estado de derecho. La política sobre el PCC osciló entre un acuerdo tácito que toleraba su gobierno de las cárceles y una serie de intentos por eliminar su liderazgo en las cárceles de máxima seguridad. Sin embargo, en mayo de 2006 esta última estrategia desencadenó una serie de protestas masivas en las cárceles y una ola de violencia en la ciudad de São Paulo que conmocionó a las autoridades y las llevó de vuelta a la perversa política de simbiosis.

La captura del espacio carcelario por parte de los prisioneros también desafía el monopolio estatal de la fuerza y les permite a los grupos criminales oponerse políticamente a los programas estatales de guerra jurídica y conflicto. Por ejemplo, en lugar de disuadir a las maras en El Salvador, su detención masiva las fortaleció puesto que su locus de control se trasladó de las calles a las cárceles. Desde 2003, el patrón de capturas y liberaciones masivas aumentó la base social para las pandillas (Van der Borgh y Savenije 2015, 156). La permanencia de los líderes de las pandillas en prisión permitió que los jefes de las "clicas" locales de la Mara Salvatrucha y la Dieciocho se reunieran y comenzaran a transformar la vieja estructura informal y federada de las pandillas. A partir de septiembre de 2004, los miembros de cada pandilla fueron trasladados a cárceles exclusivas para ellos, lo que ayudó a cada organización a consolidar su propia identidad y acentuó la rivalidad (Whitfield 2013, 8). El traslado también brindó una plataforma de negociación

para los intentos de tregua que tuvieron lugar después de 2009. En medio del proceso, los máximos líderes de las pandillas exigieron el cese de la presencia militar en las cárceles y el traslado de todos los jefes a las cárceles principales, donde recuperaron el control de los miembros más jóvenes. En consecuencia, las pandillas ofrecieron una tregua basada en el mejoramiento de las condiciones y oportunidades de sus miembros tanto dentro como fuera de la cárcel. En resumen, las pandillas primero usaron su ocupación del espacio carcelario para oponerse a la fuerza coercitiva del Estado (la guerra jurídica) y luego para protestar por la falta de bienestar dentro y fuera de la prisión.

Conclusiones

El estudio de las cárceles latinoamericanas puede contribuir en gran medida a los estudios sociojurídicos en la región no solo al demostrar las ilegalidades persistentes que se cometen en nombre de la ley, sino también al mostrar cómo los operadores jurídicos crean y mantienen estos espacios de excepción y cómo los experimentan los prisioneros y los guardias. Como he mostrado en este capítulo, la evolución de los regímenes carcelarios de la región también ha cuestionado algunas de las teorías sociojurídicas occidentales dominantes sobre el propósito y el funcionamiento de las prisiones (Darke y Karam 2016). La imagen foucaultiana del panóptico que vigila y disciplina es desafiada cuando los Estados ceden el control del espacio carcelario: en ese caso, los presos mismos llevan a cabo la vigilancia y el microdisciplinamiento del comportamiento de sus compañeros. El concepto de "institución total" de Goffman es inaplicable a las cárceles latinoamericanas, que se caracterizan por ser muy permeables en términos sociales y económicos. Las actividades económicas en las cárceles, ya sean de supervivencia o con ánimo de lucro, no solo se basan en las actividades económicas legales, informales e ilegales del exterior, sino también contribuyen a ellas. Este proceso crea una compleja red de relaciones entre las prisiones, los prisioneros, las poblaciones cercanas y las familias y los barrios de los reclusos. Por esta razón, el encarcelamiento excesivo y legalmente cuestionable ha alimentado cierto tipo de delitos en lugar de inhibirlos (como el narcotráfico). Es claro que los actores políticos y judiciales han confiado excesivamente en el encarcelamiento como parte de sus estrategias de guerra jurídica y conflicto. Sin embargo, el uso excesivo de la prisión no solo se ha vuelto prácticamente insostenible, también ha socavado el Estado de derecho y ha producido una pluralidad de órdenes regulatorios. Frente a la indiferencia estatal por el bienestar de las personas atrapadas en su maquinaria carcelaria, los prisioneros han usado dichos órdenes regulatorios para recuperar un cierto grado de control sobre sus vidas.

Notas

* La autora introduce las categorías analíticas *welfare*, *lawfare* y *warfare* desde el título. Para evitar una confusión conceptual, traduzco *warfare* como *conflicto*. (Nota del traductor).

1. Es posible rastrear las raíces de estos estudios en los trabajos de la "sociología comprometida" de la década de los setenta, tales como el relato etnográfico de Ramalho (1979) sobre el orden social en la Casa de Detención de São Paulo (también conocida como Carandiru) y la investigación de Lemgruber (1983)

sobre la cárcel de mujeres Talavera Bruce en Río de Janeiro.

2. Los estudios sobre las actitudes de los actores judiciales fueron impulsados por Maria Teresa Sadek en el Centro de Estudos de Cultura Contemporânea (CEDEC) de Brasil en la década de 1990. Esto sentó las bases para las investigaciones de los departamentos de Ciencia Política, Antropología y Sociología sobre el tema. Sin embargo, el enfoque formalista y positivista sigue siendo dominante en las facultades de derecho. En el campo de la antropología jurídica brasileña se destaca Roberto Kant de Lima, que trabaja en la Universidad Federal Fluminense de Río de Janeiro.
3. http://emporiododireito.com.br/o-excesso-punitivo-e-mais-um-erro-legislativo/ (consultado el 15 de septiembre de 2017).
4. www.insightcrime.org/news-analysis/insightcrime-2016-homicide-round-up (consultado el 15 de septiembre de 2017).
5. Además, el aumento de los ingresos no reduce la delincuencia; por el contrario, hace que aparezcan más oportunidades para los delitos contra el patrimonio económico.
6. Base de datos de World Prison Survey: www.prisonstudies.org/country/venezuela. (Consultado el 15 de septiembre de 2017).
7. Elevada por el Congreso a 12 años en 2003.
8. La tasa de aumento del sistema federal en este período fue del 78 %, en comparación con un aumento del 60 % en los sistemas penitenciarios estatales.
9. Base de datos de World Prison Survey: www.prisonstudies.org/country/el-salvador. (Consultado el 15 de septiembre de 2017).
10. La Ley 108 de Ecuador ordena que las decisiones judiciales en los casos de narcotráfico sean revisadas por la Corte Suprema, supuestamente para evitar que los jueces de primera instancia sean comprados por los traficantes de droga. Como consecuencia, prácticamente todas las decisiones declaran la culpabilidad del acusado (Edwards 2003).
11. www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario (consultado el 15 de septiembre de 2017).
12. http://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml (consultado el 15 de septiembre de 2017).

Referencias

Agamben, Giorgio. 1998. *Homo Sacer: Sovereign power and bare life*. Stanford: Stanford University Press.

Antillano, Andrés, Iván Pojomovsky, Verónica Zubillaga, Chelina Sepúlveda y Rebecca Hanson. 2016. The Venezuelan prison: from neoliberalism to the Bolivarian revolution. *Crime, Law and Social Change* 65: 195-211.

Biderman, Ciro, Renato Lima, João Manoel Mello y Alexandre Schneider. 2014. *Pax Monopolista and Crime: The Case of the Emergence of the Primeiro Comando da Capital in São Paulo*, Brasilia: CAF. Documento de trabajo No. 2014/03 07/15/2014.

Birkbeck, Chris. 2011. Imprisonment and internment: comparing penal institutions North and South. *Punishment and Society* 13(3): 307-32.

Biondi, Karina. 2016. *Sharing this walk: An ethnography of prison life and the PCC in Brazil*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.

Boiteux, Luciana. 2010. Drugs and prisons: the repression of drugs and the increase of the Brazilian penitentiary population. En *Systems Overload: Drug laws and prisons in Latin America*, eds. Pien Metaal y Coletta

Youngers, 30-38. Washington DC: Washington Office on Latin America.

Carter, Jon Horne. 2014. Gothic sovereignty: gangs and criminal community in a Honduran prison. *The South Atlantic Quarterly* 113(3): 475-502.

Cerbini, Francesca. 2012. *La casa de jabón. Etnografía de una cárcel boliviana*. Barcelona: Ediciones Bellaterra.

Cerbini, Francesca. 2017. The panopticon to the anti-panopticon: The 'art of government' in the prison of San Pedro (La Paz, Bolivia). *Prison Service Journal* 229: 31-34.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). 2005. *Informe Especial sobre la situación de los Centros de Reclusión del Distrito Federal*. Ciudad de México: CDHDF.

Comaroff, Jean y John Comaroff. 2006. Law and disorder in the post-colony: an introduction. En *Law and Disorder in the Postcolony*, eds. Jean Comaroff y John Comaroff, 1-56. Chicago: University of Chicago Pres.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2011. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc.64. OEA: Washington. Darke, Sacha y Chris Garcés. 2017. Surviving in the new mass carceral zone. *Prison Service Journal* 229: 2-9.

Darke, Sacha y Maria Lucia Karam. 2016. Latin American prisons. En *Handbook on Prisons*, eds. Yvonne Jewkes, Ben Crewe y Jamie Bennett, 460-74. Abingdon: Routledge.

Deaton, Janice y Octavio Rodríguez Ferreira. 2015. *Detention without charge: The use of arraigo for criminal investigation in Mexico*. San Diego: University of San Diego/Justice in Mexico Project.

Denyer, Graham. 2009. Deadly symbiosis? The PCC, the state and the institutionalization of violence in São Paulo. En *Youth violence in Latin America*, eds. Dennis Rodgers y Gareth A. Jones, 167-81. Nueva York: Palgrave.

Departamento Penitenciária Nacional (DEPEN). 2016. *Levantamento de Informações Penitenciárias InfoPen 2014*. Brasilia: Departamento Penitenciária Nacional DEPEN Brazilian Ministry of Justice.

Dias, Camila Caldeira Nunes. 2013. PCC: *Hegemonia Nas Prisões e Monopólio da Violência*. São Paulo: Saraiva.

Dias, Camila Caldeira Nunes y Fernando Salla. 2017. Formal and informal controls and punishment: The production of order in the prisons of São Paulo. *Prison Service Journal*, 229: 19-22.

Dias, Camila Caldeira Nunes y Sacha Darke.2016. From dispersed to monopolized violence: expansion and consolidation of the Primeiro Comando da Capital's hegemony in São Paulo's prisons. *Crime, Law and Social Change* 65: 213-25.

Edwards, Sandra. 2003. *Illicit Drug Control Policies and Prisons: The Human Cost*. Washington, DC: Washington Office on Latin America.

Edwards, Sandra. 2010. A short history of Ecuador's drug legislation and the impact on its prison population. En *Systems Overload: Drug laws and prisons in Latin America*, eds. Pien Metaal y Coletta Youngers, 50-9. Washington, DC: Washington Office on Latin America.

Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD)–Centro de Estudios Penales de El Salvador (CEPES). 2014. *Informe Anual Sobre Justicia Penal Juvenil El Salvador*. San Salvador: FESPAD.

Garcés, Chris. 2014. Ecuador's 'black site': On prison securitization and its zones of legal silence. *Focaal: Journal of Global and Historical Anthropology* 68: 18-34.

Hernández, Ana Paula. 2010. Drugs legislation and prison system in Mexico. En *Systems overload: Drug laws and prisons in Latin America*, eds. Pien Metaal y Coletta Youngers, 60-70. Washington, DC: Washington Office on Latin America.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). 2014. *A aplicação de penas e medidas alternativas*. Brasilia: IPEA.

Iturralde, Manuel. 2016. Colombian prisons as a core institution of authoritarian liberalism. *Crime, Law and Social Change* 65: 137-62.

Jakobs, Günther. 2014. On the theory of enemy criminal law. En *Foundational texts in modern criminal law*, ed. Markus D. Dubber. Oxford: Oxford University Press. Traducido del original en alemán *Zur Theorie des Feindstrafrecht*. 2010. En *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, eds. Henning Rosenau y Sanyun Kim. *Augsburger Studien zum Internationalen Recht* 7: 167-82.

Lemgruber, Julita. 1983. *Cemitério dos Vivos: Análise Sociólogico de Uma Prisão de Mulheres* (segunda edición, Río de Janeiro: Forense 1999).

Lemgruber, Julita, Marcia Fernandes, Ignacio Cano y Leonarda Musumeci. 2013. *Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro: Avaliação do impacto da lei 12.403 2011*. Rio de Janeiro: Associação Pela Reforma Prisional/Centro de Estudos de Segurança e Cidadania.

Macaulay, Fiona. 2017. The policy challenges of informal prisoner governance. *Prison Service Journal* 229: 51-6.

Metaal, Pien y Coletta Youngers (eds.). 2010. *Systems Overload: Drug laws and prisons in Latin America*. Washington, DC: Washington Office on Latin America.

Müller, Markus-Michael. 2012. The rise of the penal state in Latin America. *Contemporary Justice Review* 15(1): 57-76.

Müller, Markus-Michael. 2013. Penal statecraft in the Latin American city: assessing Mexico City's punitive urban democracy. *Social and Legal Studies* 22(4): 441-63.

Müller, Markus-Michael. 2016. Penalizing democracy: punitive politics and neoliberal Mexico. *Crime, Law and Social Change* 65: 227-49.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). 2013. *Estudio Comparativo de Población Carcelaria*. Nueva York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Postema, Mirte, James Cavallaro y Ruhan Nagra. 2017. Advancing security and human rights by the controlled organisation of inmates. *Prison Service Journal* 229: 57-62.

Ramalho, José Ricardo. 1979. *O mundo do crime: A ordem pelo avesso*. São Paulo, IBCCrim 2002. 2ª ed.

Rico José. 1997. *Justicia penal y transición democrática en América Latina*. Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores.

Rodgers, Dennis y Robert Muggah. 2009. Gangs as non-state armed groups: the Central American case. *Contemporary Security Policy* 30(2): 301-17.

Rodgers, Dennis, Robert Muggah y Chris Stevenson. 2009. *Gangs of Central America: Causes, Costs and Interventions*. Ginebra: Occasional Paper of the Small Arms Survey, mayo de 2009.

Savenije, Wim y Chris van der Borgh. 2014. Anti-gang policies and gang responses in the Northern Triangle: the evolution of the gang phenomenon in Central America. *The Broker*, 3 de julio.

Schmitt, Carl. 2007. *The concept of the political*. Expanded Edition (1932). Traducción por G. Schwab. Chicago: University of Chicago Press.

Simon, Jonathan. 2007. *Governing through crime: How the war on crime transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Nueva York: Oxford University Press.

Skarbek, David. 2010. Self-governance in San Pedro prison. *The Independent Review* 14(4): 569-85.

Van der Borgh, Chris y Wim Savenije. 2015. De-securitising and re-securitising gang policies: the Funes Government and gangs in El Salvador. *Journal of Latin American Studies* 47(1): 149-76.

Wacquant, Loïc. 1999. *Les Prisons de la Misère*. París: Raisons d'agir.

Wacquant, Loïc. 2002. *Las cárceles de la miseria*. España: Alianza.

Wacquant, Loïc. 2003. Towards a dictatorship over the poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil. *Punishment and Society* 5(2), 197-205.

Wacquant, Loïc. 2009. *Punishing the poor: The neoliberal government of social insecurity*. Durham, NC: Duke University Press.

Whitfield, Teresa. 2013. *Mediating criminal violence: Lessons from the gang truce in El Salvador*, Oslo: Oslo Forum Papers No. 1, junio de 2013, Centre for Humanitarian Dialogues.

Zaffaroni, Eugenio. 2006. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson.

Zepeda Lecuona, Guillermo. 2012. Diagnóstico del sistema penal mexicano. En *La transformación del Sistema Penitenciario Federal: Una visión de Estado*, ed. Antonio Sánchez Galindo. Ciudad de México: Centro de Investigación y Estudios en Seguridad.

Capítulo 16
LOS DESAFÍOS DE LA REFORMA POLICIAL EN AMÉRICA LATINA*

Lucía Dammert

Introducción

Las fuerzas policiales de América Latina han experimentado múltiples procesos de reforma en las últimas décadas. Desde el retorno a la democracia en la década de los ochenta, la región ha enfrentado un problema que afecta tanto a los Gobiernos como a los ciudadanos: el aumento de la violencia y la delincuencia. El consenso regional es que las instituciones policiales no están lo suficientemente bien preparadas, equipadas o entrenadas para hacer frente a las crecientes complejidades del mundo criminal y al rápido desarrollo de los mercados ilícitos.

Durante siglos, la policía fue percibida como una herramienta para torcer la ley a favor de los poderosos y para reprimir y dominar a los más vulnerables (O'Donnell 1998). En la mayoría de los casos, el trabajo de la policía estuvo marcado por una combinación de altos niveles de violencia y bajos niveles de rendición de cuentas. Dicha combinación, a su vez, creó un escenario en el que los policías no se comportaban como el brazo de la justicia que controla y previene el delito, sino como los perpetradores de graves casos de violencia (Arias y Goldstein 2010). A pesar del hecho de que "la forma en que la policía trata a las personas tiene un efecto importante sobre si percibirán a su [G]obierno como justo, equitativo y eficaz" (Bayley 1995, 5), la mayoría de los Gobiernos latinoamericanos no se caracterizan por tener una aproximación democrática al mantenimiento del orden [*policing*]. De hecho, el público suele pensar que la mayoría de las instituciones policiales de la región despliegan altos niveles de violencia, muestran bajos niveles de eficacia y mantienen el orden por medio de estrategias basadas en el perfilamiento de los más desfavorecidos de la sociedad.

La literatura sobre las instituciones policiales latinoamericanas es muy limitada. Durante la transición a la democracia, en la década de los ochenta, se llevaron a cabo varias investigaciones sobre las funciones de la policía, su vínculo con las violaciones de derechos humanos y los procesos de reforma legal necesarios para mejorar su capacidad de prevenir y controlar la delincuencia. Posteriormente, estas líneas de análisis perdieron importancia. Aunque la policía y específicamente el mantenimiento del

* Cómo citar este capítulo: Dammert, Lucía. 2024. Los desafíos de la reforma policial en América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 367-390. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.17

orden no han ocupado un lugar protagónico en la agenda de los estudios de derecho y la sociedad en América Latina, es claro que es necesario continuar el debate alrededor de los significados del derecho y la importancia de las instituciones y prácticas jurídicas. En particular, es imperativo fortalecer las investigaciones sobre la cultura policial, los desafíos institucionales, "las experiencias de los ciudadanos con la policía y las formas en que dichas experiencias influyen en las percepciones de legitimidad y en la voluntad pública de cumplir las normas jurídicas" (Wood 2015, 184).

Además, existen líneas de investigación consolidadas que abarcan no solo cuestiones de política pública y administración pública, sino también una gran variedad de temas que les interesan a las ciencias sociales. En general, es posible identificar dos grandes agendas de la investigación sobre la policía. La más tradicional asume una perspectiva institucionalista para analizar la administración policial, los marcos jurídicos y las instituciones políticas relacionadas con la entidad (Reiner 1992). Por su parte, la agenda más reciente ha desarrollado diferentes enfoques para abordar lo que hacen los agentes de policía, cómo lo hacen y cómo esto moldea el comportamiento policial en general (Sharp 2005). Ambas tradiciones han construido un cuerpo de literatura significativo que ilumina asuntos importantes que impactan no solo a las fuerzas policiales, sino también a la sociedad en su conjunto.

En América Latina, la mayoría de los estudios sobre la policía son producidos por entidades que impulsan una agenda reformista enfocada en la violencia policial, la corrupción y la ineficacia. Sin embargo, desde la década de los noventa un número creciente de investigadores ha desarrollado análisis más rigurosos sobre la institución y los procesos de reforma que se han implementado hasta la fecha (Ungar 2011; Serrano-Berthet 2016; Ortega 2016). En su mayoría, estos trabajos han señalado los fracasos de la esfera política para consolidar unas fuerzas policiales capaces de hacerles frente a la violencia, el crimen y la percepción de inseguridad de los ciudadanos. Los académicos también han llevado a cabo análisis institucionales que nos ayudan a entender mejor, por un lado, cómo se diseñan e implementan las políticas de mantenimiento del orden, y, por otro, la creciente importancia de los actores no estatales (tanto legales como ilegales) en el ámbito de la seguridad.

Este capítulo analiza las razones por las cuales las reformas policiales en América Latina han tenido poco éxito; además, señala los temas que deberían abordar las agendas futuras de investigación sobre la policía en la región. El capítulo se divide en cinco secciones. La primera describe brevemente las instituciones policiales en América Latina y destaca las múltiples diferencias que existen entre ellas, tanto a nivel nacional como subnacional. La segunda enfatiza el contexto político en el que se formulan las políticas de seguridad pública y señala la importancia que ha tenido el populismo punitivo en las propuestas de reforma policial. La reforma de la policía es un tema más político que tecnocrático, y la forma en que se desarrolla el debate político hace explícitos los límites de la implementación de políticas. La tercera se enfoca en los tres grandes temas que agrupan las áreas de reforma policial: la modernización institucional, la militarización de la seguridad pública y la presencia cada vez mayor del sector privado en los servicios de seguridad. Dado que este capítulo se enfoca en las medidas que influyen en los servicios

policiales, no analiza otras áreas de reforma, por ejemplo los cambios en los sistemas de salud de la policía o en los procedimientos administrativos. La cuarta presenta una hipótesis que lograría explicar los limitados resultados que han tenido los proyectos de reforma policial en los últimos años: como señalé antes, es posible que los cálculos políticos hayan inhibido la plena implementación de las reformas. La sección final identifica los temas que deberían explorar las investigaciones futuras. En general, argumento que los próximos estudios deberían ayudarnos no solo a comprender mejor los procesos de reforma policial, sino también a diseñar e implementar iniciativas más exitosas.

La policía en América Latina

Las instituciones policiales varían considerablemente entre los países de la región. La mayoría de los países cuentan con instituciones nacionales centralizadas encargadas de la prevención del delito (los Carabineros de Chile), la investigación criminal (la Policía de Investigaciones de Chile o la Polícia Civil de Brasil) o ambas labores (las policías nacionales de Perú, Uruguay, El Salvador, Honduras y Ecuador). Además, algunos países tienen instituciones policiales regionales (Argentina y Venezuela) e incluso locales (México y Brasil). En términos de estructura organizacional, las instituciones policiales son tanto civiles (Brasil, Chile y El Salvador) como militares (Chile y México). Sin embargo, en vista de que las instituciones policiales cambian constantemente su misión, su estructura e incluso sus programas de formación, cualquier caracterización regional es necesariamente dinámica.

A pesar de las diferencias, una buena parte de los ciudadanos latinoamericanos desconfían de las instituciones policiales debido a su baja efectividad, la incidencia de la corrupción en sus estructuras y el uso excesivo de la fuerza (Bobbea 2012; Bonner 2009; Brinks 2016; Cruz 2015; Dammert 2012). La falta de confianza en la policía se remonta a su prominente participación en las guerras civiles y las dictaduras de los años setenta y ochenta. Desde el retorno a la democracia y durante la década de los noventa, empezaron a tomar fuerza en la región dos procesos que impactaron directamente a la policía: el incremento en los índices de delincuencia callejera y la creciente presencia del crimen organizado. De hecho, América Latina se ha convertido en una de las regiones más violentas. Muestra de ello es que 10 de las 15 tasas de homicidio más altas del mundo se registran en países latinoamericanos (Silva 2016). En la última década, los países que tradicionalmente se consideraban seguros, como Ecuador, Costa Rica, Uruguay y Chile, han tenido que enfrentar un llamado popular que clama por más políticas para controlar la delincuencia y la inseguridad (Lagos y Dammert 2012).

La poca inversión pública, la limitada profesionalización de las instituciones como consecuencia de la falta de recursos y la débil voluntad política para implementar las reformas han tenido un fuerte impacto en la capacidad de la policía para combatir la delincuencia. Estos problemas también han facilitado el crecimiento de la industria de la seguridad privada. De hecho, en la medida en que el sector privado cuenta con más guardias, una mejor infraestructura y mucho más armamento, la mayoría de los Estados latinoamericanos no tienen el monopolio de la fuerza coercitiva (Ungar 2007). En ese contexto, una amplia gama de problemas internos no ha sido abordada suficientemente en la región. En

particular, la mayoría de las fuerzas policiales tienen arreglos institucionales basados en códigos de silencio, el uso interno de la violencia, procesos discrecionales de toma de decisiones, una limitada diversidad de género y la falta de políticas formuladas con base en estudios empíricos. Aunque la mayoría de las políticas que se implementaron durante la década de los noventa pretendían separar las funciones de las fuerzas armadas de las de la policía, la lucha contra la delincuencia ha invertido esta tendencia al menos parcialmente (Diamint 2015). En los últimos años se ha hecho evidente una creciente militarización de la respuesta pública frente al crimen organizado, particularmente en México (Main 2014; Torres y Azaola 2014) y Centroamérica (Johnson *et al.* 2012), donde las autoridades deben enfrentar los altísimos niveles de violencia vinculados mayoritariamente al narcotráfico. En Perú, Brasil, Ecuador y Argentina también se observa una creciente participación de los militares en las labores de patrullaje y en el control de la delincuencia (Ungar 2013; Glanc 2014).

Ambos procesos, el auge de los servicios de seguridad privada y la militarización, están jugando un papel importante en la transformación de las instituciones policiales. Tales procesos no solo han precipitado la incorporación de otros actores estatales y no estatales a las labores de control y prevención del delito, sino que también han empezado a redefinir los roles policiales. Estas tendencias están siendo cuestionadas por aquellas fuerzas policiales que, por un lado, han desarrollado nuevas estrategias para consolidar su protagonismo en el control y la prevención del delito y, por otro, han aumentado sus capacidades tecnológicas con el fin de mejorar su efectividad (Alves y Arias 2012; Cano *et al.* 2012). La corrupción está muy extendida y abarca desde actos cotidianos de soborno hasta la infiltración de la policía por parte del crimen organizado (Brinks 2016; Corbacho *et al.* 2015; Dudley 2016). Por ejemplo, en 2015 Transparencia Internacional reportó que la policía fue considerada como una de las instituciones más corruptas en México, Bolivia y Venezuela (Transparency International 2015). Además, según los datos recogidos en Brasil por una encuesta nacional de victimización de 2013, el 7,2 % de los ciudadanos de Río de Janeiro habían sido víctimas de la corrupción policial (CRISP y Datafolha 2013). En muchos países la corrupción es una práctica sistemática estrechamente vinculada al crimen organizado (Dudley 2016; Dammert 2016). Por ejemplo, existe evidencia de que los policías peruanos ubicados en las áreas del río Amazonas protegen a los mineros ilegales y a los narcotraficantes. En Argentina, después del Gobierno de Cristina Fernández de Kirchner (2007-2015) fueron investigados múltiples casos de corrupción político-policial relacionados no solo con el narcotráfico, sino también con el lavado de activos (Saín 2012; Bonner 2015). La zona más violenta de la región, el Triángulo Norte de Centroamérica (Guatemala, Honduras y El Salvador), está plagada de casos de policías involucrados en actividades criminales, desde asesinatos hasta complicidad con los carteles de la droga (Cruz 2015). Lamentablemente, no se trata de situaciones aisladas, sino que forman parte del funcionamiento cotidiano de las instituciones policiales de la región; es más, la corrupción en la policía también revela los estrechos vínculos que existen entre las actividades delictivas y las redes políticas. El caso de los 43 estudiantes que fueron secuestrados y presuntamente asesinados por la policía en Ayotzinapa (México) es un ejemplo dramático

de las redes ilícitas que forman el crimen organizado, los políticos y los oficiales de policía (Jiménez 2016).

El uso excesivo de la fuerza es otro elemento común de las prácticas policiales en la región (Zavaleta *et al.* 2016). En países como Brasil la situación ha adquirido proporciones atroces: solo en Río de Janeiro, más de 640 personas murieron a manos de agentes de policía en servicio en 2015 (Human Rights Watch [HRW] 2015). Además, el Ministerio de Justicia de Venezuela informó que durante el primer semestre de 2016 la policía cometió alrededor del 20 % de todos los delitos violentos (Carroll 2009). En Argentina, Glanc (2014) vincula la violencia policial contemporánea con el papel que desempeñaba la institución en las dictaduras del pasado; por ello subestima los posibles efectos de diferentes proyectos de reforma. En 2012, Seri mostró que 3.390 personas han muerto a manos de la policía argentina desde 1983 (Seri 2012, 146). Además, en 2014 se registraron más de mil denuncias por actos de tortura cometidos por las fuerzas policiales de la Provincia de Buenos Aires (InSight Crime 2015). La protesta social en toda la región ha retado la capacidad de los policías de responder con estrategias no violentas. Desafortunadamente, la evidencia muestra que este no ha sido el caso: por ejemplo, en Chile (Hathazy 2013) y Venezuela (Antillano 2014) la policía ha usado la fuerza de una manera desproporcionada para enfrentar la protesta social (IEP 2015). El uso de la fuerza policial en escenarios de protesta social ha afectado de forma directa y negativa la confianza pública en la institución y ha consolidado un círculo vicioso que se ha venido fortaleciendo en casi toda la región (Ortega 2016). Si bien los ciudadanos solicitan una intervención estatal urgente y rápida frente al crimen y la violencia, desconfían de la policía y perciben la impunidad como un fenómeno generalizado. Los ciudadanos y los políticos citan con frecuencia la metáfora del sistema de justicia penal como una puerta giratoria que nunca castiga a los delincuentes. Los proyectos a largo plazo para reformar la policía no parecen responder a las necesidades más importantes de los ciudadanos, sin mencionar que las actuales crisis políticas de legitimidad no permiten un debate político riguroso y sólido.

Como consecuencia de la falta de políticas alternativas, se ha consolidado un proceso que, al mismo tiempo, les otorga amplios poderes a las fuerzas policiales para hacerles frente a las nuevas amenazas, y descuida la capacitación y la vigilancia que garantizarían la calidad del servicio a los ciudadanos (Frühling 2009). En un contexto en el que las reformas sistémicas han desaparecido de la agenda política, el discurso político se ha centrado en el control de la delincuencia, el fortalecimiento de los poderes policiales y el castigo. El populismo punitivo es una de las principales barreras que deben enfrentar los proyectos de reforma que pretenden abordar los problemas señalados anteriormente (Fenwick 2013; Miyazawa 2008).

El populismo punitivo

Si bien la violencia ha estado presente en América Latina durante décadas, la delincuencia ha surgido recientemente como un asunto de política pública. El uso continuo de la violencia por parte de actores estatales y no estatales ha sido analizado en profundidad por muchos autores que enfatizan la influencia de las guerras civiles y las dictaduras militares del pasado reciente (Arias y Goldstein 2010; Sozzo 2016). El crimen fue considerado como un problema

que debía ser tratado por la policía y el sistema judicial. Pero, en la mayoría de los países, ni la prevención ni la rehabilitación hacían parte del discurso de las políticas públicas o de las preocupaciones de los ciudadanos. Además, con el retorno a la democracia, el auge de la delincuencia se empezó a analizar principalmente a través de un lente ideológico: el crimen se convirtió en un tema de debate electoral en el que la derecha utilizaba la teoría de la elección racional para analizar las decisiones criminales y la izquierda explicaba las actividades criminales recurriendo principalmente a las desigualdades socioeconómicas (Lagos y Dammert 2012; Mota *et al.* 2012; Neumann 2013). Las nuevas democracias necesitaban demostrar su capacidad para lidiar rápidamente con el crimen y las amenazas a la seguridad. Sin embargo, la mayoría de las instituciones policiales no estaban preparadas para comprender, prevenir o incluso combatir la delincuencia en sus diversas manifestaciones. Así, el concepto de "seguridad ciudadana" surgió en el discurso público para enfatizar el rol de la prevención, las características multidimensionales del problema y la imposibilidad de enfrentar la delincuencia únicamente a través de la acción policial (Dammert 2012). Sin embargo, el financiamiento público todavía está altamente enfocado en el control del crimen, y el presupuesto de la policía ha crecido en una proporción constante durante muchos años.

La falta de conocimiento técnico en el sector público, los crecientes niveles de inseguridad y la percepción generalizada de impunidad han impulsado un debate público basado en mitos, políticas duras y la importación de estrategias que parecen haber tenido éxito en otros continentes. Si bien esto no es exclusivo de América Latina, los elementos del populismo punitivo deben analizarse en el contexto de una profunda crisis política. En América Latina, el populismo punitivo se caracteriza por 1. La desconfianza en los funcionarios de todos los poderes del Estado, así como en los expertos; 2. La erosión de las barreras tradicionales entre la política electoral y la política criminal; 3. La supuesta equivalencia entre el castigo efectivo y la severidad; y 4. El carácter emotivo de la retórica política. Esta agenda ha estado en la base de una gran cantidad de proyectos regionales (Dammert y Salazar 2009) que, en última instancia, han fomentado castigos más severos para los criminales y el crecimiento del presupuesto de la policía y los niveles de encarcelamiento. Según el análisis de Garland sobre los Estados Unidos a principios del siglo XXI, existe "una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad 'de la gente', del sentido común, de 'volver a lo básico'" (2005, 49).

Aunque la literatura sobre el populismo punitivo muestra que es un término maleable que abarca una serie de aspectos interconectados, pero conceptualmente distintos (Pratt 2007), en América Latina ha sido principalmente una forma de retórica política sobre el crimen que pretende reforzar el apoyo electoral a las élites políticas. Especialmente en Centroamérica, se han construido sobre esta base varias políticas de "tolerancia cero" y "mano dura" encaminadas a desmantelar las pandillas juveniles. Sin embargo, tales políticas no han tenido resultados positivos (Bruneau *et al.* 2011). En otros contextos se ha pensado que el populismo punitivo es un proceso en el que surgen nuevos actores que influyen en el debate y la política criminal (Fenwick 2013). Entre ellos se encuentran las víctimas y defensores de víctimas que

se convierten en líderes nacionales que exigen más seguridad pública, así como los expertos en seguridad con experiencia militar o policial. En general, la participación comunitaria en temas relacionados con la política criminal no ha generado un proceso de consolidación del capital social; por el contrario, ha aumentado los niveles de desconfianza en las instituciones públicas y ha fortalecido el miedo al "otro" (Garland 2001). En este sentido, el populismo debe verse como un ejemplo de déficit democrático, es decir, como un movimiento popular que no tiene el capital social necesario para involucrarse de manera constructiva en la formulación de la política criminal (Dzur 2012). Aunque en países como Japón el populismo punitivo se ha considerado un elemento que abre el debate sobre las políticas de control del delito mediante la inclusión de nuevos actores (Miyazawa 2008), en América Latina los resultados de esta retórica han influenciado la percepción del público acerca de la democracia, han aumentado el miedo a la delincuencia y han fomentado el uso del castigo como la única herramienta para enfrentar la violencia y el crimen. Además, han inhibido la mayoría de los proyectos de reforma que fueron diseñados para mejorar la eficacia policial y para limitar la corrupción o el uso excesivo de la fuerza, etiquetándolos como "blandos con el crimen" o "pro criminales" (Saín 2008; Dammert 2012; Sabet 2013).

Como se señaló anteriormente, en la mayoría de los países de América Latina la ciudadanía percibe negativamente el trabajo policial (Ungar 2011; Frühling 2012; Swanson 2013). Generalmente se considera a la policía como una institución corrupta, ineficaz y abusiva. Desafortunadamente, estas percepciones se basan en una realidad marcada por la formación deficiente, los resultados limitados, las reformas erráticas y los crecientes casos de uso excesivo de la fuerza. Paradójicamente, el discurso público aún destaca la necesidad de una mayor presencia policial; por ello, usualmente los políticos sienten la ansiedad de aumentar el número de policías y desarrollar nuevas estrategias para el mantenimiento del orden. Sin embargo, en la mayoría de los casos el aumento del número de agentes de policía no ha venido acompañado de una mejor formación, lo que ha generado un círculo vicioso de percepciones y resultados negativos.

En otras palabras, la reforma policial se ha convertido en uno de los temas centrales de una agenda populista que enfatiza la importancia de la presencia policial y las nuevas labores que deberían llevar a cabo los cuerpos policiales para ser más efectivos en el control del crimen. Cabe señalar que no todos los proyectos de reforma policial han sido parte de campañas o retóricas políticas; de hecho, muchos países han desarrollado, sin mucho debate público, múltiples iniciativas destinadas a mejorar la calidad de los servicios policiales. Sin embargo, es imposible desarrollar una agenda reformista sólida si el debate político sigue estando arraigado en mitos y discursos estigmatizantes. En la siguiente sección se presentarán y analizarán varios proyectos de reforma con el objetivo de identificar los elementos detrás de los fracasos y los éxitos.

Las reformas policiales

La literatura sobre la reforma policial tiene dos fuentes principales. Por un lado, influyentes organizaciones no gubernamentales (ONG) internacionales y centros de pensamiento se han enfocado en este tema desde la década de

los noventa. Varias de esas instituciones están ubicadas en Estados Unidos y Europa, como el Programa Latinoamericano del Woodrow Wilson Center, que ha publicado varios informes, libros, notas de política y artículos sobre el proceso de reforma policial en América Latina[1]. La Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA, por sus siglas en inglés) también ha llevado a cabo múltiples investigaciones e informes sobre políticas públicas[2]. El International Crisis Group ha puesto de relieve los retos de la reforma de la policía, especialmente en Centroamérica, México y Colombia[3]. HRW ha promovido la reforma en América Latina por medio de sus informes y notas de política sobre el grave problema de los abusos policiales[4]. El Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales[5] publicó en 2012 un informe sobre las implicaciones de la reforma policial en América Latina para la política exterior de Estados Unidos[6]. En América Latina, la Fundación Ideas para la Paz en Colombia[7], el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo[8] (en Centroamérica) y el Banco Interamericano de Desarrollo[9] han posicionado la reforma de la policía como un problema clave para el desarrollo y el Estado de derecho.

Por otro lado, existe un cuerpo creciente de literatura académica sobre la reforma policial que se ha centrado en múltiples casos y temas nacionales. Desafortunadamente, la sólida tradición latinoamericana en las ciencias sociales es poco conocida y reconocida por muchos investigadores de América del Norte. A pesar de la evidente falta de comunicación entre las investigaciones del Norte y del Sur, una gran cantidad de investigaciones están siendo publicadas en ambos contextos. Sin embargo, aunque hay más investigaciones sobre la reforma de la policía, aún está concentrada en un puñado de países, como México, Brasil, Argentina y Colombia (Hinton 2006; Ungar 2011; Mota *et al.* 2012). Aunque Paraguay, Bolivia y Uruguay han reformado sus instituciones policiales en la última década, no hay datos suficientes sobre estos procesos.

Es importante señalar que mientras que en países como el Reino Unido la presión para reformar la policía "vino inicialmente del deseo del [G]obierno conservador de la época de lograr un mayor control e implementar la disciplina financiera" (Sharp 2005, 453), en América Latina el aumento del gasto público en seguridad nunca ha sido un problema. En cualquier caso, en toda la región "el proceso de reforma policial es una tarea considerablemente difícil y laboriosa, en parte debido a las contradicciones entre el papel de la policía y los ideales de la democracia" (Hinton 2006, 3). Al analizar la experiencia argentina, Saín afirma que "reformar la policía supone reformar la política o, más bien, reestructurar las modalidades tradicionales de vinculación establecidas entre la dirigencia política y la policía" (2008, 49). Dicho de otro modo, el autor identifica un problema que afecta a la mayoría de los países sin importar el grado de interacción entre la política, la policía y el mantenimiento del orden.

La reforma policial es un proceso cada vez más complejo que enfrenta desafíos políticos, económicos, sociales e incluso penales, puesto que "la policía en vez de ser la instancia más importante para resolver la criminalidad, es parte del problema" (Saín 2008, 46). Aunque se han implementado varias reformas desde la década de los noventa, el proceso democrático "no ha logrado cambiar las viejas prácticas antidemocráticas del mantenimiento del orden en Argentina y Brasil" (Hinton 2006, 191). Es

posible extender esta conclusión a la mayoría de los países de América Latina que han luchado por reformar las instituciones, pero que aún enfrentan el legado del autoritarismo (Sozzo 2016).

Como se mencionó, las tres barreras más importantes que enfrentan los proyectos de reforma policial en América Latina son la violencia social inherente al modo en que se formaron y desarrollaron los países de la región, la reacción de los policías frente a las iniciativas que consideran "ajenas" a su cultura y críticas con su organización interna, y un populismo punitivo que tiende a erosionar cualquier iniciativa de reforma que se proyecte a largo plazo.

Modernización institucional

Casi todos los candidatos presidenciales de la región han incluido en sus programas de campaña planes para reformar la policía. Además, la mayoría de los Gobiernos han implementado reformas a nivel nacional o subnacional. En Centroamérica, muchas instituciones policiales experimentaron cambios estructurales después del final de las guerras civiles. Anteriormente, los oficiales de policía estaban entrenados casi exclusivamente para lidiar con la insurgencia armada y para cooperar con los militares en el mantenimiento del orden interno. En ese sentido, se descuidaron los programas de educación y capacitación para controlar y prevenir el delito (Dudley 2016; Johnson 2012, Main 2014). El fin del conflicto armado trajo cambios profundos a las fuerzas policiales, que, de hecho, inicialmente fueron exitosos. Sin embargo, los bajos niveles de confianza entre los ciudadanos, las percepciones de corrupción y el mayor uso de estrategias de tipo militar para mantener el orden socavaron las reformas (Cruz 2015). En ese sentido, los desafíos de las fuerzas policiales en Centroamérica son inmensos. La gran presencia del crimen organizado y el hecho de que ha logrado infiltrar con éxito unos cuerpos policiales con evidentes deficiencias ponen de relieve las dificultades que enfrentan las reformas estructurales que no vienen acompañadas de una inversión a largo plazo en capital humano, capacitación e infraestructura.

A pesar de la importancia de los cambios estructurales, la mayoría de las reformas policiales en América Latina tienen objetivos específicos. En general, estas iniciativas se originan en el diseño de políticas o se formulan como consecuencia de un escándalo. Lamentablemente, el escándalo, en el que los medios de comunicación juegan un papel clave, está en la base de la mayoría de las iniciativas. En particular, los casos de corrupción policial, la mala conducta y el uso excesivo de la fuerza han provocado procesos de reforma en toda la región. No obstante, el entrenamiento policial, los programas de protección social para los agentes de policía, la incorporación de la perspectiva de género o incluso los cambios en las estrategias policiales resultan menos atractivos para los medios. De hecho, dado que no afectan directamente las estructuras de poder en la institución, a veces ha sido más sencillo reformar esas áreas. Las principales fuerzas (internas o externas a la propia fuerza policial) que estuvieron detrás de los proyectos constituyen otro eje importante para analizar los procesos de reforma policial. Después de dos décadas de democratización, es claro que las reformas que se planearon sin la participación de la policía prácticamente no tuvieron éxito.

En Argentina, los programas de reforma enfocados en la policía del Gran Buenos Aires (conocida como "la Bonaerense") han fracasado

sistemáticamente (Sozzo 2016; Hathazy 2016; Colvin 2016; Saín 2008). Como argumentan Saín (2008) y Sozzo (2016), los vínculos de la policía con los actores políticos que han estado envueltos en casos de corrupción explican el fracaso. La policía del Gran Buenos Aires es un buen ejemplo de lo que Arias y Goldstein denominan "pluralismo violento" (2010), en el que actores estatales y no estatales participan en una compleja red de prácticas violentas.

En 2001 Perú vivió un importante proceso de reforma de la Policía Nacional; sin embargo, la resistencia de los altos mandos de la Policía y la impaciencia de los ciudadanos que exigían resultados más rápidos tuvieron mayor impacto que el apoyo presidencial a la iniciativa (Costa y Basombrio 2008). Aunque el equipo de civiles que diseñó y comenzó a implementar el proceso fue removido, la reforma tuvo algunos resultados, a saber: la creación de la Defensoría de la Policía, los cambios en el régimen disciplinario y la creciente importancia de las estaciones de policía, que crean vínculos directos con los ciudadanos. Lamentablemente, las fuerzas internas eliminaron posteriormente casi todos esos cambios, y la reforma policial volvió a ocupar el centro de las propuestas de campaña en las elecciones presidenciales de 2016.

Sin embargo, no todas las experiencias han sido negativas. De hecho, muchos procesos específicos de reforma han mostrado avances significativos, por ejemplo la consolidación de los sistemas de asuntos internos que pretenden mejorar la gestión de las investigaciones de la policía de Chile (Dammert 2012); la modernización del entrenamiento policial en varias instituciones de Brasilia (Dammert 2012); y la consolidación de los sistemas de información de la Policía Nacional del Ecuador (García 2014). Estos son solo algunos ejemplos de los avances en la modernización del trabajo policial. La investigación de Angarita Cañas (2014) sobre las estrategias policiales que se están implementando en Colombia también describe algunos avances, específicamente el "Plan Nacional de Vigilancia Comunitaria por Cuadrantes", que pretende consolidar una mejor relación entre la policía y la comunidad, así como lograr una mayor efectividad en términos de control y prevención del delito. Asimismo, las Unidades de Policía Pacificadora (UPP) fueron implementadas en Río de Janeiro en 2008 con el objetivo de recuperar los territorios que controlaban las organizaciones criminales (Cano *et al.* 2012). Las UPP son la estrategia policial más conocida de las últimas décadas, y si bien han tenido resultados mixtos, la violencia callejera se ha reducido en las favelas donde se implementaron (Serrano-Berthet 2013).

Una amplia gama de iniciativas ha buscado reformar las estrategias policiales. Frühling (2012) ha analizado diversos programas de vigilancia comunitaria en América Latina. Su conclusión es que si bien son difíciles de implementar, tales programas demuestran el interés de los Gobiernos y las instituciones policiales por reestructurar sus relaciones con los ciudadanos. Además, Riccio *et al.* (2013) estudiaron un programa de vigilancia comunitaria que fue implementado en dos de las áreas más vulnerables de Río de Janeiro. Sus hallazgos indican que, incluso en las áreas más afectadas por la violencia y la criminalidad, es posible que la policía contribuya a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y a reducir la ansiedad alrededor de la delincuencia. Tras analizar los casos de Bolivia, Honduras y Argentina, Ungar (2012) propone abandonar las formas tradicionales de policía (centralizadas, jerárquicas y dependientes del uso de la fuerza) en favor de

lo que llama "policía orientada a la solución de problemas", que define como "el proceso de pensar conjuntamente los actos delictivos para identificar y abordar sus causas" (Ungar 2012, 5). En la misma línea, Wilson y Parks (2011) estudiaron una muestra de cinco estaciones de policía en Trinidad y Tobago con el fin de analizar una estrategia policial que, de hecho, logró reducir la delincuencia y aumentar la confianza pública en la policía. Por último, Jaiman y Galiani (2016) publicaron una nota de política en la página web del Banco Interamericano de Desarrollo en la que presentan algunos resultados positivos de la reforma policial en Montevideo (Uruguay). Según los autores, las estrategias de patrullaje enfocadas en los lugares de máxima concentración del delito han sido exitosas.

En la mayoría de los países de América Latina, los esfuerzos por reformar las instituciones policiales han mostrado resultados de todo tipo. En la mayoría de los casos, los programas específicos que se concentran en implementar una nueva estrategia policial han tenido mejores resultados que los proyectos de reforma estructural. La ayuda internacional ha jugado un papel importante en estas innovaciones, puesto que la mayoría de las "buenas prácticas" llegaron a la región como parte de las propuestas que buscaban abordar la crisis de la criminalidad y la violencia. Los programas de vigilancia comunitaria, por ejemplo, han contado con el apoyo de grandes donantes e importantes agencias multilaterales. La importación de políticas y sus efectos es un tema que requiere mayor atención, ya que en la mayoría de los casos la falta de diálogo entre los contextos específicos de cada país y las estrategias importadas ha reducido la efectividad de las reformas.

El sistema educativo de las instituciones policiales también ha experimentado cambios importantes (CAF 2015). A principios de la década de los noventa, muchas instituciones policiales exigían que los aspirantes a agentes de policía solo tuvieran educación primaria. Para 2016, sin embargo, una buena parte de los cuerpos policiales empezaron a exigir que los aspirantes hubieran aprobado los estudios secundarios, lo que abrió nuevas posibilidades para la educación y la formación policial. La mayoría de las instituciones también han modificado sus planes de estudio y han incluido en sus currículos la capacitación en derechos humanos. Por ejemplo, países como Colombia y Chile están discutiendo y aprendiendo nuevas estrategias policiales. Ahora bien, la participación de profesores vinculados a las organizaciones de la sociedad civil o que no forman parte de la institución es otro asunto. De hecho, hay pocos avances en este ámbito, sin mencionar que algunas instituciones rechazan explícitamente la posibilidad de abrir sus aulas al conocimiento independiente. Al ser instituciones jerárquicas que cuentan con códigos disciplinarios estrictos, los cuerpos de policía tienen que aprender a abrir espacios para el debate, el desacuerdo y la crítica de las decisiones de política. La mayoría de los programas de educación y formación deben afrontar ese desafío sin temer que el debate producirá indisciplina.

Aunque no se ha abordado plenamente, existen avances significativos con respecto a la integración de la perspectiva de género[10] [*gender mainstreaming*] en las dinámicas policiales. Muchas fuerzas policiales tenían dos escalas administrativas diferentes (una para hombres y otra para mujeres), rara vez incorporaban a mujeres y cuando lo hacían las asignaban a los

trabajos administrativos o al manejo de "problemas familiares" (Debert y Brocksom 2015; Colvin 2016; Organización de Naciones Unidas [ONU] Mujeres 2016). Esta aproximación claramente discriminatoria ha ido cambiando en la mayoría de los países de la región; de hecho, las mujeres policías han empezado a tener mejores perspectivas en su desarrollo profesional. Sin embargo, el creciente número de mujeres en las fuerzas policiales todavía está concentrado en las labores administrativas o en áreas operativas dedicadas a los problemas familiares y de la infancia. No hay duda en la literatura de que la consolidación de un servicio policial más representativo redunda positivamente en los niveles de eficacia y eficiencia. Eso incluye aumentar la cantidad de mujeres policías en todas las áreas operativas (Pita 2015).

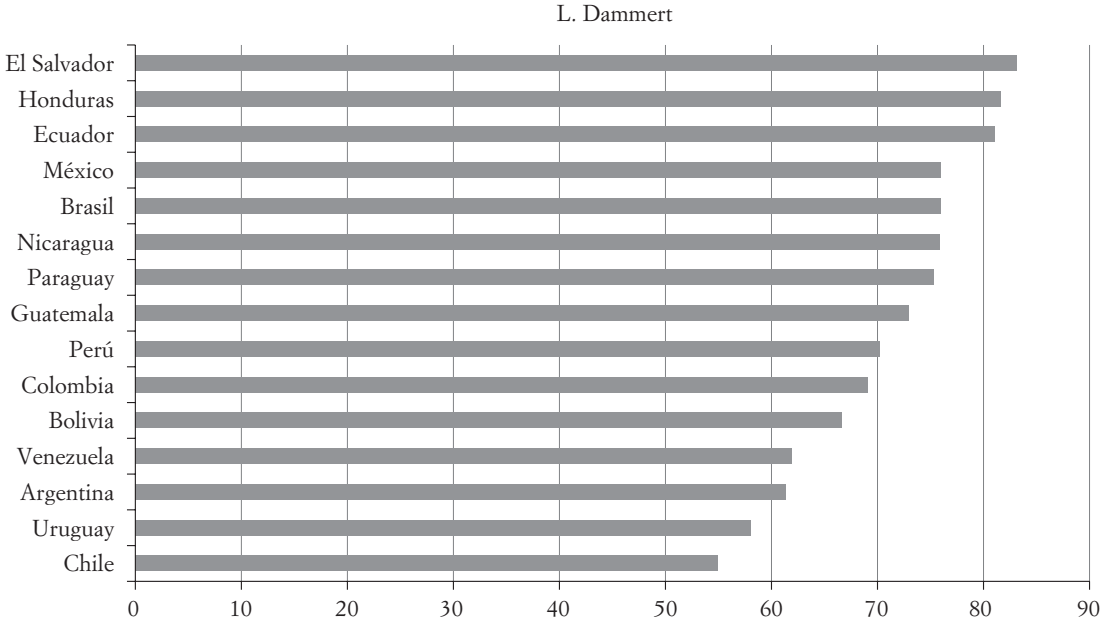
La violencia de género es un tema que no ha recibido la suficiente atención en América Latina. La violencia contra la mujer, que tradicionalmente se ha pensado como uno de los rasgos de la cultura patriarcal, ha sido ignorada en muchos contextos. Algunos países de la región reaccionaron a los crecientes casos de violencia de género con la creación de unidades o estaciones de policía especializadas (ONU Mujeres 2016). En países como Perú, la cobertura de esas unidades aún es limitada sin mencionar que sus presupuestos son relativamente bajos en relación con la magnitud del problema. Paradójicamente, aunque se consideró que la violencia contra las mujeres es un problema social que le compete a la policía, se ha hecho muy poco en la institución para hacerles frente a la violencia de género y a la discriminación (Azaola 2006). Los estudios sobre la policía de Buenos Aires demuestran que si bien las mujeres policías no reportan niveles significativos de discriminación institucional, sí afirman que informalmente padecen tratos denigrantes, incluido el acoso sexual (Pita 2015). En México, Azaola (2006) demostró que las agentes de policía en efecto sufren altos niveles de maltrato, entre los que se incluyen el acoso sexual y la violencia física y psicológica. Desde 2010 la Policía Nacional de Uruguay ha implementado una serie de políticas para hacerle frente a la discriminación por razones de género en la entidad. En particular, revisó detalladamente sus protocolos y procedimientos con el fin desarrollar programas contra la violencia de género y puso en marcha iniciativas específicas para abordar el problema, como las comisarías de mujeres y las unidades especializadas.

La militarización del trabajo policial

La mayoría de los países latinoamericanos usan sus fuerzas armadas para controlar la criminalidad. A pesar de no haber sido entrenadas o educadas para lidiar con el crimen organizado o para patrullar las calles o relacionarse con las comunidades, en muchos países la desconfianza en la capacidad de la policía lleva a los políticos y a los ciudadanos a preferir que los militares lleven a cabo esas labores. De hecho, el gráfico 17.1 muestra el porcentaje de ciudadanos que piensa que las fuerzas armadas deberían combatir el crimen (Zechmeister 2014). Incluso en Chile y Uruguay, los países con las tasas de homicidio más bajas de la región, más de la mitad de la población estuvo a favor de que el ejército volviera a las calles para combatir el crimen.

En un contexto en el que las instituciones policiales enfrentaban importantes desafíos y reformas, la participación de las fuerzas armadas en el control y la prevención del delito se consideraba en muchos países como un último

Gráfico 17.1 Porcentaje que está de acuerdo en que las Fuerzas Armadas deben combatir el crimen, 2014



recurso. Por ejemplo, debido a la precaria institucionalización y la clara influencia del crimen organizado en algunas fuerzas policiales estatales y muchas organizaciones policiales locales, en México el ejército fue desplegado como una solución temporal (Main 2014; Brinks 2016). Durante el Gobierno de Felipe Calderón (2006-2012) aumentó el presupuesto de las fuerzas militares, así como su participación en la lucha contra los cárteles de la droga. Aunque las instituciones policiales mexicanas han experimentado diversos procesos de reforma, el papel de los militares se ha consolidado. Aunque al inicio de su mandato el presidente Peña Nieto (2012-2018) afirmó que el mantenimiento del orden era una de las funciones de la policía, en realidad la política no ha cambiado.

En Centroamérica la situación es muy similar. En El Salvador, Honduras y Guatemala, las fuerzas militares han sido desplegadas en las principales áreas urbanas para combatir y controlar los actos violentos de las pandillas. Las instituciones policiales de esos países han vivido constantes procesos de reforma como consecuencia de los escándalos de corrupción en los que han estado involucrados oficiales de alto rango. Este hecho le ha abierto la puerta a una mayor participación de los militares: en Honduras, por ejemplo, un general del ejército fue designado como ministro de Seguridad. Ahora bien, la militarización no es solo una tendencia centroamericana. Mientras reformaba la policía para que garantizara la protección del régimen político, el Gobierno venezolano asignó durante la última década a altos mandos militares a las labores de seguridad pública. Como afirma Antillano (2014), las políticas del expresidente Hugo Chávez (1999-2013)

oscilaron entre el enfoque social del inicio de su mandato y las políticas de "mano dura" del final de su administración. De hecho, Chávez afirmó que, dado que el crimen es un problema moral que se sustenta en los valores del capitalismo, el criminal es, en última instancia, un enemigo de la revolución. Esta narrativa de guerra también ayudó a consolidar la perspectiva militar. En Ecuador, el presidente Rafael Correa (2007-2016) decidió sustituir el modelo descentralizado de vigilancia policial que se desarrolló hasta 2008 por una estrategia centralizada de seguridad pública que lo llevó en 2013 a ordenarles a las fuerzas armadas que patrullaran las calles (García 2014). En abril de 1999 el presidente argentino Carlos Ménem llamó a la Guardia Nacional y a la Armada Argentina a "salir a las calles" para reducir la inseguridad en la ciudad de Buenos Aires (Sozzo 2016).

Esta tendencia es mucho más intensa en Brasil. La ofensiva antipandillas en Río de Janeiro, que intervino de diversas formas en las favelas del país, contó con la participación de policías y militares. La Fuerza Nacional de Seguridad Pública fue creada con el objetivo de enfrentar los graves problemas de inseguridad, está compuesta por miembros de las Fuerzas Armadas que llevan a cabo tareas específicas, como recuperar las armas de fuego que han sido robadas de los arsenales militares. Además, se aprobó una ley federal que les permite a los gobiernos de los estados convocar directamente a las Fuerzas Armadas cuando requieran su apoyo para luchar contra el crimen organizado y otras amenazas. Finalmente, el Gobierno brasileño ha autorizado el uso masivo del ejército para enfrentar la violencia rural en el Amazonas brasileño.

Desafortunadamente, estas iniciativas no son excepcionales en América Latina; por el contrario, son el reflejo de la incorporación gradual del ejército a las tareas relacionadas con la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia e incluso la prevención del delito. La escasa profesionalización de la policía ha creado un escenario donde la militarización de la seguridad pública parece convertirse en un elemento semipermanente de la política latinoamericana. Sin embargo, la participación de los militares en el control del crimen no ha sido un éxito. De hecho, las investigaciones por casos de corrupción y las violaciones de derechos humanos se han hecho frecuentes en la mayoría de los países que han experimentado una fuerte participación militar en esta área. Para las fuerzas policiales, las consecuencias de la militarización de la seguridad pública son evidentes. En primer lugar, se ha incrementado el uso de armas, uniformes y comportamientos militares entre los policías desplegados en zonas de alta criminalidad. En segundo lugar, se han agudizado las tensiones dentro del sistema educativo policial debido al choque entre las doctrinas militares y las doctrinas de vigilancia comunitaria. En tercer lugar, se ha inhibido la profesionalización de las fuerzas policiales que están bajo el liderazgo del personal militar debido a que han concentrado sus esfuerzos en el control del delito y han descuidado las labores de investigación y prevención.

La creciente participación del sector privado en la provisión de seguridad

En las últimas décadas, los servicios de seguridad privada han crecido exponencialmente en América Latina. En la mayoría de los países el número de guardias privados supera al de agentes de policía; es más, en algunos casos

los guardias privados están autorizados para utilizar armas pesadas mientras vigilan las casas, locales comerciales o a las personas. Esta situación, que no es exclusiva de la región, ha generado importantes debates teóricos sobre el concepto de vigilancia; en particular, ha puesto de presente la necesidad de construir una noción que capture el hecho de que tanto actores estatales como no estatales proveen servicios de seguridad. Por ello, el concepto de "gobierno de la seguridad" se ha utilizado ampliamente como herramienta analítica en todo el mundo (Wood y Font 2007). Sin embargo, la investigación sobre este tema es escasa en América Latina (Ungar 2007) y carece de la información básica necesaria para caracterizar los procesos, las industrias y la delgada línea que divide el Estado de las organizaciones no estatales. De hecho, como afirma Zedner, "las formas híbridas de 'simbiosis entre el Estado y las empresas' o de 'policía gris' difuminan aún más la distinción entre lo público y lo privado" (2009, 101).

Al menos tres elementos del auge de la seguridad privada afectan directamente a las fuerzas policiales latinoamericanas. Primero, la industria no está bien regulada (Dammert 2012). En la mayoría de los países, el rápido surgimiento de nuevas amenazas a la seguridad y la limitada efectividad de la policía que perciben los ciudadanos precipitan la aparición de nuevas modalidades casi a diario, como el uso de guardaespaldas fuertemente armados para la protección de los bancos, las escuelas e incluso los barrios. Últimamente, el desarrollo de herramientas tecnológicas también ha abierto el mercado a nuevos dispositivos, como los drones para el control del delito, las cámaras y las aplicaciones para los teléfonos inteligentes. Dado que en la mayoría de los países la capacidad del Gobierno para regular completamente el mercado es débil, han surgido nuevos problemas alrededor del poco control sobre la cualificación de los guardias y el uso de la información privada.

El segundo elemento es la presencia cada vez mayor de un sector informal vinculado a los servicios de seguridad. Este sector ofrece desde servicios de vigilancia vecinal hasta detectives privados y guardaespaldas. La informalidad en el sector de la seguridad es considerablemente riesgosa: a través de los servicios informales, el crimen organizado podría introducirse en las comunidades, incrementar los índices de violencia e incluso consolidar el vigilantismo. Aunque los datos no son concluyentes, se estima que en algunos países más de la mitad de los actores no estatales que prestan servicios de seguridad son informales. Con estas cifras en mente, es necesario desarrollar aún más el concepto de gobierno de la seguridad que se mencionó anteriormente.

El tercer elemento es la participación de la policía en los servicios de seguridad privada. En algunos países como Argentina, Uruguay y Perú los agentes de policía pueden trabajar como guardias privados en su tiempo libre. Aunque en los últimos cinco años estos programas ("222" en Uruguay y "24 por 24" en Perú) han sufrido modificaciones con el fin de limitar la cantidad de horas que un agente de policía puede trabajar como guardia privado, y para regular el uso de las armas y los uniformes de la policía durante las actividades privadas, los agentes de policía siguen teniendo incentivos económicos para trabajar en el sector de la seguridad privada. En países como México y Brasil se han creado fuerzas policiales especiales para proteger al sector privado, pero el alcance de sus funciones se amplía constantemente.

Reformas con resultados limitados

Las reformas policiales en América Latina presentan más desafíos que resultados. Sin embargo, entender estos desafíos tienen implicaciones directas para los estudios de derecho y sociedad no solo porque son un síntoma de la crisis de legitimidad del monopolio estatal del uso de la fuerza, sino también porque revelan la necesidad de mejorar la relación con la comunidad y la efectividad del trabajo policial.

Muchos elementos estructurales limitan sustancialmente casi todas las iniciativas de reforma policial. Tanto las instituciones policiales como las organizaciones de la sociedad civil padecen problemas que tienen que ver con la falta de conocimiento técnico sobre el área, la escasa profesionalización e incluso la modernización del sector de la seguridad pública. Sin embargo, la reforma policial es principalmente un tema político. Por esta razón, la principal barrera es la falta de voluntad política para enfrentar los enormes desafíos económicos y políticos que implican las reformas estructurales. Tras analizar el caso de México, Alvarado (2014) afirma que el gobierno central ha fracasado en su lucha contra el crimen organizado, y subraya el hecho de que la clase dominante no está dispuesta a asumir los altos costos políticos y sociales inherentes a las políticas que resultarían más eficaces. Dado que el crimen y la violencia han pasado a formar parte de una agenda electoral fuertemente arraigada en el populismo punitivo, hay poco espacio para que los Gobiernos implementen plenamente los cambios necesarios para mejorar el trabajo policial. Por ejemplo, Hathazy resume los problemas de la reforma policial en Argentina cuando afirma que "la razón detrás de las reformas erráticas y los cambios limitados es el hecho de que el personalismo y la debilidad institucional del sistema de partidos argentino se transmitieron fácilmente a la burocracia" (2013, 34). Además, la politización de las fuerzas policiales y su uso como "guardianas" de la Administración es un proceso continuo que aumenta la impunidad, disminuye el control interno, reduce la transparencia y socava las iniciativas de reforma. De hecho, la trayectoria de las reformas policiales está íntimamente ligada a las estructuras políticas y burocráticas locales (Hathazy 2013) no solo en Argentina, sino también en toda la región.

No todas las iniciativas de reforma policial son estructurales. En algunos casos, la importación de conceptos sin la inversión adecuada en capacitación o infraestructura policial ha minado sus posibilidades de éxito. Ese es el caso de las iniciativas de vigilancia comunitaria que fueron implementadas en las últimas dos décadas. Aunque fueron recibidas con una gran cobertura mediática, finalmente las fuerzas policiales no descentralizaron los procesos de decisión ni se preocuparon realmente por construir relaciones más estrechas con las comunidades (Frühling 2012; Wilson y Parks 2011). Otro caso relevante es el de las estadísticas sobre la delincuencia. Si bien las estadísticas confiables son vitales para el diseño de políticas, se han obtenido pocos resultados con respecto a la transparencia y la calidad de los datos. Aunque muchas instituciones se han preocupado por crear mecanismos de seguimiento y mejorar la calidad de los datos sobre la delincuencia, actualmente hay una desconfianza generalizada en los datos oficiales de la mayoría de los países de la región.

La reforma policial en América Latina es desafiante, pero no imposible. De hecho, hay cinco elementos que ayudan a entender mejor

las posibilidades de lograr cambios significativos en el ámbito de la seguridad. En primer lugar, constantemente se diseñan e implementan iniciativas para reformar la policía. El consenso afirma, por un lado, que es necesario reformar las instituciones policiales desde adentro y, por otro, que el mundo político y la opinión pública seguirán estando presentes en los debates políticos sobre la reforma institucional en la región. En segundo lugar, la ayuda internacional está concentrando sus esfuerzos en el mejoramiento de los indicadores de desempeño policial, incluso en áreas que durante muchas décadas fueron olvidadas, como los resultados de las investigaciones y el análisis de delitos. En tercer lugar, los resultados prometedores en áreas específicas como la modernización de los sistemas educativos o el desarrollo de estrategias policiales exitosas les han demostrado a los actores internos y externos que es posible introducir cambios, aunque claramente a un ritmo más lento que el que aconsejarían los expertos. No obstante, hay indicios que apuntan a que es posible reformar las áreas más importantes para los agentes de policía. En cuarto lugar, las nuevas generaciones de policías perciben que la creciente militarización y el papel prominente del sector privado en la provisión de seguridad son tendencias que afectan directamente su posición en la administración de justicia. En algunos países, las nuevas generaciones (usualmente las personas con niveles educativos más altos) están preocupadas por los problemas que enfrentan sus instituciones y están dispuestas a discutir reformas específicas. Finalmente, el poder judicial, la policía y las cárceles ocupan un lugar en la crisis sistemática de la justicia penal en América Latina. En general, hay poco espacio para la innovación en contextos en los que prevalecen la violencia, la falta de eficacia y la corrupción y donde la impunidad, la inseguridad y el miedo caracterizan las interacciones de los ciudadanos con el sistema de justicia penal. Por lo tanto, las reformas del sistema judicial definitivamente tendrán una influencia sobre las fuerzas policiales.

Las agendas futuras de investigación

La reforma policial es un área relativamente nueva entre los estudios de derecho y sociedad en América Latina. En las últimas décadas se ha prestado más atención al trabajo policial debido a los crecientes niveles de violencia y delincuencia, que en algunas ocasiones parecen imposibles de neutralizar. Aunque las fuerzas policiales participaron en violaciones de derechos humanos en los años setenta y ochenta, el regreso de la democracia no precipitó una reflexión sobre la necesidad de reformarlas. De hecho, la mayoría de las fuerzas se convirtieron en la columna vertebral de los nuevos regímenes que se enfrentaban al creciente malestar social y al auge de la criminalidad.

Desde la década de los noventa, las ONG, los centros de pensamiento y organizaciones de la sociedad civil que siguen los casos de corrupción y las violaciones de derechos humanos han observado detenidamente la actuación de los policías. Aunque posteriormente la academia puso en marcha una agenda de investigación sobre el tema, lo abordó desde perspectivas disciplinarias y contextos que no están suficientemente bien integrados. De hecho, la mayoría de las investigaciones que se llevan a cabo en Estados Unidos y Europa casi nunca tienen un impacto sobre las decisiones de política pública en América Latina; es más, con mucha frecuencia los investigadores suramericanos

las desconocen. Según el mito, la política de "tolerancia cero", los sistemas estadísticos como "CompStat", la "vigilancia comunitaria" y la "policía orientada a la solución de problemas" son buenas prácticas para las fuerzas policiales del Sur. Sin embargo, en la mayoría de los casos se ha recopilado muy poca información empírica sobre los elementos contextuales que inciden en la adecuada implementación de las reformas.

El alcance de los estudios sobre las reformas policiales también es limitado como consecuencia de los bajos niveles de transparencia de la información institucional. Por ejemplo, el Plan Cuadrante de los Carabineros de Chile aún no ha sido investigado debido a las dificultades para recopilar información. Por lo tanto, los constantes aumentos presupuestales se basan más en pruebas anecdóticas que en datos sólidos sobre el impacto de las políticas o sus resultados. Del mismo modo, el impacto de las estrategias que buscan combatir la violencia de género solo ha sido estudiado de forma marginal debido a que los agentes de policía son reacios a participar en el diseño de las investigaciones.

Como se mencionó, los datos oficiales no son robustos y generalmente no están abiertos al público. Incluso hay dudas sobre la exactitud de las tasas de homicidio. Sobre la base de su trabajo etnográfico en Brasil, Denyer (2016) plantea dudas sobre el comportamiento de las tasas de homicidio. Según el autor, la disminución de las tasas no necesariamente se debe a la mejora de las estrategias policiales, sino más bien al hecho de que las organizaciones criminales mismas determinan cuándo, dónde y por qué matar. Tales tendencias limitan la posibilidad de desarrollar una agenda de investigación empírica que caracterice mejor los problemas de delincuencia y violencia que enfrentan los países latinoamericanos. Además, dado que es casi imposible integrar las bases de datos de la policía, el sistema judicial y el sistema penitenciario, las posibilidades de los investigadores de diseñar investigaciones más sofisticadas son limitadas.

Aunque las futuras agendas de investigación podrían concentrarse en múltiples temas, algunos de ellos son fundamentales. En primer lugar, es necesario estudiar mejor la militarización, el auge de la seguridad privada y el impacto de ambos fenómenos sobre el trabajo policial. Tales fenómenos son importantes no solo porque afectan la misión y la doctrina de la policía, sino porque inciden en la relación entre la policía y la comunidad. Es claro que es necesario examinar cómo ambos procesos están redefiniendo los roles de los actores estatales y no estatales en el ámbito de la seguridad.

La corrupción y el uso excesivo de la violencia no pueden tratarse como rasgos habituales del trabajo policial. De hecho, es necesario comprender mejor los vínculos entre la policía y esfera política que permiten que ambos problemas sean endémicos. En muchos casos, la literatura sobre la reforma policial en América Latina no tiene en cuenta las estrategias policiales posibles. Las innovaciones en otros contextos se pasan por alto o se implementan de manera deficiente, si acaso se evalúan. Aunque hay evidencia empírica que muestra que los patrulleros solo tienen un impacto marginal sobre los niveles de criminalidad, y que el patrullaje es un método extremadamente ineficaz para detectar el crimen, la mayoría de las fuerzas policiales dependen en gran medida de esta estrategia. La criminología aplicada debería evaluar las reformas a las estrategias policiales para determinar qué funciona y qué no funciona en la práctica.

Finalmente, es necesario contar con más estudios dentro de las fuerzas policiales. Se sabe muy poco sobre los agentes de policía y su relación con la comunidad, las diferencias de género en la actividad policial, los desafíos que enfrentan el control y la prevención del delito, entre otros temas. Es evidente que se requiere un análisis más específico para comprender mejor las fuerzas internas que podrían convertirse en barreras para quienes lideran el cambio institucional. Después de más de dos décadas de reformas tenemos algo claro: los cambios necesitan líderes y el apoyo interno suficiente para contrarrestar las inevitables contrarreformas.

Notas

1. Wilson Center. www.wilsoncenter.org/program/latin-american-program. (Consultado el 8 de octubre de 2017.
2. WOLA. www.wola.org/issue/police_reform. (Consultado el 8 de octubre de 2017.
3. International Crisis Group. www.crisisgroup.org/en/regions/latin-america-caribbean/guatemala/043-polic e-reforma-en-guatemala-obstáculos-y-oportunidades.aspx. (Consultado el 8 de octubre de 2017.
4. Human Rights Watch. www.hrw.org/es/americas. (Consultado el 8 de octubre de 2017.
5. Center for Strategic and International Studies. www.csis.org/analysis/police-reform-latin-america. (Consultado el 8 de octubre de 2017.
6. //csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/publication/120228_Johnson_PoliceReform_web.pdf. (Consultado el 8 de octubre de 2017.
7. Fundación Ideas para la Paz. www.ideaspaz.org/. (Consultado el 8 de octubre de 2017.
8. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. www.latinamerica.undp.org/. (Consultado el 8 de octubre de 2017.
9. Banco Interamericano de Desarrollo. www.iadb.org/es/temas/seguridad-ciudadana/iniciativa-de-seguridad-ciudadana,7251.html. (Consultado el 8 de octubre de 2017.
10. Integrar la perspectiva de género implica evaluar las implicaciones para las mujeres y los hombres de cualquier acción planificada, incluida la legislación, las políticas públicas o los programas en todas las áreas y en todos los niveles.

Referencias

Alvarado, Arturo. 2014. La criminalidad y las políticas de seguridad en México. *Cuestiones de Sociología* 10. www.cuestionessociologia.fahce.unlp.edu.ar/article/view/CSn10a10.

Alves, Márcia y Enrique Desmond Arias. 2012. Understanding the Fica Vivo programme: two-tiered community policing in Belo Horizonte, Brazil. *Policing and Society* 22(1): 101-13.

Angarita Cañas, Pablo Emilio. 2014. Políticas para enfrentar la violencia y la inseguridad en Colombia. *Cuestiones de Sociología* (10). http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.6335/pr.6335.pdf

Antillano, Andrés. 2014. Crimen y castigo en la revolución bolivariana. *Cuestiones de Sociología* 10. www.cuestionessociologia.fahce.unlp.edu.ar/article/view/CSn10a19. (Consultado el 1º de junio de 2016).

Arias, Enrique y Daniel Goldstein (eds.). 2010. *Violent democracies in Latin America*. Durham: Duke University Press.

Azaola, Elena. 2006. *Imagen y autoimagen de la policía de la Ciudad de México*. México: Edición Coyoacán.

Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe (CAF). 2015. Capacitación, Percepción de riesgo y actuación policial. En *Resumen de Políticas Públicas. Seguridad Ciudadana*. CAF. http://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/689/Resumen-DePolitica_Polic%C3%ADa%20Federal.pdf?sequence=1&isAllowed=y. (Consultado el 1 de junio de 2016).

Bayley, David. 1995. A foreign policy for democratic policing. *Policing and Society* 5: 79-93.

Bobbea, Lilian. 2012. The emergence of the democratic citizen security policy in the Dominican Republic. *Policing and Society* 22(1): 57-75.

Bonner, Michelle. 2009. State discourses, police violence and democratization in Argentina. *Bulletin of Latin America Research* 28(2): 227-45.

Bonner, Michelle. 2015. Rethinking debates on media and police reform in Argentina. *Policing and Society* 19. doi:10.1080/10439463.2014.993632. (Consultado el 4 de junio de 2016).

Brinks, Daniel. 2016. *The judicial response to police killings in Latin America. Inequality and the rule of law*. Nueva York: Cambridge University Press.

Bruneau, Thomas, Lucía Dammert y Elizabeth Skinner. 2011. *Maras: Gang violence and security in Central America*. Austin, TX: University of Texas Press.

Cano, Ignacio, Claudia Trindade, Doriam Borges, Eduardo Ribeiro, Lia Rocha, Cintia Barros, Emanuelle Araújo, Marcele Frossard, Pedro Ansel y Sandra Andrade. 2012. *Os donos do morro; Uma avilacao exploratória do impacto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) no Rio de Janeiro*. Río de Janeiro: Relatorio do LAV-CAF. www.lav.uerj.br/docs/rel/2012/RelatUPP.pdf. (Consultado el 3 de junio de 2016).

Carroll, Rory. 2009. Deadly force: Venezuela's police have become a law unto themselves. *The Guardian*, 6 de septiembre. www.theguardian.com/world/2009/sep/06/venezuela-police-law-themselves. (Consultado el 6 de junio de 2016).

Colvin, Roddrik. 2016. Female police officers and their experiences: the metropolitan police of Buenos Aires context. *Women and Criminal Justice* 16: 1-16.

Corbacho, Ana, Julia Phillpp y Mauricio Ruiz-Vega. 2015. Crime and erosion of trust: evidence for Latin America. *World Development* 70: 400-15.

Costa, Gino y Carlos Basombrio 2008. *Liderazgo civil en el Ministerio del Interior.* (Mimeo). Lima: IDL.

CRISP y Datafolha. 2013. *Pesquisa Nacional de Victimizaçao*. Resumen ejecutivo SENASP. CRISP y Datafolha. www.interconect.com.br/clientes/pontes/blog/pnv.pdf. (Consultado el 4 de junio de 2016).

Cruz, José Miguel. 2015. Police misconduct and political legitimacy in Central America. *Journal of Latin American Studies* 47(2): 251-83.

Dammert, Lucía. 2012. *Fear and crime in Latin America: Redefining State-Society Relations*. Nueva York: Routledge.

Dammert, Lucía. 2016. The Peruvian perfect storm: State fragility, corruption and organized crime. En *Fragile states in the Americas*, eds. Hanna S. Kassab y Jonathan D. Rosen. Washington, DC: Lexington Books: 78-101.

Dammert, Lucía y Felipe Salazar. 2009. *¿Duros con el delito? Populismo e inseguridad en América Latina*. Santiago de Chile: FLACSO. https://scela.wordpress.com/2009/11/02/duros-con-el-delito-populismo-e-insegu-

ridad-en-america-latina-lucia-dammert-y-felipe-salazar/. (Consultado el 13 de enero de 2016).

Debert, Guita y Sandra Brocksom. 2015. La violencia de género y la administración de la justiciar en Brasil: El caso de São Paulo. *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, 21-9. https://revistas.uam.es/revIUEM/article/view/2222/2340. (Consultado el 10 de febrero de 2021).

Denyer, Graham. 2016. Police, 'Police' and the urban. En *The SAGE Handook of Gobal Policing*, eds. Ben Bradford, Beatrice Jauregui, Ian Loader y Jonny Steinberg, 479-96. Londres: SAGE Publication.

Diamint, Rut. 2015. A new militarism in Latin America. *Journal of Democracy* 26(4): 155-68.

Dudley, Steven. 2016. How drug trafficking operates, corrupts in Central America. *Insight Crime*, 6 de julio de 2016. www.insightcrime.org/news-analysis/how-drug-trafficking-operates-corrupts-in-central-america. (Consultado el 6 de julio de 2016).

Dzur, Albert W. 2012. The myth of penal populism. En *Punishment, participatory democracy, and the jury*, ed. Albert W. Dzur, 21-40. Oxford Scholarship online.

Fenwick, Mark. 2013. 'Penal Populism' and penological change in contemporary Japan. *Theoretical Criminology* 17(2): 215-31.

Frühling, Hugo. 2009. Recent police reform in Latin America. En *Policing insecurity. Police reform, security and human rights in Latin America*, ed. Niels Uldriks, 21-47. Landham: Lexington.

Früling, Hugo. 2012. A realistic look at Latin America community policing programmes. *Policing and Society* 22(1): 76-88.

Garland, David. 2005. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.

García, Berta. 2014. En la encrucijada: ¿Hacia dónde va la cuestión policial ecuatoriana? *Cuestiones de Sociología* 10. www.cuestionessociologia.fahce.unlp.edu.ar/article/view/CSn10a07. (Consultado el 4 de junio de 2016).

Glanc, Laura. 2014. Caught between soldiers and police officers: police violence in contemporary Argentina. *Policing and Society* 24(4): 479-96.

Hathazy, Paul. 2013. Fighting for a democratic police: Politics, experts and bureaucrats in the transformation of the police in post-authoritarian Chile and Argentina. *Comparative Sociology* 12: 1-43.

Hinton, Mercedes. 2006. *The state on the streets. Police and politics in Argentina and Brazil*. Denver: Lynne Rienner.

InSight Crime. 2015. *Buenos Aires police torture cases Indicate Institutional Problem*. www.insightcrime.org/news-briefs/buenos-aires-police-torture-cases-indicate-institutional-problem. (Consultado el 3 de junio de 2016).

Institute for Economics and Peace (IEP). 2015. *Global Peace Index 2015*. Sydney: Institute for Economics and Peace. http://static.visionofhumanity.org/sites/default/files/Global%20Peace%20Index%20Report%202015_3.pdf. (Consultado el 3 de junio de 2016).

Jaiman, Laura y Sebastian Galiani. 2016. *La teoría detrás de la reforma de la policía en Montevideo*. http://blogs.iadb.org/sinmiedos/2015/12/17/economia-del-crimen-aplicada-el-caso-de-montevideo/. (Consultado el 3 de junio de 2017).

Jiménez, Marco. 2016. Ayotzinapa 43: The criminal corruption of the Mexican State. *Educational Philosophy and Theory* 48(2): 119-22.

Johnson, Stephen, Johanna Mendelson y Katherine Bliss. 2012. *Police reform in Latin America.*

Implications for U.S Policy. Washington, DC: CSIS. https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/publication/120228_Johnson_PoliceReform_web.pdf. (Consultado el 6 de junio de 2016).

Lagos, Marta y Lucía Dammert. 2012. La seguridad ciudadana: El problema principal de América. *Latinobarómetro*, 12 de junio de 2016. www.latinobarometro.org/documentos/LATBD _La_seguridad_ciudadana.pdf. (Consultado el 3 de junio de 2017).

Main, Alexander. 2014. The U.S. remilitarization of Central America and Mexico. *NACLA*. 17 de junio de 2014. https://nacla.org/article/us-re-militarization-central-america-and-mexico. (Consultado el 1 de junio de 2016).

Miyazawa, Setsuo. 2008. The politics of increasing punitiveness and the rising populism in Japanese criminal justice policy. *Punishment and Society* 10(1): 47-77.

Mota, Mariana, Michael Trebilcoc y Patrick Hartford. 2012. Police reform in violent democracies in Latin America. *Hague Journal on the Rule of Law* 4(2): 252-85.

Neumann, Pamela J. 2013. (Un)exceptional violence(s) in Latin America. *Latin American Politics and Society* 55: 168-75.

O'Donnell, Guillermo. 1998. *Polyarchies and the (un)rule of law in Latin America*. Documento de trabajo 254. Kellogg Institute for International Studies.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) Mujeres. 2016.

Ortega, Daniel. 2016. Effectiveness versus legitimacy: use of force and police training in Latin America. *Brookings*. www.brookings.edu/2016/01/05/effectiveness-versus-legitimacy-use-of-force-and-police-training-in-latin-america/. (Consultado el 6 de junio de 2016).

Pita, J.M. 2015. Analysis, systematizing and elaboration of proposals of improvement in the treatment of cases of violence against the woman in application of the norms of the penal new procedural. *LEX* 10(9): 387-416.

Reiner, Robert. 1992. *The politics of the police*. Hemel Hemstead: Harvester Wheatsheaf.

Riccio, Vicente, Marco Aurelio Ruediger, Steven Dutt Ross y Wesley Skogan. 2013. Community policing in the Favelas of Rio de Janeiro. *Police Practice and Research: An International Journal* 14(4): 308-18.

Ruiz Torres, Miguel y Elena Azaola Garrido. 2014. Cuadrar el delito: Corrupción institucional y participación de policías en el secuestro en México. *Perfiles Latinoamericanos* 22(44): 91-112. www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532014000200004&lng=es&tlng=es. (Consultado el 2 de junio de 2016).

Sabet, Daniel M. 2013. Corruption or Insecurity? Understanding Dissatisfaction with Mexico's Police. *Latin American Politics and Society* 55: 22-45.

Saín, Marcelo. 2008. *El Leviatán Azul. Policía y política en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Saín, Marcelo. 2012. Es la política, estúpido. El Gobierno Federal frente a la reforma policial en Argentina, 135-64. *Comunes*.

Silva, Hector. 2016. *Corruption in El Salvador: Politicians, police and transportistas*. Bogotá: InSight Crime. www.insightcrime.org/images/PDFs/2016/InSight_Crime_El_Salvador_Police_Corruption_Special%20Report.pdf. (Consultado el 3 junio de 2016).

Seri, Guillermina. 2012. *Seguridad: Crime, police power, and democracy in Argentina*. Nueva York: Continuum International Publishing Group.

Serrano-Berthet, Rodrigo. 2013. *O retorno do estado às favelas do Rio de Janeiro: Uma análise da transformacao do dia a dia das comunidaes após o Processo de Pacificacao das Upps*. Banco Mundial. http://documentos.bancomundial.org/curated/es/760411468227666514/pdf/760110ESW0P12300Rio0de0Janeiro02013.pdf. (Consultado el 3 de junio de 2016).

Sharp, Douglas. 2005. Who needs theories in policing? An introduction to a special issue on policing. *The Howard Journal* 44(5): 449-59.

Sozzo, Máximo. 2016. Policing after dictatorship in south America. En *The SAGE Handbook of Global Policing*, eds. Ben Bradford, Beatrice Jauregui, Ian Loader y Jonny Steinberg, 337-55. Londres: SAGE Publications: 337-55.

Swanson, Kate. 2013. Zero tolerance in Latin America: Punitive paradox in urban policy mobilities. *Urban Geography* 34(7): 972-88.

Transparency International. 2015. *Corruption Perceptions Index 2015*. London: Transparency International. www.transparency.org/cpi2015. (Consultado el 2 de junio de 2016).

Ungar, Mark. 2007. The privatization of citizen security in Latin America: From elite guards to neighborhood vigilantes. *Social Justice* 34:20-37.

Ungar, Mark. 2011. *Policing democracy: Overcoming obstacles to citizen security in Latin America*. Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.

Ungar, Mark. 2013. The rot within: security and corruption in Latin America. *Social Research: An International Quarterly* 80(4): 1187-212.

Ungar, Mark y Leticia Salomón. 2012. Community policing in Honduras: Local impacts of a national programme. *Policing and Society* 22(1): 28-42.

Wilson, David, Robert B. Parks y Stephen D. Mastrofski. 2011. The impact of police reform on communities of Trinidad and Tobago. *Journal of Experimental Criminology* 7: 375-405.

Wood, Jennifer y Enrique Font. 2007. Crafting the governance of security in Argentina: Engaging with global trends. En *Crafting transnational policing: Police capacity-building and global policing reform*, eds. Andrew Goldsmith y James Sheptycki, 329-56. Oxford: Hart.

Wood, Jennifer. 2015. Police and policing. En *The handbook of law and society*, eds. Austin Sarat y Patricia Ewick, 183-96. West Sussex: Wiley Blackwell.

Zavaleta, Alfredo, Gabriel Kessler, Arturo Alvarado y Jorge Zaverucha. 2016. A bibliographical essay on the relationships between police forces and the youth in Latin America. *Política y Gobierno* 23(1): 201-29.

Zedner, Lucia. 2009. *Security*. Londres: Routledge.

Zechmeister, Elizabeth, ed. 2014. *The political culture of democracy in the Americas: Democratic governance across 10 years of the Americas barometer*. Washington, DC: USAID. www.vanderbilt.edu/lapop/ab2014/AB2014_Comparative_Report_English_V3_revised_011315_W.pdf. (Consultado el 2 de junio de 2016).

Páginas web

Center for Strategic and International Studies. 2012. Police reform in Latin America. www.csis.org/analysis/police-reform-latin-america. (Consultado el 6 de junio de 2016).

Human Rights Watch. 2016. Americas. www.hrw.org/es/americas. (Consultado el 6 de junio de 2016).

Capítulo 17
PROFESIONALES DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA EN EL SIGLO XXI*

Manuel A. Gómez

I. La influencia de los profesionales del derecho latinoamericanos

Es difícil imaginar a un grupo con mayor influencia que los profesionales del derecho en la organización y desarrollo del Estado latinoamericano moderno. Por profesionales del derecho no solo me refiero a aquellos autorizados para ejercer la abogacía y representar clientes, sino también a los jueces, magistrados, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Son también profesionales del derecho aquellas otras personas formalmente capacitadas cuya ocupación profesional es servir de puente o de contacto entre el sistema jurídico del Estado y la sociedad en general. De acuerdo con este criterio, los estudiantes de derecho también deben ser considerados profesionales del derecho, aunque su papel y contribución son ciertamente diferentes y más limitados que aquellos realizados por jueces, abogados y otros.

Los profesionales del derecho han sido vitales para muchas actividades relacionadas con el funcionamiento del sistema jurídico formal, incluyendo la elaboración e interpretación de leyes, la resolución de controversias, la oferta de asesoramiento jurídico y, obviamente, la participación en la ejecución de decisiones judiciales y administrativas. Los profesionales del derecho también han estado en el corazón del proceso político y del funcionamiento del Estado, desde la época colonial (Pérez-Perdomo 2006). Los abogados se encuentran comúnmente en muchas agencias gubernamentales, y oficinas públicas, en todo el espectro de la burocracia del Estado en toda la región (Falcão 1984, 1988; Fix-Fierro y López Ayllón 2003). La contribución de los profesionales del derecho latinoamericanos a la sociedad va más allá de la esfera pública, ya que también han sido actores clave en el sector privado (Gómez y Pérez-Perdomo 2017a). Las funciones tradicionales de los asesores jurídicos y de consultores internos en las empresas, por ejemplo, son generalmente reservadas a los abogados. Los profesionales del derecho también actúan como funcionarios corporativos, intermediarios y lobistas en el mundo político y en los grupos de influencia que operan en la sociedad. Además, ciertos campos como la protección del medio ambiente o los derechos humanos también se han visto

* Cómo citar este capítulo: Gómez, Manuel A. 2024. Profesionales del derecho en América Latina en el siglo XXI. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 391-412. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.18

moldeados principalmente por el trabajo de los profesionales del derecho a través de su participación en la formulación de políticas, la promoción de mecanismos de protección y el activismo (Gómez 2010; Rodríguez Garavito 2010; Dezalay y Garth 2002).

Sin embargo, es importante reconocer que la relación entre los profesionales del derecho y la sociedad no es unilateral, sino más bien compleja y multidimensional. Como acabo de decir, los profesionales del derecho han contribuido a crear, dar forma y transformar instituciones, costumbres, normas y procesos, y han tenido un impacto notable en la sociedad, la política y la economía. A su vez, estos ámbitos también han influido en el desarrollo y transformación de las profesiones jurídicas. Como resultado, la relación entre la sociedad y los profesionales del derecho es un ciclo ininterrumpido en el que uno influye y transforma al otro y viceversa.

Dada la importancia de los profesionales del derecho latinoamericanos, uno esperaría que la literatura académica les prestase una atención considerable, pero desafortunadamente ese no ha sido el caso. Con algunas excepciones, la mayor parte de la investigación académica relacionada con los sistemas jurídicos de los países latinoamericanos todavía presta más atención a las reglas e instituciones formales que a las personas que crean, interpretan, aplican y ejecutan esas reglas. La escasa literatura sobre los profesionales del derecho en la región se ha centrado principalmente en los jueces, y gran parte de ella ha surgido paralelamente o en relación con las agendas de reforma judicial promovidas por el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y algunos países durante los años noventa (Hammergren 2007; Dakolias 1996).

A excepción de la todavía pequeña pero creciente literatura de corte sociológico sobre jueces latinoamericanos (Hilbink 2015; Azuela y Cancino 2014; Rodríguez Garavito 2014; Helmke y Ríos-Figueroa 2011; García Villegas 2008) y abogados, el inventario existente también ha tendido a ser en su mayoría prescriptivo o normativo (Hartmann 2007), relegando así cualquier análisis descriptivo a un segundo plano. Los autores han prestado más atención a cómo los jueces y abogados cumplen —o no cumplen— su papel en el sistema jurídico formal, pero han descuidado verlos como actores sociales interconectados con el contexto económico, social y político.

Este capítulo intenta contrarrestar esa visión tradicional, centrándose en los profesionales del derecho de América Latina, pero como miembros de un grupo social distinto, y llevándolos al frente y al centro de la discusión. Dado que otros capítulos de este libro se centran específicamente en los jueces (González Bertomeu, en este libro) y las instituciones cuyo funcionamiento se les confía (Pou, en este libro), este capítulo se centrará en tres categorías distintas pero interrelacionadas de actores jurídicos profesionales: juristas académicos, estudiantes de derecho y abogados. El análisis ofrecido aquí se relaciona con la literatura de la sociología jurídica *(law and society)* contemporánea, aún escasa pero cada vez más importante, sobre los profesionales del derecho en la región, y también trata de proporcionar una evaluación crítica de la amplitud y el alcance de dicha literatura. Además, este capítulo sitúa la literatura sobre profesionales del derecho latinoamericanos dentro del estudio comparado sobre la relación de los actores jurídicos profesionales frente a las realidades sociales, políticas y económicas en las que

operan. Alineado con el alcance general del libro, este capítulo espera contribuir a la discusión intelectual sobre la relación entre los patrones institucionales, el derecho, la política y la sociedad en América Latina frente a los profesionales del derecho como un grupo social definido.

II. Profesionales del derecho en América Latina: Una definición plagada de obstáculos

Se podría decir que un profesional del derecho o un actor jurídico profesional (utilizo estos nombres indistintamente) es cualquier persona cuya ocupación principal se refiere al funcionamiento del ordenamiento jurídico del Estado, mediante la realización de un papel específico que requiere conocimiento experto, familiaridad o formación. Como resultado, los profesionales del derecho suelen someterse a procesos de formación que conducen a un título, licencia o título académico que proclame sus conocimientos, experiencia o familiaridad con el ordenamiento jurídico estatal. Teniendo en cuenta estos dos elementos —*ocupación* y *título*—, los ejemplos más visibles de profesionales del derecho son los jueces y abogados; aunque la profesión jurídica también incluye funcionarios de policía, alguaciles, secretarios de tribunales y otros funcionarios públicos cuya principal ocupación profesional es interactuar con el ordenamiento jurídico. La formación y ocupación formal también ayudan a distinguir a los profesionales del derecho de los ciudadanos comunes y corrientes, a pesar de que estos últimos también pueden ser considerados como actores jurídicos en la medida en que su interacción con el sistema jurídico también influye y moldea el funcionamiento de este último.

En términos generales, y basándonos en la descripción general que se acaba de ofrecer, la definición de profesionales del derecho parece simple y directa. No obstante, esa definición se hace menos clara una vez que consideramos las diferencias que surgen tanto de las variaciones históricas como de otras variaciones contextuales que se producen a lo largo de la región, como la de las diferentes regulaciones que rigen a los actores jurídicos profesionales de un país a otro. Como ha señalado Pérez-Perdomo (2006) en el caso de los abogados latinoamericanos —uno de los subgrupos más destacados de profesionales del derecho—, los requisitos para convertirse en abogado son diferentes en la mayoría de los países, y el papel de los colegios de abogados y entidades similares también puede diferir. Además, ser abogado en cualquier ciudad latinoamericana durante el siglo xviii era muy diferente de ser abogado en esos mismos lugares hoy en día. Estas variaciones no son triviales. Afectan la definición de profesionales del derecho en cada país, y también plantean ciertas dificultades metodológicas para su estudio.

Tomemos, por ejemplo, la diferencia entre los sistemas jurídicos nacionales con respecto a quién puede ser considerado —y contado— como abogado. En algunos países, cualquier persona que obtenga un título universitario en derecho se considera automáticamente un abogado, en otros hay requisitos adicionales como someterse a alguna capacitación práctica, trabajar como pasante, aprobar un examen administrado por el Estado o inscribirse en una organización profesional. Además, no todos aquellos que poseen una cualificación profesional o título se emplean automáticamente como abogados o están involucrados de otra manera en el ejercicio de la abogacía. Pensemos

por ejemplo en un congresista, un funcionario público o un ejecutivo de una empresa, quien a pesar de haberse graduado de una escuela de derecho nunca se ha unido a un colegio de abogados o ejercido la abogacía. ¿Y qué pasa con aquellos que ejercieron la abogacía durante un período de tiempo, pero ya no? Algunos todavía podrían considerarlos profesionales jurídicos, mientras que otros probablemente los excluirían. El panorama es obviamente complejo y matizado, y por lo tanto condiciona la forma en que definimos y estudiamos a los actores jurídicos profesionales.

Aparte de las diferencias entre los que se cuentan como abogados, también hay variaciones con respecto a qué institución u organización —si la hay— se encarga de rastrear y recopilar datos demográficos sobre abogados y otros profesionales del derecho, la metodología utilizada y la disponibilidad de dichos datos. En la mayoría de los países latinoamericanos, los datos estadísticos existentes sobre abogados (y actores jurídicos profesionales en general) son endebles en el mejor de los casos. A diferencia de Estados Unidos, donde una serie de instituciones que van desde las universidades hasta los colegios de abogados estatales han estado compilando y difundiendo estadísticas sobre graduados en derecho durante años, los países latinoamericanos no han tenido tal tradición, lo que dificulta la obtención de una imagen precisa de los actores jurídicos profesionales de la región. Además, la atención casi exclusiva prestada a jueces y abogados y la posterior marginación y descuido de otros actores jurídicos profesionales han llevado a una representación incompleta de profesionales del derecho latinoamericano en la literatura académica contemporánea.

Teniendo en cuenta estas advertencias, me dirijo ahora a abordar la discusión sobre los actores jurídicos profesionales de la región a través de una visión crítica de la literatura que se ha producido sobre el tema enfocada en la relación entre derecho y sociedad. De acuerdo con una definición amplia e inclusiva de los profesionales del derecho, la discusión ofrecida aquí se centrará en tres categorías importantes de actores jurídicos profesionales: juristas académicos, estudiantes de derecho y abogados. Centraré mi debate aquí en una descripción del panorama general, así como en los debates teóricos y empíricos sobre cada categoría de acuerdo con la literatura sociojurídica pertinente. Siempre que sea posible, también ofreceré una evaluación crítica del estado de la investigación sociojurídica en la región.

III. Redibujando el paisaje de los profesionales del derecho en América Latina

Juristas académicos como profesionales del derecho

La mayoría de los estudios sobre profesionales del derecho rara vez consideran a los juristas académicos y a los estudiantes de derecho como parte de ese grupo. En cuanto a los primeros, la percepción general es que, a diferencia de los abogados y jueces en ejercicio, los juristas académicos están desvinculados del funcionamiento diario del ordenamiento jurídico y sus actividades profesionales no tienen algún impacto práctico ni tienen peso significativo en comparación con los jueces y abogados en ejercicio. Además, hay quienes incluso han relacionado la existencia de juristas académicos con su supuesta incapacidad para ejercer, como

si la razón por la que enseñan e investigan fuera precisamente porque "no pueden hacer" (Cohen 2004). Al igual que en las imágenes convencionales de la torre de marfil, los juristas académicos son comúnmente considerados como habitantes de un mundo enclaustrado y aislado principalmente preocupados por ideas abstractas y teóricas sobre el derecho.

El término jurista académico se aplica principalmente a quienes poseen conocimientos profundos a tal punto que son considerados expertos en el derecho y se dedican profesionalmente a enseñar, hacer investigación, escribir, publicar sus resultados y participar en otras actividades intelectuales relacionadas entre sí, generalmente apartadas del ejercicio tradicional de la abogacía. La mayoría de los juristas académicos hoy en día son profesores e investigadores afiliados a universidades. No obstante, también hay profesores de derecho que no escriben e investigadores jurídicos que no enseñan; pero todos tienen en común que su ocupación es en su mayoría intelectual o académica y no práctica. Para complicar aún más las cosas, la difusión del conocimiento jurídico no siempre ha sido una actividad exclusiva de profesores de derecho, investigadores o autores jurídicos. Ha habido personas cuya contribución a la difusión de conocimientos jurídicos es innegable, a pesar de no haber publicado su trabajo o no haber enseñado derecho en un entorno académico. De hecho, investigaciones históricas han demostrado que los juristas de la antigüedad comunicaron principalmente sus ideas oralmente, y la obra escrita es relativamente reciente (Pérez-Perdomo 2009).

En cualquier caso, no hay duda de que los juristas académicos son actores importantes de la sociedad. Poseen conocimientos especializados sobre el ordenamiento jurídico, y son responsables de difundirlo. Los juristas académicos no solo comentan o discuten las leyes, sino que también contribuyen a su proceso de creación proponiendo, redactando, asesorando y consultando con legisladores y otros funcionarios públicos. Debido a la estrecha conexión entre la ley y la política, no es raro que algunos juristas académicos también sigan una carrera en el Gobierno o el servicio público. La historia de los países latinoamericanos está llena de ejemplos de juristas académicos que han permanecido estrechamente vinculados a la estructura política, lo que les ha permitido desempeñar un papel aún mayor en la formación del Estado, en el desarrollo de las instituciones jurídicas y, más recientemente, en la consolidación de la democracia.

Uno de esos influyentes juristas académicos fue Andrés Bello, el humanista de origen venezolano cuya prolífica carrera intelectual durante el siglo xix dejó una marca duradera en toda Europa y Sudamérica. Además de escribir obras esenciales sobre gramática y ser un poeta consumado, Bello fue un reconocido jurista académico. Redactó el primer Código Civil chileno en 1852, que más tarde fue adoptado por Ecuador y Colombia, y sirvió como referencia importante a la entonces naciente legislación de otros países latinoamericanos. Hay una abundancia de publicaciones sobre Bello y su trabajo, centrándose en las cualidades excepcionales de Bello como humanista y en el valor académico y la sustancia de su producción intelectual (Jaksic 2001). Algo similar se puede decir de otros juristas latinoamericanos de similar calibre, como Carlos Calvo de Argentina, Antonio Sánchez de Bustamante de Cuba (Obregón 2017) o Rui Barbosa de Brasil (Coates 2016; Gonçalves 2000), por nombrar solo unos pocos.

Hasta ahora, el interés por los juristas académicos latinoamericanos se ha centrado en los conceptos jurídicos, ideas, teorías o pensamientos defendidos por esos eruditos en su obra o sus biografías como una forma de rendirles homenaje, celebrar sus carreras y destacar sus elogios intelectuales. Lo que falta, sin embargo, es el estudio de los juristas académicos como un grupo social independiente con respecto a sus rasgos únicos, las relaciones con otros actores jurídicos, el resto del ordenamiento y con la sociedad en su conjunto. Como ha señalado Pérez-Perdomo, el interés por estudiar a los juristas académicos como subcategoría de actores jurídicos profesionales ha sido, por desgracia, escaso. Es desconcertante ver cómo los juristas académicos no han ocupado la atención de sus compañeros ni de otros investigadores de ciencias sociales. Tanto la propia obra de Pérez-Perdomo sobre los juristas académicos venezolanos (2009, 2014, 2015a, 2015b) como la de Fix Fierro (2014) sobre los juristas académicos mexicanos son —según mis conocimientos— las únicas obras orientadas a entender el papel de los juristas académicos en las sociedades latinoamericanas, incluyendo el impacto de la cultura, la política y otros factores que afectan el funcionamiento del ordenamiento jurídico.

El tratamiento de los juristas académicos como grupo social ha caído rutinariamente fuera del radar de investigadores y comentaristas, pero sus publicaciones y otras contribuciones intelectuales no lo han hecho. El trabajo de los juristas académicos es frecuentemente examinado y criticado por otros juristas académicos, aprendido y memorizado por los estudiantes de derecho, y a veces empleado como sustento por los legisladores o litigantes con el fin de apoyar sus argumentos o validar sus posiciones en casos de la vida real y otras situaciones. De hecho, uno podría aventurarse a decir que una parte significativa de lo que hacen los juristas académicos es precisamente eso. No obstante, el formato, el estilo y la amplitud del producto intelectual de los juristas académicos —a menudo denominada "doctrina jurídica" en los países que siguen la tradición jurídica romano-germánica— varían mucho.

El vehículo contemporáneo más común para la difusión del producto intelectual de los juristas académicos son las publicaciones escritas que aparecen en revistas académicas especializadas, libros y otros medios impresos dirigidos principalmente a los miembros de la comunidad jurídica. El formato y el estilo también tienden a variar dependiendo del tema y el alcance de la obra, aunque el enfoque es casi invariablemente normativo. La producción jurídica latinoamericana en su forma más tradicional gravita en torno a la interpretación de las leyes oficiales, las instituciones jurídicas, las decisiones judiciales o las teorías y principios subyacentes que informan al ordenamiento jurídico del Estado. Los juristas académicos tienden a centrarse en si un caso judicial en particular se decidió correctamente (es decir, de acuerdo con cierta interpretación de las leyes pertinentes), o si una disposición legal cumple o no con un orden o principio normativo superior. También hay un gran interés en la discusión de teorías y conceptos abstractos que subyacen al sistema jurídico oficial, sus instituciones y actores.

Con algunas excepciones, esta visión tradicional retrata la ley como una disciplina independiente y autorreferenciada aislada de su entorno o contexto social. Las preguntas sobre el impacto de la ley en la sociedad y viceversa tienden a ser dejadas de lado en gran medida por este tipo de actividad intelectual.

Un análisis del catálogo o índice de cualquier revista jurídica latinoamericana, así como de la mayoría de las obras jurídicas, puede ayudar a demostrar esta aseveración, pero desafortunadamente la observación solo sería anecdótica. El único esfuerzo sistemático que conocemos, orientado a explorar la relación entre las realidades sociales, económicas y políticas y la producción jurídica académica latinoamericana, es la investigación de Pérez-Perdomo (2014) sobre las revistas de derecho venezolanas. Después de investigar un universo de más de mil artículos publicados en las siete principales revistas jurídicas de ese país entre 2000 y 2013, Pérez-Perdomo identificó una interesante correlación entre la producción jurídica y la situación política actual de Venezuela. En términos más concretos, encontró un aumento de artículos académicos que consideraban el impacto de los recientes acontecimientos políticos, sociales y económicos en el funcionamiento del ordenamiento jurídico. Esto también significó una desviación del análisis puramente normativo de normas y principios jurídicos específicos que definen la producción académica tradicional, como mencioné anteriormente.

Pérez-Perdomo también informó de la presencia de un pequeño cuadro de estudios jurídicos interdisciplinarios con enfoque empírico que también se basan en metodologías de ciencias sociales producidos principalmente en el campo de la criminología. Una revista específica, *Capítulo Criminológico*, parecía particularmente alineada con lo que generalmente consideramos como el ámbito de la sociología jurídica. Muchas de las obras publicadas allí se centraron en problemas del *derecho en acción*, en lugar del *derecho en los libros*. Es decir, prestaron especial atención al funcionamiento *real* del sistema de la justicia penal, su interacción con la realidad política, económica y social que lo afecta y el comportamiento de los diferentes actores involucrados. A pesar de estos interesantes acontecimientos, una parte significativa de la producción jurídica venezolana analizada por Pérez-Perdomo seguía siendo tradicional y autorreferencial.

Las revistas de derecho no son de ninguna manera los únicos vehículos para la difusión de la producción científica e intelectual en América Latina, pero sin duda son uno de los más destacados. Los juristas académicos también escriben libros que son publicados por editoriales jurídicas universitarias o por casas editoriales comerciales que sirven a la comunidad jurídica. Los juristas académicos latinoamericanos también propagan sus obras a través de otros medios, incluyendo publicaciones electrónicas, que tienen la ventaja de difundir el trabajo académico mucho más rápido que otros medios tradicionales y también son ampliamente accesibles para lectores de todo el mundo. Con ciertas excepciones provenientes de instituciones y editoriales académicas de Argentina, Chile, Colombia y México, que han adoptado y difundido importantes investigaciones de sociología jurídica latinoamericana, la mayoría de los editores de la región parecen estar todavía interesados en apoyar solo las obras jurídicas tradicionales de corte dogmático o primordialmente teórico. El caso del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) es una excepción particularmente destacable porque alberga una unidad editorial increíblemente activa con una colección de rápido crecimiento de literatura empírica tanto tradicional como sociojurídica, varias publicaciones periódicas (algunas bilingües) y un catálogo que es totalmente accesible en

línea. El Instituto es también un bastión de los juristas académicos con más de cien investigadores afiliados y una presencia muy activa en el campo de la sociología del derecho tanto a nivel nacional como internacional.

En cuanto a la audiencia de la obra jurídica intelectual, como ocurre en la mayoría de los demás ámbitos científicos y profesionales, se limita principalmente a los profesionales, aunque ocasionalmente permea al público en general. Dada la conexión entre el derecho y otras disciplinas como la política, los asuntos gubernamentales, la historia, la literatura y similares, no es inusual que los juristas académicos escriban, publiquen y tengan algún impacto en esas áreas también. Desafortunadamente, no hay inventario, catálogo general, base de datos unitaria o directorio que pueda darnos una idea de lo grande o pequeña que es o ha sido la producción de los juristas académicos latinoamericanos durante un período de tiempo en particular. Incluso una búsqueda web produciría resultados incompletos. En cualquier caso, nuestra percepción es que el inventario es inmenso.

Cada nación latinoamericana ostenta su propio grupo de juristas académicos, generalmente compuestos por profesores universitarios, investigadores y profesionales que combinan sus vidas profesionales con una actividad académica limitada. En términos de alcance y amplitud geográfica, nuestra hipótesis es que la mayor parte de la producción jurídica académica latinoamericana todavía se limita a los niveles nacional o subnacional. También hay obras que abordan los problemas jurídicos de forma más abstracta sin ninguna referencia espacial o temporal. Las obras comparativas, por otro lado, tienden a ser la excepción a menos que su autor haga referencia a las leyes, principios jurídicos y comentarios clásicos sobre ciertas naciones europeas como Italia, Francia y España, que todavía son vistas por muchos como los antepasados históricos de la mayoría —si no todos— de los sistemas jurídicos nacionales de la región. Curiosamente, las obras académicas de los comentaristas franceses, italianos y españoles de los siglos XIX y principios del XX todavía encuentran seguidores en toda América Latina. Mostrar familiaridad con este tipo de trabajo extranjero puede ser visto como un signo de erudición y cosmopolitismo.

Por otro lado, la producción de estudios jurídicos comparados que solo se centran en los países de la región parece ser menos común. El interés en comparar, digamos, un aspecto particular del sistema penal de Colombia con su contraparte costarricense no es tan atractivo para la mayoría de los juristas académicos como hacerlo con los de Italia, España, Alemania e incluso Estados Unidos. Lo mismo puede decirse de la interpretación de leyes y otros análisis jurídicos tradicionales. Paradójicamente, la mayoría de los análisis comparativos realizados sobre diferentes jurisdicciones latinoamericanas y sus ordenamientos jurídicos provienen de fuera de la región.

De hecho, una cantidad considerable de la producción intelectual jurídica contemporánea sobre ordenamientos jurídicos latinoamericanos es originaria de otros países y se publica en idiomas distintos del español o el portugués, los dos idiomas más hablados de la región. Esto es especialmente cierto en el caso de la producción intelectual en temas sobre derecho y sociedad, que parece haber florecido principalmente a través de publicaciones de habla inglesa; aunque la publicación simultánea o paralela tanto en inglés como en español no

es inusual. Este libro y otros como *Cultures of Legality* (2010), editado por Couso, Huneeus y Sieder; *Courts in Latin America* (2011), editado por Helmke y Ríos Figueroa; *Legal cultures in the age of globalization* (2013), editado por Friedman y Pérez-Perdomo; *Law and society in Latin America* (2014), editado por Rodríguez Garavito, y otros, son buenos ejemplos de ese fenómeno. Además, también hay decenas de capítulos de libros y artículos académicos sobre derecho y sociedad en América Latina que se publican rutinariamente en inglés fuera de la región y luego son reeditados en español o portugués.

Uno podría preguntarse por qué esto es así, y creo que hay dos respuestas plausibles. En primer lugar, que el inglés se ha convertido en la *lengua franca* del derecho y los actores jurídicos, y por lo tanto el idioma principal de conferencias, reuniones y publicaciones académicas en el campo sociojurídico (Friedman, Pérez-Perdomo y Gómez 2011:7). Una segunda explicación es que los estudios sobre derecho y sociedad (*law and society* en inglés) —como disciplina independiente— no solo tuvieron su origen en el mundo angloparlante, sino que también han seguido desarrollándose prominentemente fuera de Latinoamérica, principalmente en Estados Unidos y Europa, donde muchos de los principales estudiosos del movimiento del derecho y sociedad latinoamericano todavía conectan, forjan sus colaboraciones y desarrollan sus proyectos académicos (Friedman 1986; Silbey 2002; Trubek 1990; Garth 2016). Las universidades, instituciones de investigación y asociaciones profesionales de esos países también apoyan más la investigación y la producción jurídica intelectual en temas de derecho y sociedad que sus contrapartes latinoamericanas.

A pesar del evidente dominio de las instituciones estadounidenses y europeas en el campo del derecho y sociedad, algunos esfuerzos latinoamericanos para promover el desarrollo de esta disciplina son notables. Tanto en cuanto a su éxito actual como lo que prometen, algunas universidades latinoamericanas como la UNAM y el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) en México, los Andes en Colombia, la Universidad Metropolitana de Caracas (Unimet) en Venezuela, Fundaçao Getúlio Vargas en Brasil y Diego Portales en Chile se han convertido o se están convirtiendo en bastiones de la investigación sociojurídica interdisciplinaria y empírica en la región. La lista también incluye centros de investigación como la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso), el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (Ciesas), el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso), Dejusticia, Laboratorio Venezolano de Violencia, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo y el Laboratorio de Analise da Violencia. Las iniciativas más recientes incluyen la Red de Pesquisa Empírica em Direito (REED), la Red Latinoamericana de Derecho y Sociedad (Relades) y otros grupos informales, pero igualmente integrados por juristas académicos interesados en explorar la vida y el impacto del derecho en su contexto social, económico y político en América Latina y más allá.

Esta exposición a un entorno intelectual que valora y apoya la investigación interdisciplinaria y empírica que analiza el impacto del derecho en la sociedad y viceversa ha sido fundamental en la formación de muchos estudiosos del derecho y la sociedad latinoamericanos. A su vez, han influido en el desarrollo del campo en la región y también han contribuido

a infundir educación jurídica con enfoques, métodos y contenidos innovadores. Ahora nos dirigimos a describir este fenómeno en curso a través de la lente de otro grupo de actores jurídicos poco estudiados: los estudiantes de derecho.

Estudiantes como profesionales del derecho

Siguiendo la tradición occidental europea, de la cual la mayoría de los países latinoamericanos derivan sus ordenamientos jurídicos, los planes de estudio de derecho ofrecidos por las universidades han sido el principal vehículo para la formación de futuros abogados. La importancia histórica de la educación jurídica en la región es tal que las escuelas de derecho fueron uno de los primeros departamentos universitarios en las colonias españolas de las Américas. Ese fue sin duda el caso de la Universidad de Santo Domingo (República Dominicana), creada en 1538, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú) y la Universidad Real y Pontificia (México), ambas fundadas en 1551. La gran importancia que dio la monarquía española al derecho, sus instituciones y actores profesionales como medio para consolidar su poder y garantizar la gobernabilidad y el control adecuado de sus colonias explica en parte por qué se promovió la educación jurídica tan temprano en los territorios que ahora llamamos América Latina (Pérez-Perdomo 2006). El caso de Brasil fue muy diferente porque la monarquía portuguesa optó en cambio por limitar la disponibilidad de educación jurídica a la sede de la Corona, en Portugal, lo que obligó a la élite brasileña a viajar al extranjero e inscribirse en la Universidad de Coimbra para convertirse en abogados (Venáncio Filho 1977; Bastos 2000; Pérez-Perdomo 2006).

Desde la época colonial y durante el primer siglo y medio que siguió a la independencia y posterior creación de la mayoría de los Estados latinoamericanos, la educación jurídica en la región se reservó a la descendencia masculina de las élites locales. En el período anterior, las universidades comúnmente marginaron de su cuerpo estudiantil a aquellos cuya sangre no era pura o carecía de alto estatus social (Pérez-Perdomo 2006; Bergoglio 1993). Convertirse en abogado no era visto como un camino hacia el ejercicio de una ocupación profesional lucrativa como en la tradición angloamericana, sino más bien como una plataforma intelectual para mantener o promover el estatus social, económico y político.

La modernización del Estado, la expansión de las oportunidades educativas más allá de la educación secundaria, el crecimiento de la vida urbana y, más recientemente, la democratización de la educación llevaron a un aumento en el interés de buscar una educación jurídica formal entre aquellos a quienes de otra manera se les había impedido hacerlo (Pérez-Perdomo 2006). El siglo XX fue testigo tanto de una expansión en el número de facultades de derecho como de un crecimiento en la cantidad de estudiantes de esta disciplina en toda la región. La admisión de mujeres en las facultades de derecho, y en la profesión jurídica en general, fue particularmente notable durante este período. A finales del siglo XIX, por ejemplo, solo un puñado de mujeres estaban matriculadas en facultades de derecho y se convirtieron en abogadas (Mendieta y Núñez 1956; Roche 2001; Pérez-Perdomo 2006).

Un siglo más tarde, las mujeres comprendían la mayoría de la población estudiantil

de derecho y también tenían una presencia significativa en la profesión jurídica en toda la región (Pérez-Perdomo 2003, 2006; Gómez y Pérez-Perdomo 2017a). Incluso en países como Cuba, donde la profesión y educación jurídicas sufrieron un importante revés durante las primeras décadas de la Revolución, a mediados de los noventa las mujeres representaban más del setenta por ciento de la población estudiantil de derecho (Bermúdez 2001; Zatz 1994).

En términos de estructura y alcance, la educación jurídica latinoamericana generalmente ha seguido un camino uniforme. La abogacía se ofrece como una licenciatura que admite a aquellos que han obtenido un diploma de escuela secundaria. Muchas facultades de derecho también ofrecen especializaciones, maestrías, doctorados y otros estudios a nivel de posgrado, que se han vuelto muy populares durante las últimas décadas. En su mayor parte, la carrera de derecho tarda cinco años en completarse, y las principales ofertas de cursos tienden a abarcar las áreas tradicionales del derecho como el penal, el civil, el mercantil, el administrativo, el internacional y el constitucional. Además, muchas facultades de derecho todavía ofrecen cursos de filosofía jurídica, economía política y derecho romano, ya que estas materias han sido tradicionalmente consideradas elementos muy importantes de la base intelectual que se supone que ofrece la educación jurídica, a pesar de su poco o ningún uso práctico en la vida profesional. Las facultades más innovadoras, sin embargo, han estado alejándose del plan de estudios tradicional cambiando su enfoque a componentes más orientados a la práctica similares a los que se encuentran comúnmente en la educación jurídica de Estados Unidos, como paso a explicar seguidamente.

La creciente interdependencia económica entre América Latina y Estados Unidos durante las últimas décadas y la exposición cada vez más común de los abogados latinoamericanos a las profesiones y la educación jurídicas de Estados Unidos han vigorizado el debate sobre la necesidad de modernizar y transformar la educación jurídica en la región (Pérez-Perdomo y Gómez 2008). Es importante aclarar que no todas las ideas innovadoras sobre la reforma de la educación jurídica han venido del extranjero (Gonzales Mantilla 2008) y que la región latinoamericana también ha sido sede de algunas iniciativas loables en el ámbito de los estudios interdisciplinarios, la educación jurídica bilingüe y los estudios jurídicos transnacionales (Gómez 2017). No obstante, la percepción general en toda América Latina todavía parece ser que tanto la educación como las profesiones jurídicas de Estados Unidos son un referente de modernidad y pragmatismo que debería emularse (Vides, Gómez y Pérez Hurtado 2011; Gómez 2017). Esto es particularmente visible en áreas como el derecho penal, el procedimiento penal y la resolución alternativa de controversias (principalmente mediación o conciliación, y arbitraje), en parte debido a que son precisamente el foco de las agendas de reforma judicial y legal más recientes promovidas en toda la región (Gómez 2007).

En el caso del derecho penal y el procesal penal, la reciente adopción por parte de algunos países latinoamericanos de características típicamente presentes en el sistema angloamericano de justicia penal, como el juicio con jurado y los acuerdos de culpabilidad, ha despertado el interés comparativo de los responsables políticos latinoamericanos, funcionarios gubernamentales, autoridades de

facultades de derecho y expertos en materia jurídica. Se ha desarrollado un interés similar en relación con el campo de la resolución alternativa de controversias, causado en parte por la promulgación de leyes nacionales de mediación y arbitraje, la ratificación de tratados conexos y otras políticas orientadas a la institucionalización de estos mecanismos (Gómez 2007; Gómez y Pérez-Perdomo 2006). El impacto de estos acontecimientos en la educación jurídica es palpable.

En primer lugar, un número cada vez mayor de facultades de derecho latinoamericanas están incorporando cursos y otras iniciativas curriculares innovadoras que abordan los cambios sustantivos y procedimentales introducidos por los esfuerzos de reforma antes mencionados. Cada vez más, los planes de estudio de derecho latinoamericanos incluyen cursos sustantivos rediseñados sobre derecho penal y procedimientos centrados en la naturaleza adversarial de la nueva legislación. Los cursos sobre mediación, arbitraje, negociación y otros procesos de resolución de controversias también se han convertido en componentes básicos de muchos planes de estudio de derecho en toda la región (Gómez 2017; Pérez-Perdomo 2006). Otras innovaciones incluyen simulacros de juicios, competencias de arbitraje y otros programas diseñados para enseñar a los estudiantes los fundamentos de la defensa oral, la escritura persuasiva y las destrezas y habilidades necesarias para una buena relación abogado-cliente (Gómez 2017).

También se ha modernizado la educación jurídica clínica para ofrecer a los estudiantes de derecho oportunidades para trabajar en casos reales de alto impacto social y político como los relacionados con los derechos humanos, la protección del consumidor, cuestiones ambientales, la discriminación y otros asuntos de derechos civiles, y otros asuntos complejos (Londoño Toro 2009). A pesar de que la tendencia general entre las facultades de derecho latinoamericanas ha sido hacia el fortalecimiento de las clínicas dedicadas al interés público y los litigios estratégicos o de impacto, en algunas escuelas como la Facultad de Derecho Diego Portales en Chile, la oferta se ha ampliado a otras áreas como el trabajo y el empleo, la justicia penal y el derecho de familia (Gómez 2017).

Las clínicas jurídicas han desempeñado un papel importante en el fomento de la colaboración entre los estudiantes de derecho en diferentes universidades, tanto a nivel nacional como transnacional. Un ejemplo de la primera es la Asociación Nacional de Clínicas y Asistencia Jurídica (ASOCLIVA) de Colombia. A nivel regional, encontramos la Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas (RLCJ), fundada en 1996, que actualmente comprende dieciocho escuelas de Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú. Los miembros de la RLCJ, a su vez, han firmado acuerdos de cooperación con varias escuelas de derecho de Estados Unidos, incluyendo Harvard, Columbia, American y la Universidad George Washington.

Como era de esperar, los juristas académicos y los profesores de derecho han estado en el epicentro del debate sobre las innovaciones y la reforma de la educación jurídica en América Latina. A través de trabajos académicos, los juristas han sopesado los pros y los contras de adoptar ciertas estrategias pedagógicas comunes en la educación legal angloamericana como el método del caso (Wassermann 1999; Lazo González 2011), aprendizaje clínico y experiencial (Abramovich 1999) y habilidades de defensa y argumentación oral (Álvarez 2008).

Los diálogos regionales, a veces patrocinados desde el extranjero, han fomentado oportunidades para realizar análisis en profundidad de los éxitos y desafíos de las políticas innovadoras y las estrategias pedagógicas avanzadas por las facultades de derecho de toda la región (Pérez-Perdomo y Rodríguez Torres 2006; Pérez-Perdomo y Gómez 2008). Los hallazgos sobre prácticas innovadoras son prometedores, pero desafortunadamente la mayoría de los cambios positivos han tenido lugar en un número limitado de facultades de derecho de élite. Se trata de instituciones cuyos líderes y profesores clave mantienen afiliaciones o estrechas conexiones con universidades extranjeras y redes académicas transnacionales, más comúnmente como resultado de sus propios proyectos académicos, tareas de enseñanza en el extranjero o estudios de posgrado perseguidos en facultades de derecho extranjeras.

Un título de abogado obtenido en una universidad europea o estadounidense siempre ha sido visto como un activo importante en América Latina. Hasta mediados del siglo xx, muchos profesores prominentes de derecho latinoamericano contaban en su haber con alguna maestría o doctorado en derecho de universidades europeas prominentes. Tales credenciales eran signos de erudición, profundidad intelectual y a veces incluso les ayudaban a alcanzar un estatus más alto en sus respectivas comunidades académicas. En un sentido más práctico, la exposición a un sistema jurídico extranjero, su educación y el contacto con juristas académicos y abogados en ejercicio ayudaron a los abogados latinoamericanos a mejorar sus habilidades lingüísticas extranjeras, ampliar sus conocimientos sustantivos, adquirir experiencia en un campo en particular y aprender de primera mano sobre otra cultura. La experiencia extranjera también fue la fuente de importantes conexiones profesionales que ayudaron a avanzar o incluso catapultar la carrera académica de los miembros de las redes transnacionales que surgieron como resultado. A partir de la segunda mitad del siglo xx, Estados Unidos se convirtió en el destino más deseado para los abogados latinoamericanos que se inscribieron en las maestrías en derecho (Masters in Laws o ll.m.), que son cada vez más comunes. Tal predilección se ha mantenido fuerte hasta el presente (Vides, Gómez y Pérez Hurtado 2011).

La oferta de programas de posgrado a abogados extranjeros por parte de las facultades de derecho de Estados Unidos ha aumentado significativamente durante las últimas décadas. Actualmente existen más de trescientos programas ll.m. en ese país. La oferta académica varía mucho, desde aquellos que simplemente ofrecen una exposición general al derecho estadounidense hasta los especializados en un campo particular como la propiedad intelectual, los derechos humanos internacionales o el gobierno corporativo. Aunque la mayoría de los programas de ll.m. inicialmente atrajeron a abogados extranjeros que habitualmente regresarían a sus países de origen al graduarse, más recientemente muchos han optado por permanecer en Estados Unidos y aspirar a ser elegibles para ejercer la abogacía en un Estado que se lo permita a abogados extranjeros (generalmente Nueva York o California). Durante los últimos años, la cantidad de candidatos de ll.m. interesados en permanecer en Estados Unidos ha crecido, obligando así a las facultades de derecho estadounidenses a reorganizar sus ofertas académicas e invertir más recursos en ayudar a sus egresados extranjeros a tener éxito y ser más competitivos en un mercado

laboral estadounidense que a su vez es cada vez más difícil.

Entre aquellos abogados latinoamericanos que regresan a sus países, muchos reanudan su ejercicio profesional en el sector privado o en el Gobierno, mientras que otros se unen a la academia. Desafortunadamente, no hay estadísticas disponibles que nos permita saber con precisión cuántos profesionales del derecho caen en cada categoría. Sabemos por vía de anécdotas, sin embargo, que los que están en el mundo académico se han convertido en actores clave en los esfuerzos por transformar e innovar la educación jurídica en la región, aprovechando tanto sus conocimientos adquiridos en el extranjero como las redes profesionales (Gómez 2017).

Abogados como profesionales del derecho

Como lo mencioné, aparte de los jueces, los abogados son la categoría más estudiada de profesionales del derecho latinoamericano en la literatura académica. Un gran número de estudios se han centrado en su historia (Pérez-Perdomo 1981, 2006; Mirow 2004; Bravo Lira 1998; Coelho 1999; Cutolo 1964; González Echenique 1954; Lira González 1984; Uribe-Urán 2000), mientras que un subconjunto ha optado por prestar atención para analizar la ocupación y los roles de los abogados en la sociedad contemporánea (Gómez 2010; Pérez-Perdomo 2001). Al igual que lo que ha ocurrido en el caso de los juristas académicos, los estudios nacionales sobre abogados parecen abundar mientras que los de alcance regional o comparativo siguen siendo la excepción (Pérez-Perdomo 2015b, 2006; Gómez y Pérez-Perdomo 2017b). La literatura académica sobre abogados latinoamericanos también está repartida por innumerables libros, revistas de derecho y otras publicaciones en todo el mundo.

En cuanto al tipo de abogados que ocupan la atención de los académicos, a pesar de la innegable importancia de los abogados latinoamericanos que ejercen en los campos de la justicia penal, los derechos humanos (Gómez 2010; Santamaría y Vecchioli 2008) y los litigios civiles (Bergoglio 2007) y su superioridad numérica frente a los que ejercen en otros campos, la literatura dedicada a ellos es escasa. Los abogados de negocios, por otro lado, parecen haber captado mucha más atención de los juristas académicos (Pérez-Perdomo 2001; Gómez 2003; Dezalay y Garth 2002; Bergoglio 2007; Engelmann 2008; Gómez y Pérez-Perdomo 2017b; Gómez y Pérez-Perdomo 2017c), analistas de la industria (Latin Lawyer 2016) y los medios de comunicación en general. Además, la literatura comparativa más reciente sobre abogados, procedente principalmente de los países angloamericanos y de Europa occidental, también ha dedicado una gran atención a los abogados que operan en el mundo corporativo (Hensler *et al*. próximamente). Después de todo, el sector empresarial es uno de los pilares del Estado moderno y uno de los principales contribuyentes al fenómeno que llamamos globalización.

En términos sociales y económicos, América Latina —como el resto del mundo– se ha visto afectada por la *globalización*. En el centro de este fenómeno está la desaparición de las barreras comerciales, culturales y tecnológicas y la convergencia hacia *un mundo* (*One world*), parafraseando el famoso eslogan de la industria de las aerolíneas comerciales. La idea de la globalización suele asociarse con el progreso y la innovación. Poco o ningún límite se considera

generalmente beneficioso para el desarrollo del comercio y para la sociedad en general. Se ha hecho una afirmación similar con respecto a la cultura, la tecnología y la mayoría de las otras áreas del conocimiento humano, incluida la ley. Irónicamente, el levantamiento de las barreras comerciales, tecnológicas y culturales y la apertura de fronteras geográficas también han hecho que las sociedades sean más vulnerables a ciertas amenazas *mundiales* como el terrorismo, el narcotráfico, los ciberataques, la propagación de enfermedades y los desastres ambientales. Esta dimensión negativa de la globalización también ha hecho que el sistema jurídico, y los abogados en particular, sean más importantes que nunca. Se pide al derecho que formule soluciones para abordar estos problemas, y los abogados son los encargados de reflexionar y llevar a cabo las respuestas en su nombre.

Muchos desafíos son los mismos en todo el mundo y merecen reacciones similares por parte del Estado, pero la mayoría de las leyes oficiales siguen siendo producto del propio proceso legislativo de cada país y un reflejo de su cultura local. Su ámbito de aplicación también sigue estando en gran medida limitado al territorio en el que se promulgaron esas leyes. Las regulaciones de la profesión jurídica, incluyendo los requisitos para inscribirse en la facultad de derecho, se convierten en licencia para ejercer la abogacía o para ser juez, también son locales. No obstante, la marca de la globalización es indeleble y demasiado importante para ignorarla; incluso los sistemas jurídicos más parroquiales se han visto afectados por ella y se ven cada vez más obligados a responder en consecuencia. Vemos algunos ejemplos de tales respuestas en las innovaciones que tienen lugar en la educación jurídica latinoamericana descritas anteriormente en este capítulo. Desafortunadamente, la literatura académica dedicada a los abogados latinoamericanos ha hecho muy poco para explicar su papel en esta realidad cambiante.

Lo que sabemos, sin embargo, de alguna evidencia empírica ofrecida a través de investigaciones recientes (Gómez y Pérez-Perdomo 2017b, 2017c; Bergoglio 2017; Conti 2017; De la Maza *et al*. 2017; Taboada 2017; Lamprea 2017; Meneses y Caballero 2017; Gonzales 2017; Gómez 2017) es que las exigencias de un entorno globalizado y polifacético han obligado a los abogados latinoamericanos a adquirir ciertas habilidades no necesariamente ofrecidas por las facultades de derecho tradicionales, como el aprendizaje de otros idiomas, técnicas de resolución de controversias como la mediación y el arbitraje, y la familiarización con instituciones jurídicas extranjeras y comparativas como daños punitivos, regímenes de responsabilidad objetiva y mecanismos procesales para obtener pruebas en el extranjero. La globalización también ha afectado la forma como los abogados se organizan (por ejemplo, a través de bufetes, redes de servicios profesionales u otras formas organizativas), como se rige su profesión (por ejemplo, por órganos estatales, colegios de abogados, asociaciones voluntarias) y como se relacionan con otros actores jurídicos profesionales, con el sistema jurídico y con la sociedad en general.

IV. Conclusión

Una evaluación adecuada de la situación de los profesionales de derecho latinoamericanos merece mucho más que las páginas dedicadas a este capítulo, que solo puede tocar la superficie. El panorama de los actores jurídicos

profesionales es vasto y profundo y necesita urgentemente más investigación de derecho y sociedad que ayude a explicar el pasado, entender el presente y anticipar tendencias hacia el futuro. Más investigación podría contribuir a comprender mejor la naturaleza cambiante y la estructura social de los profesionales del derecho en la región, su dinámica interna y su relación con otros grupos sociales. Como se mencionó, los abogados y jueces son las dos categorías más estudiadas de actores jurídicos profesionales en la región, pero aún queda mucho por explorar sobre ellos. Hasta ahora, la literatura líder sobre abogados y jueces en América Latina se ha centrado principalmente en grupos de élite como los que trabajan en grandes despachos o *Big Law*, jueces de las cortes supremas y otros miembros altamente visibles de la profesión. La elección de estudiarlos es comprensible, pero tal vez sea hora de expandir y profundizar la agenda de investigación hacia grupos menos conocidos de profesionales del derecho, su interacción con sus clientes y otros grupos sociales.

Los abogados de pequeños bufetes, los que ejercen individualmente y los jueces de tribunales inferiores son componentes clave de la profesión, y su impacto también es importante. Como Heinz *et al.* (2005) lo mostraron a través de un estudio rico y contextualizado de abogados urbanos en la ciudad de Chicago, hay valiosas lecciones para aprender a mirar la estratificación social de los abogados, su autonomía profesional y la integración con otros grupos sociales. Algo similar podría decirse de los jueces.

La necesidad de profundizar el estudio de los juristas académicos latinoamericanos también está justificada y es tal vez más urgente que ampliar la investigación sobre abogados o jueces. Todavía sabemos muy poco sobre los juristas académicos de América Latina, tanto como grupo social frente a la sociedad en general como internamente en términos de estratificación, trayectorias profesionales e interacción con sus compañeros. No todas las investigaciones, sin embargo, deben centrarse en quiénes son y cómo se relacionan con otros grupos, sino también en lo que hacen y qué impacto tienen sus acciones en otros profesionales del derecho.

Por último, la cuestión del impacto es menos evidente cuando nos fijamos en los estudiantes de derecho, cuyo papel principal es estar en el extremo receptor. La opinión tradicional es que los estudiantes son meros receptores de conocimientos especializados y nada más. Sin embargo, si miramos con más cuidado, los estudiantes también son importantes contribuyentes al desarrollo de las profesiones jurídicas y son fundamentales para ayudar a difundir los valores del sistema jurídico al resto de la sociedad. El mayor enfoque de la educación jurídica contemporánea en destrezas, habilidades y aprendizaje práctico ha permitido a los estudiantes de derecho interactuar directamente con otros actores jurídicos, clientes y el resto de la sociedad y por lo tanto contribuir a dar forma a la profesión. Las clínicas jurídicas e iniciativas similares son el núcleo de este fenómeno. Afortunadamente, para el campo del derecho y la sociedad, el interés en estudiar a los profesionales del derecho latinoamericano se está moviendo en la dirección correcta. Una exploración exhaustiva de este campo es muy importante no solo para entender el estado actual de los actores jurídicos profesionales latinoamericanos y los desafíos a los que se enfrentan, sino más aún para ayudar a prever el futuro de la profesión jurídica en la región.

Referencias

Abramovich, Víctor E. 1999. *La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público*. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/Bibliografia-clinicas-juridicas/la_ensenanza_del_derecho_en_las_clinicas_legales_de_interes_publico(2).pdf.

Álvarez, Graciela E. 2008. La enseñanza del discurso jurídico oral y escrito en la carrera de Abogacía. *Revista sobre Enseñanza del Derecho* 6(11): 1667.

Azuela, Antonio y Miguel Ángel Cancino. 2014. *Jueces y conflictos urbanos en América Latina*, México: Editorial Ink.

Bastos, Aurélio Wander. 2000. *O ensino jurídico no Brasil*. 2nd ed. Río de Janeiro: Lumen Juris.

Bergoglio, María Inés. 1993. Castas y estamentos en Córdoba. *Revista de la Universidad Blas Pascal*, 3.

Bergoglio, María Inés. 2007. El papel del abogado litigante. En Luis Pásara (ed.). *El papel de los actores en la justicia latinoamericana*, 57-86.

Bergoglio, Maria Inés. 2017. Law firms in Argentina: Challenges and responses to a crisis in Latin America and Spain: 1990-2015. En M. Gómez and R. Pérez-Perdomo (eds.), *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*. Basingstoke: Palgrave McMillan.

Bermúdez, Carlos M. 2001. *Studying law in Cuba: A law student's perspective*. Unpublished manuscript.

Bravo Lira, Bernardino. 1998. Estudios jurídicos y estado modernizador: La cultura de abogados en Chile 1758-1998. *Revista Chilena de Derecho*, 25: 641-655.

Coates, Benjamin Allen. 2016. *Legalist empire: International law and American Foreign Relations in the Early Twentieth Century*. Oxford: Oxford University Press.

Coelho, Edmundo Campos. 1999. *As profissões imperiais: Medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro, 1822-1930*. Río de Janeiro: Record.

Cohen, Amy B. 2004. The dangers of the Ivory Tower: The obligation of law professors to engage in the practice of law. *Loyola Law Review*, 50: 623.

Conti Craveiro, Mariana. 2017. Big Law in Brazil: Rise and current challenges. En M. Gómez y R. Pérez-Perdomo (eds.), *Big law in Latin America and Spain: Globalization and Adjustments in the Provision of High-End Legal Services*. Basingstoke: Palgrave McMillan.

Cutolo, Vicente Osvaldo. 1964. El primer abogado criollo que actuó en Buenos Aires. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 3.

Dakolias, María. 1996. The judicial sector in Latin America and the Caribbean. Washington, D.C.: The World Bank. *World Bank Technical Paper* 319.

Dezalay, Yves and Bryant Garth, 2002. *The internationalization of palace wars: Lawyers, economists, and the contest to transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press.

De la Maza, Iñigo Rafael Mery y Juan Enrique Vargas. 2017. Big law in Chile: A glance at the law firms. En M. Gómez y R. Pérez-Perdomo (eds.), *Big law in Latin America and Spain: Globalization and Adjustments in the Provision of High-End Legal Services*. Basingstoke: Palgrave McMillan.

Engelmann, Fabiano. 2008. *A legitimação dos juristas de negócios no Brasil nas décadas de 90 e 2000: Uma análise preliminar*, Colóquio Saber e Poder. Sao Paolo: UNICAMP.

Falcão, Joaquim. 1984. *Os advogados: Ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/ Ed. Massangana.

Falcão, Joaquim. 1988. Lawyers in Brazil. En Richard L. Abel and Phillips Lewis (eds.), *Lawyers in society: The civil law world*. Berkeley CA.: University of California Press.

Fix-Fierro, Héctor. 2014. *Los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y las nuevas instituciones democráticas*. México: Instituto de Investigaciónes Jurídicas.

Fix-Fierro, Héctor y López Ayllón, Sergio. 2003. "Faraway, so close!" The rule of law and legal change in Mexico, 1970-2000. En Lawrence M. Friedman and Rogelio Pérez-Perdomo (eds.), *Legal cultures in the age of globalization, Latin America and Latin Europe*, Stanford University Press, Stanford, 285-351.

Friedman, Lawrence M. 1986. The law and society movement. *Stanford Law Review*, 38(3): 763.

Friedman, Lawrence M., Pérez-Perdomo, Rogelio y Manuel A. Gómez (eds.). 2011. *Law in many societies: A reader*. Stanford University Press.

García Villegas, Mauricio. 2008. *Jueces sin estado: La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Garth, Bryant. 2016. Brazil and the field of socio-legal studies: Globalization, the hegemony of the US, the place of law, and elite reproduction. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 3(1): 12.

Gómez, Manuel A. 2003. Los abogados de negocios en Venezuela. Caracas: Universidad Central de Venezuela. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* 125: 23-50.

Gómez, Manuel A. 2010. Political activism and the practice of law in Venezuela. En J. Couso, A. Huneeus y R. Sieder (eds.), *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America*. Cambridge y New York: Cambridge University Press 182-206.

Gómez, Manuel A. 2017. Innovaciones en la Educación Jurídica Latinoamericana y Políticas Públicas en Tiempos de Globalización. En *La enseñanza del derecho como política pública*. Lima: Editorial Palestra.

Gómez, Manuel A. y Rogelio Pérez-Perdomo. 2006. Justicias alternativas en Venezuela. México: Universidad Nacional Autónoma de México. *Reforma Judicial* 7: 161-190.

Gómez, Manuel A. y Rogelio Pérez-Perdomo (eds.). 2017a. *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*. Basingstoke: Palgrave McMillan.

Gómez, Manuel A. y Rogelio Pérez-Perdomo. 2017b. Corporate lawyers and multinational corporations in Latin America and Spain: 1990-2015. En Manuel A. Gómez and Rogelio Pérez-Perdomo (eds.), *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*. Basingstoke: Palgrave McMillan.

Gómez Manuel A. y Rogelio Pérez-Perdomo. 2017c. Big law in Venezuela: From globalization to revolution. En Manuel A. Gómez and Rogelio Pérez-Perdomo (eds.), *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*. Basingstoke: Palgrave McMillan.

Gonçalves, João Felipe. 2000. *Rui Barbosa. Pondo as idéias no lugar*. Sao Paolo: Editora FGV.

Gonzales Mantilla, Gorki. 2008. *La enseñanza del Derecho o los molinos de viento: Cambio, resistencias y continuidades*. Colección Derecho PUCP. Lima, Perú: Monografías No. 6, Palestra.

Gonzales Mantilla, Gorki. 2017. Lawyers and globalization in Peru (1990-2014). En M. Gómez y R. Pérez-Perdomo (eds.), *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*. Basingstoke: Palgrave McMillan.

González Echenique, Javier. 1954. *Los estudios jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile*. Santiago: Imprenta Universitaria.

González, Patricio Lazo. 2011. Formación Jurídica, Competencias y Métodos de Enseñanza: Premisas. *Revista Ius et Praxis*, 17(1): 249.

Hammergren, Linn. 2007. *Envisioning reform: Improving judicial performance in Latin America*. Pennsylvania: Penn State Press.

Hartmann Arboleda, Mildred. 2007. Apuntes sobre las experiencias de reforma judicial en América Latina. En Klaus Bodemer y Fernando Carrillo Flórez (eds.), *Gobernabilidad y reforma política en América Latina y Europea*. GIGA, BID, REDGOB. La Paz: Plural Editores 241-254.

Heinz, John P. Robert L. Nelson, Rebecca L. Sandefur y Edward O. Laumann. 2005. *Urban Lawyers: The new social structure of the bar*. Chicago: University of Chicago Press.

Helmke, Gretchen y Julio Ríos-Figueroa. 2011. *Courts in Latin America*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.

Hensler, Deborah R., Hanlon, Patrick, Molly Selvin, Manuel A. Gómez y Rogelio Pérez-Perdomo. Forthcoming. *Reconstructing Big Law*. Gloucestershire: Edward Elgar.

Hilbink, Lisa. 2015. *Jueces y política en democracia y dictadura: Lecciones desde Chile*. Santiago: Flacso.

Jaksic, Iván. 2001, *Andrés Bello: Scholarship and Nation-Building in Nineteenth-Century Latin America*. Cambridge y New York: Cambridge University Press.

Latin Lawyer 250. 2016. *Latin America's Leading Business Law Firms*.

Lamprea, Everaldo. 2017. The rise of big law in Colombia. En Manuel A. Gómez y Rogelio Pérez-Perdomo (eds.), *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*. Basingstoke: Palgrave McMillan.

Lira González, Andrés. 1984. Abogados, tinterillos y huizacheros en el México del siglo xix. En *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Londoño Toro, Beatriz. 2008. *Educación legal clínica y defensa de los Derechos Humanos: casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas -GAP-*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Mendieta y Núñez, Lucio. 1956. *Historia de la Facultad de Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Meneses, Rodrigo y José Antonio Caballero. 2017. Global and traditional: A profile of corporate lawyers in Mexico. En Manuel A. Gómez y Rogelio Pérez-Perdomo (eds.), *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*. Basingstoke: Palgrave McMillan.

Mirow, Matthew C. 2004. *Latin American Law: A history of private law and institutions in Spanish America*. Austin: University of Texas Press.

Obregón, Liliana. 2017. The Third World Judges: Neutrality, bias or activism at the Permanent Court of International Justice and International Court of Justice. En William A. Schabas y Shannonbrooke Murphy (eds.), *Research handbook on international courts and Tribunals*. Camberley: Edward Elgar, 181-200.

Pérez-Perdomo, Rogelio. 1981. *Los abogados en Venezuela*. Caracas: Monte Avila Editores.

Pérez-Perdomo, Rogelio. 2001. Oil Lawyers and the Globalization of Venezuelan Oil Business. En *Rules and networks: The legal culture of global business transactions*. Oxford: Hart.

Pérez-Perdomo, Rogelio. 2003. Venezuela, 1958-1999: The Legal System in an impaired democracy. En Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez-Perdomo (eds.) *Legal cultures in the age of globalization, Latin America and Latin Europe*. Stanford: Stanford University Press, 414-478.

Pérez-Perdomo, Rogelio. 2006. *Latin American lawyers: A historical introduction*. Stanford: Stanford University Press.

Pérez-Perdomo, Rogelio. 2009. A plea for the social study of legal scholars: The case of XIX century Venezuela. *Sociología del Diritto* XXXVI: 67-92.

Pérez-Perdomo, Rogelio. 2014. *Los juristas académicos de Venezuela: Historia institucional y biografía colectiva*. Caracas: Universidad Metropolitana.

Pérez-Perdomo, Rogelio. 2015a. Las transformaciones de la producción y divulgación del conocimiento jurídico en la Venezuela de la segunda mitad del siglo XX. En Salvador A. Millaleo Hernández, Juan Carlos Oyanedel, Daniel Palacios Olmedo y Hugo Rojas (eds.), *Sociología del derecho en Chile: Libro homenaje a Edmundo Fuenzalida*. Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 49-72.

Pérez-Perdomo, Rogelio. 2015b. Las revistas jurídicas venezolanas en tiempos de revolución (2000-2013). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 142: 223-274.

Pérez-Perdomo, Rogelio y Julia Rodríguez Torres. 2006, *La formación jurídica en América Latina: Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pérez-Perdomo, Rogelio y Manuel A. Gómez. 2008, Innovaciones en la Educación Jurídica de América Latina, Derecho y Democracia II, 15 *Cuadernos Unimetanos*. Caracas: Universidad Metropolitana.

Roche, Carmen Luisa. 2001. *The feminization of the legal profession in Venezuela: It's Meaning for the profession and for women lawyers*. Paper presented at the LSA-RCSL Joint International Meeting in Budapest. Unpublished manuscript.

Rodríguez-Garavito, César. 2010. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism in socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89: 1669.

Rodríguez-Garavito, César (ed.) 2014. *Law and society in Latin America: A new map*. New York: Routledge.

Santamaría, Angela y Virginia Vecchioli (eds.). 2008. *Derechos Humanos en América Latina: Mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Silbey, Susan S. 2002. Law and society movement. En Herbert M. Kritzer (ed.) *Legal Systems of the World: A Political, Social and Cultural Encyclopedia*, v. II. Santa Barbara: E-L, ABC CLIO 860-863.

Taboada, Carlos. 2017. Big law in Central America and the Dominican Republic: Growth strategies in small economies. En Manuel A. Gómez y Rogelio Pérez-Perdomo (eds.), *Big law in Latin America and Spain: Globalization and Adjustments in the Provision of High-End Legal Services*. Basingstoke: Palgrave McMillan.

Trubek, David M. 1990. Back to the future: The short, happy life of the law and society

movement. *Florida State University Law Review*, 18(1): 4.

Uribe-Urán, Víctor. 2000. *Honorable lives. Lawyers, family and politics in Colombia, 1870-1850*. Pittsburg: University of Pittsburg Press.

Venáncio Filho, Alberto. 1977. *Das arcadas ao bachalerismo: 150 de ensio jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva.

Vides, Marta Manuel A. Gómez y Luis F. Pérez Hurtado. 2011. The American Way: Los Abogados Latinoamericanos como Estudiantes de Maestría en los Estados Unidos de América. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 130: 351.

Wassermann, Selma. 1999. *El estudio de casos como método de enseñanza*. Buenos Aires: Amorrotu Editores.

Zatz, Marjorie S. 1994. *Producing legality: Law and socialism in Cuba*. New York: Routlege.

Capítulo 18
LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMO ARENAS PARA LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Karina Ansolabehere

Introducción: las instituciones jurídicas como arenas para promover los derechos humanos

Es un hecho que las instituciones jurídicas son arenas en las que se resuelven importantes controversias. Numerosos estudios han señalado el protagonismo de los poderes judiciales nacionales en los procesos políticos (Shapiro y Stone Sweet 2002; Tate y Vallinder 1997; Hirschl 2009; Kapiszewski, Silverstein y Kagan 2013; Sieder *et al*. 2005). Uno de los ejemplos de esta tendencia es la judicialización[1] de la protección y del reconocimiento de los derechos humanos. América Latina no ha sido una excepción. El propósito de este capítulo es mapear las agendas de investigación que han aparecido alrededor de estos procesos.

En el estudio de los poderes judiciales nacionales como espacios para la promoción y protección de los derechos humanos identificamos tres agendas de investigación diferentes que analizan, respectivamente, la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos (específicamente del Sistema Interamericano), la responsabilidad legal por las violaciones de derechos humanos y la justicia social para los grupos desfavorecidos.

Esta estrategia de judicialización ha sido tan importante que la cantidad de instituciones judiciales y cuasijudiciales que se ocupan de resolver conflictos en esta área ha aumentado considerablemente[2]. En este capítulo solo analizaremos las cortes nacionales, no todas esas instituciones. Dado que la mayoría de los reclamos en materia de derechos humanos ocurren ante las cortes, consideramos que merecen una atención especial.

La judicialización de los derechos humanos ha sido un proceso recurrente en muchos países de América Latina (Helmke y Ríos-Figueroa 2011; González Ocantos 2016; Ansolabehere Sesti 2014)[3]. De hecho, no es posible aislar este hecho de los eventos que modificaron las expectativas y las funciones de los poderes judiciales en toda la región: los procesos de democratización (y sus retrocesos), las reformas estructurales favorables al mercado que se han implementado junto con programas de liberalización económica (y los esfuerzos por desarrollar políticas pos-Consenso de Washington) y, por último, pero definitivamente no menos

* Cómo citar este capítulo: Ansolabehere, Karina. 2024. Las instituciones jurídicas como arenas para la promoción de los derechos humanos. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 413-434. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.19

importante, las reformas constitucionales que introdujeron declaraciones de derechos comprensivas, y el cambio de percepción sobre la Constitución, que ahora se considera un instrumento jurídico vinculante (véanse los capítulos de Pou y Gargarella en este volumen). Como consecuencia de estos cambios, las cortes han asumido un papel más activo como intérpretes constitucionales. En este marco también se ha consolidado un movimiento de derechos humanos (López Pacheco 2015; Saldivia 2003) que usa el litigio como una de sus estrategias.

No obstante, es importante destacar que América Latina no es una región uniforme. Excluyendo al Caribe, está compuesta por 17 países que tienen diferentes niveles y temas de judicialización y sus resultados son diferentes. Cada agenda refleja de manera distinta las dinámicas sociopolíticas de cada país. Sin embargo, y en el ánimo de revisar las innovaciones en los estudios con respecto a derecho y sociedad sobre la región, las agendas de investigación que se van a revisar son un buen ejemplo de las novedades en el campo.

Si bien estas tres agendas de investigación coinciden en la importancia de las instituciones jurídicas, cada una tiene rasgos distintivos. La que estudia la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos se articula alrededor de la pregunta más general sobre la aplicación de las obligaciones internacionales de los Estados (véase el capítulo de Alexandra Huneeus en este volumen). La agenda que aborda la responsabilidad jurídica por las violaciones de derechos humanos en regímenes autoritarios o en contextos posconflicto está vinculada a los progresos y tropiezos de las cortes que buscan la verdad, la justicia y la reparación en esos casos (véase el capítulo de Martínez Barahona y Gutiérrez en este volumen). Por último, la agenda sobre justicia social, interesada en la protección judicial de los derechos sociales, se relaciona con los movimientos que luchan contra las reformas neoliberales en la región y para reducir la brecha de poder que padecen los grupos desfavorecidos.

El siguiente análisis destaca las características de cada agenda y sus intersecciones. Busca explicitar que dos de los enfoques clásicos del movimiento de derecho y sociedad —la brecha entre el derecho en los libros y el derecho en acción y la relación entre derecho y cambio social (Abel 2010)— atraviesan a estas agendas. En particular, destacamos los diálogos entre la agenda relacionada con la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y las otras dos y una cuasiconvergencia entre la agenda de responsabilidad legal y la agenda de justicia social. También analizamos las particularidades metodológicas de los estudios y recomendamos explorar diseños de investigación que incorporen métodos mixtos. Por último, discutimos el hecho de que los estudios que analizan los poderes judiciales como arenas no han examinado las implicaciones de esta dinámica sobre la organización del poder judicial y su forma de tomar decisiones. En vista de que los estudios sobre América Latina han enfatizado la influencia del poder judicial en la protección de los derechos humanos, proponemos que una agenda de investigación emergente sea la vinculada con la manera en que su involucramiento en la protección de derechos ha transformado a los poderes judiciales.

Este capítulo busca responder las siguientes preguntas: ¿cuáles son los temas y dilemas que han llamado la atención de las investigaciones latinoamericanas y de aquellas que estudian la región desde fuera de ella?, ¿cuáles son sus metodologías y qué países han examinado?,

¿cuáles son los temas pendientes? Para ello, hemos dividido el capítulo en tres secciones. En la primera revisamos los estudios más relevantes en torno a las tres agendas de investigación de interés. En la segunda analizamos los rasgos compartidos entre las agendas y sus particularidades metodológicas. Por último, presentamos las conclusiones e identificamos las futuras líneas de investigación.

Para mapear los principales aportes de cada una de las agendas de investigación tendremos en cuenta tres dimensiones: primero, cómo se conciben las funciones de los poderes judiciales; segundo, las condiciones en que el poder judicial opera como una arena; y tercero, el análisis de las consecuencias de estos roles judiciales.

Los poderes judiciales como arenas para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos

El examen del uso de los poderes judiciales como arenas para hacer cumplir el derecho internacional de los derechos humanos está estrechamente relacionado con la gran difusión que han tenido las ideas de derechos humanos en la región y con el protagonismo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Tradicionalmente, los países de América Latina han ratificado los tratados internacionales de derechos humanos; de hecho, con frecuencia los países de la región les otorgan a tales tratados rango constitucional (véase el capítulo de Pou en este volumen). A pesar de esta tendencia regional, las diferencias entre los países son notables. Por ejemplo, según la información sistematizada en la base de datos sobre Institucionalización y Goce de los Derechos Humanos en las Democracias Latinoamericanas de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso) (México), en 2011, de los 17 países de la región (excluyendo el Caribe), 11 reconocen constitucionalmente los tratados internacionales de derechos humanos y les otorgan rango constitucional. Nicaragua, Perú, El Salvador y Paraguay reconocen constitucionalmente los tratados internacionales de derechos humanos y les asignan un rango inferior a la Constitución. Por su parte, Panamá y Uruguay no consagran explícitamente el rango de los tratados internacionales de derechos humanos en sus ordenamientos jurídicos.

En la investigación sobre la región, el interés en la difusión de las normas de derecho internacional de los derechos humanos se centró especialmente en la relación entre el Sistema Interamericano y las cortes nacionales. Este interés se vincula indudablemente con la importancia que ha adquirido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las últimas dos décadas y que se manifiesta en un incremento en el número de casos que llegan a esta instancia, la diversidad de temas tratados (Engstrom y Hurrell 2013), así como en los esfuerzos por generar un sistema de control de convencionalidad que involucre a los diferentes niveles del sector de la justicia doméstica (conocido como control de convencionalidad).

El análisis de este proceso está influido por algunas preocupaciones del campo de las relaciones internacionales, específicamente la aplicación y cumplimiento de los tratados internacionales por los países y la relación entre las instituciones internacionales y las domésticas. Por último, en la medida en que la aplicación del derecho internacional se fortalece a través de su uso como una fuente del derecho interno, revisamos las inquietudes de los estudios sobre política jurídica con respecto a la importancia

de los factores internacionales y supranacionales en la explicación del cambio judicial.

Siguiendo el esquema presentado en la sección anterior, en primer lugar, revisamos las condiciones que hicieron posible que los poderes judiciales latinoamericanos se convirtieran en una arena para ventilar las controversias alrededor de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, examinamos las consecuencias de esta transformación para la agenda de investigación.

Las condiciones que hicieron posible delimitar la arena: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los poderes judiciales nacionales

Para incorporar el derecho internacional de los derechos humanos en sus decisiones, los poderes judiciales nacionales tuvieron que interpretar estos instrumentos legales. Estudiar esto implicó abordar la brecha entre los estándares internacionales (lo que está en los libros) y el uso judicial de estos instrumentos (derecho en acción), algo que, si bien no se limita a América Latina, ha recibido especial atención en la región.

En efecto, conviene recordar que, en las últimas cuatro décadas, los países latinoamericanos implementaron numerosas reformas que constitucionalizaron un catálogo de derechos amplio (Valdés-Ugalde y Ansolabehere 2012). En muchos casos, las reformas les otorgaron rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos. Estos cambios en el marco jurídico crearon nuevas oportunidades legales (Sikkink 2008) tanto para los profesionales del derecho como para el movimiento de los derechos humanos y otros actores de la sociedad civil.

Los estudios que demostraron la relevancia de los poderes judiciales como arenas para hacer cumplir el derecho internacional de los derechos humanos se orientaron por los siguientes interrogantes: 1. ¿Qué factores y procesos permitieron que las cortes locales se convirtieran en actores importantes en la implementación de los tratados internacionales de derechos humanos?; y 2. ¿Qué factores y procesos posibilitaron el fortalecimiento de las relaciones entre las cortes locales y la Corte Interamericana?

Las respuestas a estos interrogantes (consonantes con los temas clásicos en los estudios sobre derechos y sociedad: las cortes, los jueces, las decisiones judiciales, la dimensión simbólica e ideacional del derecho y la movilización legal) nos remiten a dos enfoques diferentes. Uno enfatiza los factores ideacionales, es decir, los cambios en las ideas jurídicas y profesionales de los jueces y los miembros del poder judicial y el otro hace hincapié en la movilización legal alrededor del derecho internacional de los derechos humanos por parte de actores nacionales y transnacionales.

Según el primer enfoque, la respuesta a los cambios judiciales está en la transformación del pensamiento jurídico (Nunes 2010), la ideología profesional de los jueces (Hilbink 2006) y la incorporación de nuevas herramientas jurídicas al derecho interno (González Ocantos 2016). De ese modo, el nuevo pensamiento jurídico y profesional surgió como consecuencia de la constitucionalización de la interpretación del derecho que posibilitó la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al sistema de fuentes del derecho interno[4].

Para el segundo enfoque, que enfatiza la movilización legal transnacional y local, el factor clave para entender la consolidación del nuevo escenario judicial es el enmarque de las demandas por derechos en las normas internacionales de derechos humanos por parte grupos y coaliciones de la sociedad civil (Keck y Sikkink 1998).

En resumen, estos estudios revelan cómo los cambios en el pensamiento jurídico y profesional y la movilización transnacional y local modificaron la estructura de oportunidades legales (Sikkink 2005), tanto para los movimientos sociales como para los jueces mismos. Esto, por su parte, permitió que la arena judicial se convirtiera en un escenario de discusión acerca de los alcances del derecho internacional de los derechos humanos.

Las consecuencias de la transformación de los poderes judiciales en arenas para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos

Las consecuencias de la transformación de los poderes judiciales en arenas para aplicación del derecho internacional también ha sido un tema revisado. ¿Qué sucede cuando los poderes judiciales aplican el derecho internacional de los derechos humanos?, ¿sus sentencias son cumplidas?, ¿hay represalias por parte del poder político?

Nuevamente, el enfoque que enfatiza los factores ideacionales está presente, pero no es el único. Un segundo enfoque afirma que también intervienen otros factores, como los intereses políticos del poder ejecutivo, la construcción de alianzas para la aplicación del derecho internacional a nivel doméstico o la influencia de las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales. En particular, la relación entre los tribunales locales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha estado en el centro de la discusión.

Los estudios que enfatizan los factores ideacionales se han concentrado en la manera en que los jueces usan el derecho internacional como un medio para alcanzar otros objetivos, como por ejemplo hacer justicia frente a las violaciones de derechos humanos del pasado. Así, el uso del derecho internacional de los derechos humanos adquiere diferentes connotaciones. Por un lado, se ve como una herramienta técnica que las organizaciones especializadas en el litigio estratégico de derechos humanos les suministran a los jueces para que juzguen casos complejos que modificaron el *statu quo*. Ezequiel González Ocantos analiza este asunto en su estudio sobre los procesos de responsabilidad por violaciones de derechos humanos en Perú y Argentina (González Ocantos 2014). Desde otro punto de vista, el uso del derecho internacional de los derechos humanos se entiende como una ideología profesional que les permite a los poderes judiciales nacionales ejercer un tipo de independencia positiva, siendo más asertivos (Hilbink 2012), tal y como lo muestran Lisa Hilbink y Javier Couso en su estudio sobre Chile (Couso y Hilbink 2011). Según una tercera visión, la nueva perspectiva sobre las fuentes del derecho no necesariamente se traduce inmediatamente en la reducción de los niveles de impunidad de las violaciones de derechos humanos, como sucede en el caso de México (Ansolabehere 2016).

El segundo enfoque se centra en los factores que explican el rol de los poderes judiciales en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Couso

2013; Kapiszewski y Taylor 2013; Ansolabehere Sesti 2014). Este enfoque tiene dos vertientes: mientras la primera hace hincapié en los factores políticos internos, específicamente los intereses del poder ejecutivo, la segunda enfatiza la relación entre la Corte Interamericana y las cortes nacionales.

Según la primera vertiente, la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana está en función de los intereses del poder ejecutivo y la capacidad de este tribunal para construir alianzas en favor de los derechos humanos con el poder legislativo y la rama judicial (Hillebrecht 2014). Si bien aquí priman los intereses del poder ejecutivo, esta vertiente también reconoce la importancia de las otras ramas del poder público. Por ejemplo, la Corte Suprema de México profirió una serie de decisiones después de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenara al Estado mexicano en el caso Radilla Pacheco[5] (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010a).

La segunda vertiente le da menos importancia al poder ejecutivo y afirma que la ejecución de las sentencias del Sistema Interamericano depende de la relación entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales (Haire 2010). Debido a la gran cantidad de casos y temas que se someten al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los académicos han empezado a estudiar la influencia creciente de la Corte Interamericana sobre los tribunales nacionales de la región (Popovski *et al.* 2008; Basch *et al.* 2010.) El trabajo de Alexandra Huneeus (2011) es una referencia en esta área. Según la autora, la ejecución de las sentencias del Sistema Interamericano y la incorporación de sus doctrinas en la jurisprudencia nacional dependen directamente del tipo de relación que la Corte Interamericana establece con los tribunales locales. De acuerdo con estos hallazgos, los diálogos entre la Corte Interamericana y los poderes judiciales de los países de la región son fundamentales para lograr el apoyo que requieren sus sentencias.

Otra aproximación apunta a que la claridad de las sentencias revela un delicado equilibrio entre la capacidad de la Corte Interamericana para vigilar a las cortes nacionales y su necesidad de mostrarse legítima a sus ojos (Staton y Romero 2011).

Por último, tras reflexionar sobre las características de las relaciones entre las cortes nacionales y regionales, surge una nueva pregunta que cambia el foco del tribunal regional a los nacionales: ¿cómo adecúan las cortes locales los estándares del interamericano a sus contextos? La respuesta nos remite a estudios legales que realizan un sólido análisis empírico. Los temas que están en el centro del debate son: 1. Si efectivamente los tribunales nacionales usan los estándares interamericanos (Serrano García 2017); y 2. La conveniencia de que efectivamente los tribunales nacionales usen dichos estándares discrecionalmente (Contesse 2013; Von Bogdandy 2015). Con seguridad, estos estudios abren un espacio para nuevas investigaciones sociolegales que tomen en cuenta las particularidades de esta relación y sus implicaciones para el Sistema Interamericano.

Las instituciones jurídicas y la rendición de cuentas por las violaciones de derechos humanos

Los estudios sobre la responsabilidad jurídica por las violaciones de derechos humanos les han prestado especial atención a los países latinoamericanos porque la región ha sido exitosa en llevarlas a juicio. Según las cifras

recopiladas por Payne, Lessa y Pereira (Payne *et al*. 2015), de todos los juicios que terminaron en una sentencia condenatoria a lo largo del mundo, el 50 % tuvieron lugar en América Latina. Sin duda, este hecho tiene que ver con algunos acontecimientos que han marcado la historia de los países de la región, como las transiciones a la democracia, los conflictos armados y los posteriores procesos de paz, el creciente papel de los poderes judiciales, el fortalecimiento de los movimientos de derechos humanos, la participación de las redes internacionales de defensa.

En este contexto, los poderes judiciales nacionales se han convertido en arenas para establecer responsabilidades legales por violaciones de derechos humanos. Dadas las condiciones dinámicas en que tuvieron lugar los juicios en el marco de procesos de justicia transicional y postransicional o posconflicto, los estudios en esta área han examinado una variedad de temas.

Esta sección se divide en dos partes. En la primera examinamos los trabajos que analizan los factores que hicieron posible que las violaciones de derechos humanos fueran llevadas a juicio a lo largo de los años. En la segunda nos concentramos en las consecuencias de la judicialización de las violaciones de derechos humanos, los efectos de estos juicios y los dilemas que enfrentan los poderes judiciales en estos contextos.

¿Por qué fueron posibles los juicios? La creación de la arena

No es una tarea sencilla llevar a juicio las graves violaciones de derechos humanos, y mucho menos obtener un veredicto. Puesto que hay actores poderosos involucrados, llevar a juicio estas violaciones supone una serie de complejidades que no aparecen en los procesos penales ordinarios (Roht-Arriaza 2006). Sin embargo, desde los primeros años de los procesos de transición a la democracia en América Latina ha habido juicios en los que no solo han sido condenados los culpables (tanto agentes estatales como actores privados y empresas), sino que también se ha reparado a las víctimas. Tales juicios se han celebrado durante décadas (Payne y Pereira 2016).

Este impulso sostenido en el tiempo ha recibido el nombre de "justicia postransicional". Estos mecanismos confirman que las cortes nacionales han sido un escenario clave para luchar contra la impunidad de las violaciones de derechos humanos, especialmente cuando los poderes judiciales logran niveles aceptables de independencia (véase el capítulo de González-Bertomeu en este volumen).

En este contexto, la investigación se enfocó en las condiciones que hicieron posible estos juicios a lo largo de los años. El caso de Argentina es revelador. La judicialización de los crímenes de lesa humanidad que ocurrieron durante la dictadura militar se ha mantenido durante más de tres décadas. Durante estos años los apoyos del poder ejecutivo y legislativo a estos procesos han sido variables y pueden identificarse distintos momentos de auge o de retroceso de la rendición de cuentas. Durante estas décadas la arena judicial funcionó a menudo como una válvula de escape (Smulovitz 2013) cuando otras oportunidades en el sistema político se cerraban. Esto es similar a lo que ocurre en Guatemala, que las cortes no gozan de un alto nivel de independencia judicial frente al poder político de las élites, situación que contrasta con la de Perú (Benítez Jiménez 2017). Curiosamente, en 2016 el *Journal of Genocide*

Research publicó varios artículos que analizan el genocidio en Guatemala y sus implicaciones.

Una explicación acerca de qué hizo posible estos juicios hace referencia a diferentes condiciones internas en el poder judicial y también extrajudiciales. Entre las condiciones extrajudiciales más importantes se encuentran la voluntad política del poder ejecutivo (Couso 2005), la posibilidad de revocar las amnistías (Roht-Arriaza 2014), la naturaleza de la transición a la democracia (Dutrénit y Varela 2010) y la capacidad de la sociedad civil para movilizarse (Collins 2010; Lessa 2013). Muchas de estas explicaciones se superponen.

Por su parte, las condiciones judiciales o legales abarcan una amplia gama de factores, tales como el nivel de independencia judicial (Skaar 2011); la posibilidad de que las víctimas participen en los procesos penales, por ejemplo, a través de la figura de coadyuvantes; el rol de las fiscalías en la investigación de los crímenes de lesa humanidad (Michel y Sikkink 2012); el marco jurídico vigente, específicamente las disposiciones de los tratados de derechos humanos sobre la responsabilidad individual por las violaciones de derechos humanos (Dancy y Sikkink 2012); las curvas de aprendizaje de los jueces en torno a las herramientas necesarias para la realización de este tipo de juicios (González Ocantos 2014); la presión internacional sobre los jueces (como en el caso de Chile después de que se le aplicó a Pinochet el principio de jurisdicción universal) (Huneeus 2010); y una nueva generación de jueces que trae cambios a la ideología jurídica y tiene una actitud proactiva en los casos de derechos humanos (Couso y Hilbink 2011).

Como vemos, una gran variedad de factores políticos, sociales y jurídicos son necesarios para que se lleve a cabo un juicio. Sin embargo, la evidencia muestra que si bien estos factores son necesarios, individualmente no son suficientes. Por ello es necesario desarrollar marcos conceptuales que los integren y que ofrezcan explicaciones más abarcadoras. Este intento por ofrecer una respuesta integral surgió con los estudios que se refieren a la llamada "era de la responsabilidad en derechos humanos" y que buscan explicar los factores que la hicieron posible. Alrededor de esta preocupación se han articulado dos visiones: mientras la primera le atribuye las declaratorias de responsabilidad a una "cascada de la justicia", la segunda se concentra en las estrategias que pretenden "cercar" la impunidad.

La primera visión sostiene que vivimos una "cascada de justicia" (de hecho, los juicios latinoamericanos fueron fundamentales para la formulación del concepto) (Sikkink 2011). Según esta explicación, cuanto mayor es el apoyo a una norma social que rechaza la impunidad, menor es la tolerancia a las violaciones de derechos humanos. La cascada de justicia ocurre precisamente cuando una norma externa opuesta a la impunidad, que es compartida por diferentes actores, entre ellos los poderes judiciales, se extiende por toda la sociedad. En el otro extremo, la segunda visión sostiene que las declaratorias de responsabilidad por violaciones de derechos humanos no están relacionadas con una norma contraria a la impunidad, puesto que es posible ver resultados positivos incluso cuando las leyes de amnistía siguen vigentes (Payne *et al*. 2015). En cambio, esta visión identifica la presencia de cuatro factores que, a pesar de las leyes de amnistía, "cercan" la impunidad, a saber: el liderazgo judicial, las demandas de la sociedad civil, la presión internacional y la ausencia de actores con un poder de veto (Payne *et al*. 2015).

A pesar del interés que despertó el estudio de las condiciones que posibilitaron el avance de los juicios por las violaciones de derechos humanos que ocurrieron durante los gobiernos autoritarios o los conflictos armados, se ha prestado menos atención a la falta de procesos penales alrededor de los múltiples tipos de violaciones que suceden continuamente en la región. El trabajo pionero de Daniel Brinks sobre la violencia policial en Brasil, Argentina y Uruguay es una notable excepción (Brinks 2007). Dados los niveles de violencia en la región, es perentoria una línea de investigación sobre los factores que ayudan a superar la impunidad en las violaciones de derechos humanos presentes.

Más allá de la celebración de los juicios, aún queda pendiente la pregunta por sus consecuencias y las tensiones que enfrentan los poderes judiciales en estas situaciones.

Las consecuencias de la arena: los efectos de los juicios de derechos humanos

El primer interrogante por desarrollar son las consecuencias de estos juicios para las democracias y los derechos humanos. Proyectos pioneros en esta área buscaron sistematizar la información a escala global para superar un enfoque casuístico e identificar los patrones generales que se presentaban. Para ello, tales estudios construyeron bases de datos que documentan los juicios y otros mecanismos de rendición de cuentas y los relacionaron con el nivel de consolidación de la democracia y el respeto a los derechos humanos. Los resultados muestran una relación positiva, y el caso latinoamericano se cita con frecuencia. A través de estos recursos se muestra que en América Latina la cantidad de juicios que se llevan a cabo es inversamente proporcional a las violaciones de derechos humanos (Sikkink y Walling 2007). Además, los estudios han encontrado que una estrategia que combina los juicios con otros mecanismos de justicia transicional promueve de una manera más efectiva la consolidación de la democracia (Olsen *et al.* 2010).

La otra discusión sobre los efectos de la "era de la responsabilidad" gira en torno al nivel adecuado de castigo en los contextos en los que existe una tensión entre buscar el máximo castigo posible o permitir una "impunidad controlada".

Esta tensión tiene como escenarios a las cortes nacionales cuando los castigos para los culpables deben conciliarse con los estándares internacionales en la materia. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que las amnistías no son un obstáculo para llevar a juicio a los presuntos perpetradores de violaciones de derechos humanos y crímenes contra la humanidad. Sin embargo, en algunos países de la región existen normas especiales que posibilitan la creación de condiciones de impunidad controlada; en particular, estas normas permiten reducir las penas con el fin de lograr la paz, un cierto grado de estabilidad política o información relevante para reconstruir la verdad (Roht-Arriaza 2014). Los distintos acuerdos de paz en Colombia, que culminaron con la creación de marcos legales que conmutan las penas máximas que reciben las personas que se someten a ellos, son un buen ejemplo de este tipo de estrategias y de las tensiones que conllevan.

Como hemos mostrado aquí, la investigación ha dado cuenta de que los poderes judiciales operaron como arenas en las que se promueve la causa de la responsabilidad jurídica en materia de derechos humanos. A partir

de este recuento, dos cosas parecen claras: en primer lugar, que, en diferentes momentos, múltiples factores pueden incidir en la voluntad de los actores judiciales de promover la causa de la responsabilidad, aunque esto no está libre de generar tensiones; en segundo lugar, que no se han estudiado suficientemente algunos aspectos, como los factores que explican la impunidad cotidiana de las violaciones de derechos humanos, las consecuencias de tal impunidad, los efectos de los juicios de responsabilidad en la propia rama judicial, los dilemas que enfrentan los jueces en estos juicios, sus efectos pedagógicos y de otros tipos. Estos temas hacen parte de las agendas futuras de investigación.

Por último, analizamos la tercera agenda de investigación alrededor del papel de las instituciones jurídicas en la promoción de los derechos humanos: los estudios que se enfocan en la relación entre las instituciones y la justicia social.

Las instituciones jurídicas como arenas para la justicia social

Dentro de esta agenda, los derechos humanos se conciben como un mecanismo que promueve la transformación social, específicamente la justicia social para los menos favorecidos. Los derechos humanos, particularmente los derechos sociales, se han convertido en herramientas de lucha contra la economía de mercado y el neoliberalismo hegemónicos en la región en las últimas décadas. Desde esta perspectiva, la judicialización de los derechos sociales, económicos y culturales es una estrategia de transformación para la justicia social.

Los estudios en esta área están influidos por el análisis de políticas públicas y examinan cómo se puede incorporar en ellas el enfoque de derechos humanos. Abordan la relación entre los derechos humanos y el desarrollo y especulan sobre la posibilidad de formular una teoría del desarrollo que tome en serio los derechos (Abramovich y Pautassi 2006; Cornwall y Niuamy-Musembi 2004). Estos trabajos también estudian una de las cuestiones más clásicas en el campo de las investigaciones de derecho y sociedad: el potencial transformador de los tribunales, en particular, y las instituciones jurídicas, en general (Abel 2010).

A continuación presentamos los estudios que examinan la creación y el funcionamiento de esta arena.

Las condiciones que hacen posible la arena: la justiciabilidad de los derechos sociales

En línea con la preocupación por la justicia social, en América Latina se ha debatido sobre la justiciabilidad de los derechos sociales. El paradigma de la justiciabilidad ha defendido la interpretación judicial directa de los derechos sociales, económicos y culturales (Courtis 2007; Langford 2008) y ha llamado la atención acerca de los precedentes judiciales alrededor de los derechos sociales (Langford *et al*. 2017a). No debería sorprendernos que en América Latina, donde el positivismo jurídico fue dominante durante la mayor parte del siglo XX, el enfoque hegemónico considerara que los derechos sociales eran programáticos, estaban por fuera de la competencia del poder judicial y que su realización era responsabilidad del poder ejecutivo y el poder legislativo (Abramovich *et al*. 2002). Los estudios principales sobre justiciabilidad de derechos sociales han tratado de revertir esta tendencia y se han concentrado en la potencialidad de los poderes judiciales

para convertirse en un espacio que proteja y garantice estos derechos. En este escenario actores oprimidos y desventajados pueden, por un lado, enfrentarse a las fuerzas del mercado y, por otro, crear un ambiente receptivo para este tipo de demandas en las cortes de sus países. Los cambios en el pensamiento jurídico que se mencionaron anteriormente fueron fundamentales en este esfuerzo (Gargarella 2006).

Como lo documentan varios estudios, la judicialización de los derechos sociales se ha hecho cada vez más común en la región (Langford 2008; Saffon y García-Villegas 2011). En vista del nuevo papel que empezaron a desempeñar las cortes, numerosos estudios examinan las condiciones que hicieron posible la judicialización, aunque no todos los países latinoamericanos han vivido el proceso de la misma manera. Varios países de América Latina, como Brasil, Argentina y Colombia, y del Sur Global son ejemplos paradigmáticos de esta tendencia.

Los estudios consideraron la judicialización como un proceso que empieza con el litigio y termina con el cumplimiento de las sentencias y el consecuente impacto sobre el diseño de políticas públicas. Los diversos componentes del proceso han sido objeto de análisis. Se examinaron las características del litigio (Peruzzotti y Smulovitz 2006; Smulovitz 2010; Brinks y Botero 2010), las condiciones de acceso a la justicia (Wilson 2009), las particularidades de la estructura institucional de los tribunales (Wilson 2011) y los marcos constitucionales y legales. Tales componentes salieron a la luz en medio de las investigaciones que buscaban entender mejor las características de las decisiones de las cortes (aunque fueran desfavorables a los derechos sociales) y, específicamente, el potencial transformador del derecho y las instituciones jurídicas (Gauri y Brinks 2008; Yamin y Gloppen 2011).

El potencial transformador del derecho y las instituciones jurídicas es un denominador común de esta literatura. En respuesta al pesimismo de cierta literatura sobre la posibilidad de los tribunales de convertirse en agentes de cambio social (Hirschl 2009; Rosemberg 2008), surgió otra perspectiva que, si bien no es completamente optimista, al menos está abierta a analizar empíricamente el impacto y las consecuencias de la judicialización de los derechos sociales (Gargarella *et al.* 2006).

El funcionamiento de la arena: ¿cuánto contribuye a la judicialización de la transformación social?

A medida que aumenta el número de decisiones judiciales en torno a los derechos sociales, también se hace más difícil medir su impacto.

Algunas investigaciones relevantes giran alrededor de cómo conceptualizar y medir el impacto de las decisiones judiciales. En particular, este tipo de análisis trae a colación una de las tensiones que aparecieron en el movimiento de derecho y sociedad en Estados Unidos: las diferencias entre el enfoque realista y el constructivista. Mientras para la perspectiva realista el impacto de una decisión puede medirse materialmente, la perspectiva constructivista sostiene que hay que tener en cuenta tanto los resultados materiales como los simbólicos (Rodríguez Garavito 2010).

Es importante señalar que esta línea de investigación no se limita a América Latina; por el contrario, es una preocupación creciente en los estudios de política judicial (Kapiszewski y Taylor 2013).

Las investigaciones sobre América Latina se han concentrado en el impacto distributivo de las decisiones judiciales en torno a los derechos sociales y el nivel de ejecución de las sentencias por parte de las agencias gubernamentales (Langford *et al*. 2017b). Gauri y Brinks realizaron un importante estudio para identificar a los principales beneficiarios de la judicialización de la lucha por los derechos sociales (Brinks y Gauri 2014). Como parte del debate alrededor del potencial transformador del derecho y las instituciones jurídicas, estos estudios se preguntan si la judicialización de los derechos sociales solo beneficia a la clase media y a las personas acomodadas (Landau 2012) o si, por el contrario, tiene un efecto distributivo y político incluyente (Prado 2013; Botero 2015).

Sin embargo, los estudios sobre América Latina se concentran principalmente en Colombia, Brasil, Costa Rica y Argentina y hay ausencia del estudio de las experiencias de otros países de la región. Además, si bien es evidente que estos estudios enfatizan diferentes rasgos del proceso de judicialización, no todos los países se encuentran en la misma etapa, por lo que el campo de investigación sigue abierto. Sin duda, el principal desafío que enfrentan las investigaciones en esta área tiene que ver con el análisis del impacto distributivo de la judicialización de los derechos sociales, las diversas respuestas de los actores jurídicos y el proceso de consolidación del activismo judicial.

Las lecciones de las tres agendas de investigación

A partir de esta revisión es claro que, durante las últimas dos décadas, las instituciones jurídicas latinoamericanas se han convertido en escenarios muy importantes para la promoción de los derechos humanos. El protagonismo del poder judicial trajo consigo el desarrollo de agendas específicas de investigación cuyos temas se intersecan cada vez más.

Dos dimensiones de interés atraviesan a las tres agendas de investigación revisadas: las consecuencias de la judicialización y la creciente preocupación por el impacto y la ejecución de las sentencias.

En la revisión presentada hemos observado que los poderes judiciales nacionales tienen varias agendas vinculadas con derechos humanos y estas se superponen: la aplicación del derecho internacional, la responsabilidad legal y la justicia social. Esta superposición es clara, por ejemplo, cuando se observa la influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre las leyes de amnistía y las tensiones en los poderes judiciales que deben aplicar las penas especiales que fueron aprobadas después de un proceso de paz. Lo mismo puede decirse con respecto al uso de la jurisprudencia interamericana sobre el derecho a la vida en los litigios nacionales en torno a la propiedad de las comunidades indígenas (el caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay) o la situación de los niños de la calle (el caso Villagrán Morales vs. Guatemala).

De hecho, se ha prestado menos atención a la relación entre la agenda de la responsabilidad legal y la de la justicia social. Si bien se trata de dos asuntos que surgen en diferentes contextos, ambas preocupaciones se cruzan desde el punto de vista de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Varias sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos examinaron la relación entre las violaciones de derechos humanos y las condiciones estructurales de desigualdad que las hacen posibles. El ejemplo más claro

es el caso Inés Fernández vs. México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010b). Las futuras investigaciones deberían prestarle atención a esta tendencia y a sus implicaciones.

Desde el punto de vista de las víctimas surge una pregunta: ¿qué tipo de reparación resulta adecuado cuando las víctimas pertenecen a grupos desfavorecidos? Particularmente en Colombia, se ha discutido la necesidad de ordenar reparaciones transformadoras que no solo compensen los daños, sino que modifiquen las condiciones estructurales de las víctimas (Uprimny-Yepes y Guzmán-Rodríguez 2010). Tras analizar la relación entre la justicia transicional y la igualdad estructural, los autores concluyen que la justicia transicional no solo debería buscar la reparación a las víctimas o el castigo a los perpetradores, sino que también debería cambiar las condiciones que posibilitaron las violaciones de derechos humanos que sufrieron los grupos vulnerables.

Lamentablemente, la violencia y las violaciones de derechos humanos continúan ocurriendo; es más, han adquirido rasgos diferentes a los que fueron comunes durante la Guerra Fría, las dictaduras militares de América del Sur o los conflictos armados centroamericanos. Por lo tanto, es necesario llevar a cabo nuevas investigaciones sobre las características y los alcances de los poderes judiciales y sus posibilidades para implementar reparaciones transformadoras.

Es claro que estas tres agendas se intersecan en la medida en que exploran tres procesos diferentes que ocurren en el mismo espacio y se influencian y modifican mutuamente. Las investigaciones futuras sobre la judicialización de la protección de los derechos humanos aún tienen que explorar cómo estos tres procesos transforman los poderes judiciales y sus diferentes funciones relacionadas con derechos humanos.

Al analizar los poderes judiciales como arenas para las agendas latinoamericanas de derechos humanos, podemos ver claramente que funcionan como un espacio que promueve (o no) los derechos humanos. Sin embargo, no sabemos de qué manera el ejercicio de estas nuevas funciones influyó en el funcionamiento de los poderes judiciales mismos. En concreto, nos falta examinar si los asuntos de derechos humanos que tuvieron que resolver los tribunales modificaron la organización de los poderes judiciales y qué repercusiones tuvieron sobre sus miembros. En definitiva, si bien los estudios que hemos reseñado investigan los desafíos y tensiones que enfrentan los poderes judiciales cuando promueven los derechos humanos, han prestado menos atención a sus consecuencias sobre los funcionarios judiciales como individuos, las relaciones entre las cortes y otros actores políticos y sociales, y la estructura administrativa e institucional de los poderes judiciales. Por tanto, queda abierto un importante campo de investigación para los académicos de derecho y sociedad que se interesan por los derechos humanos y el funcionamiento de las instituciones.

La revisión también nos invita a realizar dos consideraciones sobre las agendas de investigación, una relacionada con la metodología de investigación y otra con los casos que estudian.

En comparación con el panorama que describieron Kapiszewski y Taylor en 2008 (2008), ha habido un progreso en términos metodológicos. Aunque aún predominan los estudios de caso, la investigación comparada ahora es más frecuente. Un excelente ejemplo es el estudio de Michel y Sikkink (2013) sobre el funcionamiento del sistema de justicia penal

de cara a los procesos de justicia transicional en Uruguay, Guatemala y México. Otro ejemplo al respecto es el libro *Shifting Legal Visions*, de Ezequiel González Ocantos (2016), que analiza el juzgamiento de los responsables por violaciones de derechos humanos en Perú, Argentina y México. Otro ejemplo más es el análisis de Sandra Botero (Botero 2015) sobre los mecanismos diseñados en Argentina y Colombia para monitorear el cumplimiento de las sentencias sobre derechos sociales, minorías o personas desfavorecidas. También sobresalen los trabajos que analizan las condiciones que facilitan el activismo legal en torno al derecho a la salud en Colombia y Costa Rica (Wilson 2009) o las diferencias entre las posturas judiciales sobre los derechos de las minorías sexuales y el derecho a la salud en Colombia y México (Valderrama Gómez 2015). En su estudio de 2007, Daniel Brinks examinó la respuesta judicial frente a la violencia en Uruguay, Brasil y Argentina (Brinks 2007). También se han publicado estudios de alcance regional sobre las cortes y la defensa de los derechos humanos, como el trabajo de Ansolabehere, Valdés y Vázquez (2015) sobre la importancia de las instituciones jurídicas para el goce de los derechos humanos o el artículo de Lessa y otros (2014) sobre los factores que contribuyen a mejorar la defensa de los derechos humanos.

Actualmente se observa también una mayor diversidad en los diseños de investigación y un mayor rigor en este campo de estudio. Sin embargo, como lo menciona Julio Ríos-Figueroa (2012) en su revisión de los estudios de derecho y sociedad en México, es necesario modernizar los métodos de investigación, ofrecer explicaciones más profundas y abordar los casos desde un punto de vista tanto interno como externo al derecho.

Finalmente, una mención acerca del alcance geográfico de estos estudios. Como era de esperar, dados los tipos de procesos que se analizan, el alcance cambia en cada agenda. Un análisis de los poderes judiciales como un escenario para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos combina los estudios de área (regionales) de los derechos humanos con estudios de caso sobre Chile, Argentina, Colombia, Brasil (como un ejemplo negativo) y, más recientemente, México. En cuanto a la agenda de la responsabilidad legal, el grupo de países estudiados ha aumentado: a los trabajos sobre Chile, Argentina, Uruguay y Colombia se han sumado estudios sobre Guatemala y El Salvador. Por último, las investigaciones sobre la justicia social se han concentrado en los casos de Argentina, Colombia, Brasil y, en menor medida, Costa Rica. Estos países han dominado el campo porque sus poderes judiciales han sido receptivos a la judicialización de los derechos sociales.

Como podemos ver, el alcance geográfico de los estudios de caso es limitado. En consecuencia, es necesario realizar estudios basados en métodos mixtos en los que el análisis de las tendencias regionales se complemente con la profundidad de los estudios de caso que incluyan a nuevos países.

Conclusiones

Uno de los rasgos latinoamericanos en materia de derechos humanos es la judicialización. El reconocimiento de la judicialización y la importancia política de los poderes judiciales inspiraron investigaciones sobre las condiciones que hicieron posible este fenómeno y sus consecuencias. En estos trabajos se superponen dos discusiones clásicas en el campo de los estudios

sobre derecho y la sociedad: la brecha entre el derecho en los libros y el derecho en acción, y el potencial transformador del derecho.

La principal contribución de este capítulo fue mapear las tres agendas de investigación alrededor de los poderes judiciales como escenarios para la promoción de los derechos humanos: la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad legal por las violaciones de derechos humanos y la justicia social para los grupos desfavorecidos. Estas preocupaciones no se pueden separar de tres hechos que han marcado la historia latinoamericana en las últimas tres décadas: la democratización (y sus retrocesos), las reformas económicas promercado, y el doble proceso de constitucionalización del derecho internacional e internacionalización del derecho constitucional.

La tabla 19.1 sistematiza las tensiones y los desafíos que enfrentan los poderes judiciales según las tres agendas.

Aunque las implicaciones se separaron con fines analíticos, podemos ver que se cruzan. Sin embargo, dos aspectos no han recibido la suficiente atención: la intersección entre la agenda de justicia social y la de responsabilidad, y las implicaciones de la intersección entre las tres agendas.

El análisis anterior nos permite concluir que si bien se ha reconocido la importancia de la arena judicial para la protección de los derechos humanos, no sabemos mucho sobre las consecuencias de estos nuevos roles para los poderes judiciales, su organización, sus agentes y sus relaciones con otros actores. Dicho de otro modo, una agenda futura de investigación debería examinar los efectos

Tabla 19.1 Tensiones y desafíos de los poderes judiciales como escenarios para la promoción de los derechos humanos

	Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos	**Responsabilidad legal por violaciones de derechos humanos**	**Justicia social**
Cómo se concibe el poder judicial	Arena para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y el fortalecimiento de las instituciones.	Arena para llevar a juicio a los responsables por violaciones de derechos humanos. Escenario para lograr la reparación de las víctimas.	Arena para lograr la justicia social por medio de la protección de los derechos sociales, económicos y culturales.
Las condiciones que hicieron posible establecer la agenda	Cambios en la estructura de oportunidades legales y en las ideas jurídicas y profesionales.	Factores jurídicos y extrajurídicos que hicieron posible que los juicios de derechos humanos se llevaran a cabo.	Justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales.
Las consecuencias de la judicialización	Apropiación por parte de la rama judicial de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales.	Impacto y tensiones de los juicios de derechos humanos sobre el sistema político.	Condiciones que facilitan la judicialización de los derechos sociales y consecuencias del cumplimiento de las sentencias.

Fuente: Elaboración propia.

de la judicialización sobre la organización del poder judicial.

Finalmente, para implementar esta agenda debemos sofisticar las metodologías y usar métodos mixtos.

Notas

1. La literatura sobre los tribunales y el poder judicial ha estudiado el concepto de "judicialización", que se define como el uso cada vez más frecuente de los tribunales para resolver diferentes conflictos políticos y sociales, y, entre estos últimos, los casos de derechos humanos (Sieder *et al*. 2005; Ferejohn 2002).
2. Un ejemplo de esto en América Latina es la creciente importancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las instituciones nacionales de derechos humanos (véase el capítulo de Uggla en este volumen), las instituciones estatales para prevenir y luchar en contra de la discriminación, etc.
3. La diversidad entre los países de la región nos impide afirmar que estas tendencias son uniformes.
4. Por otra parte, alrededor de la primera década del siglo XXI, los países de la región experimentaron un proceso neoconstituyente conocido como "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano". Dicho proceso estuvo en la base de las constituciones de Bolivia, Venezuela y Ecuador, y combinó un reconocimiento integral de los derechos con una clara centralización del poder en la rama ejecutiva (Gargarella 2015).
5. En 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró responsable a México en el caso de Rosendo Radilla Pacheco, desaparecido por la fuerza por miembros del Ejército mexicano durante la década de los setenta en el estado de Guerrero. Esta sentencia se considera como un punto de inflexión en la relación entre la Corte Suprema de México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que a partir de ese momento la Corte mexicana comenzó a deliberar sobre su responsabilidad en el cumplimiento de las decisiones de este tribunal regional.

Referencias

Abel, Richard L. 2010. Law and society: Project and practice. *Annual Review of Law and Social Science* 6: 1-23.

Abramovich, Víctor, Christian Courtis y Luigi Ferrajoli. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Abramovich, Víctor y Laura Pautassi. 2006. Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos. Ponencia presentada en el Seminario "Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad". UNESCO, Secretaría de Derechos Humanos y Universidad Nacional Tres de Febrero. Buenos Aires, Argentina-

Ansolabehere Sesti, Karina. 2014. Difusores y justicieros: Las instituciones judiciales en la política de derechos humanos. *Perfiles Latinoamericanos* 22(44): 143-69.

Ansolabehere, Karina. 2016. One Norm, Two Models. Legal Enforcement of Human Rights in Mexico and the United States. *Mexican Law Review*, *1*(16), 115-146.

Basch, Fernando, Leonardo Filippini, Mariano Nino, Felicitas Rossi y Bárbara Schreiber. 2010. La efectividad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento

de sus decisiones. *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos, São Paulo* 7(12): 9-35.

Benítez Jiménez, Maira. 2017. *Justicia transicional y movilización: Implicaciones socio-legales de los juicios en Guatemala y Perú*. México: FLACSO.

Botero, Sandra. 2015. *Agents of neoliberalism? High courts and rights in Latin America*. www.sas.upenn.edu/dcc/sites/www.sas.upenn.edu.dcc/files/uploads/Botero%20-%20Courts%20(Penn%20DCC%20Conference).pdf. (Consultado el 19 de octubre de 2018).

Botero, Sandra. 2015. *Courts that matter: Judges, litigants and the politics of rights enforcement in Latin America*. Notre Dame.

Brinks, Daniel M. 2007. *The judicial response to police killings in Latin America: Inequality and the rule of law*. Cambridge University Press.

Brinks, Daniel M. y Sandra Botero. 2010. Inequality and the rule of law: Ineffective rights in Latin American Democracies. *American Political Science Association Annual Meeting*. http://kellogg.nd.edu/odonnell/papers/brinks.pdf. (Consultado el 19 de octubre de 2018).

Brinks, Daniel M. y Varun Gauri. 2014. The Law's Majestic Equality? The distributive impact of judicializing social and economic rights. *Perspectives on Politics* 12(2): 375-93.

Collins, Cath 2010. *Post-transitional justice. Human rights trials in Chile and El Salvador*. Pensilvania, EU: Pennsylvania State University Press.

Contesse, Jorge. 2013. *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. SELA, Yale Law School. https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV _Sp_20130401.pdf. (Consultado el 19 de octubre de 2018).

Cornwall, Andrea y Celestine Nyamu-Musembi. 2004. Putting the «rights-based approach» to development into perspective. *Third World Quarterly*, *25*(8), 1415-1437.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2010a. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.doc. (Consultado el 19 de octubre de 2018).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2010b. Fernández Ortega y otros vs. México (Corte Interamericana de Derechos Humanos de agosto de 2010). www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM2.pdf. (Consultado el 19 de octubre de 2018).

Courtis, Christian. 2007. Los derechos sociales en perspectiva: La cara jurídica de la política social. En *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, coord. por Miguel Carbonell Sánchez. Madrid: Trotta: 185-212.

Couso, Javier A. 2005. The Judicialization of Chilean Politics. The rights revolution that never was. En *The Judicialization of Politics in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, 105-29. Nueva York: Palgrave McMillan.

Couso, Javier A. 2013. The implementation of the Inter-American Human Rights System's Decisions in Chile. (Sin publicar).

Couso, Javier A. y Lisa Hilbink. 2011. From quietism to incipient activism. En *Courts in Latin America*, eds. Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa 99. Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press.

Dancy, Geoff y Kathryn Sikkink. 2012. Ratification and human rights prosecutions: Toward a transitional theory o treaty compliance.

Journal of International Law and Politics 44 (Spring):751-90.

Dutrénit Bielous, Silvia y Gonzalo Varela Petito. 2010. *Tramitando el pasado. Violaciones de los Derechos Humanos y agendas gubernamentales en casos latinoamericanos*. México: FLACSO.

Engstrom, Par y Andrew Hurrell. 2013. Why the Human Rights regime in the Americas Matters. *Human Rights Regimes in the Americas*, 29-55.

Gargarella, Roberto. 2006. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles Latinoamericanos* 14(28): 9-32.

Gargarella, Roberto. 2015. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.

Gargarella, Roberto, Pilar Domingo y Theunis Roux. 2006. *Courts and social transformation in new democracies: An institutional voice for the poor?* Ashgate Publishing.

Gauri, Varun y Daniel M. Brinks. 2008. *Courting social justice: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge University Press.

González Ocantos, Ezequiel. 2014. Persuade them or oust them: Crafting judicial change and transitional justice in Argentina. *Comparative Politics, Forthcoming* 46(4): 279-98.

González Ocantos, Ezequiel. 2016. *Shifting legal visions. Judicial change and human rights trials in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.

Haire, Susan. 2010. Relations among courts. En *The Oxford Handbook of Law and Politics* (vol. 3), ed. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen y Gregory A. Caldeira. Nueva York: Oxford University Press.

Helmke, Gretchen y Julio Ríos-Figueroa. 2011. *Courts in Latin America*. Cambridge University Press.

Hilbink, Lisa. 2006. Beyond Manicheanism: Assessing the New Constitutionalism. *Maryland Law Review* 65: 15.

Hilbink, Lisa. 2012. The origins of positive judicial independence. *World Politics* 64(4): 587-621.

Hillebrecht, Courtney. 2014. *Domestic politics and International Human Rights Tribunals: The problem of compliance*. Cambridge University Press.

Hirschl, Ran. 2009. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press.

Huneeus, Alexandra. 2010. Judging from a guilty conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights turn. *Law and Social Inquiry*, 35(1): 99-135. https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2009.01179.x /Consultado el 19 de octubre de 2018).

Huneeus, Alexandra. 2011. Courts resisting courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal* 44(3): 101-42.

Kapiszewski, Diana y Matthew M. Taylor. 2008. Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America. *Perspectives on Politics* 6(4): 741-67.

Kapiszewski, Diana y Matthew M. Taylor. 2013. Compliance: Conceptualizing, measuring, and explaining adherence to judicial rulings. *Law and Social Inquiry* 38(4): 803-35. https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2012.01320.x. (Consultado el 19 de octubre de 2019).

Kapiszewski, Diana, Gordon Silverstein y Robert A. Kagan (eds.). 2013. *Consequential courts: Judicial roles in global perspective (comparative*

constitutional law and policy). Cambridge University Press.

Keck, Margaret E. y Kathryn Sikkink. 1998. *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*. Cambridge University Press.

Landau, David. 2012. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal* 53: 189.

Langford, Malcom. 2008. *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*. Cambridge University Press.

Langford, Malcom, César Rodríguez-Garavito y Julieta Rossi (eds.). 2017a. *Social rights judgments and the politics of compliance: Making it stick* (Primera edición). Cambridge: Cambridge University Press.

Langford, Malcom, César Rodríguez-Garavito y Julieta Rossi. 2017b. *Social rights judgments and the politics of compliance: Making it stick*. Cambridge University Press.

Lessa, Francesca. 2013. *Memory and transitional justice in Argentina and Uruguay: Against impunity*. Springer.

Lessa, Francesca, Tricia D. Olsen, Leigh A. Payne, Gabriel Pereira y Andrew Reiter. 2014. Overcoming impunity: Pathways to accountability in Latin America. *International Journal of Transitional Justice* 8(1): 75-98.

López Pacheco, Jairo A. 2015. *El campo de acción colectiva de las organizaciones defensoras de los Derechos Humanos: Los casos de Colombia y México*. Tesis doctoral, FLACSO-México.

Michel, Verónica y Katryn Sikkink. 2012. *Participation rights of victims in criminal proceedings and human rights prosecutions*. Mimeo.

Michel, V. y Sikkink, K. (2013). Human rights prosecutions and the participation rights of victims in Latin America. *Law & Society Review*, *47*(4), 873-907.

Nunes, Rodrigo M. 2010. Ideational origins of progressive judicial activism: The Colombian Constitutional Court and the right to health. *Latin American Politics and Society* 52(3): 67-97.

Olsen, Tricia D., Leigh A. Payne y Andrew G. Reiter. 2010. *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*. US Institute of Peace.

Payne, Leigh A. y Gabriel Pereira. 2016. Corporate complicity in international human rights violations. *Annual Review of Law and Social Science* 12: 63-84.

Payne, Leigh A., Francesca Lessa y Gabriel Pereira. 2015. Overcoming barriers to justice in the age of human rights accountability. *Human Rights Quarterly* 37(3): 728-54. https://doi.org/10.1353/hrq.2015.0040. (Consultado el 19 de octubre de 2018).

Peruzzotti, Enrique y Catalina Smulovitz. 2006. *Enforcing the rule of law: Social accountability in the New Latin American democracies*. University of Pittsburgh Press.

Popovski, Vesselin, Nicholas Turner, Thomas Karl Wagner y Greg Lowden. 2008. *The Human Rights Regime in the Americas*. Informe. UNU-ISP Policy Briefs.

Prado, Mariana Mota. 2013. The debatable role of courts in Brazil's Health Care System: Does litigation harm or help? *The Journal of Law, Medicine and Ethics* 41(1): 124-37. https://doi.org/10.1111/jlme.12009. (Consultado el 19 de octubre de 2018).

Ríos-Figueroa, Julio. 2012. Sociolegal studies on Mexico. *Annual Review of Law and Social Science* 8(1): 307-21. https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102811-173928. (Consultado el 19 de octubre de 2018).

Rodríguez-Garavito, César. 2010. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism

on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review* 89: 1669.

Roht-Arriaza, Naomi. 2006. The new landscape of transitional justice. En *Transitional justice in the Twenty-First Century*, eds. Naomi Roht-Arriaza y Javier Mariezcurrena. Cambridge University Press.

Roht-Arriaza, Naomi. 2014. *After amnesties are gone: Latin American National Courts and the new contours of the fight against impunity*. Scholarly Paper, Social Science Research Network. Rochester, NY. http://papers.ssrn.com/abstract=2409077. (Consultado el 19 de octubre de 2018).

Rosemberg, Gerald N. 2008. *The hollow hope: Can courts bring about social change?* vol. 2. Chicago: University of Chicago Press.

Saffon, María Paula y Mauricio García-Villegas. 2011. Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 13(1). www.redalyc.org/resumen.oa?id=73318918004. (Consultado el 19 de octubre de 2018).

Saldivia, Laura. 2003. *Derechos humanos y derecho de interés público en Argentina: ¿Quiebre continuidad?* Documento de trabajo 2. Facultad de Derecho, Universidad de Palermo.

Serrano García, Sandra. 2017. *La recepción de los criterios interamericanos en las cortes de Colombia y México: De las ideas a los resultados*. México: IIJ UNAM.

Shapiro, M. M. y Stone Sweet, A. (2002). *On law, politics, and judicialization*. Oxford; New York: Oxford University Press.

Sieder, Rachel, Line Schjolden y Alan Angell. 2005. *The judicialization of politics in Latin America*. Palgrave MacMillan.

Sikkink, Kathryn. 2005. The transnational dimension of the judicialization of politics in Latin America. En *The judicialization of politics in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, 263-92. Nueva York: Palgrave MacMillan.

Sikkink, Kathryn. 2008. La dimensión transnacional de la judicialización de la política en América Latina. En *La judicialización de la política en América Latina*, eds. Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, 315-49.

Sikkink, K. (2011). *The justice cascade: How human rights prosecutions are changing world politics*. WW Norton.

Sikkink, Kathryn y Carrie Booth Walling. 2007. The impact of human rights trials in Latin America. *Journal of Peace Research* 44(4): 427-45.

Skaar, Elin. 2011. *Judicial independence and human rights in Latin America: Violations, politics, and prosecution*. Palgrave MacMillan.

Smulovitz, Catalina. 2010. Judicialization in Argentina: Legal culture, or opportunities and support structures? En *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America*, eds. Javier Couso, Alexandra Huneeus y Rachel Sieder. Cambridge: Cambridge University Press.

Smulovitz, Catalina. 2013. "The past is never dead": Accountability and justice for past human rights violations in Argentina. *After Oppression*: 64-85.

Staton, Jeffrey K. y Alexia Romero. 2011. *Clarity and compliance in the Inter-American Human Rights System*. Presentado en American Political Science Association Meetings.

Tate, C. N. y Vallinder, T. (1997). *The global expansion of judicial power*. New York Univ. Press.

Valdés-Ugalde, Francisco y Karina Ansolabehere. 2012. Panorama político. Conflicto constitucional en América Latina: entre la inclusión y el cinismo. En *América Latina en los albores del siglo XXI, 2. Aspectos sociales y*

políticos, eds. Martin Anyul Puchet, Mariano Rojas, Rodrigo Salazar, Giovanna Valenti y Francisco Valdés Ugalde, 235-58. México: FLACSO.

Uprimny-Yepes, Rodrigo y Diana Esther Guzmán-Rodríguez. 2010. In search of a transformative and participatory concept of reparations in the context of transitional justice. *International Law* 17: 232-86.

Valderrama Gómez, César. 2015. *El papel de las audiencias en la protección de derechos y la construcción de legitimidad judicial los casos de Colombia y México*. Tesis doctoral, FLACSO-México.

Von Bogdandy, Armin. 2015. Ius constitutionale commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador (ius constitutionale commune in Latin America: A look at a transformative constitutionalism). *Revista Derecho del Estado* 34: 3-50.

Wilson, Bruce M. 2009. Rights revolutions in unlikely places: Costa Rica and Colombia. *Journal of Politics in Latin America* 1(2): 59-85.

Wilson, Bruce M. 2011. Enforcing rights and excercising an accountability function. Costa Rica Constitutional Chamber of the Supreme Court. En *Courts in Latin America*, eds. Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa. Cambridge: Cambridge University Press.

Yamin, Alicia Ely y Siri Gloppen. 2011. *Litigating health rights: Can courts bring more justice to health*. Cambridge, MA: Human Rights Program, Harvard Law School/Harvard University Press.

Capítulo 19
DESGLOBALIZACIÓN Y SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS*

Alexandra Huneeus

Los cambios en el panorama geopolítico de los últimos años están alterando el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) de formas sin precedentes. En el pasado, el ascenso del SIDH estuvo marcado por dos acontecimientos importantes: la *pax americana*, establecida después de la Segunda Guerra Mundial y, con el final de la Guerra Fría, la alianza entre Estados Unidos y Europa y el surgimiento de nuevas democracias listas para abrir sus mercados e integrarse a la economía mundial. Hoy, sin embargo, se observa un panorama distinto: las ideologías liberales están perdiendo terreno frente a los populismos conservadores o de izquierda que enfatizan un discurso nacionalista; Rusia y China están desafiando la hegemonía de Estados Unidos, que, a su vez, se están volviendo hacia adentro; y los Estados están retrocediendo en sus políticas de globalización comercial e integración jurídica. En ese contexto, es importante repensar en el futuro de la protección de los derechos humanos en América Latina. Como dice Stephen Hopgood (2013), parece que ahora estamos avanzando no hacia un orden poswestfaliano con fronteras porosas y soberanías débiles, sino hacia un orden neowestfaliano que se caracteriza por la multipolaridad y las "políticas hacia el interior" [*inward looking policies*]. En tal caso, ¿qué pasa con la protección de los derechos humanos a nivel regional?

Plantear esta pregunta no supone afirmar que la existencia del SIDH esté en riesgo. Los tres principales sistemas regionales de derechos humanos del mundo han demostrado tener un cierto grado de solidez: a pesar del Brexit, el Reino Unido aún permanece dentro de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Los Estados africanos que amenazan con retirarse de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no pretenden abandonar el sistema de la Unión Africana, sino más bien, de alguna manera, fortalecerlo. A pesar de la crisis venezolana, en América Latina la democracia es la norma. De hecho, los Estados bolivarianos, como Ecuador, que en un principio amenazaron con seguir el ejemplo de Venezuela y denunciar la Convención Americana, han mantenido su compromiso con el SIDH.

Más bien, esta nueva situación invita a considerar que los sistemas de derechos humanos son moldeados y restringidos no solo por el

* Cómo citar este capítulo: Huneeus, Alexandra. 2024. Desglobalización y sistemas regionales de derechos humanos. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 435-454. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.20

derecho y la política nacional, sino también por el contexto geopolítico, que originalmente permitió que surgieran. Los sistemas regionales de derechos humanos hicieron parte del mismo impulso de posguerra: un esfuerzo de Europa y las Américas por diferenciarse de los regímenes fascistas del pasado, así como del régimen soviético. Tales sistemas desempeñaron un papel fundamental en la legitimación de un orden internacional particular, y su influencia, al igual que la democracia de libre mercado, se extendió rápidamente. De esta manera, el orden global liderado por Estados Unidos fue el telón de fondo que usaron los investigadores para comprender las variaciones en la difusión del derecho de los derechos humanos y sus instituciones. Los académicos han explorado en los últimos años cómo las diferencias en los factores políticos y jurídicos internos aumentan o disminuyen el impacto de los regímenes regionales de derechos humanos. Sin embargo, dado que el orden mundial liderado por Estados Unidos está siendo cuestionado, un nuevo conjunto de tendencias geopolíticas ha empezado a llamar la atención de los académicos. En otras palabras, solo un nuevo enfoque podría entender el orden neowestfaliano: debemos volver al estudio de la geopolítica para comprender cómo las tendencias políticas más amplias también moldean el desarrollo de los sistemas de derechos humanos.

Este capítulo vuelve sobre los estudios jurídicos y sociojurídicos sobre el SIDH y, en menor medida, el sistema europeo de derechos humanos con el fin de examinar cómo pueden ser releídos para responder las nuevas preguntas que plantea el cambiante orden mundial. En medio de este ejercicio, también se analizan las preguntas que esa literatura aún no ha formulado. Sin contar esta introducción, el capítulo se divide en tres secciones. La primera cuenta la historia de la creación y el desarrollo de los sistemas de derechos humanos durante la Guerra Fría. La historia del SIDH nos muestra cómo las instituciones regionales surgieron y sobrevivieron en una época en que el concepto de derechos humanos tenía poca legitimidad, las democracias eran frágiles y los gobiernos autoritarios acechaban. Por tanto, este período inicial podría releerse como una hoja de ruta que marcó la forma en que los sistemas regionales enfrentaron un contexto de inestabilidad institucional y democrática. La segunda sección se detiene en los años posteriores a la Guerra Fría, cuando la globalización del comercio, la democratización y la acogida de los derechos humanos se combinaron para fomentar el desarrollo del SIDH. Los estudios sociojurídicos de esta época se centran en las relaciones entre las instituciones internacionales y diversos grupos de interés, incluidos los jueces y la sociedad civil. El desafío radica entonces en conectar la historia de estas relaciones con las tendencias geopolíticas más generales que fueron oscurecidas por el enfoque institucionalista: por ejemplo, ¿cuál es exactamente la relación entre la globalización de los derechos y la globalización del comercio?[1]. La tercera sección se centra en la época actual. A medida que Estados Unidos se aleja aún más de una política exterior influida por los derechos humanos, ¿perdurarán las relaciones institucionales que forman la columna vertebral del SIDH? ¿Por cuánto tiempo? ¿Qué estrategias usarán los sistemas regionales de derechos para sobrevivir? ¿Cambiarán sustancialmente en medio de esos esfuerzos? Si bien es demasiado pronto para responder de manera definitiva estas preguntas, es oportuno plantearlas como guías para los estudios posteriores.

Los derechos humanos en la Guerra Fría y en la época de las dictaduras (1948-1990)

Samuel Moyn (2010) ha argumentado que el auge de los derechos humanos no comenzó en los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, sino en la década de los setenta, cuando Jimmy Carter les dio un lugar importante en la política exterior estadounidense. Así, Moyn quiere que centremos el estudio histórico de los derechos humanos en el momento en que los vientos políticos eran favorables y las instituciones estatales mostraban su compromiso con la idea de los derechos humanos. Pero hoy, cuando estos mismos factores comienzan a perder fuerza, parece oportuno centrar la mirada en el período anterior: el tiempo en el que las instituciones de derechos humanos existían a pesar de que los derechos humanos no tenían la misma importancia política que el discurso socialista y las ideologías nacionalistas. La trayectoria anterior a los años setenta podría revelar algo sobre la forma en que perduran las instituciones de derechos humanos a pesar de que las ideas de derechos humanos no son precisamente populares.

El SIDH se inspiró en gran parte en el sistema del Consejo de Europa (CE), que lo antecedió (aunque el sistema europeo se basó en la declaración de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos [OEA] de 1948). Por ese motivo, la historia del sistema europeo también es relevante aquí. La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) entró en vigor en 1953 y el TEDH empezó a funcionar en 1959. Sin embargo, si se observa desde la revolución de los derechos de la Posguerra Fría, este período no inspira mucha admiración. Moyn argumenta que el sistema del CE nació "esencialmente muerto" (2010, 80) y destaca cómo en su primer caso, Lawless vs. Irlanda[2], el TEDH no cuestionó las medidas de emergencia del Reino Unido ni su uso de la detención indefinida sin juicio. En ese momento, el sistema europeo era todavía incipiente y estaba centrado en Europa occidental. Cuando los Estados más grandes se unieron al CE, no se sometieron a la jurisdicción del TEDH y excluyeron a una buena parte de sus territorios coloniales (el artículo 56 de la Convención Europea, la llamada "cláusula colonial", les da a los Estados la opción de incluir a sus territorios coloniales, que se entienden excluidos si no se incluyen explícitamente).

Si se mira más de cerca, este comportamiento deferente no (solo) es una señal de que los derechos humanos aún no eran fundamentales en las agendas políticas, sino (también) una estrategia que pretendía equilibrar los difíciles desafíos que enfrentaba el TEDH. Por un lado, los jueces no querían asustar a los nuevos Estados con sentencias contundentes sobre asuntos delicados de seguridad nacional. Por otro lado, no se puede considerar que el TEDH debilitó el alcance de los derechos humanos mediante una lectura restrictiva de la Convención Europea. Mikael Rask Madsen (2011) sostiene que los jueces eligieron una estrategia de apaciguamiento que denomina "diplomacia jurídica": para no alejar a los Estados colonialistas más poderosos, los jueces optaron por no ofrecer una lectura rica y expansiva de la Convención y en cambio usaron sus sentencias para asegurarle un futuro viable al Tribunal. Esto supuso ignorar las demandas de las colonias y evitar los fallos polémicos que podían hacer que los Estados abandonaran la jurisdicción del Tribunal. Por ello, el TEDH se centró en cuestiones más cotidianas, como

> diseñar *tests* de proporcionalidad para examinar las restricciones que pretenden lograr a fines legítimos, o, en general, establecer *tests* sobre el acceso a la información personal contenida en las historias clínicas, el alcance del deber de las autoridades de consultar a los sindicatos [...] o la condición de los "hijos ilegítimos". (Wojciech 2009, 406)

En conjunto, las primeras sentencias no representan a la Europa que estaba involucrada en la violenta represión colonial (por ejemplo, en Argelia), sino a una Europa en la que las violaciones de derechos humanos eran pocas, relativamente no tan importantes, y que tenían que ver con la aplicación inadecuada de las leyes. Esta es exactamente la imagen que Europa quería proyectar durante la Guerra Fría. En otras palabras, una de las tareas del Sistema Europeo de Derechos Humanos era forjar una identidad para Europa occidental.

Las instituciones del SIDH echaron raíces en un contexto diferente. Notablemente, la OEA no solo agrupa a los Estados latinoamericanos que tuvieron un papel fundamental en la creación del SIDH, sino también a Estados Unidos. En otras palabras, el Estado hegemónico era un miembro sumamente poderoso que trabajaba desde adentro para hacer avanzar su política exterior de la Guerra Fría. Además, América Latina era una región que aún se caracterizaba por el subdesarrollo económico y la inestabilidad política; dicho de otro modo, su lugar en el orden geopolítico era muy diferente al de Europa occidental. A su vez, el SIDH empezó a funcionar más tarde: mientras que el TEDH fue fundado en 1959, al igual que la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana inició sus labores en 1979. Además, la Corte Interamericana solo empezó a tener casos activos en la década de los noventa. En los primeros años de la Guerra Fría, solo la Comisión Interamericana estaba en funcionamiento, mientras que el sistema del CE tuvo tanto una Comisión como un Tribunal desde 1959.

En este contexto, a diferencia del sistema del CE, el SIDH se enfocó más en el juzgamiento que en la diplomacia (Huneeus y Madsen 2018). En contraste con los casos "legalistas" del TEDH, el SIDH estudió en sus primeros años hechos de opresión política que amenazaban la paz y la seguridad de la región. Además, a menudo los casos que estudiaba la Comisión Interamericana también eran una prioridad para Estados Unidos. Por ejemplo, la situación de los derechos humanos en Cuba después de la revolución de 1959 recibió atención temprana (Dykmann 2004, Medina 1988). Además, como aún no existía un sistema de casos, los derechos humanos hicieron parte de un esfuerzo de arriba hacia abajo en el que la Comisión Interamericana y los Estados de la OEA, en lugar de las víctimas y sus abogados, moldeaban la agenda del SIDH. La primera visita *in loco* de la Comisión Interamericana a Argentina fue posible gracias a que un diplomático estadounidense le informó al Gobierno argentino que dicha visita era una condición para que el Gobierno de su país enviara ayudas a Argentina (Kelly 2018a). Por ello, una visión escéptica del funcionamiento de la Comisión Interamericana en ese momento podría afirmar que se comportaba como una mera herramienta de los intereses de Estados Unidos. No obstante, precisamente como consecuencia de ello, la Comisión empezó a ganar una autonomía relativa. Por ejemplo, si bien la práctica de publicar informes sobre la situación de derechos

humanos comenzó con el caso de Cuba, Estados Unidos no se pudo negar a que la Comisión también preparara informes sobre otros países[3].

Esta revisión da a entender que los sistemas regionales de derechos humanos de este período pusieron en práctica al menos dos métodos de trabajo (Huneeus y Rask Madsen 2018). El sistema del CE utilizó una estrategia de diplomacia jurídica y emitió, en consecuencia, fallos minimalistas y no controversiales que describían a Europa como un continente respetuoso de las reglas que perfeccionaba sus prácticas democráticas. Por su parte, el SIDH desarrolló una diplomacia más política enfocada en los derechos humanos. De ese modo, aprovechó los intereses de Estados Unidos para promover la agenda de los derechos humanos y consolidó poco a poco un espacio de autonomía relativa. Ambos sistemas perseveraron hasta que las ideas de derechos humanos comenzaron a ocupar un lugar más importante. Este proceso terminó con el retroceso de las ideologías contrarias a los derechos humanos y la creación de nuevas formas de trabajo.

Este período nos da algunas pistas de lo que podría suceder en nuestros tiempos: el SIDH podría asumir un enfoque menos judicializado de las cuestiones de derechos humanos o, si mantiene su interés en el juzgamiento, podría adoptar una jurisprudencia más deferente y pragmática. Al mismo tiempo, este esbozo también apunta a que aún hay espacio para que los académicos estudien el funcionamiento del SIDH antes de la década de los noventa. Los estudios históricos sobre los primeros años del sistema del CE son un buen referente. Una aproximación histórica posible al SIDH podría centrarse en las grandes diferencias entre su período inicial, entre 1959 y 1973, y los desarrollos que ocurrieron entre 1970 y 1990. Madsen ha argumentado que la década de los setenta marca una nueva época para el TEDH, puesto que comenzó a entenderse a sí mismo como un actor más de la era poscolonial. A su vez, Patrick Kelly sostiene que 1973 fue un punto de inflexión dramático en América Latina, ya que los derechos humanos se convirtieron en el discurso capaz de describir y rechazar el golpe de Estado chileno. ¿Cómo afectó este hecho la estrategia de trabajo de la Comisión Interamericana? Este ejercicio histórico también podría preguntarse por el papel de los abogados, los académicos y otros grupos de defensa durante esta época temprana. Es interesante notar que los estudios sobre el Sistema Interamericano que se llevaron a cabo durante este período inicial fueron en sí mismos una especie de diplomacia: se trató de intervenciones de abogados activistas que apoyaban la lucha del SIDH contra las amenazas estatales[4]. En otras palabras, estos trabajos fueron una respuesta a los desafíos políticos particulares que enfrentaba el SIDH; es decir, hicieron parte del esfuerzo por construir el sistema frente a sus críticos. Finalmente, en vista de la gran cantidad de trabajos que enfatizan el papel de los Estados, los académicos de hoy deberían examinar el papel de los movimientos sociales en la construcción del SIDH[5].

Junto con algunos trabajos cortos, solo un libro documenta históricamente la lucha de la Comisión por sobrevivir entre los años cincuenta y setenta[6]. Es claro que este período podría tener las claves para comprender más profundamente el presente. Sin embargo, es necesario emprender esta investigación sin teleologías, es decir, sin pensar en lo que se convertirá el sistema o, al menos, sin la sensación de que el surgimiento del SIDH era inevitable o que el discurso de los derechos humanos es el

lenguaje más adecuado para formular ciertos reclamos políticos.

Globalización, democratización, judicialización (1990-2016)

El final de la Guerra Fría significó una nueva era para el SIDH, al igual que para el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Como consecuencia de los procesos de democratización, el surgimiento de nuevas constituciones, y el hecho de que más países se sometieron a la jurisdicción de la Corte Interamericana y el TEDH, ambos tribunales comenzaron a tener más influencia en sus regiones.

Sin importar la controversia, el SIDH adoptó un modelo más centrado en el juzgamiento de las violaciones de derechos humanos. De ese modo, la Comisión Interamericana priorizó el sistema de casos y empezó a abandonar las intervenciones diplomáticas que caracterizaron su labor en el contexto de las crisis políticas de la Guerra Fría. Por su parte, el TEDH comenzó a decidir casos con mayor regularidad; de hecho, para el año 2000 el Tribunal ya contaba con un importante cuerpo de jurisprudencia que influía en la forma en que las cortes nacionales abordaban los casos de derechos humanos. En este período, Estados Unidos no ratificó la Convención Americana y cambió su relación formal con el SIDH. Como consecuencia del declive de la Guerra Fría, América Latina dejó de ocupar un lugar fundamental en la política exterior estadounidense. Sin embargo, este nuevo escenario geopolítico le permitió al SIDH evolucionar de una forma mucho más autónoma, puesto que sus principales interlocutores ahora estaban en América Latina.

Gracias a los procesos de democratización, los países de Europa del Este comenzaron a unirse al CE. Por lo tanto, de repente el TEDH empezó a enfrentarse a Estados reacios a su competencia y a casos similares a los que había estudiado el SIDH en la década de los ochenta. En este período no solo aumentó el número de países miembros del TEDH (pasó de 24 en 1990 a 47 en la actualidad), sino que también se disparó la cantidad de peticiones: dado que era frecuente que los Estados no cumplían las sentencias del Tribunal, se radicaban más peticiones alrededor de este problema. En la actualidad, y a pesar de varios esfuerzos innovadores, el TEDH aún tiene que enfrentar la inmensa cantidad de casos que llegan constantemente a su jurisdicción. Quizás el peor infractor sea Rusia. Mientras que Estados Unidos nunca se sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana, Rusia se convirtió en parte del sistema del CE en 1996, lo que fue una fuente permanente de tensión en el CE.

Durante estos años, el SIDH y el sistema del CE dejaron de ser sistemas supranacionales que existían fuera de los Estados y se relacionaban con ellos a través de las instituciones encargadas de manejar los asuntos exteriores, y se convirtieron en sistemas que están integrados con las instituciones nacionales y que se relacionan con diversos grupos de interés en los Estados (Helfer 2008). Este cambio es particularmente evidente en América Latina a partir de la década del 2000. Gracias a las nuevas constituciones y a las cortes que interpretan la Convención Americana incorporándola al derecho interno, los poderes judiciales nacionales han empezado a evaluar el SIDH y a interesarse por él. A su vez, los jueces y abogados locales han comenzado a dialogar con el SIDH y a descubrir que tienen un interés directo en su construcción. Además, tanto la Comisión Interamericana como el TEDH tienen la potestad de imponer

medidas cautelares que a menudo requieren la acción no solo del ejecutivo, sino también de otras ramas del poder. Por ello, estos sistemas de derechos humanos han ampliado su base de interlocutores estatales para incluir, además de los poderes ejecutivos y judiciales, a los poderes legislativos, las burocracias encargadas de la educación, la cultura y el mantenimiento del orden, entre otros.

Como consecuencia del paso hacia el juzgamiento de las violaciones de derechos humanos, las víctimas y las organizaciones no gubernamentales (ONG), que ahora llevan los casos ante el SIDH, comenzaron a tener un papel institucionalizado en la conformación de la agenda del Sistema. Muchas ONG nacionales e internacionales se consolidaron con base en su litigio ante el SIDH. Por ejemplo, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), una ONG con sede en Washington, D. C., dedicada al litigio ante el SIDH, se ha convertido en un interlocutor determinante. Otros actores, como el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CAJAR), de Colombia; la Asociación Pro Derechos Humanos (Aprodeh), de Perú; y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), de Argentina, también se han convertido en actores importantes en la conformación del SIDH.

Los académicos también se han interesado cada vez más en el SIDH. Dados el crecimiento del cuerpo de jurisprudencia del TEDH y los diálogos entre el derecho constitucional de algunos Estados y el derecho internacional de los derechos humanos, que han redundado en su prestigio, más académicos han empezado a escribir sobre el SIDH. En la actualidad, las facultades de derecho ofrecen cursos de derechos humanos como parte de sus planes de estudio, y las revistas de derecho publican con más frecuencia artículos sobre la jurisprudencia interamericana. A través de sus publicaciones, este grupo de interlocutores hace que el SIDH exista en la imaginación académica, le da un perfil más alto y forja una identidad profesional vinculada al Sistema.

La mayor parte de los trabajos que se escribieron sobre el SIDH durante estos años analizan la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los informes de la Comisión Interamericana. En conjunto, estos estudios rastrean cómo el tipo de asuntos que se presentan ante el SIDH ha cambiado a lo largo del tiempo. Anteriormente, predominaban los análisis sobre el derecho a la libertad de expresión, el acceso a la información y el deber de los Estados de perseguir y castigar los delitos atroces. A partir del año 2010, el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras tradicionales y a su cultura y el derecho a acceder a las tecnologías reproductivas han cobrado mayor importancia[7]. Una búsqueda de artículos en bases de datos realizada en marzo de 2017 arrojó aproximadamente 40 trabajos publicados entre 2014 y 2017 cuyo tema principal es el SIDH[8]. La mayoría de ellos se enfoca en los desarrollos doctrinales alrededor de los derechos indígenas, los derechos reproductivos y los derechos de la mujer. Algunos también examinan la recepción de la jurisprudencia interamericana por parte de las cortes nacionales; estos trabajos, sin embargo, suelen concentrarse en un solo país.

No obstante, los estudios de este período no son solo doctrinales. Los académicos que provienen de las ciencias sociales también le han prestado atención al SIDH. En particular, han usado metodologías como las entrevistas cualitativas a los actores profundamente comprometidas con el Sistema (Engstrom 2013), los análisis cuantitativos de los patrones de

cumplimiento (Hillebrecht 2014) o los patrones de citación (Schönsteiner 2016) para comprender mejor su desarrollo. En particular, estos académicos han comenzado a observar la evolución del SIDH en ciertos Estados con la ayuda de dos aproximaciones: mientras la primera se centra en comprender la creciente influencia del Sistema en los escenarios políticos nacionales[9], la segunda se esfuerza por explicar las variaciones en el impacto del SIDH comparando sus relaciones institucionales y su desempeño en varios Estados de la región[10]. Las cortes han estado en el centro de esta agenda, tal y como sucede en Europa, donde los académicos han empezado a estudiar los diálogos entre el TEDH y los tribunales locales tanto desde el punto de vista doctrinal como desde la perspectiva del desarrollo institucional. Una parte de estas investigaciones ha ido más allá de los tribunales y ha examinado las relaciones entre el SIDH y la sociedad civil, el poder ejecutivo y el poder legislativo, así como la forma en que estas relaciones han moldeado las identidades, los movimientos políticos y las respuestas estatales.

En otras palabras, estos trabajos han tomado a las instituciones del SIDH como actores políticos que interactúan con las instituciones jurídicas y judiciales nacionales, los grupos de la sociedad civil y los movimientos sociales, que, a su vez, también tienen una agenda política. Según estos estudios, tales relaciones explican la capacidad del SIDH para moldear la política y tener un impacto a nivel nacional. Así, estos análisis no se concentran solamente en las doctrinas o en el cumplimiento de las sentencias (hay, de hecho, muchos artículos que enfatizan los procesos de cumplimiento) (Par 2018). Más bien, el enfoque está en cómo las relaciones con diferentes actores estatales y no estatales evolucionan y le dan forma al impacto del SIDH, de tal manera que el grado de impacto se entiende en función de los diferentes actores y, a veces, las diferencias entre los Estados. Claramente, esta veta académica conversa con los estudios emergentes sobre la judicialización a nivel internacional[11].

Ahora bien, este enfoque se queda corto frente al cambio actual en la dinámica geopolítica. Si bien el giro institucionalista muestra la importancia de los actores dentro de los Gobiernos y de la sociedad civil, aleja nuestra atención del poder ejecutivo, la diplomacia y la OEA como sede política del SIDH y oscurece, en consecuencia, el papel que podría jugar la política exterior en la evolución del sistema. Hoy necesitamos entender la geopolítica. Las relaciones entre México, Brasil, Estados Unidos y las instituciones del SIDH parecen especialmente relevantes para la evolución del Sistema. De hecho, los estudios de la época de la Guerra Fría sobre el SIDH le prestaron más atención al papel de Estados Unidos que los trabajos posteriores a los noventa. De los 40 artículos publicados entre 2014 y 2016 que ya se mencionaron, solamente uno analiza la relación entre el SIDH y Estados Unidos, y otras cuestiones geopolíticas[12].

Además, los estudios institucionalistas y doctrinales por igual han tendido a contar historias de éxito. En cierto modo, estos trabajos han sido ingenuamente optimistas en la medida en que les han restado importancia a los fracasos del SIDH y la oposición que ha sufrido, sin mencionar que tal vez han estado atrapados en una especie de teleología que les hace suponer que el surgimiento de instituciones de derechos humanos cada vez más fuertes es inevitable. En particular, los estudios no nos han dado una explicación rica y empíricamente informada de la reforma a la Comisión Interamericana

que impulsó la Asamblea General de la OEA en 2012, y que nació de una oposición compartida al SIDH, o del intento similar que tuvo lugar en 1993 después de que un grupo de Estados se mostró contrario a la intervención de la Comisión a pesar de que estaban atravesando un proceso de democratización (González 2013, 67). Esto contrasta con los estudios sobre el Sistema Europeo, que en gran parte se concentran en los procesos de reforma y contrarreforma[13]. Además, las investigaciones institucionalistas han tendido a enfocarse en los Estados que, por sus niveles de actividad judicial, tienen relaciones más estrechas con el SIDH. Para estos trabajos, el brillante futuro del SIDH se encuentra en esos lugares. Sin embargo, también es importante comprender la situación de los miembros más distantes del Sistema. Por ejemplo, ¿cómo perciben el SIDH los Estados menos liberales de la región? Este ejercicio nos podría mostrar cómo le va al Sistema en entornos menos hospitalarios en los que el indigenismo y el socialismo ocupan un lugar preponderante.

Como lo muestra la siguiente sección, los académicos del SIDH están mostrando un nuevo interés en los procesos de reforma y contrarreforma.

Derechos humanos, nacionalismo y desglobalización (2017 en adelante)

Hasta 2016, los estudios centrados en los tribunales parecían presuponer la existencia de un mundo favorable a un intercambio global cada vez mayor y consideraban que, en cierto sentido, la globalización era un proceso inevitable, más que políticamente contingente. Pero si ahora nos enfrentamos a una época de sentimientos nacionalistas y fronteras menos porosas, si nos estamos moviendo hacia un escenario neowestfaliano, ¿cómo afecta este nuevo panorama la agenda y el estudio de los sistemas regionales de derechos humanos y los tribunales internacionales en general? Recientemente, los historiadores han destacado el papel de Estados Unidos, en particular el apoyo a los derechos humanos de la administración Carter, en la puesta en marcha de la revolución de los derechos humanos (Moyn 2010). Si Estados Unidos desempeñó un rol fundamental en el surgimiento de la revolución global de los derechos humanos, ¿también participará en su declive? O, más bien, dado que los sistemas de derechos humanos dialogan hoy con una red completamente nueva de interlocutores, ¿han escapado del alcance de los Estados?

Tres escenarios diferentes son posibles a la luz de la historia contada en las secciones anteriores. El primero es el del "fin de los tiempos" (Hopgood 2013): sin el apoyo del ejecutivo de Estados Unidos, y en vista del auge de las políticas nacionalistas y populistas, el proyecto de los sistemas internacionales de derechos humanos se vendrá abajo o, alternativamente, se hundirá lentamente en la irrelevancia. Si Estados Unidos sigue borrando los derechos humanos de la lista de prioridades de su política exterior, es probable que el lenguaje y las instituciones de los derechos humanos internacionales pierdan algo de su poder. El presidente de Venezuela Hugo Chávez denunció la Convención Americana y retiró a su país de la jurisdicción de la Corte Interamericana en 2012 de forma rápida y sin muchas repercusiones. Este hecho nos recordó la fragilidad de los compromisos internacionales y su vulnerabilidad frente a las políticas nacionalistas. Como resultado, el SIDH no ha podido abordar la crisis política

que sufre Venezuela bajo el mandato del presidente Maduro. La disolución del Tribunal de la Comunidad de Desarrollo de África Austral, también en 2012, enfatiza aún más la lección (Alter, Gatthi y Helfer 2016).

Sin embargo, en la medida en que se trata de un esfuerzo predictivo más que normativo, el escenario del fin de los tiempos tiene dos puntos ciegos. En primer lugar, se le puede acusar de enfatizar demasiado el papel del Estado, en oposición a los actores no estatales, y, en particular, la influencia de Estados Unidos en el campo de los derechos humanos en todo el mundo. Estudios recientes han demostrado que los Estados del Sur Global, en particular los actores no estatales del Sur Global, han desempeñado un papel importante, que a menudo se pasa por alto, en la construcción de los sistemas de derechos humanos y la popularización de las ideas de los derechos humanos (Kelly 2018b; Sikkink 2017). Los movimientos sociales y las ONG han impulsado decididamente la construcción del SIDH, han redefinido los temas de interés del Sistema (por ejemplo, llevando casos sobre los derechos indígenas y los derechos reproductivos), lo han defendido de los ataques que recibe y han orientado algunas interpretaciones específicas de la Convención Americana y otros instrumentos internacionales (Cavallaro y Brewer 2008; Santos 2015). Sin estos actores, el SIDH no habría evolucionado como lo ha hecho; es más, es posible que la OEA ya lo hubiera disuelto o que hubiera reducido sus competencias dramáticamente.

En segundo lugar, el escenario del fin de los tiempos pasa por alto la rigidez y la adaptabilidad de las instituciones. Parte de lo que distingue al panorama neowestfaliano de los anteriores es la presencia de regímenes transnacionales de derechos humanos. Estas instituciones han existido por un tiempo suficiente como para haberse integrado en al menos algunos sistemas jurídicos nacionales, lo que "hace posible su continuidad en un contexto en el que las relaciones globales de poder se realinean" (Sikkink 2017, 11). Incluso si es cierto que el surgimiento del movimiento de los derechos humanos estuvo determinado por la política exterior de Carter y otros eventos contingentes en la década de los setenta, los Estados no son los únicos actores importantes en el plano internacional: las instituciones internacionales mismas son actores estratégicos que buscarán sobrevivir más allá de las circunstancias y las ideas que posibilitaron su creación (Dimaggio y Powell 1983; March y Olsen 1989; Keohane y Martin 1995).

Por ejemplo, las instituciones pueden sobrevivir haciéndose útiles para aquellos grupos de interés que las apoyan. En particular, las instituciones de derechos humanos pueden crear alianzas estratégicas en las que sus interlocutores no son solamente los Estados que exigen deferencia, sino también otros actores, como las ONG nacionales y transnacionales que, a su vez, también forjan alianzas para impulsar determinadas agendas de derechos. En contraste con los ejemplos de Venezuela y la Comunidad de Desarrollo de África Austral, es posible imaginar a estos grupos defendiendo fervientemente un sistema regional más sólido y autónomo. César Rodríguez llama a las organizaciones de la sociedad civil a implementar lo que denomina "estrategias de bumeranes múltiples" o "acciones coordinadas entre varias organizaciones en distintos países para poner presión simultánea sobre los [G]obiernos a los que tienen acceso"[14]. De hecho, Rodríguez afirma que precisamente una alianza entre organizaciones nacionales "bloqueó los ataques

de los [E]stados latinoamericanos contra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos"[15]. Es discutible si esta fue la única fuerza efectiva contra los "ataques", pero Rodríguez tiene razón al resaltar que tales alianzas, facilitadas por las redes sociales y las nuevas formas de comunicación, son una estrategia efectiva.

Entonces, ¿qué estrategias implementará el SIDH para sobrevivir en este nuevo contexto geopolítico? Quizás la respuesta esté en su pasado. Un segundo escenario posible para el futuro del SIDH es el de la deferencia estratégica: el Sistema se reformará para adaptarse a los contextos políticos más populistas o al menos para permanecer en el radar hasta que llegue un mejor momento. Las decisiones estratégicas han ocurrido incluso en los años dorados del liberalismo democrático. Sin embargo, podrían volverse cada vez más comunes, como la estrategia de diplomacia jurídica del TEDH durante las décadas de los cincuenta y los sesenta. De hecho, algunos sostienen que el SIDH ya se ha movido en esta dirección. Si bien los golpes militares y las dictaduras ya no son una característica de la vida política de la región, en los últimos años han aparecido formas más sutiles y legalistas de retroceso democrático (Huq y Ginsburg 2018). Los poderes ejecutivos han rechazado el SIDH con amenazas de reforma, y la Comisión Interamericana se ha hundido en una crisis financiera. Mientras tanto, las altas cortes de la región también han rechazado el SIDH negándose a cumplir las órdenes de la Corte Interamericana o restringiendo su influencia en el ámbito interno (Contesse 2019; Soley y Steininger 2018). Por ello, algunos académicos han argumentado que la Corte Interamericana debería adoptar una jurisprudencia más prudente y legalista, tanto como una estrategia de supervivencia como para mostrar su compromiso con el Estado de derecho (Contesse 2018; Dulitzky 2015). A veces, estos reproches parecen surtir efecto. Una sentencia de 2015 a favor de Venezuela, proferida solo unos años después de haber denunciado la Convención Americana, fue criticada por los observadores y los participantes del SIDH: para ellos se trató de una capitulación a los críticos del SIDH y un esfuerzo por complacer a los intereses políticos. De hecho, parece que las sentencias recientes están reconsiderando las interpretaciones expansivas de antaño de la libertad de expresión y el deber de enjuiciar los crímenes atroces.

Hay que tener en cuenta que la deferencia estratégica no es sinónimo de dependencia total. El término significa que el actor judicial solo cederá si calcula que no tiene otra opción. La otra cara de la deferencia estratégica es la autonomía relativa. A veces es el Estado el que cede: renuncia a su preferencia a corto plazo con el fin de alimentar la apariencia de independencia judicial. Incluso en tiempos de opresión, "las formas y la retórica del derecho adquieren una identidad distinta que, en ocasiones, puede inhibir el poder y brindar cierta protección a los que carecen de él"[16]. En este sentido, el ejemplo de Venezuela es engañoso. La Venezuela de Chávez se había alejado del SIDH. Es cierto que hubo muchas sentencias contra Venezuela, pero, a su vez, muy pocos litigantes usaban la doctrina y la jurisprudencia del SIDH para estructurar sus casos (a pesar de los mejores esfuerzos de los abogados locales). Por lo tanto, el caso de Venezuela, aunque importante, no dice mucho sobre lo que sucedería si un Estado cuyas prácticas e instituciones jurídicas y judiciales están profundamente arraigadas en el SIDH quisiera ignorar o retirarse de este. En Colombia, por ejemplo,

la Convención Americana está integrada a la Constitución; de hecho, con frecuencia la Corte Constitucional colombiana analiza los asuntos locales a través del lente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En tal escenario, la denuncia de la Convención Americana posiblemente supondría una reforma constitucional. Estas restricciones jurídicas hacen que sea más engorroso y costoso, en términos de reputación, para los Gobiernos simplemente ignorar o retirarse del SIDH. Además, los sistemas regionales de derechos humanos pueden resultar útiles para los Estados al proporcionarles un halo de legitimidad en el campo de los derechos humanos. Ahora bien, no es cierto que el movimiento de los derechos humanos o el SIDH puedan permanecer incólumes frente a los ataques de Estados Unidos y la OEA: el SIDH hace parte de la OEA y es vulnerable a sus políticas. Más bien, es claro que un sistema estratégico podría resistir los embates. Tan pronto como los derechos humanos se institucionalizan, adquieren una fuerza propia, y el alcance de su autonomía frente a la "política bruta" podría reducirse, pero no borrarse por completo, como consecuencia de un giro hacia el populismo nacionalista. Por tanto, el escenario de la deferencia estratégica parece entender las instituciones de una manera más sofisticada, sin mencionar que toma en serio la historia de los sistemas regionales de derechos antes de la década de los setenta.

Por su parte, el tercer escenario apunta a que el SIDH podría tomar un rumbo completamente diferente: específicamente, podría abandonar las prácticas de juzgamiento y las formas judiciales. Como se señaló en la primera sección, el SIDH también tiene una faceta política. De hecho, el modelo judicial solo cobró importancia después de la década de los noventa gracias a la expansión de la democracia, los tribunales constitucionales y el surgimiento del movimiento de los derechos humanos. Si la capacidad del SIDH para estudiar las peticiones individuales se restringiera considerablemente, la Comisión Interamericana aún podría centrar sus esfuerzos en el tipo de intervenciones diplomáticas que marcaron su trabajo durante la Guerra Fría. En sus primeros años, el SIDH buscó una base común con Estados Unidos y la aprovechó para consolidar una posición propia. El foco estuvo sobre la Comisión, el *lobby* directo y los acuerdos políticos con los poderes ejecutivos regionales; en otros términos, la Corte y las quejas individuales ocupaban un segundo plano. Por tanto, podemos imaginar un SIDH que, como el sistema del CE de los años sesenta, se involucre en la diplomacia jurídica y asuma un compromiso político claro, como la Comisión Interamericana de los años sesenta y setenta. Algunos argumentan que los defensores de los derechos humanos se han equivocado al centrarse tanto en el derecho y los sistemas jurídicos, y que han perjudicado, en consecuencia, al movimiento de los derechos humanos y al derecho internacional mismo (Wuerth 2017). Quizás este sea el momento de buscar estrategias no judiciales.

Incluso si el SIDH regresara a su faceta más política, no sería un simple regreso al pasado. Vivimos en un mundo políticamente fragmentado donde Washington, D. C., ya no ocupa el mismo lugar que antes. En este contexto, otras estrategias y alianzas podrían jugar un papel más importante. La Comisión podría resurgir como un líder de la diplomacia política de los derechos humanos. Así, podría asociarse no solo con el Departamento de Estado de Estados Unidos o los Gobiernos de la OEA, sino también con las ONG transnacionales para promover la

defensa de los derechos humanos. Este sería el panorama de los "bumeranes múltiples" que describe Rodríguez. Además, dado que vivimos en un mundo con una potente infraestructura que facilita el intercambio transnacional, las alianzas estratégicas serían más fluidas y fáciles de hacer y deshacer que en el pasado.

Finalmente, no hay que olvidar que el populismo nacionalista está en auge. Esta tendencia se alimenta en parte del descontento con el orden político que facilitó el libre comercio, la desregulación del mercado y la reducción del papel del Estado. Los académicos que proponen el escenario del fin de los tiempos señalan que el discurso de los derechos humanos fue inventado y reivindicado principalmente por las élites globales. Esto significa que no solo es susceptible de percibir erróneamente las experiencias de las personas del Sur Global que busca ayudar, sino que también les ha prestado poca atención a las preocupaciones de la clase trabajadora. En otras palabras, comúnmente se le critica al actual régimen de derechos humanos su incapacidad para abordar el problema del empobrecimiento de la clase media y el estancamiento del mercado laboral que surgió como consecuencia de la globalización económica y el aumento de la desigualdad dentro de los Estados (Moyn 2018). Quizás, dado que en este tercer escenario el SIDH ya no estaría limitado al juzgamiento de casos individuales, las instituciones y los actores de los derechos humanos forjarían nuevas alianzas que resultarían útiles para un nuevo conjunto de interlocutores y activistas.

Hasta ahora, los dos órganos principales del SIDH parecen estar siguiendo una combinación del segundo escenario y el tercero. Aunque parece que ha abandonado algunas de sus doctrinas, en 2017 la Corte Interamericana profirió una serie de decisiones que fueron todo menos legalistas y deferentes. En ellas impulsó una doctrina progresista sobre el matrimonio gay, se centró en las demandas ambientales transversales y desarrolló una nueva doctrina sobre los reclamos en torno a los derechos económicos, sociales y culturales. Una vez más, la Corte Interamericana se mostró audaz y progresista frente a aquellos que apoyaban unos cambios más graduales. Curiosamente, la Corte no impulsó dos de estos avances en sentencias, sino en opiniones consultivas. Quizás, por un lado, la Corte Interamericana usará las opiniones consultivas para proponer los enfoques más progresistas que inspiran a los abogados de derechos humanos, y, por otro, desarrollará una estrategia diferente frente a los casos individuales y los jueces de las cortes constitucionales de la región. En otras palabras, incluso si tratamos de entender el pasado para explorar los retos del presente, es importante no perder de vista las posibilidades de innovación. El SIDH aún tiene la posibilidad de forjar una nueva estrategia de supervivencia que combine el derecho y la utopía, la tensión fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, de una manera innovadora.

De ese modo, los estudios sobre el SIDH deberían examinar las estrategias que ha venido usando en este nuevo contexto. En particular, las investigaciones empíricas deberían centrarse más en la diplomacia exterior de los Estados y en la sociedad civil para explicar el camino que está tomando el SIDH. Aunque estas dos áreas se han estudiado menos en los últimos años, probablemente se volverán importantes en el futuro. El vínculo entre las ideas y los movimientos de derechos humanos, por un lado, y entre el derecho y el litigio, por el otro, han estado en el centro del ascenso de

los derechos humanos después de los noventa. Esto ahora merece una mirada más crítica.

Conclusiones

Este capítulo comenzó argumentando que si queremos comprender y analizar el presente e imaginar el futuro, debemos considerar el papel de la geopolítica en la configuración de los sistemas regionales de derechos humanos. Los análisis que se han llevado a cabo muestran las posibles direcciones que podría tomar el estudio del SIDH y los derechos humanos en la región. En primer lugar, el período anterior a la década de 1970 ahora cobra una mayor importancia, puesto que ya no se piensa como un tiempo muerto o tranquilo, sino como una época de resistencia activa en un contexto gobernado por las disputas ideológicas. La experiencia de los Estados que no tienen un papel activo en el SIDH también es importante. En segundo lugar, es claro que lo que aprendemos del pasado no se puede importar al presente sin más ni más: es necesario tener en cuenta que las instituciones se han consolidado en el tiempo y que han adquirido una vida política propia. A diferencia de lo que sucedía en el pasado, ahora el SIDH está integrado a muchos sistemas jurídicos nacionales y goza del apoyo de instituciones locales y transnacionales que presionan el cumplimiento de sus decisiones. Finalmente, el capítulo considera distintos escenarios posibles sobre el futuro del SIDH en un mundo menos globalizado. Estos escenarios también pueden verse como hipótesis o teorías que orientan los próximos estudios sobre el SIDH.

A pesar de que el capítulo predice que el SIDH seguirá existiendo si se adapta al nuevo contexto geopolítico, no toma parte en el debate prescriptivo sobre si los derechos humanos deberían reinventarse en el futuro o si deberían darles paso a nuevas ideologías e instituciones capaces de abordar la creciente desigualdad y el descontento de la clase media. Este debate normativo debería tener en cuenta que tanto el SIDH como sus aliados han mostrado un sorprendente nivel de resiliencia. El SIDH aún tiene la posibilidad de forjar una nueva estrategia de supervivencia que combine de una forma novedosa el derecho y la utopía, y que sea capaz de hablarles a estas preocupaciones.

Notas

1. El trabajo de Sam Moyn sobre este tema deja de lado el papel de los Estados y las ONG latinoamericanas (véanse Kelly 2018a y Sikkink 2017). Véase también el libro de Garth Bryant y Dezalay Yves, *The Internationalization of Palace Wars* (Chicago: The University of Chicago Press, 2002).
2. *Lawless* v. *Ireland*, Aplicación 332/57 (TEDH, 1.° de julio de 1961).
3. Los primeros dos informes de país de la Comisión Interamericana se centraron en Cuba. Véase www.oas.org/en/iachr/reports/country.asp. (Consultado el 5 de diciembre de 2018).
4. Véase, por ejemplo, Juan Méndez y Francisco Cox, eds. El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, San José: IIDH.
5. López Pacheco, Jairo Antonio e Hincapié Jiménez, Sandra. 2017. "Derechos humanos y activismo legal transnacional. Estrategias de las ONG en México y Colombia". *Perfiles Latinoamericanos* 25(49): 7-34.
6. Dykmann, Klaas. 2004. Philanthropic endeavors or the exploitation of an ideal? The human rights policy of the Organization of

American States in Latin America (1970-1991). Madrid: Vervuert.

7. La literatura sobre el tratamiento de los derechos indígenas en el SIDH está en constante crecimiento. Los siguientes son algunos ejemplos: Anaya, James y Robert Williams. 2001. The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System. *Harvard Human Rights Journal* 14(3); Jo M. Pasqualucci. 2006. The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System. *Human Rights Law Review* 6(2): 281-322; Antkowiak, Thomas. 2013. Rights, Resources and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law* 35(1): 113-187. Los siguientes trabajos examinan el lugar del género en el SIDH: Medina Quiroga, Cecilia. 2003. Human Rights of Women: Where are we now in the Americas? En *Essays in Honour of Alice Yotopoulos- Marangopoulos*, ed. Manganas, A. vol. B. Nomiki Bibliothiki Group. Atenas: Panteion University; Badilla, Ana Elena e Isabel Torres García. 2004. La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*, IIDH. vol. I. San José, Costa Rica: IIDH; Tramontana, Enzamaria. 2011. Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José. *Revista IIDH* 53: 141-181; Jaichand, Vinodh y Ciara O'Connell. 2010. Bringing It Home: The IAS and State Obligations – Using a gender approach regionally to address women's rights violations domestically. *Inter-American and European Human Rights Journal* 3: 58-67.
8. La búsqueda se realizó en inglés y español en Lexis y Pathfinder y cubrió el período desde 2014 hasta marzo de 2017. Solo se incluyeron artículos en los que al menos un tercio de su contenido estuviera relacionado con el SIDH. Las bases de datos utilizadas fueron West Law, EBSCOhost, JSTOR, Human Rights Quarterly, HeinOnline y Google Scholar Search. Los términos utilizados fueron "inter-american court/commission" y "sistema/comisión interamericana".
9. Un ejemplo centrado en Argentina es Engstrom, Par. 2013. A special relationship gone normal? Argentina and the Inter-American Human Rights System, 1979-2013. *Pensamiento Propio* 38(18): 115-147. Un ejemplo centrado en Brasil es MacDowell Santos, Cecília. 2008. Transnational Legal Activism and the State: Reflections on Cases against Brazil in the Inter-American Commission on Human Rights. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos* (1.° de agosto de 2008).
10. Algunos ejemplos son F. Basch *et al.* 2010. The Effectiveness of the IAS of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions. 7 *Sur – International Journal of Human Rights* 9; Hillebrecht, Courtney. 2014. *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The Problem of Compliance*; Parra-Vera, Óscar. 2016. 'Empoderamiento institucional' e iniciativas progresistas: Impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en tensiones y choques entre órganos del Estado. *Revista Pensamiento Jurídico* 43, 405-442. Universidad Nacional de Colombia.

11. Véase Alter, Karen. 2014. The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights. Princeton.
12. Engstrom, Par. 2015. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las relaciones Estados Unidos-América Latina. *Foro Internacional* 55 (2): 454-502.
13. Una diferencia entre los dos sistemas es que los Estados del CE reforman explícitamente las instituciones a través de protocolos, mientras que los Estados americanos nunca lo han hecho. Las reformas del CE son abiertas y transparentes, por lo que los protocolos y las declaraciones son comentados por los académicos. Por el contrario, la Comisión y la Corte Interamericana reforman por sí mismas el SIDH. Véase Neuman, Gerald L. 2008. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law* 19 (1): 101-23.
14. Rodríguez Garavito, César. "Trump's victory could push the human rights movement to transform", 10 de diciembre de 2016. Disponible en www.opendemocracy.net/c-sar-rodr-guez-garavito/trump-s-victory-could-push-human-rights-movement-to-transform. En español: https://www.opendemocracy.net/es/la-victoria-de-trump-podr-impulsar-al-movimiento-de-derech/.
15. *Ibid*.
16. E. P. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act* (New York: Pantheon, 1976), p. 266.

Referencias

Alter, Karen, James Thuo Gathii y Larry Helfer. 2016. Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and consequences. *European Journal of International Law* 27(2): 293-328.

Basch, Fernando, Leonardo Filippini, Ana Laya, Mariano Nino, Felicitas Rossi y Bárbara Schreiber. 2010. The effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A quantitative approach to its functioning and compliance with its decisions. *Sur-International Journal of Human Rights* 7(12).

Cavallaro, James L. y Stephanie Erin Brewer. 2008. The virtue of following: The role of Inter-American Litigation in campaigns for social justice. *Sur-Revista Internacional de Direitos Humanos* 5(8).

Contesse, Jorge. 2019. Resisting the Inter-American Human Rights System. *Yale Journal of International Law* 44.

Dimaggio, Paul J. y Walter W. Powell 1983. The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationali-ty in organizational fields. *American Sociological Review*, 48: 147-160.

Dykmann, Klaas. 2004. *Philanthropic endeavors or the exploitation of an ideal? The Human Rights Policy of the Organization of American States in Latin America (1970-1991)*. Madrid: Vervuert.

Dulitzky, Ariel. 2015. *Muy poco, muy tarde: la morosidad procesal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. AbeledoPerrot S.A.: Buenos Aires.

Engstrom, Par. 2013. A Special Relationship Gone Normal? Argentina and the Inter-American Human Rights System, 1979-2013. *Pensamiento Propio*, 38, (junio-diciembre): 115-50.

González, Felipe. 2013. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Transformaciones y Desafíos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Helfer, Laurence R. 2008. Redesigning the European Court of Human Rights:

Embeddedness as a deep structural principle of the European Human Rights Regime. *European Journal of International Law* 19: 125-59.

Hillebrecht, Courtney. 2014. *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The problem of compliance*. Cambridge.

Hopgood, Stephen. 2013. *The end times of Human Rights*. Cornell.

Huneeus, Alexandra y Mikael Rask Madsen. 2018. Between universalism and regional law and politics: A comparative history of the American, European, and African Human Rights Systems. *International Journal of Constitutional Law* 16(1): 136-60.

Huq, Aziz Z. y Tom Ginsburg. 2018. How to lose a constitutional democracy. *UCLA Law Review* 65. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2901776. (Consultado el 2 de febrero de 2017).

Kelly, Patrick William. 2018a. *Sovereign emergencies: Latin America and the making of global Human Rights Politics*. Cambridge.

Kelly, Patrick William. 2018b. What is hope for? *Los Angeles Review of Books*. https://lareviewofbooks.org/article/what-is-hope-for/. (Consultado el 13 de julio de 2018).

Keohane, Robert O. y Lisa L. Martin. 1995. The promise of institutionalist theory. *International Security* 20(1): (Summer) 39-51.

Madsen, Mikael Rask. 2011. Legal diplomacy–law, politics and the Genesis of postwar European Human Rights. En *Human Rights in the Twentieth Century: A Critical History*, ed. Stefan-Ludwig Hoffmann. Cambridge University Press.

March, James G. y James P. Olsen. 1989. *Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics*. Nueva York: The Free Press.

Medina Quiroga, Cecilia. 1988. *The battle of Human Rights*. Springer.

Moyn, Samuel. 2010. *The last utopia: Human Rights in history*. Harvard University Press.

Moyn, Samuel. 2018. *Not enough: Human Rights in an unequal world*. Harvard.

Santos, Cecelia MacDowell. 2015. Transitional justice from the margins: Legal mobilization and memory politics in Brazil. En *Legacies of state violence and transitional justice in Latin America: A janus-faced paradigm?*, eds. Nina Schneider y Marcia Esparza, 37-72. Nueva York: Lexington Books.

Schönsteiner, Judith. 2016. El derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (Valdivia) 29 (1): 197-226. (Scielo/Scopus).

Soley, Ximena y Silvia Steininger. 2018. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*, 14, 237–257.

Sikkink, Kathryn. 2017. *Evidence for hope: Making Human Rights Work in the 21st Century*. Princeton.

Wojciech Sadurski. 2009. Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the idea of pilot judgments. *Human Rights Law Review* 9 (3): 397: 406.

Wuerth, Ingrid B. 2017. International law in the Post-Human Rights Era. 96 *Texas Law Review* 279.

Parte III
Derecho y movimientos sociales

Capítulo 20
LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN AMÉRICA LATINA*

Bruce M. Wilson y Camila Gianella

Introducción

Hace tres décadas, los poderes judiciales latinoamericanos, especialmente las altas cortes, despertaban poco interés entre los académicos porque tendían a actuar como enclaves políticos dependientes del poder ejecutivo o como instituciones complacientes que no ejercían ninguna función política clara. Sin embargo, América Latina ha sido testigo del surgimiento de una nueva generación de cortes que están dispuestas, por un lado, a regular y vigilar la conducta del poder ejecutivo y el poder legislativo y, por otro, a decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, los decretos y los reglamentos. De hecho, algunas altas cortes les han dado vida a una serie de derechos que anteriormente no eran justiciables, sin mencionar que ahora protegen de manera rutinaria los derechos de los ciudadanos más vulnerables y marginados. Esos cambios inspiraron a los académicos sociojurídicos a estudiar los orígenes de estas nuevas funciones, así como el impacto de la intervención de las cortes sobre la vida social y política. Este capítulo revisa los estudios más importantes al respecto y pone de relieve los diferentes enfoques que se han usado para comprender el papel cada vez más importante de las cortes durante los últimos 30 años.

La primera parte de este capítulo describe la rápida transformación que vivieron las cortes latinoamericanas desde los primeros años de la década de los ochenta. Específicamente, el capítulo identifica las motivaciones detrás de esas reformas judiciales y las distintas aproximaciones que han tratado de comprender la transformación de las altas cortes de la región. Para ello, presentamos algunos de los trabajos de la creciente literatura sobre política judicial comparada que ha tratado de remediar la "escasez de investigaciones sobre el papel que las cortes realmente desempeñan o pueden desempeñar en diferentes naciones" (Stotzky 2004, 198-9). Esa literatura ha empleado diferentes enfoques y metodologías para comprender el comportamiento judicial y el auge y, en algunos casos, la caída de la independencia judicial. Los estudios más tempranos tendieron a concentrarse en el papel central de las agencias internacionales en la judicialización de la política. Más tarde aparecieron otros trabajos que recurrieron a los estudios de caso

* Cómo citar este capítulo: Wilson, Bruce M. y Camila Gianella. 2024. La judicialización de la política en América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 455-476. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.21

para develar los factores locales que incidieron en ese proceso. A su vez, estos estudios de caso facilitaron las comparaciones entre países sobre temas específicos y le dieron un impulso definitivo a la creación de bases de datos, que, a su turno, son usadas por los estudios estadísticos de gran alcance. Por otra parte, los estudios que enfatizan las características institucionales y el comportamiento estratégico complementaron los trabajos sobre los movimientos sociales para ofrecer una perspectiva más amplia en cuanto al fenómeno de la judicialización. Como resultado, se hizo evidente la importancia de la estructura de oportunidades y la participación de los movimientos sociales.

La segunda parte del capítulo aborda algunos estudios que analizan no solo el comportamiento asertivo de las altas cortes de América Latina, sino también el alcance y el impacto de sus intervenciones sobre la política y la formulación de políticas públicas. En particular, tenemos en cuenta los trabajos que asumen la perspectiva de la elección racional, la historiografía institucionalista y la teoría de los movimientos sociales. El capítulo también examina algunas de las muchas formas en que las cortes han afectado la vida política de sus países, en particular el control de constitucionalidad, la defensa del Estado de derecho y el equilibrio de poderes, la construcción y aplicación de los derechos de los ciudadanos, y la vigilancia y el control de la conducta de los poderes judiciales y legislativos. Además, con la ayuda de algunos estudios sobre los derechos de las personas LGBTI y el derecho a la salud, mostramos el proceso a través del cual se han protegido los derechos constitucionales de los sectores más vulnerables de la sociedad. Las secciones finales describen los intentos de los poderes ejecutivos de recapturar y retomar el control de las altas cortes, y exploran el aumento de las reacciones contrarias frente a algunas victorias judiciales impopulares.

La judicialización de la política

Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa abren su libro de 2011, *Courts in Latin America*, con una afirmación categórica: "las cortes son actores centrales en la política latinoamericana". Para la mayoría de los estudiosos de la política latinoamericana contemporánea, esta es una afirmación incontrovertible y ampliamente aceptada. Sin embargo, sorprendentemente, lo opuesto era cierto para casi todas las altas cortes latinoamericanas de hace apenas tres décadas: según Mecham (1959), en ningún lugar había "constituciones más elaboradas y menos respetadas" que en América Latina; 20 años después, Karst y Rosenn (1975, 79) observaron que en ningún país de la región "el poder judicial ejercía un poder político significativo"; y Rodríguez *et al.* (2003, 157) concluyeron que las constituciones eran consideradas documentos "aspiracionales" que "frecuentemente incluían disposiciones que permitían su suspensión en tiempos de crisis políticas" (Loveman 1993, 5). Es decir, las altas cortes y las constituciones de las que obtenían su poder y legitimidad eran en gran medida irrelevantes para la vida cotidiana de los latinoamericanos[1]. Las primeras investigaciones sobre las altas cortes de la región eran escépticas o pesimistas sobre su capacidad para producir cambios sociales o controlar el comportamiento de las otras ramas del poder (por ejemplo, Hammergren 1998; Larkins 1998; Jarquín y Carrillo 1998).

Sin embargo, como lo notan Sieder, Schjolden y Angell (2005), no todas las altas cortes de América Latina se caracterizaban por su

irrelevancia. Hay casos notables en los que estas fueron políticamente relevantes precisamente porque su inacción les permitía a los Gobiernos exceder rutinariamente sus competencias constitucionales o porque actuaban como enclaves políticos que las élites políticas y económicas usaban para frustrar las políticas de los gobiernos reformistas (por ejemplo, como sucedió en Chile en la década de los setenta)[2]. Esto significa que la judicialización de la política va mucho más allá del control de constitucionalidad (Sieder *et al*. 2005, 3); más bien, se debe pensar como un fenómeno más amplio que describe la "mayor presencia de los procesos y fallos judiciales en la vida política y social, así como la creciente participación de las cortes en la resolución de los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y la sociedad". Si bien este proceso tuvo dinámicas diferentes en cada país y fue impulsado por diferentes motivaciones y resultados, "los días en que tanto los líderes autoritarios como los democráticos [latinoamericanos] podían ignorar las altas cortes con impunidad, pisotear los derechos y trasgredir la separación constitucional de poderes" habían llegado a su fin (Brinks 2012, 61).

Explicaciones sobre el despertar de las altas cortes latinoamericanas

Smulovitz (2008) y Domingo (2010), entre otros, han hecho explícito el conjunto de condiciones institucionales y políticas que estuvieron detrás de las fases y la dirección del reciente proceso de judicialización de la política en América Latina[3]. En algunos países, los cambios institucionales tomaron la forma de reformas constitucionales, o incluso nuevas constituciones, que a fines de la década de los ochenta y principios de los noventa fortalecieron la capacidad de las altas cortes para actuar independientemente de las otras ramas del poder. Algunas de estas nuevas altas cortes se crearon explícitamente para ser accesibles para los ciudadanos comunes. En Colombia, por ejemplo, la promulgación de la Constitución de 1991 marcó una nueva época en la medida en que judicializó aspectos clave de la política nacional. La Constitución de 1991, que fue redactada como un documento inclusivo que pretendía ponerle fin a un largo período de violencia política, introdujo importantes innovaciones conceptuales y estructurales que contribuyeron al posterior auge de las intervenciones judiciales en torno a los derechos sociales y económicos. En la nueva Constitución se incluyó un mecanismo que le permite a cualquier ciudadano exigir la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales: la acción de tutela (González y Durán 2011, 54)[4]. Además, la Constitución de 1991 creó "un tribunal especializado que está a la cabeza de la 'jurisdicción constitucional', que incluye a todos los jueces colombianos" (Yamin y Parra-Vera 2010, 109).

Por el contrario, el inicio del proceso de judicialización de la política en Costa Rica, la democracia más antigua del hemisferio, tuvo lugar en un Estado democrático que funcionaba correctamente y no experimentaba ninguna crisis política importante. Una reforma constitucional menor y que no generó mucha controversia creó en 1989 el que se convertiría en uno de los actores judiciales más poderosos y asertivos de las Américas: la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Navia y Ríos-Figueroa 2005). Al igual que en Colombia, y en contraste con la situación de Costa Rica antes de la reforma, la Sala Constitucional es muy accesible: no es

necesario contar con un abogado, no hay que incurrir en gastos procesales, sus trámites no tienen muchas formalidades y su noción de capacidad jurídica es bastante amplia. Antes de la reforma, las altas cortes de ambos países eran instituciones políticamente insignificantes que tenían muy poco interés o experiencia en exigirles cuentas a las otras ramas del poder o en reconocer y proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos. Como afirman Helmke y Ríos-Figueroa (2011), estas nuevas cortes se convirtieron rápidamente en actores centrales en la vida política de sus respectivos países.

A medida que se aceptaba que la defensa del Estado de derecho era necesaria para los procesos de democratización, se hacía evidente la necesidad de reformar los sistemas judiciales de la región. Así, la reforma judicial empezó a ser percibida como un elemento central del regreso de la democracia y como un paso necesario hacia la protección de los derechos humanos, el logro de la justicia social y la prevalencia de la ley y el orden (Carothers 2001)[5]. Dado que se pensaba que el fortalecimiento del Estado de derecho era esencial para la adopción de las políticas de liberalización económica que incentivarían la inversión privada, las reformas judiciales gozaron de un importante apoyo internacional (McAuslan 1997). Las agencias internacionales de desarrollo, las instituciones financieras internacionales (IFI) y las organizaciones no gubernamentales (ONG) financiaron y planificaron tales reformas. A partir de la década de los ochenta, la reforma judicial empezó a formar parte de las políticas de apoyo a la democratización y el desarrollo económico en todo el Sur Global. En particular, se argumentó que unos sistemas judiciales fuertes limitarían la capacidad de los Gobiernos de interferir en los mercados libres y protegerían los derechos de propiedad, dos condiciones necesarias para el crecimiento de la inversión y el desarrollo económico (Domingo y Sieder 2001; Faundez 1997; Messick 1999; Wilson, Rodríguez y Handberg 2004). Por ejemplo, según la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), un importante patrocinador de la reforma judicial, "un sistema judicial eficaz es esencial para el crecimiento económico y el bienestar de una sociedad" (Vaky 1998, 137). Luis Salas argumenta que "en el núcleo de este nuevo movimiento de reforma legal está la creencia según la cual la inevitable integración económica global y la evolución de los sistemas jurídicos son necesarias para afrontar los desafíos de las nuevas economías neoliberales de mercado" (Salas 2001, 17). Este interés en la reforma judicial se ha reflejado en las importantes inversiones de agencias internacionales, como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), y otras agencias gubernamentales e instituciones no gubernamentales. Según DeShazo y Vargas (2006), estas instituciones invirtieron en conjunto cerca de mil millones de dólares a lo largo de la década que empezó a mediados de los años noventa.

La reforma institucional no se limitó a los sistemas judiciales, sino que también transformó el aparato estatal por medio de la "expansión gradual de agencias cuasijudiciales, como las juntas o los tribunales especializados, las defensorías del pueblo o los tribunales de arbitraje" (Domingo 2010). Tales agencias también podrían vigilar las acciones de las agencias políticas y estatales. Sin embargo, la temprana judicialización de la política en América Latina estuvo estrechamente ligada a las reformas judiciales y al proceso de democratización

que se extendió por gran parte de la región y tuvo lugar desde finales de la década de los setenta hasta las siguientes dos décadas. Según O'Donnell (1999), en ese proceso era necesario que las altas cortes se convirtieran en agentes políticamente independientes de rendición de cuentas horizontal; solo de ese modo podrían obligar a quienes tienen el poder a gobernar dentro de los límites de sus competencias constitucionales.

En ese sentido, los académicos sociojurídicos comenzaron a examinar las condiciones bajo las cuales las altas cortes podrían o desearían ejercer sus funciones constitucionales de rendición de cuentas. Los estudios de caso sobre América Latina y África demuestran que incluso las cortes formalmente independientes podrían dudar en ejercer sus funciones de rendición de cuentas para limitar las acciones de los poderes elegidos popularmente si otras reglas institucionales (como los procedimientos de nombramiento, la asignación de presupuestos, etc.) socavan la independencia *de jure* (Gloppen 2004, 2010). En su investigación, Gloppen *et al.* (2010) identifican tres conjuntos de factores cuya interacción puede explicar por qué las cortes usan (o no) sus funciones de rendición de cuentas: la tradición y el contexto sociopolítico de cada país, las motivaciones individuales de los jueces y las estructuras institucionales.

En el contexto latinoamericano, donde muchos ciudadanos sienten que los políticos no representan sus intereses, esta nueva instancia judicial fue crucial para darles curso a sus demandas[6]. Gracias a los procesos de democratización y a la búsqueda de justicia para las violaciones de derechos humanos perpetradas por los gobiernos autoritarios entre los años setenta y noventa, las organizaciones de la sociedad civil aprendieron a usar las cortes de forma sofisticada para cuestionar las acciones e inacciones de los grupos más poderosos. De todas formas, las denuncias de violaciones de derechos humanos que produjeron resultados positivos para las víctimas, la combinación de nuevas estructuras institucionales y el contexto indudablemente fortalecieron la capacidad de las organizaciones de la sociedad civil para litigar estratégicamente ante las cortes y reclamar públicamente los derechos que antes eran ignorados por los funcionarios elegidos popularmente. Las ONG que operan en América Latina invocaron los principios del derecho internacional de los derechos humanos para lograr que los jueces y fiscales indiferentes investigaran y juzgaran las violaciones de derechos humanos perpetradas por los regímenes autoritarios (González-Ocantos 2016).

La tercera variable identificada por Gloppen *et al.* (2010) tiene que ver con el papel de los jueces. Una cantidad considerable de estudios analiza la influencia que tienen los rasgos políticos, económicos, religiosos, sociales y educativos de los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre sus votos (véase, por ejemplo, Epstein y Knight 1998). En el contexto latinoamericano, cada vez más trabajos examinan esas variables para medir la independencia de las cortes. Por ejemplo, Helmke (2005) muestra que incluso durante las dictaduras militares los jueces argentinos han tenido la capacidad de tomar decisiones que reflejan sus preferencias y su propia comprensión del contexto político en el que operan. Asimismo, Rodríguez-Raga (2011) analiza los factores que les permiten a los magistrados de la Corte Constitucional colombiana votar en contra de las preferencias del ejecutivo.

El proceso de la judicialización de la política se ha beneficiado considerablemente de los espacios "no partidistas" que proveen las cortes. En particular, les han dado la posibilidad a los grupos con una organización débil, las minorías y las personas con asuntos urgentes de presentar sus reclamos ante una poderosa entidad pública. Por tanto, el creciente uso de los tribunales en América Latina no necesariamente refleja una mayor confianza ciudadana en el poder judicial[7]; en cambio, debe entenderse como una búsqueda de espacios de participación política en un contexto en el que las vías tradicionales, como los partidos políticos, han perdido acogida. Sin embargo, esto no supone un apoyo incondicional al litigio como una estrategia para que los grupos marginados y atrapados en un déficit democrático salgan adelante. De hecho, una gran cantidad de trabajos, principalmente de Estados Unidos, considera que las estrategias de litigio son antidemocráticas (Scalia 2015), ineficaces (Rosenberg 1991) o dañinas (Klarman 2005; Rosenberg 2008).

Sin embargo, este mayor grado de autonomía y responsabilidad que han logrado las altas cortes después de los procesos de reforma institucional no ha sido unidireccional ni se ha conseguido sin oposición política. Algunos políticos han alterado la composición de las cortes con el fin de limitar su autonomía y disminuir su capacidad para ejercer sus funciones de rendición de cuentas. Las altas cortes que han sufrido estos ataques han empezado a parecerse a las cortes capturadas de los años previos a los procesos de reforma. Por ejemplo, la transformación del Tribunal Constitucional de Bolivia en 2009 y la reorganización política de la Corte Suprema de Venezuela en 2013 son dos casos de cortes independientes que fueron retomadas por el ejecutivo. Esta "alteración de los arreglos institucionales", que identifican y analizan Pérez-Liñán y Castagnola (2016, 396), afecta la estabilidad judicial en la medida en que "las reformas constitucionales le abren la puerta a la posibilidad de reorganizar la composición del poder judicial". Los efectos de la reforma venezolana son evidentes: las decisiones de la Corte Suprema en favor del presidente Maduro socavaron los resultados democráticos de las elecciones de 2015 y frustraron la agenda de la mayoría opositora en la Asamblea Nacional; de hecho, la Corte venezolana le quitó sus poderes a la Asamblea Nacional en 2017.

El caso de Nicaragua también ilustra cómo el poder ejecutivo puede menoscabar un poder judicial fuerte e independiente. En su esfuerzo por controlar todas las entidades gubernamentales importantes y difuminar las fronteras entre el partido y las instituciones estatales, el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN) capturó a la Corte Suprema de Justicia. Para ser reelegido inmediatamente, el presidente Daniel Ortega debía sobreponerse a una prohibición explícita: la Constitución de Nicaragua solo permitía la reelección para un mandato no consecutivo. Dado que carecía de la mayoría calificada necesaria para reformar la Constitución en la Asamblea Nacional, Ortega y cien alcaldes del FSLN inundaron la Sala Constitucional de la Corte Suprema con demandas que alegaban que la prohibición de reelección inmediata violaba los derechos políticos del presidente. En 2009, la mayoría de la Corte falló a favor de Ortega y otros funcionarios que también buscaban la reelección (Nicaragua, Sala Constitucional de la Corte Suprema 2009). Vilma Núñez, directora de un importante grupo nicaragüense de derechos humanos, señala lo absurdo de la decisión: "este es el único país del mundo

donde la Corte declara inconstitucional la Constitución" (Johnson 2010). Para oponerse a esta decisión, los magistrados que no fueron nombrados por el FSLN boicotearon el funcionamiento de la Corte, por lo que Ortega llenó la entidad de "suplentes" que reemplazaron a los "magistrados propietarios" que lideraron la resistencia. En consecuencia, el presidente Ortega y su partido ejercen efectivamente el control sobre todas las ramas del poder, y redujeron a la Corte Suprema a su antigua posición complaciente frente a las ramas del poder elegidas popularmente. En las elecciones de 2016, la Corte Suprema de Nicaragua invalidó la candidatura a la presidencia del líder del principal partido de oposición, el Partido Liberal Independiente (PLI), con lo que allanó el camino para que Ortega ganara un tercer mandato consecutivo como presidente (Lakhani 2016). Es claro entonces que la política puede apoderarse nuevamente de las cortes si altera los arreglos institucionales que hicieron posible la judicialización.

El lugar de la política en las cortes: pesos y contrapesos de la judicialización

Las altas cortes han participado (o han sido invitadas a participar) en una amplia gama de luchas políticas que necesariamente hacen que la implementación de las políticas sociales o económicas sea más lenta y difícil. En el caso brasileño, Taylor (2008, 3) señala que los Tribunales Federales con frecuencia son "llamados a evaluar las decisiones del Congreso o del presidente. De hecho, en un buen número de casos, los Tribunales han detenido la implementación de algunas políticas y han devuelto el proceso a la fase de diseño. Tales decisiones han repercutido en todo el cuerpo político". Las cortes brasileñas y de otras partes de América Latina "han ayudado a definir las alternativas posibles para los responsables de la formulación de políticas públicas, lo que, en última instancia, legitima o deslegitima ciertas opciones políticas" (Taylor 2008, 3).

Aunque las nuevas cortes no necesariamente profirieron las decisiones favorables al libre mercado y a las empresas que muchos financiadores internacionales habían anticipado (Wilson Rodríguez y Handberg 2004), sí se convirtieron en el centro de muchos debates sobre políticas públicas. Las cortes reformadas no solo estaban dispuestas a desafiar el control presidencial sobre las políticas públicas, sino que con frecuencia incluso echaban abajo las principales iniciativas del Gobierno. En algunos casos, las altas cortes reconfiguraron el equilibrio de fuerzas entre las ramas del poder. Por ejemplo, una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica estableció que el poder de la Asamblea Legislativa no es absoluto (Urcuyo 1995), y, en consecuencia, declaró inconstitucional una reforma constitucional de hacía 35 años que había prohibido la reelección presidencial. Esta decisión le envió un mensaje muy claro a la Asamblea Legislativa sobre sus límites en la formulación de políticas públicas[8]. Dado que la Sala Constitucional tiene el poder de revisar los proyectos de ley y las reformas constitucionales, los partidos de oposición suelen usar ese mecanismo para bloquear las iniciativas del Gobierno. Esto les otorga un mayor poder de negociación política a los partidos no gubernamentales, sin mencionar que ha tenido un impacto significativo sobre los resultados de las políticas y el tipo de iniciativas que se pueden debatir con éxito en la Asamblea Legislativa (Wilson 1998, 2011).

El litigio en torno al derecho a la salud

Algunas investigaciones recientes sobre el papel y el impacto de las altas cortes en América Latina se han concentrado en el litigio en torno al derecho a la salud. Sobre la base de una serie de estudios de caso previos, estos trabajos examinan el tema desde una perspectiva comparada (véase Yamin y Gloppen 2011, por ejemplo). Adicionalmente, estos análisis tienen en cuenta los resultados de las investigaciones sobre la formulación de políticas y la cada vez más importante táctica política de demandar las iniciativas ante las altas cortes por razones de procedimiento o de constitucionalidad. Con frecuencia, el control de constitucionalidad afecta la capacidad de los poderes legislativos y ejecutivos de producir normas, así como los derechos constitucionales de los ciudadanos. Un ejemplo ilustrativo es, precisamente, el litigio de salud en América Latina, que se relaciona directamente con la formulación de políticas, los derechos individuales y la aplicación de instrumentos jurídicos internacionales en los contextos nacionales. A propósito del litigio de salud, también es posible ver un cambio en el comportamiento de las cortes y en el centro de atención de los académicos latinoamericanos. En particular, los estudios pasaron de concentrarse en la independencia judicial y la rendición de cuentas a formular explicaciones más sofisticadas sobre el papel de los jueces en la decisión de los casos, el rol de las cortes en el diseño de políticas, la implementación de sus decisiones en los sistemas de salud y los efectos distributivos de las sentencias.

Muchas constituciones latinoamericanas no incluyen un derecho explícito a la salud o, si lo hacen, en principio no lo consideran como un derecho justiciable que pueda ser objeto de litigio ante las cortes (como la Constitución colombiana). Con frecuencia, las decisiones de las altas cortes tienen un impacto considerable sobre la ética médica, la política de salud de los Gobiernos, las prioridades de salud y el papel de los expertos en la atención médica. Tanto la justiciabilidad del derecho a la salud como los efectos de las decisiones de las altas cortes explican por qué el litigio de salud ha sido tan controversial. Alrededor de los temas médicos se debaten cuestiones altamente técnicas y complejas que no hacen parte del campo de conocimiento de los magistrados. Al igual que las respuestas de las cortes, el ritmo de crecimiento del litigio de salud varía mucho entre los países de la región. De hecho, en algunos países las altas cortes han justificado la justiciabilidad del derecho a la salud con base en los derechos constitucionales a la dignidad, la seguridad social, la vida y el medio ambiente sano, así como con los derechos de las minorías y algunos instrumentos jurídicos internacionales.

Su experiencia con los casos de salud ha llevado a las cortes a desarrollar una comprensión más profunda de otros derechos. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia (Colombia, Corte…) ha protegido el derecho a la salud de tres maneras diferentes. En un primer momento, estableció que el derecho era justiciable si en el caso en cuestión también estaban comprometidos los derechos a la vida, la integridad personal y la dignidad (doctrina de la conexidad). Esto les permitió a los colombianos acceder a servicios de salud que no estaban incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) (Yamin, Parra-Vera 2010 y Gianella-Malca 2012; Colombia, Corte Constitucional 2008). En un segundo momento, estableció que el derecho a la salud

era fundamental si los reclamantes eran sujetos de especial protección, como los niños, las poblaciones indígenas o las personas con discapacidades mentales o físicas. En estos casos, la CCC exigía que ciertos servicios de salud fueran garantizados efectivamente. En un tercer momento, abandonó la doctrina de la conexidad y estableció que el derecho a la salud es un derecho fundamental y justiciable. En este caso, afirmó que el derecho no es absoluto y que puede ser limitado legítimamente con base en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Además, reconoció que si bien el derecho a la salud, como otros derechos constitucionales, tiene un carácter programático, conlleva obligaciones que se deben cumplir inmediatamente, ya sea porque no es necesario gastar recursos adicionales o porque la gravedad y la urgencia del caso lo requieren.

La intervención de las cortes en los casos de salud, especialmente en aquellos relacionados con el acceso a medicamentos, tratamientos y suministros, ha atraído mucha atención. Para algunos, las sentencias sobre el tema no solo podrían tener un efecto negativo sobre la sostenibilidad financiera de los sistemas de salud, sino que también podrían aumentar la brecha entre quienes pueden iniciar las acciones legales correspondientes (generalmente los ciudadanos más ricos) y quienes no (los más pobres). Sin embargo, muy pocas evidencias demostrarían que el litigio de salud tiene un impacto sobre la desigualdad (Yamin y Gloppen 2011). Además, si bien algunas decisiones judiciales han forzado a los Gobiernos a incrementar el gasto de salud o a prevenir el mal uso de los recursos públicos, no hay claridad sobre la gravedad de los problemas financieros o las restricciones presupuestales de los sistemas de salud (Yamin y Gloppen 2011; Norheim y Wilson 2014).

Aun así, las altas cortes de la región no han sido indiferentes a la sostenibilidad financiera del sistema de salud. Aunque las primeras sentencias sobre el derecho a la salud no ponían la sostenibilidad financiera en el centro de la discusión, con el tiempo los países con el mayor volumen de casos (Brasil, Colombia y Costa Rica) desarrollaron una conciencia cada vez mayor sobre dicho tema. Por ejemplo, en la sentencia T-760 de 2008, la CCC no solo ordenó que el sistema de salud fuera reformado sustancialmente, sino que también tomó en consideración el problema de la sostenibilidad económica. En consecuencia, estableció que "cualquier reforma que se adopte para cumplir la decisión de la Corte debe ser financieramente sostenible" (Cepeda-Espinosa 2011).

Quienes critican la indiferencia de las cortes frente a la sostenibilidad económica del sistema de salud también tienden a criticar, en general, el proceso de judicialización de la política en América Latina y, en particular, la capacidad o la legitimidad de las cortes para decidir asuntos contenciosos de política social. Según los críticos, los jueces no suelen comprender las complejidades técnicas de ciertos temas. Aunque es cierto que muchos de estos temas son complejos, los jueces basan sus decisiones en torno a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en las reglas del sistema y en los conceptos técnicos de expertos. De alguna manera, estos elementos limitan la discrecionalidad de los jueces (Courtis 2008). Sin embargo, también es cierto que los marcos regulatorios no siempre son adecuados, por lo que es común que los jueces tengan que recordarle al Estado que debe cumplir algunas obligaciones que ha desatendido sistemáticamente (Sabel y Simon 2004). En esos contextos, los jueces se ven en la obligación adicional de diseñar mecanismos

para monitorear la implementación de las políticas correspondientes.

Las cortes latinoamericanas han enfrentado estos desafíos de diferentes formas. Así como cuando estudian casos de tortura, ejecuciones extrajudiciales, violencia de género y otras violaciones de derechos civiles y políticos, recurren a las autoridades y a los expertos en los casos de DESC (Staveland 2010; Rodríguez Garavito 2010; Gianella-Malca 2012). Sin embargo, las opiniones de los expertos pueden ser erróneas y pueden sustentar decisiones incorrectas (por ejemplo, un médico podría recomendar un tratamiento inadecuado). Por lo tanto, los tribunales deberían tener acceso a fuentes confiables que les ofrezcan opiniones alternativas. Después de años de un crecimiento sostenido de los casos de salud, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica acordó aceptar los conceptos de la Colaboración Cochrane sobre los reclamos de medicamentos. Además, la Sala decidió capacitar a sus funcionarios en temas de salud con el fin de tomar decisiones más informadas (Norheim y Wilson 2014).

El litigio de salud (y en otros temas altamente técnicos) también nos ha enseñado mucho sobre los resultados de la judicialización y la capacidad de las decisiones judiciales para mejorar significativamente los resultados de las políticas públicas (Rosenberg 1991, 2008), específicamente de las políticas de salud, que son el blanco de diferentes grupos de interés, como los usuarios, las organizaciones de profesionales de la salud, el Estado, las compañías de seguros y la industria farmacéutica. La experiencia latinoamericana en este tema no ha sido homogénea. Si bien la calidad de vida de muchas personas ha mejorado gracias a las intervenciones judiciales, la judicialización suele producir resultados más modestos cuando las cortes se enfrentan a las élites económicas y políticas. En estos casos, la voluntad política del Gobierno es fundamental para diseñar medidas verdaderamente dirigidas a mejorar el sistema de salud. El esfuerzo del Gobierno colombiano para controlar el gasto público en medicamentos de alto costo es un buen ejemplo al respecto. En 2012, el Ministerio de Salud implementó una política de control de precios de medicamentos que para mayo de 2015 le había ahorrado al Gobierno cerca de 230 millones de dólares estadounidenses. Aunque las farmacéuticas criticaron fuertemente esta política, recibió el apoyo del Gobierno y pudo seguir adelante. En el mismo sentido, algunas organizaciones de la sociedad civil peruana, incluidas las organizaciones de pacientes con VIH (virus de inmunodeficiencia humana), le han solicitado al Gobierno de su país que conceda una licencia obligatoria que cubra la patente del medicamento atazanavir, usado para tratar el VIH. Solo el gasto en este medicamento representa el 50 % del presupuesto del Gobierno peruano para el tratamiento del VIH/sida (síndrome de inmunodeficiencia adquirida). Dado que la patente está en manos del laboratorio Bristol-Myers Squibb, el precio del atazanavir es significativamente más caro en Perú que en otros países andinos. En respuesta a una acción legal, el Ministerio de Salud peruano fue capaz de negociar con el laboratorio, una compañía multinacional, una reducción sustancial de los precios.

La judicialización del derecho a la salud en América Latina es un claro ejemplo del papel que pueden jugar las cortes cuando son accesibles. Esta característica, además, les permite a las cortes responder rápidamente a las demandas urgentes, que, en muchos casos, son situaciones de vida o muerte. Sin embargo,

incluso si las cortes son asertivas y ponen en funcionamiento sistemas complejos para hacerles seguimiento a sus decisiones, sus impactos sobre los sistemas de salud suelen ser limitados, sin mencionar que en muchas ocasiones no logran prevenir las nuevas violaciones del derecho a la salud.

El litigio en torno a los derechos sociales, económicos y culturales

Muchos actores políticos y estudiosos de la política latinoamericana veían a las cortes no solo como instituciones incapaces o reacias a defender los derechos constitucionales, sino como agentes inclinados a actuar a favor de las élites e incluso a perjudicar los derechos de los grupos marginados. Según Ran Hirschl (2004), las élites políticas diseñan las cortes para fortalecer el *statu quo* y bloquear cualquier cambio sociopolítico real que haya sido impulsado por un proceso democrático. Por lo tanto, se creía que las recientemente fortalecidas altas cortes se habían consolidado como barreras para la aplicación de los derechos constitucionales. En un estudio sobre los tribunales chilenos, Javier Couso concluye que los grupos progresistas "veían el derecho y las cortes no como un instrumento, sino como un obstáculo para el cambio social" (2006, 62). Es decir, estos grupos veían a los tribunales como un brazo opresivo del Estado y no como una estructura de oportunidades legales (Hilson 2002; Wilson y Rodríguez 2006) que podría facilitar la aplicación de sus derechos. Como concluyen Brinks y Gauri (2012), incluso si los tribunales son "amigables", sería "irrazonable esperar que producirán consistentemente más resultados favorables a los pobres que los que se podría lograr a través de las estrategias políticas convencionales". El hecho de que las altas cortes produzcan una sólida jurisprudencia que proteja y amplíe algunos derechos constitucionales no significa que todos los derechos serán protegidos por igual, si acaso son protegidos (Langford *et al*. 2016). En un estudio sobre los asesinatos policiales en América Latina, Brinks (2008, 142) llega a la conclusión de que "los derechos políticos gozan de buena salud en São Paulo, y sin embargo la policía viola sistemáticamente los derechos civiles fundamentales de tal forma que, en términos prácticos, se ubica por encima de la ley". La incapacidad de las víctimas de la violencia policial de aprovechar el poder de un tribunal asertivo para proteger su derecho constitucional a la vida, entre otros derechos, está fuera del alcance de este capítulo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la mera existencia de una corte progresista y de una constitución rica en derechos es insuficiente para movilizar el poder protector de los tribunales para defender todos los derechos.

No obstante, en muchos países latinoamericanos las nuevas altas cortes han llenado un vacío democrático y han protegido los intereses y los derechos de los miembros más vulnerables de la sociedad. Cabe señalar que la judicialización de la política a través del litigio puede hacer parte de una estrategia más amplia que pretenda visibilizar un tema, aumentar el apoyo popular, reclutar adeptos (McCann 1994), "aumentar la presión sobre los legisladores o forzar a una autoridad a reunirse y negociar" (Langford 2013). De hecho, en ninguno de esos casos es necesario que las cortes decidan a favor de los reclamantes (NeJaime 2012). Dicho de otro modo, a veces el uso del litigio no necesariamente abre una estructura de oportunidades legales que los grupos e individuos vulnerables puedan aprovechar para proteger

sus derechos constitucionales. En un estudio sobre cuatro sistemas jurídicos del *common law* (Estados Unidos, India, el Reino Unido y Canadá), Charles Epp (1998) concluye que la existencia de constituciones ricas en derechos y la participación de jueces progresistas no son suficientes para que las organizaciones puedan aprovechar el poder de las cortes para promover sus reclamos de derechos. Para ello se requiere, además, que las organizaciones cuenten, por un lado, con estructuras de apoyo que tengan los recursos suficientes para financiar e impulsar los casos a través de los canales legales pertinentes y, por otro, con un equipo jurídico que tenga la voluntad y la capacidad para litigar sus causas ante las diferentes entidades judiciales. Por su parte, otros han argumentado que los tribunales no pueden lograr un cambio social (Rosenberg 1991) o que, en el mejor de los casos, su jurisprudencia podría producir una reacción en contra que finalmente afectaría los intereses de los reclamantes (Klarman 2005; Rosenberg 2008).

El litigio en torno a los derechos LGBTI

Mientras que en algunos países de la región las personas más marginadas se han beneficiado de las condiciones que les permiten acceder a las cortes, en otros la movilización legal y las estructuras de apoyo están prácticamente ausentes o solo aparecen ocasionalmente. La lucha por la igualdad de la comunidad LGBTI en diferentes países puede ilustrar este punto. Aunque en Costa Rica el comportamiento homosexual fue legalizado a finales del siglo XIX, los derechos de las personas LGBTI fueron pisoteados sistemáticamente. A pesar de que las personas LGBTI fueron empujadas a los márgenes de la sociedad y fueron humilladas por una abrumadora mayoría de ciudadanos, ningún partido político defendía siquiera sus derechos más básicos. El empleo, la vivienda y la educación fueron algunos de los escenarios en los que los actores estatales y privados discriminaban de manera rutinaria y legal a las personas LGBTI; en particular, la policía acosaba sistemáticamente a las personas que creía que eran homosexuales. Sin embargo, a mediados de la década de los noventa, una decisión de la Sala Constitucional favorable a los derechos LGBTI cambió el panorama. En la actualidad, el acoso policial es un problema menor y rara vez termina ante las cortes[9]. De forma similar, en vista de que la Defensoría de los Habitantes amenazó en 1995 con llevar el hecho ante las cortes, el Estado dejó de usar regulaciones vagas para evitar que las organizaciones que luchaban a favor de las personas LGBTI pudieran registrarse legalmente (el registro civil argumentaba que los grupos LGBTI incumplían el artículo 3.° de la Ley de Asociaciones porque su comportamiento atentaba contra la "moral y las buenas costumbres"[10]). En efecto, las sentencias de amparo que profirió la Sala Constitucional durante su primera década de funcionamiento acabaron con la mayoría de los actos discriminatorios que cometían las agencias estatales. No obstante, en 2006 la Sala decidió en contra del matrimonio de parejas del mismo sexo (MPMS), con lo que arrojó a las pequeñas y recientes organizaciones LGBTI a un torbellino político para el que no estaban preparadas: estaban mal equipadas para contener el contragolpe político, así como para defender y fortalecer sus derechos frente a una Asamblea Legislativa hostil a su causa.

El caso de los derechos LGBTI en México muestra una historia diferente. Allí, los escenarios políticos, el proceso de judicialización

de la política y el avance del MPMS revelan la conexión que existe entre los partidos políticos progresistas y el fortalecimiento de los derechos LGBTI. Cuando el gobierno de la Ciudad de México, cuyos miembros eran militantes del PRD (Partido de la Revolución Democrática), sancionó la ley que reconocía el MPMS en el Distrito Federal, los grupos hostiles a la reforma la demandaron ante la Corte Suprema de México. Sin embargo, la Corte falló a favor de la ley y allanó el terreno para que otras personas recurrieran a las cortes federales y estatales con el objetivo de lograr el reconocimiento del MPMS en otros estados que se oponían a él. Como consecuencia de estas demandas, el matrimonio igualitario se expandió a todos los estados mexicanos. Como resultado del litigio estratégico a favor del MPMS, la Corte Suprema de México declaró inconstitucional la definición del matrimonio como la "unión entre un hombre y una mujer" (Khan 2015). En vista de que los partidos dominantes eran hostiles a la causa del MPMS, el movimiento LGBTI recurrió a las cortes para lograr su reconocimiento.

Reacción

Sin embargo, el fortalecimiento de las cortes y de las estrategias de litigio de los grupos e individuos marginados no está exento de riesgos (Klarman 2005; Rosenberg 2008). Las victorias judiciales impopulares pueden generar poderosas reacciones que movilizan a los votantes en contra de los intereses de los grupos marginados o de las leyes y regulaciones que cambian el *statu quo*. Aunque las personas LGBTI han logrado victorias legales significativas en la región, muy pocos partidos políticos se presentan hoy como sus aliados incondicionales (Araújo Herrera 2015); es más, a pesar de los avances en la causa LGBTI, para 2015 solo 15 miembros de las asambleas legislativas de la región eran abiertamente lesbianas o *gays* (Corrales 2015)[11]. Además, el apoyo popular a los derechos LGBTI sigue siendo bajo, especialmente con respecto al MPMS (Alcántara y Rivas 2013), lo que hace más probables las reacciones políticas en contra de las victorias legales de la comunidad.

Las reacciones en contra del MPMS en Estados Unidos están bien documentadas. Rosenberg (2008) señala que las primeras victorias legales en algunos estados llevaron a la adopción de una ley federal que definió el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. Del mismo modo, se reformaron las constituciones estatales para prohibir explícitamente el MPMS o negar los efectos de su reconocimiento en otros estados. Los estudios también señalan que, en última instancia, la reacción en contra del MPMS ayudó a reelegir al presidente George W. Bush porque infló los ánimos de los votantes moralistas, que acudieron en masa a las urnas. Así, Rosenberg (2008) concluye que los derechos LGBTI retrocedieron una generación como consecuencia de las primeras decisiones judiciales favorables. Ahora bien, el trabajo de Keck (2009) y la sentencia Obergefell v. Hodges de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que reconoció en 2015 que el MPMS estaba protegido por la Decimocuarta Enmienda, así como el creciente apoyo popular al MPMS, contradicen las conclusiones de Rosenberg. En particular, una encuesta de 2017 mostró que el 64 % de los estadounidenses apoyaba el MPSM, frente al 27 % que lo hacía en 1996 (Gallup 2017). Estos resultados indican que el litigio alrededor del MPSM ha tenido un impacto positivo significativo.

El litigio alrededor del MPMS en Costa Rica[12] muestra otro caso de reacción e ilustra las

limitaciones que enfrentan las cortes cuando la opinión pública está decididamente en contra de los demandantes. Aunque la Sala Constitucional había apoyado los derechos LGBTI durante muchos años, en 2003 rechazó una demanda que alegaba que la prohibición del MPMS es inconstitucional. En una decisión dividida (cinco a dos), la Sala envió el asunto a la Asamblea Legislativa para que modificara la situación de desigualdad que vivían las parejas del mismo sexo. En consecuencia, las organizaciones LGBTI se vieron obligadas a enfrentarse a un escenario político donde tenían pocos aliados y donde ningún partido político importante apoyaba el MPMS. Por su parte, los grupos contrarios a la agenda LGBTI promovieron un referendo que pretendía prohibir constitucionalmente el MPMS. Si bien la Sala Constitucional impidió que se celebrara un referendo sobre los derechos de un grupo minoritario, el MPMS ha permanecido atascado en la Asamblea Legislativa durante más de una década.

Sin embargo, el caso de Colombia muestra que cuando las cortes están dispuestas a proteger los derechos de las minorías, como el MPMS, se arriesgan a proferir fallos impopulares. De hecho, en vista de su afán por buscar la reelección, los legisladores tienden a ser reacios a tomar ese tipo de decisiones. Un buen ejemplo al respecto es el proyecto de ley que se presentó ante el Senado de Colombia en 2003 para legalizar las uniones civiles entre parejas del mismo sexo y reconocer sus derechos. El proyecto fue rechazado en 2007. Tal rechazo reflejó no solo la falta de apoyo popular a los derechos LGBTI, sino también la gran capacidad de organización de los grupos conservadores, que movilizaron a un buen número de congresistas para oponerse a los derechos LGBTI. El fracaso del proyecto de ley obligó a las organizaciones LGBTI a reevaluar sus estrategias. Específicamente, empezaron a usar su experiencia en el litigio para formular sus reclamos en el escenario más amigable de la Corte Constitucional. Allí, el debate se enfocó en las cuestiones constitucionales y legales alrededor del MPMS y no en las creencias de la gran mayoría de colombianos (en 2015, el 60 % de la población se oponía a la legalización del MPMS). En 2011, la CCC exhortó al Congreso de Colombia a subsanar el déficit de protección que enfrentan las parejas del mismo sexo a través de una "legislación integral, sistemática y ordenada" antes del 20 de junio de 2013. La CCC advirtió que si para esa fecha el Congreso no aprobaba dicha legislación, "las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual".

El 20 de junio de 2013 llegó sin que el Congreso hubiera aprobado una ley sobre el MPMS. Por ello, los notarios y jueces comenzaron a registrar los matrimonios en virtud de la sentencia de la CCC. En respuesta, los grupos conservadores mostraron conjuntamente su rechazo y propiciaron un período de dos años y medio de inseguridad jurídica alrededor del MPMS. Por su parte, los grupos activistas LGBTI continuaron su batalla legal ante la CCC, que en abril de 2016 legalizó definitivamente el MPMS. La intervención de la CCC ha sido un hito en la lucha por el MPMS y, en general, en el reconocimiento de los derechos LGBTI en Colombia. Las organizaciones que apoyan el MPMS encontraron en la Corte un escenario idóneo para luchar por los derechos de las personas LGBTI, incluidos los derechos de propiedad, la herencia y la adopción. Esto demuestra que, incluso en un contexto político marcado por la hostilidad, los altos niveles de aversión pública y el escaso

apoyo político, las cortes pueden desempeñar un papel clave en la promoción de los derechos mediante la reforma de la legislación y las políticas públicas.

Conclusiones

La redemocratización, la implementación de reformas políticas y judiciales y la adopción de políticas económicas neoliberales marcaron el inicio del proceso de judicialización de la política en América Latina. Si bien una buena parte de la ayuda internacional que fomentó y financió las reformas judiciales que fortalecieron las cortes estuvo motivada por el deseo de estimular el crecimiento económico y la inversión privada, dichas reformas tuvieron una consecuencia inesperada: crearon una nueva estructura de oportunidades legales en toda la región y les permitieron a las cortes controlar y vigilar el comportamiento de las otras ramas del poder. Los estudios sobre las reformas judiciales tienden a concentrarse en el papel y las motivaciones de las agencias internacionales y en los factores que sustentaron y apoyaron la independencia judicial y el Estado de derecho.

Las nuevas estructuras de oportunidades legales le allanaron el camino a la revolución de los derechos en algunos países de la región. En este contexto, los movimientos sociales ya no tuvieron que recurrir a los poderes elegidos popularmente, que, de hecho, se mostraban hostiles o indiferentes a sus agendas; por el contrario, empezaron a aprovechar el poder de las cortes para proteger sus intereses. La revolución de los derechos y el surgimiento de un nuevo tipo de cortes les plantearon nuevas preguntas a los académicos que examinan la judicialización de la política en América Latina: ¿por qué las cortes se comportaron de una manera particular?, ¿de qué manera las personas vulnerables pudieron aprovechar el poder de las cortes?, ¿cuál ha sido el impacto de las decisiones judiciales? Desde el institucionalismo hasta la teoría de juegos, muchos enfoques metodológicos diferentes se han usado para examinar la forma en que los jueces, los individuos y las organizaciones han usado el poder de los tribunales y para comprender los factores que inciden en las decisiones de los magistrados y el cumplimiento de sus sentencias (tabla 21.1). Las metodologías más sofisticadas se han basado en las investigaciones previas sobre cortes específicas para explicar el papel de los tribunales en la formulación de las políticas públicas (sobre derechos) y su implementación. Sin embargo, como lo señalan Helmke y Ríos-Figueroa (2011, 22) en su libro sobre las cortes latinoamericanas, "no hay una mejor manera de estudiar las cortes", por lo que el "pluralismo metodológico es particularmente importante".

Tabla 21.1. Ejemplos de estudios que analizan la judicialización de la política en América Latina

Área	Autores	Datos analizados
Uso de las cortes Factores que permiten el uso de las cortes	Jaramillo y Alfonso (2008)	Análisis de la movilización legal en torno a la despenalización del aborto en Colombia.
	Bergallo (2011)	Base de datos propia sobre las tendencias en los casos que estudian las cortes. Análisis de jurisprudencia.
	Albarracín (2011)	Análisis de la movilización legal en torno al reconocimiento de las parejas del mismo sexo en Colombia.
	González y Bergallo (2017)	Análisis de la historia del desarrollo de los argumentos jurídicos sobre el derecho a la salud en América Latina.

Área	Autores	Datos analizados
Cómo las cortes toman sus decisiones Qué afecta las decisiones de las cortes	Pérez-Liñán y Castagnola (2016)	Base de datos propia sobre los cambios constitucionales y los jueces de 18 países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) entre 1904 y 2010.
	González-Ocantos (2016)	Estudios de caso: dos casos en los que las violaciones de derechos humanos se han perseguido a lo largo del tiempo (Argentina y Perú) y uno en el que no (México)
Efectos	Rodríguez Garavito y Rodríguez (2010)	Análisis de la implementación de una sentencia de la CCC, incluidas las reformas de políticas públicas y el impacto sobre la opinión pública.
	Ferraz (2011)	Análisis de las tendencias en los perfiles de los demandantes y el servicio requerido en reclamos de salud ante el Ministerio de Salud de Brasil.
	Sepúlveda y Rodríguez (2011)	Análisis de la implementación de dos sentencias de la CCC, incluidas las reformas de políticas públicas y el impacto sobre la opinión pública.
	Gianella (2013)	Análisis de la implementación de una sentencia de la CCC, incluidas las reformas de políticas públicas y el impacto sobre la opinión pública.
	Bergallo (2016)	Análisis de la jurisprudencia, las estrategias jurídicas y los desarrollos legales alrededor de la despenalización del aborto en América Latina.

Fuente: Elaboración propia.

En conclusión, en las últimas tres décadas las altas cortes han adquirido una importancia cada vez mayor en la vida política de la mayoría de los ciudadanos latinoamericanos; de hecho, se han convertido en firmes defensoras de los derechos constitucionales y los derechos humanos. Las reglas institucionales formales, el funcionamiento interno de las cortes y las reglas de nombramiento de sus magistrados determinan de diferentes formas el grado de independencia de que gozan los tribunales frente a las otras ramas del poder. Por ejemplo, gracias a una constitución rica en derechos, un concepto amplio de legitimidad procesal y unos procedimientos informales, la CCC ha estudiado un gran número de casos en las últimas décadas; es más, se ha convertido en una estructura de oportunidades legales accesible y en un fuerte agente de rendición de cuentas. Sin embargo, los desarrollos alrededor de la asertividad judicial no son unidireccionales. En Nicaragua y Venezuela el nombramiento de magistrados leales al partido socavó la independencia formal de las altas cortes y debilitó sus importantes poderes de vigilancia y control. En vista de que tales cortes se han convertido nuevamente en enclaves de los partidos políticos que detentan el poder, los académicos y activistas han vuelto a preguntarse por la independencia judicial y la rendición de cuentas.

Notas

1. El trabajo seminal de Tate y Vallinder (1995), *The Global Expansion of Judicial Power*, no contiene ningún capítulo sobre América Latina. Esto refleja, de alguna manera, la insignificancia de las altas cortes latinoamericanas en ese período.

2. Cabe señalar que si bien muchas cortes, entre ellas la Corte Suprema de Bolivia, tenían facultades de control constitucional, no las usaban para proteger los derechos constitucionales.
3. Aunque este capítulo no puede proporcionar una explicación detallada de cada una de estas condiciones, sí ofrece una breve descripción general.
4. La "tutela" o "amparo" es una creación jurídica exclusivamente latinoamericana cuyos orígenes se encuentran en la Constitución mexicana de 1857. Actualmente están presentes en casi todos los sistemas judiciales de América Latina y les permiten a las personas impugnar ante los jueces las acciones inconstitucionales de los gobiernos elegidos por voto popular y las entidades privadas.
5. Sin embargo, Popkin (2000) advirtió que la consolidación de la democracia es imposible sin el establecimiento del Estado de derecho.
6. Véanse, por ejemplo, Corral (2010) y Corporación Latinobarómetro (2015).
7. En promedio, los niveles de confianza en los poderes judiciales latinoamericanos son muy bajos y rara vez han aumentado por encima del 30 % desde mediados de la década de los noventa (Corporación Latinobarómetro 2015).
8. Sala Constitucional, Resolución 2003-02.771. Cabe señalar que esta resolución echó abajo una decisión mayoritaria previa que confirmó en el año 2000 la constitucionalidad de la prohibición de reelección (Resolución 7818-00).
9. Antes de la decisión, el acoso policial era un problema que tenían que enfrentar las personas LGBTI. El dueño de un club nocturno *gay* afirmó que en la década de los ochenta "la Policía llegaba y te llevaba […] todo el tiempo, los fines de semana, durante la semana, sin respetar los derechos humanos básicos de las personas" (Gourgy 2004).
10. Ley de Asociaciones 218, art. 3.° (Costa Rica).
11. Algunos partidos políticos, entre ellos el Frente Amplio de Uruguay, el Partido de los Trabajadores de Brasil, el Frente Amplio de Perú y el Partido de la Revolución Democrática de México, han apoyado la agenda LGBT. Sin embargo, en muchos países ningún partido mayoritario apoya la causa de los derechos de las personas LGBTI.
12. La versión original de este capítulo (en inglés) se terminó de escribir en 2017, antes de la publicación de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del fallo de la Corte Suprema de Costa Rica de agosto de 2018 que declaró inconstitucional y discriminatoria la ley que prohibía el MPMS en el país. La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana ha tenido efectos más allá de Costa Rica: sobre esa base, la Corte Constitucional Ecuatoriana reconoció en 2019 la unión civil entre personas del mismo sexo. Sin embargo, todos estos hechos escapan del período de análisis de este capítulo.

Referencias

Albarracín, Mauricio. 2011. Social movements and the constitutional court: Legal recognition of the rights of same-sex couples in Colombia. *Sur. International Journal* 8(14): 7-31.

Alcántara, Manuel y Cristina Rivas. 2013. *El matrimonio de personas del mismo sexo y los legisladores latinoamericanos*. Salamanca: Proyecto Élites Latinoamericanas (PELA), Universidad de Salamanca (1994-2015).

Araújo Herrera, Mariana. 2015. LGBT rights in Latin America: Do progressive laws equal progressive societies? *Council on Hemispheric Affairs*, (21 de octubre).

Bergallo, Paola. 2011. Aborto y justicia reproductiva: Una mirada sobre el derecho comparado. *Cuestión de Derechos* 1: 1-20.

Bergallo, Paola. 2016. Interpretando derechos: La otra legalización del aborto en América Latina. En *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, eds. Lidia Casas y Delfina Lawson. Santiago de Chile: Ediciones Loñ.

Brinks, Daniel. 2008. *Inequality and the rule of law: The judicial response to police violence in South America*. Cambridge: Cambridge University Press.

Brinks, Daniel. 2012. A tale of two cities: The judiciary and the rule of law in Latin America. En *Routledge Handbook of Latin American Politics*, eds. Peter Kingstone y Deborah Yasher. Nueva York and London: Routledge.

Brinks, Daniel y Varun Gauri. 2012. The Law's majestic equality? The distributive impact of litigating social and economic rights. *Policy Research Working Paper*. Washington, DC: The World Bank.

Carothers, Thomas. 2001. The many agendas of rule of law reform in Latin America. En *Rule of law in Latin America: The international promotion of judicial reform*, eds. Rachel Sieder y Pilar Domingo. Londres: Institute of Latin American Studies.

Cepeda-Espinosa, Manuel José. 2011. Social and economic rights and the Colombian Constitutional Court. *Texas Law Review* 89: 1699-705.

Colombia, Corte Constitucional. 2008. Sentencia T-760 de 2008. Bogotá: Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

Corporación Latinobarómetro. 2013. *Informe 2013*. Santiago de Chile: Corporación Latinobarómetro.

Corporación Latinobarómetro. 2015. *Informe 1995-2015*. Santiago de Chile: Corporación Latinobarómetro.

Corral, Margarita. 2010. Partidos políticos y representación en América Latina. *Perspectivas desde el barómetro de las Américas* 36.

Corrales, Javier. 2015. *LGBT rights and representation in Latin America and the Caribbean: The influence of structure, movements, institutions, and culture*. LGBT Representation and Rights Initiative/University of North Carolina at Chapel Hill.

Courtis, Christian. 2008. *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights*. Geneva: International Commission of Jurists.

Couso, Javier A. 2006. The changing role of law and courts in Latin America: From an obstacle to social change to a tool of social equity. En *Courts and social transformation in new democracies: An institutional voice for the poor?*, eds. Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux, 61-82. Aldershot: Ashgate.

DeShazo, Peter y Juan Enrique Vargas. 2006. *Judicial reform in Latin America. An assessment*. Washington, DC: Center for Strategic and International Studies.

Domingo, Pilar. 2010. Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. *Democratization* 11(1): 104-26.

Domingo, Pilar y Rachel Sieder. 2001. *Rule of law in Latin America: The international promotion of judicial reform*. Londres: Institute of Latin American Studies.

Epp, Charles. 1998. *The rights revolution: Lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative*

perspective. Chicago: The University of Chicago Press.

Epstein, Lee y Jack Knight. 1998. *The Choices Justices Make*. Washington DC: CQ Press.

Faundez, Julio, ed. 1997. *Good government and law: Legal and institutional reform in developing countries*. Londres: MacMillan Press.

Ferraz, Octavio L.M. 2011. Brazil. Health inequalities, rights, and courts: The social impact of the judicialization of the health. En *Litigating health rights. Can courts bring more justice to health?*, eds. Alicia Yamin y Siri Gloppen, 76-102. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Gallup. 2017. *US Support for gay marriage edges to new high.* www.gallup.com/poll/210566/support-gay-marriage-edges-new-high.aspx. (Consultado el 7 de mayo de 2018).

Gianella-Malca, Camila. 2012. Ready to respect the court ruling? Artículo presentado en *European network on Latin American Politics VI Annual Meeting*. Bergen: University of Bergen.

Gloppen, Siri. 2004. How to Assess the Political Role of the Zambian Courts? CMI: Bergen.

Gloppen, Siri, Bruce Wilson, Roberto Gargarella, Elin Skaar y Morten Kinnader. 2010. *Courts and power in Latin America and Africa*. Nueva York: Palgrave McMillan.

González-Ocantos, Ezequiel. 2016. *Shifting legal visions. Judicial change and human rights trails in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.

González, Ana Cristina y Juanita Durán. 2011. Impact of court rulings on health care coverage: The case of HIV/AIDS in Colombia. *Medicc Review* 13(3): 54-7.

González, Ana Cristina y Paula Bergallo. 2017. The health exception in Latin America: An autochthonous experience of transnational advocacy. Artículo presentado en Latin American Studies Association Annual Congress. Lima.

Gourgy, Andrea. 2004. Tolerance for gays improving, not perfect. *Tico Times*. www.ticotimes.net/2004/06/25/tolerance-for-gays-improving-not-perfect. (Consultado el 7 de mayo de 2018).

Hammergren, Linn. 1998. Fifteen years of judicial reform in Latin America: Where we are and why we haven't made more progress, USAID Global Center for Democracy and Governance. www.pogar.org/publications/judiciary/linn2/latin.pdf. (Consultado el 7 de mayo de 2018).

Helmke, Gretchen. 2005. *Courts Under Constraints: Judges, Generals and Presidents in Argentina*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Helmke, Gretchen y Julio Ríos-Figueroa. 2011. *Courts in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.

Hilson, Christopher. 2002. New social movements: The role of legal opportunity. *Journal of European Public Policy* 9(2): 238-55.

Hirschl, Ran. 2004. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Jaramillo Sierra, Isabel C. y Tatiana Alfonso Sierra. 2008. *Mujeres, cortes y medios: La reforma judicial del aborto*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes.

Jarquín, Edmundo y Fernando Carrillo (eds.). 1998. *Justice delayed: Judicial reform in Latin America*. Washington, DC: Inter-American Development Bank.

Johnson, Tim. 2010. Despite constitution, Nicaragua's Ortega plans to stay in power. *McClatchy*, 5 de agosto. www.mcclatchydc.

com/news/nation-world/world/article24589570.html. (Consultado el 7 de mayo de 2018).

Kahn, Carrie. 2015. How Mexico quietly legalized same-sex marriage. *All Things Considered*, June 16. National Public Radio.

Karst, Kenneth L. y Keith S. Rosenn. 1975. *Law and development in Latin America: A case book*. California: University of California Press.

Keck, Thomas. 2009. Beyond backlash: Assessing the impact of judicial decisions on LGBT rights. *Law and Society Review* 43(1): 151-85.

Klarman, Michael J. 2005. Brown and Lawrence (and Goodridge). *Michigan Law Review* 104(3): 431-89.

Lakhani, Nina. 2016. Nicaragua suppresses opposition to ensure one-party election, critics say. *The Guardian*. www.theguardian.com/world/2016/jun/26/nicaragua-opposition-daniel-ortega-presidential-election. (Consultado el 7 de mayo de 2018).

Langford, Malcolm. 2013. Housing rights litigation: Grootboom and beyond. En *Socio-Economic rights in South Africa: Symbols or substance?*, eds. Malcom Langford, Ben Cousins, Jackie Dugard y Tshepo Madlingozi. Cambridge: Cambridge University Press.

Langford, Malcolm *et al.* 2016. *Making it stick: Compliance with socio-economic rights judgments in comparative perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.

Larkins, Christopher M. 1998. The judiciary and delegative democracy in Argentina. *Comparative Politics* 30: 423-43.

Loveman, Brian. 1993. *The constitution of tyranny: Regimes of exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

McAuslan, Patrick. 1997. Law, governance and the development of the market: Practical problems and possible solutions. En *Good government and law: Legal and institutional reform in developing countries*, eds. Julio Faundez, 25-50. MacMillan Press.

McCann, Michael. 1994. *Rights at work: Pay equity reform and the politics of legal mobilization*. Chicago: The University of Chicago Press.

Mecham, J. Lloyd 1959. Latin American Constitutions: Nominal and real. *The Journal of Politics*, 21: 258-75.

Messick, Richard E. 1999. Judicial reform and economic development: A survey of the issues. *The World Bank Research Observer* 14(1): 117-36.

Navia, Patricio y Julio Ríos-Figueroa. 2005. The constitutional adjudication mosaic of Latin America. *Comparative Political Studies* 38(2): 189-271.

NeJaime, Douglas. 2012. Cause lawyers inside the state. *Fordham Law Review* 81: 649-704.

Nicaragua, Sala Constitucional de la Corte Suprema. 2009. Expediente No. 602-09, en el proceso de amparo de Ortega y otros contra el Consejo Supremo Electoral de la Republica de Nicaragua. 19 de octubre.

Norheim, Ole Frithjof y Bruce Wilson. 2014. Health rights litigation and access to medicines: Priority classification of successful cases from Costa Rica's Constitutional Chamber of the Supreme Court. *Health and Human Rights* 16(2).

Pérez-Liñán, Aníbal y Andrea Castagnola. 2016. Judicial instability and endogenous constitutional change: Lessons from Latin America. *British Journal of Political Science* 46(2): 395-416.

Popkin, Margaret. 2000. *Peace without justice obstacles to building the rule of law in El Salvador*. University Park: Pennsylvania State University Press.

O'Donnell, Guillermo. 1999. *Counterpoints: selected essays on authoritarianism and*

democratization. South Bend IN: University of Notre Dame Press.

Rodríguez Garavito, César, ed. 2010. *Más allá del desplazamiento: Políticas derechos y superación del desplazamiento en Colombia*. Colección Estudios CIJUS. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas-CIJUS.

Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez. 2010. *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional tranformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

Rosenberg, Gerald. 1991. *The hollow hope: Can courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press.

Rodríguez-Garavito, César, Rodrigo Uprimny y Mauricio García-Villegas. 2003. Justice and society in Colombia: A sociolegal analysis of Colombian courts. En *Legal culture in the age of globalization: Latin America and Latin Europe*, ed. Lawrence Friedman y Rogelio Pérez-Perdomo, 137-83. Stanford: Stanford University Press.

Rodríguez-Raga, Juan Carlos. 2011. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992–2006. En *Courts in Latin America*, Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, eds. Nueva York: Cambridge University Press: 81-98.

Rosenberg, Gerald. 2008. *The hollow hope: Can courts bring about social change?* Second edition. Chicago: The University of Chicago Press.

Sabel, Charles y William Simon. 2004. Destabilization rights: How public law litigation succeeds. *Harvard Law Review* 117(2004): 1015-101.

Salas, Luis. 2001. From law and development to rule of law: New and old issues. En *Source rule of law in Latin America: The international promotion of judicial reform*, eds. Pilar Domingo y Rachel Sieder. Londres: Institute of Latin American Studies.

Scalia, Antonin. 2015. Obergefell v. Hodges 2015. www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. (Consultado el 7 de mayo de 2018).

Sepúlveda, Magdalena, César Rodríguez. 2011. Colombia: La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social. *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias incipientes en el derecho internacional comparado*. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores.

Sieder, Rachel, Line Schjolden y Alan Angell. 2005. Introduction. En *The judicialization of politics in Latin America*, eds. Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell. Basingstokey, Nueva York: Palgrave MacMillan.

Smulovitz, Catalina. 2008. La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina. *Desarrollo Económico* 48(190/191): 287-305.

Staveland, Kristi. 2010. *Litigating the right to a healthy environment. Assessing the policy impact of 'The Mendoza case'*. Bergen: Department of Comparative Politics, Bergen University.

Stotzky, Irwin P. 2004. Lessons learned and the way forward. En *Democratization and the judiciary*, eds. Siri Gloppen, Roberto Gargarella y Elin Skaar, 198-202. Londres: Frank Cass.

Tate, C. Neal y Torbjörn Vallinder. 1995. *The global expansion of judicial power*. Nueva York: NYU Press.

Taylor, Matthew M. 2008. *Judging policy: Courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press.

Urcuyo, Constantino. 1995. La Sala IV: Necesarios límites al poder. *Revista Parlamentaria* 3(3): 17-50.

Vaky, Paul. 1998. U.S. Agency for International Development. En *Justice delayed: Judicial reform in Latin America*, eds. Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo. Washington, DC: Inter-American Development Bank.

Wilson, Bruce. 1998. *Costa Rica: Politics, economics, and democracy*. Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers Inc.

Wilson, Bruce. 2011. Enforcing rights and exercising an accountability function: Costa Rica's Constitutional Court. En *Courts in Latin America*, eds. Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa. Cambridge: Cambridge University Press.

Wilson, Bruce y Juan Carlos Rodríguez. 2006. Legal opportunity structures and social movements: The effects of institutional change on Costa Rican Politics. *Comparative Political Studies* 39 (3): 325-51.

Wilson, Bruce, Juan Rodríguez y Roger Handberg. 2004. The best laid schemes … Gang aft a-gley: Judicial reform in Latin America-evidence from Costa Rica. *Journal of Latin American Studies* 36: 507-31.

Yamin, Alicia Ely y Óscar Parra-Vera. 2010. Judicial protection of the right to health in Colombia: From social demands to individual claims to public debates. *Hastings International and Comparative Law Review*, 33(2): 101-29.

Yamin, Alicia Ely, Óscar Parra-Vera y Camila Gianella-Malca. 2011. Judicial protection of the right to health in Colombia: An elusive promise? En *Litigating health rights, can courts bring more justice to health?*, eds. Alicia E. Yamin y Siri Gloppen. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Yamin, Alicia Ely y Siri Gloppen (eds.). 2011. *Litigating health rights: Can courts bring more justice to health?*, *Human Rights Program Series*. Cambridge, MA: Harvard Universtiy Press.

Capítulo 21
LA SOCIEDAD, EL ESTADO Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO* [1]

Laura Saldivia Menajovsky

Introducción

En los últimos años, las iniciativas formales e informales que buscan el reconocimiento de los derechos de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas se han labrado un lugar importante en el escenario geopolítico global. En particular, tales proyectos han contribuido al análisis, debate y reformulación de diversas experiencias nacionales e internacionales. Estas iniciativas se combinan de maneras creativas y efectivas tanto para incidir que a nivel nacional sean integradas en el acervo jurídico como para expandirse a múltiples áreas del mismo sistema internacional formal.

Argentina ha jugado un papel fundamental al respecto. En el año 2010 fue uno de los primeros países del mundo en reconocer el matrimonio igualitario para las personas homosexuales[2] y en el año 2012 fue el primero en reconocer el derecho a la identidad de género despatologizado después de la aprobación unánime del Congreso de la Ley sobre el Derecho a la Identidad de Género 26743[3] (en adelante, "Ley DIG"). Estos logros, los cuales fueron posibles gracias a las luchas del movimiento LGBT en el país[4], convirtieron a Argentina en referente mundial del reconocimiento de los derechos de las personas lesbianas, *gays*, bisexuales y transgénero (LGBT)[5].

El modelo implementado por la Ley DIG reconoce a las personas transgénero su carácter de persona moral al establecer que solo a ellas les corresponde decidir sobre su identidad de género, es decir, su voluntad se convierte en el único criterio válido para establecer su género. La Ley DIG abandonó el modelo, que aún prevalece en muchas partes del mundo, según el cual solo "expertes"[6] (tales como médiques, juecxs y autoridades administrativas) están autorizades para decidir, sobre la base de opiniones psicológicas o médicas, el "verdadero" género de una persona limitado al binario masculino-femenino. Según el marco conceptual anterior, además, las personas que no pueden ser incluidas o que eligen no incluirse en las categorías binarias "tradicionales" son calificadas como enfermas. De ese modo, las autoridades médicas, administrativas y jurídicas definen la "enfermedad" en un marco que controla estrictamente la "ambigüedad" del género y de la sexualidad

* Cómo citar este capítulo: Saldivia Menajovsky, Laura. 2024. La sociedad, el Estado y el reconocimiento del derecho a la identidad de género. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 477-500. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.22

y le prescribe un tratamiento. Así, este marco pretende curar y disciplinar los cuerpos con base en el binario masculino-femenino. Por el contrario, la Ley DIG despatologiza la diversidad y reconoce el derecho a que las personas decidan su identidad de género sin otra intervención más que su propia capacidad de decisión.

En la siguiente sección, resalto las características de la Ley DIG y presento brevemente la lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas trans que estuvo detrás de su aprobación. Luego enfatizo la naturaleza democrática de la lucha por los derechos LGBT. Posteriormente exploro el contexto latinoamericano alrededor de la aceptación del paradigma de la despatologización del género y concluyo con algunas breves reflexiones finales.

Sobre la Ley DIG y algunas de sus insubordinaciones

La aprobación de una ley que reconoce el derecho a la identidad de género ha sido un progreso extraordinario hacia el reconocimiento de los derechos humanos de las personas transgénero; específicamente, reconstruye la relación tradicional entre el género, la naturaleza material del cuerpo y la modificación corporal, y menoscaba, en consecuencia, el poder de juecxs, personal administrativo, médiques y otres "expertes" para decidir sobre la identidad de género de una persona. Ahora que la Ley DIG está vigente, tramitar un cambio de nombre en los registros públicos y en los documentos nacionales de identidad (DNI) o someterse a cirugías o tratamientos de modificación de sexo dependen únicamente de la voluntad de quienes deseen hacerlo. Así, Argentina ha establecido un modelo viable de despatologización que abre un espacio público para la determinación de la propia identidad de género. Cuatro años después de la aprobación de la esta ley, más de 10.000 personas tramitaron el cambio de su DNI para que reflejara su elección de nombre y género[7]. Este reconocimiento normativo se debe a la desigualdad estructural que experimentan las personas transgénero (Berkins 2007), que, de hecho, se agrava por la ausencia de derechos básicos, como los que ahora reconoce la Ley DIG.

Esta norma establece que la decisión personal sobre el género es el único indicador válido del género de una persona. De este modo, impide que juecxs y autoridades administrativas decidan sobre los cambios de género en los documentos de identidad (como el certificado de nacimiento, el pasaporte, etc.) y en el cuerpo[8]. Además, la Ley DIG reafirma la prevalencia del consentimiento informado de una persona frente a sus decisiones sobre tratamientos médicos o cirugías[9] y, lo que puede ser su rasgo más progresista, reconoce el derecho de personas menores de edad a la identidad de género[10]. De acuerdo con estas directrices, no es obligatorio que una persona se someta a una cirugía genital o a tratamientos hormonales o psicológicos para que pueda cambiar su identidad de género en los registros o documentos públicos[11], ya que el aspecto biológico está subordinado a la autopercepción del género. Aunque hace parte de un marco normativo positivo, la Ley DIG ayuda a contrarrestar algunos debates esencialistas alrededor de las nociones tradicionales de sexo y género que equiparan los genitales con el género. De ese modo, favorece un sistema en el que la autonomía de las corporalidades trans es relevante para las interacciones entre las personas y las instituciones.

De forma paradigmática, la Ley DIG les ordena a proveedorxs públiques y privades de

servicios de salud que respeten los derechos reconocidos en ella. Dicho de otra forma, reconoce que el derecho a la salud es crucial para que la identidad de género sea viable, por lo que establece que les proveedorxs están obligades a realizar los tratamientos y cirugías sin costo. Por esa razón, la Ley DIG incluye los tratamientos y cirugías en el Programa Médico Obligatorio (PMO), que funciona como una canasta básica de beneficios que les garantiza la asistencia médica a sus beneficiaries. Los proveedores de servicios de salud deben ofrecer los beneficios del PMO y otras coberturas obligatorias sin dilaciones, limitaciones por condiciones preexistentes o requisitos de admisión. En otras palabras, con ello la Ley DIG busca facilitar el acceso a los tratamientos necesarios para el goce efectivo del derecho a la identidad de género. Es claro que sin esos tratamientos no sería posible disfrutar el derecho[12].

De acuerdo con la ley comentada, el Estado debe reconocer que los gobiernos y otras personas han violado sistemáticamente los derechos humanos de las personas trans y que, en consecuencia, les han negado su humanidad. Por ello, la Ley DIG supone una reparación histórica de los daños que han infligido diferentes formas de violencia, como la patologización, la discriminación o la criminalización. Además, uno de sus méritos es que desmantela (o al menos crea el aparato conceptual que busca desmantelar) ciertas subordinaciones inherentes a las categorías binarias que posibilitan las relaciones jerárquicas y opresivas y causan un sufrimiento inconmensurable. En particular, se acerca críticamente a la distinción entre la biología y la percepción de género de una persona y empodera la segunda. De ese modo, favorece la autonomía de las corporalidades trans y anula algunos de los efectos esencialistas y restrictivos de la posición tradicional que analiza el género en términos binarios y afirma que la única orientación sexual válida es la heterosexual. Esto, a su vez, lleva a reevaluar otra forma de subordinación: la de le paciente individual con respecto a la ciencia médica. Frente a la supuesta *verdad* patologizante de la ciencia, ahora la decisión de le paciente es la única que importa. En esta nueva formulación, el derecho deja de ser un lacayo de la ciencia médica puesto que la subordina al lenguaje despatologizante de la Ley DIG.

Otro rasgo original de esta ley es que subvierte el marco tradicional del conocimiento jurídico. Las herramientas jurídicas que actualmente están transformando el conocimiento sobre el derecho a la identidad de género pertenecen a un conjunto de principios y reglas que han sido creados en diversas periferias. Una primera de tales periferias involucra a quienes están produciendo el modelo despatologizante de la identidad de género. Activistas LGBT de varios países fueron los responsables de elaborar los "Principios de Yogyakarta" (en adelante "Principios"), que fueron a su vez trasplantados a la Ley DIG en Argentina[13]. Este trasplante jurídico no fue una iniciativa de las autoridades y legisladorxs del país, sino que fue concebido y promovido por las mismas personas a las que se les aplica la Ley DIG. Aunque el Estado argentino aprobó la Ley DIG, actorxs no estatales la discutieron, desarrollaron, redactaron y promovieron sin la ayuda de las instituciones estatales; de hecho, el Estado solo participó en la fase final del debate y la aprobación por parte del Congreso. Esta secuencia de eventos solo tuvo lugar gracias al intenso *lobby* del movimiento LGBT, que convenció a legisladorxs y funcionaries estatales de que sus demandas debían ser incluidas en un proyecto de ley[14]. La

segunda periferia se refiere al hecho de que la regulación que convierte la identidad de género en un derecho (es decir, los Principios) no hace parte de ningún instrumento jurídico formal nacional o internacional. Se trata, más bien, de un tipo de norma conocida como *soft law*, es decir, un instrumento cuasijurídico que no tiene fuerza vinculante, o cuya fuerza vinculante es más débil que la de otros instrumentos de derecho internacional[15]. La tercera periferia hace explícito que la primera jurisdicción en reconocer y aplicar el modelo de la identidad de género autopercibida fue un país, Argentina, que está al margen del núcleo tradicional de países donde se produce el conocimiento jurídico[16]. Posteriormente Argentina exportará su modelo a otros países. Este proceso desestabiliza y subvierte las formas tradicionales y coloniales de producción de conocimiento jurídico según las cuales el Norte Global, es decir, las jurisdicciones principales y prestigiosas, produce el conocimiento que consume y adecúa el Sur Global[17].

Muchas ideas innovadoras sobre el derecho a la identidad de género originadas en diferentes tipos de periferia se están extendiendo a varios países del centro y de la periferia. También se están extendiendo a los sistemas regionales e internacionales de derechos humanos, que están comenzando a utilizar, trasplantar y difundir estas innovaciones. Al hacerlo, los países y los organismos internacionales desafían las nociones tradicionales que indican quiénes producen o receptan el conocimiento[18]. Actualmente, muchos países del centro y organismos internacionales están incorporando un modelo despatologizado del género que fue creado en los márgenes del derecho internacional por personas cuya identidad de género u orientación sexual se considera socialmente inaceptable. La primera aplicación concreta del modelo tuvo lugar en un país periférico. Por lo tanto, la academia, el activismo y la jurisprudencia de la periferia se están consolidando rápidamente como la norma en todo el mundo y, en consecuencia, están retando su papel subordinado en la producción y difusión global de perspectivas jurídicas. La movilidad del derecho a la identidad de género es solo una de las muchas migraciones jurídicas que se están produciendo a nivel mundial. Un número creciente de movimientos e intercambios complejos caracteriza actualmente un entorno jurídico en el que la autoridad detrás de las decisiones en algunas jurisdicciones influye cada vez más en las decisiones de otras[19]. Muchos órganos nacionales e internacionales utilizan fuentes jurídicas que no son vinculantes para ellos, como las sentencias proferidas por instituciones fuera de su jurisdicción, que terminan influyendo en su legislación nacional. Entre estas fuentes jurídicas no vinculantes se encuentra el derecho comparado, el derecho internacional y el derecho transnacional[20].

Además de estas características, la Ley DIG goza de un manto especial de legitimidad en la medida en que fue el resultado de las luchas libradas por las organizaciones LGBT que la redactaron y promovieron. Además, hay que celebrar que las mismas personas que estuvieron detrás de su desarrollo y su promulgación han sentido su impacto. A continuación describo el camino que tomaron estos actores.

El camino hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género[21]

El camino hacia el reconocimiento del derecho a la identidad de género en Argentina empezó

con el regreso de la democracia en 1983, luego de siete años de una sangrienta dictadura militar. La represión militar tuvo consecuencias devastadoras para los derechos humanos y el respeto de las instituciones democráticas. El período posterior a la dictadura se caracterizó por la aparición de fuertes expectativas sociales, especialmente entre los sectores que buscaban fortalecer la agencia ciudadana a través del reconocimiento de los derechos que hasta entonces les habían sido negados.

Durante los primeros años del regreso a la democracia, el gobierno constitucional buscó restablecer las instituciones democráticas. Esta era una tarea urgente e ineludible, sobre todo porque el nuevo Gobierno de Argentina había heredado un aparato de seguridad represivo que no solo había torturado y desaparecido a cientos de ciudadanos, sino que también había mostrado un nulo respeto por las libertades civiles. En ese contexto, el Gobierno entendió que era fundamental fortalecer el respeto por la libertad personal[22]. La apertura democrática subsecuente incluyó una liberalización general de las prácticas y discursos sexuales. La creciente legitimidad del discurso de los derechos humanos ayudó en este sentido e hizo que un número cada vez mayor de personas empezara a ver la diversidad sexual con mejores ojos. Una autora señaló:

> Se ampliaron las posibilidades para postular como cuestiones susceptibles de discusión política experiencias relacionadas con la intimidad, el cuerpo, el género y la sexualidad. Es decir, se modificaron algunas condiciones que inciden sobre los procesos sociales de visibilidad e invisibilidad de la diversidad sexual y de sus sujetos y sujetas. (Moreno 2008, 227)

Gracias a este nuevo escenario, tanto las demandas como las formas de comunicación de las organizaciones LGBT pudieron expandirse y diversificarse. Paradójicamente, a pesar de la liberalización de los discursos y las prácticas sexuales, las personas LGBT siguieron siendo estigmatizadas, discriminadas y excluidas de algunos servicios básicos (el matrimonio, la adopción, el cambio de nombre en el certificado de nacimiento y en los registros personales de identificación, las cirugías de reasignación de sexo, etc.). Las personas con sexualidades diversas también fueron criminalizadas: muchas de ellas fueron detenidas por las fuerzas de seguridad para verificar su identidad y acusadas de delitos menores o faltas. Este tipo de represión reflejaba que aún bajo un gobierno democrático el aparato represivo de la dictadura seguía gozando de buena salud. En Argentina se utilizaron normativas como los edictos policiales y los códigos penales para legitimar la violencia estatal contra los homosexuales y travestis, que pretendía "limpiar" la sociedad de las "patologías sociales" que "encarnaban" las personas sexualmente diversas.

En un entorno en el que se restringían o negaban derechos, las organizaciones LGBT comprendieron desde el principio que necesitaban unirse a otros grupos sociales e impulsar sus reclamos conjuntamente. En consecuencia, se gestan compromisos políticos, teóricos y experienciales con muchos frentes distintos: feministas, agrupaciones de mujeres, de *gays*, de lesbianas, travestis y transexuales, de derechos humanos, profesionales, integrantes de partidos políticos, sindicatos, artistas, periodistas, intelectuales, agrupaciones de estudiantes universitarios y víctimas de la represión policial (Bellucci 2010, 2014; Bellucci y Palmeiro 2013). A pesar de que sus tradiciones históricas y sus

experiencias eran diferentes, los grupos activistas feministas y LGBT formaron coaliciones y alianzas. El adversario común era el régimen heteronormativo y la necesidad de sacudir los pilares de la política sexual hegemónica centrada en la identificación entre sexualidad y reproducción. Los objetivos comunes consistían en lograr la libertad sexual, la libre opción sexual, el derecho a decidir sobre los cuerpos, el derecho al aborto libre. El feminismo proporcionó un marco de apoyo y una voz común. Al final, estos grupos sociales ayudaron a articular las demandas de diversas minorías sexuales en medio de una estrategia común que buscaba consolidar el proceso de democratización de la sociedad argentina. En ese proceso los derechos humanos jugaron un papel protagónico.

Durante la década de los noventa se movilizaron todo tipo de recursos (económicos, emocionales, jurídicos, médicos, etc.) para enfrentar la epidemia del VIH (virus de inmunodeficiencia humana). Esta circunstancia centró la atención pública sobre un tema directamente relacionado con la sexualidad humana (Sívori 2008). La necesidad de controlar la epidemia fue ampliamente aceptada tanto en términos políticos como sociales, lo que aumentó la visibilidad pública de la homosexualidad. Travestis y transexuales también se movilizaron e hicieron oír sus demandas[23]. El movimiento trans colectivizó sus preocupaciones, las transformó en lucha e incluyó el concepto de identidad de género en el lenguaje de sus reclamos. Inicialmente, las relaciones entre las organizaciones de travestis y transexuales y las asociaciones de *gays* no fueron pacíficas, aun a pesar de que las primeras nacen de la mano de las segundas[24]; pero el hecho de tener dos adversarios comunes, la policía y la Iglesia católica, contribuyó a generar puntos de encuentro entre los distintos grupos LGBT.

En el camino hacia la aceptación social de los derechos de las personas LGBT se destacan varios hitos. El primero de ellos fue la reforma constitucional argentina de 1994, que otorgó rango constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y reconoció los derechos de los grupos minoritarios. Estos cambios consolidaron los argumentos que justifican la protección de los grupos menos favorecidos[25]. Dos años más tarde, la promulgación de la primera Constitución de la Ciudad de Buenos Aires abrió la discusión pública sobre los derechos de las minorías sexuales porque prohibió la discriminación basada en la orientación sexual, momento crucial y de avanzada en materia de derecho a la igualdad y no discriminación. El tercer momento estuvo marcado por la aparición de las marchas del orgullo, que incluyeron de forma gradual a lesbianas, bisexuales, travestis, transexuales y personas transgénero. A través de las marchas del orgullo, el movimiento LGBT empezó a ganar una gran visibilidad pública[26]. Quienes organizaban las marchas pudieron combinar la celebración de la diversidad con la protesta y la denuncia de la violencia y la discriminación que enfrentan las personas LGBT[27]. Otro momento clave que catalizó la organización y la movilización de travestis y transexuales fue la lucha contra los edictos de la policía de Buenos Aires que criminalizaban la prostitución, la homosexualidad y el hecho de vestirse de una forma que no concuerda con el género que aparece en los documentos de identidad (Sabsay 2011; Fernández 2004; Berkins 2003).

Un quinto hito en la lucha por la visibilidad y el reconocimiento jurídico y social fue el judicial a través del litigio ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los casos Comunidad

Homosexual Argentina (CHA) y Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual (ALITT) referidos al reconocimiento estatal de la personería jurídica de organizaciones no gubernamentales que trabajan en pos de la defensa de los derechos de las personas LLGBT[28]. Transcurrieron quince años entre las sentencias que se profirieron en cada caso: la primera en 1991 y la segunda en 2006. En ambos casos, la autoridad administrativa encargada de otorgarles personería jurídica a las asociaciones civiles, la Inspección General de Justicia (IGJ), rechazó las solicitudes de ambas organizaciones alegando que incumplían con el requisito de apoyo al bien común que establece el artículo 33 del Código Civil argentino. En cada caso, sus demandantes apelaron las decisiones ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la cual confirmó la posición denegatoria de la IGJ. Al final, ambos casos llegaron a la Corte Suprema, pero fueron decididos de manera diferente.

Mientras que en el primer caso la Corte Suprema confirmó las decisiones de la IGJ y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el segundo la Corte modificó su jurisprudencia y estableció que la negación del reconocimiento estatal a una organización cuyo objetivo principal es la lucha contra la discriminación de las minorías sexuales es inconstitucional y viola los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Argentina. La Corte consideró que denegar la personería jurídica a la ALITT constituía una discriminación injustificable, de tal manera que su derecho de asociación debía ser reconocido en nombre del respeto a la dignidad humana[29]. Además, la Corte reconoció de manera explícita las adversidades que enfrentan todos los días las personas LLGBT[30]. Por primera vez, la Corte se refirió a la exclusión, la marginalización y la opresión que experimentan a diario las minorías sexuales en términos que subrayan las consecuencias genocidas de los prejuicios existentes contra ellas[31].

Sin duda, la decisión de la Corte Suprema en el caso ALITT fue fundamental para organizar y promover los reclamos de protección de las personas LGBT. El clima favorable que creó esta sentencia precipitó otro logro significativo: la pensión por fallecimiento de uno de los integrantes de una pareja homosexual. Dos años después de la sentencia del caso ALITT, la Corte Suprema tenía pendiente de resolución una demanda alrededor de los derechos pensionales de las personas *gays* que había sido negada tanto en los juzgados inferiores como en la entidad administrativa correspondiente. El poder ejecutivo se involucró en el caso y le ordenó a la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses) que revirtiera su posición previa a fin de reconocer el derecho a percibir la pensión por fallecimiento al concubino homosexual[32]. En paralelo al desarrollo de los eventos detallados, las organizaciones LGBT tomaron medidas para eliminar los estereotipos y promover la valoración positiva de la diversidad sexual. Estas acciones se enmarcaron en la llamada "política de visibilidad", es decir, "un conjunto de estrategias de crítica y creación de nuevos patrones sociales de 'representación, interpretación y comunicación'" (Moreno 2008, 232). Gracias a ello, las personas trans consiguieron de manera paulatina posicionar su causa tanto dentro como fuera del movimiento de la diversidad sexual.

Antes de la aprobación de la Ley 26618, sobre Matrimonio Igualitario, en 2010, la estrategia del movimiento LGBT se centró en hacer *lobby* ante el Congreso y en presentar demandas

de protección en contra de las entidades que se negaban a casar a las parejas homosexuales[33]. Esta estrategia terminó rindiendo sus frutos con la sanción de dicha ley, la cual a su vez facilitó el camino para la obtención del reconocimiento del derecho a la identidad de género.

Al igual que con el matrimonio igualitario, la lucha por el derecho a la identidad de género se libró dentro del sistema judicial, específicamente a través de los casos de la CHA, la ALITT mencionados y en otros en los cuales se solicitaba el cambio de nombre o la realización de una cirugía de afirmación de género, o en aquellos en los que se cuestionaba la constitucionalidad de los edictos policiales. El Congreso, a través del cabildeo de sus legisladores, también fue un ámbito donde se desarrolló dicha lucha. Con un claro objetivo estratégico, las organizaciones LGBT estructuraron sus demandas alrededor de un discurso que enfatizaba el valor del derecho a la igualdad y no discriminación. Este enfoque particular resaltó la dinámica estructural detrás de la subyugación las personas menos favorecidas. Anteriormente, el centro de atención había estado principalmente en los límites a la autonomía personal, que se traducían en restricciones al derecho a contraer matrimonio, a adoptar y a someterse a procedimientos de reasignación de género. Con este cambio de estrategia en la formulación y presentación de las demandas, el movimiento LGBT confirmó que la principal razón detrás del rechazo al matrimonio entre personas del mismo sexo era el prejuicio según el cual las personas sexualmente diversas son inferiores a las personas heterosexuales, violándose de este modo el derecho a la igualdad y no discriminación.

Las demandas del movimiento también ayudaron a revelar, por un lado, la marginación extrema que experimenta la comunidad transgénero y, por otro, la forma en que la heteronormatividad y el binarismo de género son instrumentos para dicha marginalización. El movimiento argumentó que la imposición de la heterosexualidad y del binarismo de género como las únicas opciones de vida válida han sido las principales causas de la subordinación y la violencia que sufren quienes difieren de ellas, lo que incide en la precarización de sus vidas. La utilización de esta estrategia argumentativa basada en las facetas estructurales del derecho a la no discriminación permitió disputar la expansión de las fronteras de la ciudadanía y los límites de lo que el Estado y la sociedad consideran legítimo y normal.

En un plano más simbólico, también es importante resaltar que el camino que condujo al reconocimiento del derecho a la identidad de género se entrelaza y alimenta de la elaboración y fortalecimiento de una retórica de los derechos humanos como estrategia para abordar los casos de tortura, desaparición forzada y secuestro de niñes que sucedieron durante la dictadura cívico-militar[34]. Dada la gravedad de los abusos, los familiares de los desaparecidos o secuestrados y las víctimas de la represión que tuvieron que exiliarse descubrieron y aprendieron a usar el único medio disponible que encontraron para articular sus reclamos: los precarios mecanismos de protección de derecho internacional de los derechos humanos (Saldivia 2015a; Mattarollo 1999). Tal descubrimiento fue acompañado por la construcción teórico-práctica de un sistema formal, así como de un sistema discursivo de los derechos humanos, con el fin de investigar las violaciones a los derechos humanos cometidas por la dictadura y llevar a la justicia a los responsables de tales violaciones, con lo que se buscaba instaurar algún grado de institucionalidad y respeto

por el Estado de derecho. Este discurso de los derechos humanos, que fue principalmente conceptualizado y llevado a la práctica gracias al impulso del movimiento social de los derechos humanos compuesto por los familiares y víctimas de la dictadura, tuvo en Argentina un arraigo, desarrollo y aplicación práctica muy extendida, característica que aún en la actualidad constituye una importante bandera de identificación nacional[35].

Como parte de su lucha, las organizaciones de derechos humanos se concentraron en recuperar a les niñes que nacieron durante el cautiverio de sus madres y que luego fueron secuestrados por miembros del gobierno dictatorial[36]. La identidad personal de estes bebés fue borrada por completo mediante la alteración de sus nombres, sus fechas de nacimiento y su información esencial en los documentos públicos, tales como la partida de nacimiento. De hecho, el fenómeno de la apropiación de bebés evidenció la importancia que tiene para la identidad personal la supresión de los orígenes biológicos e históricos. Por esta razón, dicha supresión de la identidad personal ha sido considerada una violación a los derechos humanos, lo que implica reconocerle estatus de derecho humano fundamental a la identidad personal[37].

Este reconocimiento enfatiza la relevancia que el respeto de la identidad personal tiene para las personas. El movimiento por los derechos de las personas transgénero ha utilizado dicho respeto como la plataforma desde la cual fundamentar el derecho a la identidad de género. En este sentido, desde los inicios de su lucha comprendieron la importancia estratégica y sustantiva de definir la identidad de género a partir de la protección de los derechos humanos como se hizo con la identidad de los niños apropiados. Esta vinculación permite apartarse de definiciones de la identidad de género basadas en el discurso psiquiátrico que no respeta la decisión de las personas trans respecto de la percepción de su género. Mientras la historia de los bebés secuestrados trata sobre la identidad personal respecto de sus orígenes, cuya verdad biológica se prueba con el empleo de ciertas tecnologías, las personas trans centran su identidad personal en aquella parte referida al género, cuya verdad solo puede probarse/determinarse a través de su propia percepción.

El movimiento transgénero logró mostrar sus experiencias de vida en función de los alcances y las consecuencias que la negación de la identidad personal tiene para los seres humanos. Así, el movimiento trans incorporó este marco conceptual en sus demandas y usó su lenguaje para construir el derecho a la identidad de género. Además, el movimiento logró argumentar que el reconocimiento del derecho a la identidad de género es una condición necesaria para el disfrute de otras garantías, como los derechos a la vivienda, la salud, la educación, el acceso a la justicia, entre otros. Tras formular estratégicamente sus demandas como reclamos de derechos humanos, el movimiento LGBT logró que el público en general también fuera sensible a sus reivindicaciones puesto que el discurso de los derechos humanos ya había sido interiorizado por legisladorxs, juecxs, funcionaries públiques, académiques y activistes de derechos humanos. Además, el apoyo incondicional de las Madres y Abuelas de la Plaza de Mayo ayudó a consolidar una fuerte alianza estratégica de cooperación y reconocimiento mutuo[38].

La decisión del movimiento de hacer uso del discurso de los derechos humanos también se explica por la extrema situación de vulnerabilidad de las personas trans, que necesita

de manera urgente el acceso a condiciones materiales necesarias para disfrutar plenamente de los derechos humanos básicos. Así, el movimiento privilegió el derecho a la igualdad en su definición más robusta por sobre la autonomía personal que había sido el centro de su estrategia en el pasado. En muchos sentidos, la adopción del discurso de los derechos humanos por el movimiento LGBT fue en gran parte responsable del éxito de la sanción de las leyes de matrimonio igualitario y derecho a la identidad de género. Mientras las leyes eran discutidas y las organizaciones desplegaban sus estrategias de cabildeo, las diversas corrientes en el movimiento LGBT argentino dejaron de lado sus diferencias políticas internas, o se abstuvieron de hacerlas públicas, y, en cambio, promovieron y apoyaron la aprobación de ambas leyes. Su éxito dependió en gran medida de este enfoque[39].

El fortalecimiento del discurso de los derechos humanos en Argentina y la consolidación de un sistema global de protección de los derechos humanos han sido procesos que se retroalimentaron. Activistes, académiques, expertes, juristas, legisladorxs y autoridades públicas argentinas han aprovechado el sistema internacional de derechos humanos como una fuente de argumentación a favor de la protección de los derechos; al hacerlo, lo fueron configurando, lo nutrieron de interpretaciones cuyo origen es idiosincrático del desarrollo del discurso de los derechos humanos en Argentina. Además, la reforma constitucional del año 1994, que ha conferido estatus constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, proveyó argumentos legales para justificar la protección de los derechos humanos de grupos en situación desaventajada, entre ellos las minorías sexuales. Esta lucha revela los estrechos vínculos que existen entre el Estado (sus diversas partes y actores) y la sociedad. Sin duda, el activismo del movimiento LGBT no solo tuvo un impacto sobre el reconocimiento de sus derechos, sino que también reconfiguró al propio Estado, que, por ejemplo, como consecuencia de estos cambios, ha empezado a deshacerse de su tradicional aversión a la diversidad sexual y de género. De ese modo, el Estado puede ser entendido como un constructo moldeado por eventos históricos específicos e interacciones subjetivas que atraviesan diversas dimensiones y registros (Sieder 2011, 169-70). Claramente, esta transformación del Estado no ocurre simultáneamente en todas partes o en el mismo grado. Por el contrario, en sus prácticas internas y multifacéticas, los discursos homofóbicos y transfóbicos continúan coexistiendo con la legitimidad formal de los reclamos LGBT. No obstante, el cambio ya está ocurriendo y, gracias a la tenacidad del movimiento LGBT, parece imparable.

En la siguiente sección, exploro la participación de los países latinoamericanos en el camino hacia el reconocimiento del derecho a una identidad de género despatologizada.

La identidad de género en América Latina[40]

La experiencia argentina con respecto al reconocimiento de los derechos de las personas LGBT hace parte de un proceso social de construcción de significados constitucionales que informa e incluye a diferentes actores internacionales formales e informales. En ese proceso interactúan la sociedad civil y las estructuras nacionales e internacionales. Desde 2012, cuando entra en vigor la Ley DIG, se está difundiendo a nivel mundial el modelo que enarbola

la identidad de género despatologizante basado en la autopercepción, el cual se está replicando en otros países (Saldivia 2017). Por su pronta y cada vez más extendida aceptación del derecho a la identidad de género, América Latina merece una atención especial.

En 2015, el Gobierno colombiano expidió el Decreto 1227, que obliga a los notarios y a la Registraduría Nacional del Estado Civil a procesar las solicitudes de las personas trans que deseen cambiar el sexo designado en sus documentos de identidad por el adquirido o el deseado[41]. La regulación elimina la necesidad de presentar exámenes médicos para cambiar la identidad sexual en los documentos oficiales. El decreto fue el resultado de las repetidas reuniones que sostuvieron algunos funcionarios del Gobierno y las organizaciones de la sociedad civil que defienden los derechos de las personas trans, particularmente la Coalición Aquelarre Trans, integrada por organizaciones como el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS), Colombia Diversa, la Fundación Procrear, la Fundación Santa María, la ONG Parces, la Fundación Grupo de Acción y Apoyo a Personas Trans (GATT) y el Colectivo Entre-tránsitos[42]. Varios activistas argentinos que prepararon el proyecto que finalmente se convirtió en la Ley DIG trabajaron con el Aquelarre Trans y Colombia Diversa en la discusión y redacción de las versiones iniciales del decreto[43].

Varios meses antes, la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México había aprobado (con 42 votos a favor, ninguno en contra y seis abstenciones) una ley que eliminaba los procesos judiciales para las personas que deseaban un cambio de identidad de género. Este requisito legal fue sustituido por un simple procedimiento administrativo ante la oficina de registro civil. La ley reformó y enmendó numerosos artículos del Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México con el objetivo de garantizar el "reconocimiento del derecho de todas las personas a la identidad de género a través de un procedimiento administrativo ante el Registro Civil de la Ciudad de México"[44]. Varias agencias estatales, entre ellas el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) de la Ciudad de México, y organizaciones de la sociedad civil que defienden los derechos de las personas trans, en particular la Coalición T47, trabajaron en conjunto para lograr la aprobación de la ley.

La reciente experiencia chilena merece una mención especial. El proyecto de ley que buscaba reconocer y proteger el derecho a la identidad de género[45] fue presentado ante el Congreso en mayo de 2013[46]. En un primer momento, la Comisión de Derechos Humanos del Senado aprobó el proyecto y lo envió a la Comisión de Constitución. Poco después, el proyecto fue entregado a la Corte Suprema para que rindiera su concepto. Esta consideró que la aprobación del proyecto era superflua si, al mismo tiempo y en consonancia con la definición de identidad de género (una "experiencia interna y personal del género que coincide con lo que cada persona piensa acerca de sí misma"), les impedía a los jueces solicitar exámenes médicos o sicológicos o la opinión de un experto. Esto se debía precisamente a que el factor determinante para tramitar la solicitud era la experiencia íntima del peticionario[47]. En consecuencia, la Corte Suprema decidió que era preferible que el registro civil recibiera y aprobara las solicitudes[48]. Sin embargo, en un movimiento sorpresivo, el Senado aprobó con 12 votos a favor y 7 en contra un proyecto de ley que estableció que la evaluación médica

es un requisito administrativo necesario para conceder el cambio de identidad de género. Con ello, se incluyó un requisito que no solo no es coherente con el disciplinamiento del género, sino que viola el núcleo del modelo de la autopercepción del género[49]. A pesar de este revés, Chile le está abriendo camino a la prohibición de las cirugías de asignación de género a bebés intersexuales[50]. La Subsecretaría de Salud Pública del Ministerio de Salud publicó el 22 de diciembre de 2015 la Circular 18, por medio de la cual "Instruye sobre ciertos aspectos de la atención de salud a niños y niñas intersex". En ella, les ordena a los centros médicos de todo Chile que "detengan los tratamientos innecesarios de 'normalización' de niños y niñas intersex, incluyendo cirugías genitales irreversibles hasta que tengan edad suficiente para decidir sobre sus cuerpos". La circular también establece que los servicios de salud deben crear mesas de trabajo de expertos y que deben seguir "los conductos regulares que se llevan a cabo el día de hoy para tomar la decisión sobre el sexo registral".

En 2016, Bolivia se sumó a la tendencia latinoamericana a favor del reconocimiento del derecho a la identidad de género. La Asamblea Legislativa aprobó la Ley 807, de Identidad de Género, que les permite a las personas transexuales y transgénero de 18 años o más cambiar su nombre y género en sus documentos personales. Cabe recordar que varios años antes de estas experiencias, las últimas reformas constitucionales de Ecuador y Bolivia habían reconocido el derecho a la no discriminación por razones de identidad de género[51].

El carácter democrático del reconocimiento de los derechos LGBT

En Argentina, el reconocimiento de los derechos de las minorías sexuales fue el resultado de un proceso democrático que supuso intensas y complejas deliberaciones. En él tuvieron oportunidad de expresar su postura les actorxs más diverses, entre les que cabe contar no solo a quienes impulsaron tal reconocimiento, sino también a sus detractorxs, como es el caso de la Iglesia católica. Esta historia es parte de un proceso social de formación de significados constitucionales que tienen su origen en la lucha entablada en pos del reconocimiento de los derechos civiles y sociales que entabló de forma asertiva el movimiento social LGBT. El diálogo que se genera transcurre y florece entre las diversas instituciones estatales, élites, medios de comunicación, movimientos sociales, religiosos y otros sectores movilizados de la sociedad civil como son las organizaciones estudiantiles y gremiales. Esta conversación confluye en la ampliación del alcance de la protección de la cláusula constitucional de igualdad incluyendo en su protección formal a quienes no habían sido tenidos en cuenta hasta entonces, y ampliando además su protección respecto de las causas estructurales responsables de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la minoría LGBT.

El proceso de integración de significado de la Constitución argentina en el caso del reconocimiento de los derechos de las personas LGBT fue especialmente dinámico dadas las diversas clases de interacciones entre la sociedad civil y las estructuras estatales. A este tipo de procesos Seyla Benhabib los llama 'iteraciones democráticas'; ellas consisten en

> Procesos complejos de argumentación, deliberación, e intercambio público a través de los cuales se cuestionan y contextualizan, invocan y revocan, afirman y posicionan reivindicaciones y principios de derecho universalistas, tanto en las instituciones legales y políticas como en las asociaciones de la sociedad civil. Estos pueden darse en los cuerpos públicos 'fuertes' de las legislaturas, el sistema judicial y el ejecutivo, así como en los entes públicos 'débiles' de asociaciones de la sociedad civil y los medios. (2005, 130)[52]

Esta deliberación democrática se conforma a través de múltiples interacciones y de un proceso público y permanente *(ongoing)* de entendimiento, de creativa apropiación, reapropiación y transformación de ideas y significados que se realizan a través de la argumentación, la contestación, la revisión y el rechazo. Estos procesos son complejos y esencialmente culturales.

La participación del movimiento social LGBT merece atención especial. Este actor clave impulsó el proceso de reconocimiento del derecho a la identidad de género al exponer y visibilizar la falta de acceso a sus derechos a lo largo de su historia. De ese modo, cuestionó el *statu quo* jurídico y social basado en normas de carácter universal que las subordina para así proponer derechos más contextualizados y receptivos de las demandas de las minorías sexuales.

Tal como mencioné en el punto anterior, durante dos décadas en Argentina han sido muchas y variadas las instancias de discusión y participación que han conformado esta narrativa democrática. Quizás el factor más relevante en esta narrativa deliberativa han sido las marchas, la organización del movimiento, la lucha real por la visibilidad 'en la calle', ya que son el primer paso que lleva luego a la visibilidad 'en las leyes'. Otro gran debate surgió debido a las diferencias de opinión entre el ejecutivo y la Corte Suprema. Este intercambio y disputa de posiciones tuvo lugar en repetidas ocasiones: con la denegación de la personería jurídica a las asociaciones LGBT por parte de la Inspección General de Justicia; con el cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema en los casos "CHA" y "ALITT"; con el litigio de interés público alentado por las organizaciones LGBT en favor del derecho a la salud y la protección para los pacientes con VIH/sida (síndrome de inmunodeficiencia adquirida); con la aprobación del artículo 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que prohibió explícitamente la discriminación basada en la orientación sexual (1996); con la derogación de los edictos policiales en Buenos Aires (1998); con el reconocimiento de la Ciudad de Buenos Aires a las uniones civiles (2006); con la intervención del poder ejecutivo a través de la ANSES para reconocer el derecho a la pensión de sobreviviente de las parejas homosexuales; con las solicitudes de protección presentadas ante el sistema de justicia argentino (y que resolvió en última instancia la Corte Suprema) después de que algunos funcionarios se negaron a casar a las parejas del mismo sexo; con la participación quizás tardía del poder legislativo en este proceso de iteración democrática, cabildeo y activismo que inició el movimiento LGBT; con las solicitudes de cambio de nombre y sexo presentadas al sistema de justicia; con la resistencia del clero y los sectores conservadores de la sociedad; con las opiniones de profesores y expertos en la materia dirigidas a los medios de comunicación y las audiencias públicas del Congreso; con los *amici curiae* presentados ante la Corte Suprema; y muchas otras discusiones y

confrontaciones alrededor de las ideas sobre el alcance de la protección de los derechos LGBT.

Otro ámbito de influencia que tuvo y aún tiene protagonismo relevante en el proceso de iteración democrática aquí relatado es el internacional, en particular en el aspecto relativo a su interacción con el ámbito nacional. Tanto declaraciones, resoluciones, como decisiones de órganos del sistema internacional y regional de derechos humanos, han sido clave en la configuración de un diálogo transnacional que juega un papel central en el reconocimiento de los derechos de las personas LGBT[53]. La reforma de la Constitución argentina de 1994 creó las condiciones propicias para ello al reconocerles jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y al incorporar nuevos derechos en su texto. Además, como se mencionó, después de la aprobación de la Ley DIG comenzó a surgir otra capa más en tales intercambios y diálogos que conduce a que otras naciones repliquen el modelo argentino.

El contenido de estas iteraciones ha sido bastante variado; en ellas se encuentran todo tipo de narrativas o significantes sociales que provienen de quienes están a favor (o en contra) del reconocimiento de las personas LGBT como ciudadanas plenas. Una característica principal de las iteraciones democráticas es que pueden transformar las ideas que hasta un momento dado eran dominantes, alterando los puntos de vista que se consideraban válidos y habilitando la entrada en el espacio público de ideas que hasta entonces fueron excluidas y despreciadas. Por ello, este proceso tiene implicancias enriquecedoras para generar un cambio social a través del intento de manipular elementos de la ideología dominante para transformar la experiencia de la dominación que aquejaba a estos grupos desfavorecidos (Crenshaw 2006). A pesar de que reflejan la ideología dominante, los derechos son recursos para la acción política que pueden ser reinterpretados y acomodados para incluir a grupos subordinados.

Reflexiones finales

La experiencia argentina demuestra que es posible concebir un modelo de identidad de género que sea respetuoso de los derechos de las personas transgénero. Es cierto que, más allá del optimismo creado por el creciente reconocimiento jurídico de un modelo de sexualidad basado en la percepción personal, debe recordarse que este reconocimiento todavía se encuentra un paso más adelantado que el entendimiento que la sociedad tiene sobre la identidad de género, todavía predominantemente binario y estático. Por tanto, a pesar de que la aprobación de iniciativas jurídicas como la Ley DIG y otras similares en América Latina sin duda significan un cambio simbólico colosal (ya que sirven para promover y exigir el reconocimiento efectivo de la visibilidad legal y política obtenida por las personas trans durante las últimas dos décadas, generan condiciones más propicias para su aceptación social, y brindan herramientas para hacer frente y transformar la violencia y discriminación contra las minorías LGBT), su mera existencia no elimina de inmediato la violencia y la exclusión social que siguen aquejando a este grupo de personas. Por este motivo, los esfuerzos de las personas e instituciones interesadas no deben apuntar únicamente hacia la incorporación de un paradigma despatologizado del género y la sexualidad; también deben desafiar la realidad de la exclusión, como lo hace el carácter inclusivo de este paradigma.

Notas

1. Este trabajo fue escrito en los últimos meses del año 2017. Desde entonces han ocurrido muchos desarrollos en materia de identidad de género que no están incluidos en este trabajo. A nivel local, tuvieron lugar discusiones e iniciativas sobre reparación, cupo trans, proyectos de ley sobre prohibición de mutilaciones a personas intersex, ampliación de la cobertura de tratamientos médicos gratuitos, lenguaje inclusivo en colegios y universidades, condena penal por travesticidio, reconocimiento en documentos de identidad de identidades de género distintas al binario, entre otras. A nivel regional caben mencionar los casos de niñez trans en Ecuador, Colombia y México; la aprobación de la ley chilena (que aunque sigue patologizando y no reconoce la niñez trans, significó un avance para lo que había antes y por el impacto social y visibilización del tema que generó); decisiones del tribunal superior de Brasil, etc. También en el ámbito del Sistema Interamericano es fundamental la Opinión Consultiva 24/17 sobre "Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del mismo Sexo", emitida cuando este trabajo ya había sido entregado. Es importante mencionar que mientras golpeo las teclas de mi teclado, en este ámbito la Corte IDH está discutiendo el caso Pavez (maestra de religión en Chile a la cual que echaron de su trabajo de más de veinte años cuando la curia se enteró de que era lesbiana y que vivía con otra mujer), el cual será fundamental respecto de la protección de los derechos de las personas LGBT. Todos estos desarrollos demuestran que el punto del trabajo sobre lo que está ocurriendo en materia de migraciones jurídicas del derecho a la identidad ha sido acertado.
2. Argentina fue el duodécimo país del mundo en aprobar una ley sobre el matrimonio igualitario (Ley DIG 26618).
3. En 2012, el Decreto 1007/2012 incluyó a las personas en situación de migración en el alcance de la Ley DIG. Además, en 2015 el Decreto 903/2015 estableció que el artículo 11 de la Ley DIG incluye la provisión gratuita de todas las cirugías parciales o totales necesarias para lograr los cambios de género deseados.
4. La comunidad LGBT podría considerarse como un movimiento social de acuerdo con las características que identifica Charles Tilly, quien sostiene:

   > A la vista de su desarrollo en Occidente desde 1750, el movimiento social fue el resultado de la síntesis innovadora y trascendental de tres elementos:
   >
   > 1) Un esfuerzo público, organizado y sostenido por trasladar a las autoridades pertinentes las reivindicaciones colectivas (lo denominaremos *campaña*).
   > 2) El uso combinado de algunas de las siguientes formas de acción política: creación de coaliciones y asociaciones con un fin específico, reuniones públicas, procesiones solemnes, vigilias, mítines, manifestaciones, peticiones, declaraciones a y en los medios públicos, y propaganda (denominaremos a este conjunto variable de actuaciones *repertorio del movimiento social*).
   > 3) Manifestaciones públicas y concertadas de VUNCC de los participantes: valor, unidad, número y compromiso, tanto de los actores como de su circunscripción (lo denominaremos *demostraciones de VUNC*). (2010, 21-22; el original en inglés: 2004, 3-4)

Algunas de las organizaciones que integran el movimiento son la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), Futuro Transgenérico, Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL), Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual (ALITT) y la Asociación Travestis, Transexuales y Trans Argentina (ATTTA).

5. Desde la década de los noventa, el término "transgénero" o "trans" se utiliza para designar a las personas cuyas identidades, prácticas o creencias con respecto al sexo/género no se ajustan a las expectativas sociales tradicionales con respecto al sexo asignado o designado al nacer. En un sentido amplio e inclusivo, el movimiento que promueve los derechos de las personas trans utiliza estos términos estratégicamente, ya que también se emplean para nombrar la opresión y la exclusión que experimentan muchas personas que son marginadas por las construcciones binarias alrededor del sexo/género. Véase Currah (2006, 3-7).
6. En este capítulo utilizo el género masculino cuando, dadas las circunstancias histórico-políticas relativas a la exclusión de las mujeres y otros géneros, ha sido dicho género el responsable del modelo patologizador que aquí se cuestiona. En el resto del texto, para dar mayor visibilidad a la diversidad de géneros, empleo la *e* y la *x* (cuando el sustantivo termine en *e*) como forma de abreviar la mención a la multiplicidad de géneros existentes, no solo del binario varón/mujer. Esta fórmula debe leerse también como inclusiva de las personas que no se identifican con ningún género específico. No debe entenderse como una simplificación de ellos.
7. Gracias a la Ley DIG, más de 10.000 personas trans cambiaron su nombre en su DNI. Télam, 9 de mayo de 2016. http://www.telam.com.ar/notas/201505/104349-identidad-de-genero-trans.html. (Consultado el 7 de agosto de 2017).
8. Artículos 1.°, 2.°, 3.° y 11.
9. Artículo 11.
10. Artículo 5.°. Para un análisis sobre la primera aplicación de esta cláusula, que surgió en el caso de una niña trans de seis años, véase Saldivia (2016).
11. Artículo 11.
12. El artículo 11 de la Ley DIG fue reglamentado por el Decreto Reglamentario 903/2015. Según su artículo 1.°, "se entiende por intervenciones quirúrgicas totales y parciales a las cirugías que ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida. Las mismas comprenden: mastoplastia de aumento, mastectomía, gluteoplastia de aumento, orquiectomía, penectomía, vaginoplastia, clitoroplastia, vulvoplastia, anexohisterectomía, vaginectomía, metoidioplastia, escrotoplastia y faloplastia con prótesis peneana, resultando la presente enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo. Se entiende por tratamientos hormonales integrales a aquellos que tienen por finalidad cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal, promoviendo que la imagen se adecue al género autopercibido".
13. Específicamente, el artículo 2.° de la Ley DIG acoge textualmente la definición de identidad de género del preámbulo de los Principios.
14. Diversos autores destacan el importante papel que juegan los movimientos sociales internacionales y locales, así como los directores y el personal de las ONG, en la conceptualización de los derechos humanos LGBT,

su institucionalización y su adaptación en diferentes contextos. Véanse Thoreson 2014; Levitt y Merry 2009.

15. Según Klabbers (1996, 167), el término *soft law* hace referencia a una "amplia zona gris llena de aquellos documentos e instrumentos que no son claramente derecho, pero tampoco jurídicamente insignificantes".
16. Tomo la distinción entre los lugares de producción normativa y de recepción de López Medina (2009). Véase también López Medina (2005).
17. Las referencias al Norte y al Sur no son necesariamente geográficas, sino que designan la distribución desigual del poder político, económico, militar y cultural entre los países del mundo. Para una crítica de la dinámica centro-periferia con respecto al derecho académico y las clínicas jurídicas, véase Bonilla (2013).
18. Véase Saldivia 2017, capítulo 6.
19. Algunos estudios importantes sobre las migraciones jurídicas y los intercambios son Merry (2006), Dezalay y Garth (2012) y Ansolabehere (2014).
20. En cuanto a las tensiones inherentes a la noción constitucional de autogobierno y las reivindicaciones de autoridad por parte del derecho internacional, véase Choudhry (2011).
21. Esta sección se basa en Saldivia (2015b).
22. En varios casos resueltos por la Corte Suprema durante los primeros años de la época democrática, los ministros basaron sus decisiones en el contexto político e histórico especial que rodeaba la transición a la democracia. De ese modo, encontraron que el principio de autonomía es un pilar fundamental sobre el que se puede construir una democracia respetuosa de los derechos humanos. Algunos casos paradigmáticos son "Fiorentino" (Fallos 306, 1752 [1984]), sobre la inconstitucionalidad del ingreso forzado a una vivienda por parte de la policía, que, en última instancia, viola la privacidad y los límites a la libertad de expresión; "Sejean" (Fallos 1986, 308, 2268), sobre la inconstitucionalidad de la prohibición del divorcio absoluto; "Portillo" (Fallos 1989, 312, 496), sobre la objeción de conciencia como una forma legítima para rechazar el servicio militar obligatorio; y "Bazterrica" (Fallos 1986, 308, 1392), sobre la inconstitucionalidad de tipificar como delito la posesión de drogas para consumo personal.
23. El primer grupo de personas travestis fue la Asociación de Travestis Argentinos (ATA), que se organizó en 1991. Poco tiempo después, debido a las diferencias internas en torno a la aceptación o el rechazo de la prostitución, la ATA se dividió en dos organizaciones: Organización de Travestis y Transexuales de la República Argentina (OTTRA) y la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual (ALITT).
24. Véanse Berkins (2003) y Fernández (2004). Les tomó tiempo a las personas *gays* y lesbofeministas reconocer plenamente el movimiento travesti y transexual. Durante ese período tuvieron que superar su repudio al travestismo.
25. El alcance de esta reforma se aprecia en el hecho de que les juecxs deciden después de considerar tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución como las decisiones de los organismos internacionales encargados de interpretar y aplicar esos instrumentos. Véanse, entre otras, las siguientes decisiones de la Corte Suprema: "Giroldi" (Fallos 1995, 319, 514) y "Espósito" (Fallos 2004, 327, 5668). La Corte confirmó esta jurisprudencia

de cara a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Bramajo" (Fallos 1996, 319, 1840) y "Romero Cacharane" (Fallos 2004, 327, 388). Del mismo modo, la Corte Suprema reconoció que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituye un modelo hermenéutico válido para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes casos: "Viaña" (Fallos 1995, 318, 2348), "Nardelli" (Fallos 1995, 319, 2557) y "Llerena" (Fallos 2005, 328, 1491). En un caso reciente, la mayoría de los ministros de la Corte Suprema estableció que los Estados están obligados en todas las circunstancias a implementar los informes del "artículo 51" de la Comisión Interamericana, y que Argentina está obligada a no escatimar esfuerzos en la implementación de las recomendaciones de la Comisión (Fallo CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo vs. el Estado Nacional", 6 de agosto de 2013).

26. La Octava Marcha del Orgullo GLTT y B de 1999 fue un caso emblemático en este sentido.
27. Para una descripción detallada de su contenido y sus dinámicas, véase Carlos Fígari, Daniel Jones, Micaela Libson, Hernán Manzelli, Flavio Rapisardi y Horacio Sívori "Sociabilidad, política, violencia y derechos. La Marcha del Orgullo GLTTB de Buenos Aires 2004. Primera Encuesta". Este trabajo fue apoyado por el Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG) Área Queer–Laboratorio de Políticas Públicas (LPP) y el Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM). El siguiente trabajo también ofrece resultados interesantes: Tomás Iosa, Hugo H. Rabbia, María Candelaria Sgró Ruata, José Manuel Morán Faúndes y Juan Marco Vaggione, "Política, sexualidades y derechos. Primera Encuesta Marcha del Orgullo y la Diversidad", Córdoba (Argentina) 2010.
28. CHA (CSJN Fallos 314: 1531 [1991]) y ALITT (CSJN Fallos 329: 5266 [2006]).
29. ALITT, parágrafo 11.
30. La Corte Suprema reconoció que las minorías sexuales

    > No solo sufren discriminación social, sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo. (*Ibid*., parágrafo 17)

31. ALITT, parágrafo 16.
32. La Resolución 671/2008 indica que los convivientes del mismo sexo tienen derecho a una pensión por el fallecimiento del jubilado, por su jubilación por invalidez o si están afiliados al régimen público de seguridad social o al plan de pensiones.
33. Para una reconstrucción de los pasos que llevaron a la aprobación de la ley de Matrimonio Igualitario, véase Hiller (2010).
34. Para más información sobre la relación entre los militares y otros sectores de la sociedad argentina, véase Verbitsky y Bohoslavsky (2013).
35. Las prácticas de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep) y los

juicios y sentencias contra la junta militar de la dictadura son ejemplo de ello.

36. Se estima que 500 niños desaparecieron de esta manera. Para agosto de 2017, 122 personas han recuperado su identidad. Véase www.abuelas.org.ar/noticia/bienvenido-a-la-verdad-nieto-799. (Consultado el 22 de septiembre de 2017).
37. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado la importancia de este derecho. En primer lugar, "como un conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad". En segundo lugar, como "uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales". En tercer lugar, "la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales". "Gelman vs. Uruguay", 24 febrero de 2011, parágrafos 122 y 123.
38. Véase Cristian Alarcón, "Un jueves diferente en la Plaza", *Página 12*, 6 de diciembre de 1998. www.pagina12.com.ar/1998/98-06/98-06-12/pag15.htm. (Consultado el 7 de agosto de 2017).
39. En el movimiento LGBT argentino existen profundos desacuerdos sobre asuntos instrumentales, normativos y expresivos. Según Mario Pecheny:

    > Independientemente de los conflictos ideológicos y estratégicos, dentro de los movimientos sociales que abogan por las minorías sexuales existen desacuerdos sustanciales alrededor de ciertos compromisos ético-normativa y expresivos. Estos desacuerdos a menudo explican las interacciones conflictivas que ocurren bajo la apariencia del disenso en el plano estratégico. (Pecheny 2010, 288)

40. Véase la nota al inicio de este trabajo.
41. Decreto 1227, junio de 2015.
42. Los sectores conservadores colombianos, que tienen fuertes lazos con la Iglesia católica, se opusieron a la nueva regulación. En los meses posteriores a la aprobación del decreto, estos sectores solicitaron la nulidad de todas las declaraciones a favor de los derechos LGBTI, como el Decreto 1227, la sentencia T-478 de 2015 de la Corte Constitucional colombiana (que estudió la discriminación que vivió Sergio Urrego en su colegio debido a su orientación sexual y su identidad de género) y la sentencia de la Corte Constitucional que reconoció el derecho a adoptar de las personas LGBT. Véase "Mi sexo, mi cédula, yo decido", diario *El Espectador*, 30 de octubre de 2015. www.elespectador.com/noticias/bogota/mi-sexo-mi-cedula-yo-decido-articulo-596196. (Consultado el 7 de agosto de 2017).
43. Según AboSex: https://abosex.wordpress.com/2015/06/30/colombia-despatologiza-y-desjudicializa-el-reconocimiento-de-la-identidad-de-genero/. (Consultado el 7 de agosto de 2017).
44. Aprobado por la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México, noviembre de 2014.
45. Boletín 8924-07.
46. El proyecto se convirtió en la ley de identidad de género para mayores de 14 años. Mi crítica es que más allá de que en Chile fue bastante celebrada, es una ley patologizante y que no reconoce la niñez trans.

47. De acuerdo con el punto 12a) del Informe sobre el Proyecto de Ley 46-2015 de la Corte Suprema de Chile.
48. *Ibid*.
49. El progreso del proyecto de ley se puede consultar en www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx prmID?=9331yprmBL=8924-07. Consultado el 7 de agosto de 2017. Para una síntesis del proceso de la Ley de Identidad de Género chilena, véase www.iguales.cl/incidencia-politica/ley-de-identidad-de-genero/. (Consultado el 7 de agosto de 2017).
50. Véase Morgan Carpenter, "Chilean Ministry of Health issues instructions stopping 'normalizing' interventions on intersex children", Intersex Human Rights Australia, 11 de enero de 2016. https://ihra.org.au/30250/chilean-ministry-stops-normalising/. (Consultado el 13 de febrero de 2021).
51. Constitución del Ecuador, artículo 14.II, y Constitución de Bolivia, artículo 11.
52. Benhabib recoge el concepto de "política jurisgenerativa" de Robert Cover, que

    > Hace referencia a las acciones iterativas a través de las cuales un pueblo democrático que se considera sujeto a determinadas normas y principios rectores los readapta y reinterpreta de tal manera que demuestra que no solo está sometido a las leyes, sino que las crea. (Cover, 1983, 131).

53. Seyla Benhabib recurre en *El derecho de los otros* (p. 130) a la idea de política jurisgenerativa de Robert Cover la cual "hace referencia a actos iterativos a través de los cuales un pueblo democrático que se considera sujeto a ciertas normas y principios rectores se reapropia y reinterpreta los mismos, mostrándose así no solo como el sujeto sino también el autor de las leyes", 131.

    Véase Saldivia Menajovsky (2017), capítulo 6. Levitt y Merry (2009) llamaron "vernaculación" al proceso de apropiación y adopción local de ideas y estrategias creadas en el extranjero. En su estudio analizan cómo se introducen las ideas globales sobre los derechos de las mujeres en los contextos locales y cuál es la respuesta local.

Referencias

Ansolabehere, Karina 2014. Difusores y justicieros. Las instituciones judiciales en la política de derechos humanos. *Perfiles Latinoamericanos* 22(44): 143-69.

Bellucci, Mabel, 2010. *Orgullo. Carlos Jáuregui, una biografía política*. Buenos Aires: Emecé.

Bellucci, Mabel. 2014. *Historia de una desobediencia. aborto y feminismo*. Buenos Aires: Capital Intelectual.

Bellucci, Mabel y Cecilia Palmeiro, 2013. Lo queer en las pampas criollas, argentinas y vernáculas. En *La diferencia desquiciada. Géneros y diversidades sexuales*, eds. Ana María Fernandez y Wiliam Siqueira Peres, 43-74. Buenos Aires: Editorial Biblios.

Benhabib, Seyla. 2005. *Los derechos de los otros*, Barcelona: Editorial Gedisa.

Berkins, Lohana, coord. 2007. *Cumbia, copeteo y lágrimas. Informe nacional sobre la situación de las travestis, transexuales y transgénero*. Buenos Aires: ALITT.

Berkins, Lohana. 2003. Un itinerario político del travestismo. En *Sexualidades migrantes. género y transgénero*, ed. Diana Maffía, 127-37. Buenos Aires: Feminaria Editora.

Bonilla, Daniel. 2013. Legal clinics in the global north and south: Between equality and subordination. An essay. En *Violencia, legitimidad y orden público, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2012*, 310-46. Buenos Aires: Libraria.

Choudhry, Sujit, ed. 2011. *The migration of constitutional ideas*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.

Cover, Robert. 1983. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and narrative. Faculty Scholarship Series. Artículo 2705. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705. (Consultado el 7 de Agosto de 2017). .

Crenshaw Kimberlé. 2006. Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación. En *Crítica jurídica*, eds. Mauricio García Villegas, Isabel Cristina Jaramillo y Esteban Restrepo Saldarriaga, 97-123. Bogotá: Uniandes.

Currah, Paisley. 2006. Gender pluralisms under the transgender umbrella. En *Transgendered rights*, eds. Paisley Currah, Richard M. Juang y Shannon Price Minter, 3-7. Minneapolis: University of Minnesota Press.

Dezalay, Yves y Bryant Garth (eds.). 2012. *Lawyers and the construction of transnational justice law, development and globalization*. Londres y Nueva York: Routledge.

Fernández, Josefina. 2004. *Cuerpos desobedientes. Travestismo e identidad de género*. Buenos Aires: Edhasa.

Hiller, Renata. 2010. Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina. En *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, coords. Martín Aldao y Laura Clérico, 85-130. Buenos Aires: Eudeba.

Klabbers, Jan. 1996. The redundancy of soft law. *Nordic Journal of International Law* 65: 167-82.

Levitt, Peggy y Sally Merry. 2009. Vernacularization on the ground: Local uses of global women's rights in Peru, China, India, and the United States. *Global Networks* 9(4): 441-61.

López, Diego. 2005. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, 3.ª edición. Bogotá: Legis.

López, Diego. 2009. ¿Por qué hablar de una 'teoría impura del derecho' para América Latina? En *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, eds. Daniel Bonilla Maldonado, 37-90. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.

Mattarollo, Rodolfo. 1999. Aportes de la lucha contra el terrorismo de Estado al Derecho. Written for the international seminar CELS. 20 años de historia, 25. www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/1999/12/MVJ-Las-estrategias-durante-la-dictadura-y-los-desafios-desde-la-transicion-hasta-el-presente.pdf. (Consultado el 16 de septiembre de 2017).

Merry, Sally. 2006. *Human rights and gender violence: Translating international law into local justice* (Chicago Series in Law and Society). Chicago: The University of Chicago Press.

Moreno, Aluminé. 2008. La invisibilidad como injusticia. Estrategias del movimiento de la diversidad sexual. En *Todo sexo es político. Estudios sobre sexualidades en Argentina*, Mario Pecheny, Carlos Figari y Daniel Jones, 217-40. Buenos Aires: Libros del Zorzal.

Pecheny, Mario. 2010. The rationale of collective action within sexual-rights movements: An abstract analysis of very concrete experiences. En *The politics of sexuality in Latin America: A reader on lesbian, gay, bisexual, and transgender rights*, eds. Javier Corrales y Mario Pechenym, 283-89. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Sabsay, Leticia. 2011. *Fronteras sexuales. espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Saldivia, Laura. 2015a. Abogados/as que resistieron: Una forma transformadora de ejercer el derecho. En *¿Usted también doctor? Complicidad de funcionarios judiciales y abogados durante la dictadura*, ed. Juan Pablo Bohovslavsky, 268-88. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Saldivia, Laura, 2015b. Contexto y originalidad del derecho a la identidad de género en Argentina. En *SELA 2014: 20 años del SELA. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, 253-87. Buenos Aires: Libraria.

Saldivia, Laura. 2016. El reconocimiento del derecho a la identidad de Luana. En *Niñez trans. Experiencia de reconocimiento y derecho a la identidad*, ed. Valeria Pavan, 77-87. Editorial Universidad Nacional de General Sarmiento.

Saldivia, Laura. 2017. *Subordinaciones invertidas: Sobre el derecho a la identidad de género*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, y Buenos Aires: Editorial Universidad Nacional de General Sarmiento. Carpenter

Sieder, Rachel. 2011. Contested sovereignties: Indigenous law, violence and state effects in postwar Guatemala. *Critique of Anthropology* 31(3): 161-84.

Sívori, Horacio. 2008. GLTTB y otros HSH. Ciencia y política de la identidad sexual en la prevención del sida. En *Todo sexo es político. Estudios sobre sexualidades en Argentina*, 245-75.

Tilly, Charles. 2004. *Social movements, 1768-2008*. Paradigm Publishers.

Thoreson, 2014. *Transnational LGBT Activism: Working for sexual rights worldwide*. Minneapolis: University of Minnesota Press.

Verbitsky Horacio y Juan Pablo Bohoslavsky. 2013. *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura*. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte.

Constituciones

Bolivia. 2009. Constitución Política del Estado de Bolivia. Artículo 11. www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. (Consultado el 9 de agosto de 2017).

Ecuador. 2008. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 14. II. www.inocar.mil.ec/web/images/lotaip/2015/literal_a/base_legal/A._Constitucion_republica_ecuador_2008constitucion.pdf. (Consultado el 9 de agosto de 2017).

Páginas web

Abosex. 2015. [Blog]. Colombia despatologiza y desjudicializa el reconocimiento de la identidad de género. AboSex: Abogadxs por los derechos sexuales. https://abosex.wordpress.com/2015/06/30/colombia-despatologiza-y-desjudicializa-el-reconocimiento-de-la-identidad-de-genero/. (Consultado el 9 de agosto de 2017).

Abuelas de Plaza de Mayo. 2017. [online] An estimate of 500 children disappeared in this fashion. To date (8/10/2017), 122 persons have recovered their identity. Conferencia de prensa por la restitución del nieto 122. www.abuelas.org.ar/noticia/bienvenido-a-la-verdad-nieto-799. (Consultado de 23 de septiembre de 2017).

Alarcón, Cristian. 1998. [online] Un jueves diferente en la plaza, *Página12*, 6 de diciembre. www.pagina12.com.ar/1998/98-06/98-06-12/pag15.htm. (Consultado el 9 de agosto de 2017).

Agencia Nacional de Noticias (Télam). 2016. [online]. *More than 10,000 trans people*

changed their name on their identity document with the gender-identity law. 9 de mayo. www.telam.com.ar/notas/201605/146664-ley-identidad-genero-aniversario-dni-trans.html. (Consultado el 9 de agosto de 2017).

Carpenter, Morgan. 2016. [online] *Chilean Ministry of Health issues instructions stopping "normalizing" interventions on intersex children*. Organization Intersex International Australia Limited. https://oii.org.au/30250/chilean-ministry-stops-normalising/. (Consultado el 9 de Agosto de 2017).

Erazo, Catalina. 2015. [online] Mi sexo, mi cédula, yo decido. *El Espectador*, 30 de octubre. www.elespectador.com/noticias/bogota/mi-sexo-mi-cedula-yo-decido-articulo-596196. (Consultado el 9 de Agosto de 2017).

Iguales. 2017. [Blog] *Ley de Identidad de Género*. www.iguales.cl/incidencia-politica/ley-de-identidad-de-genero/. (Consultado el 9 de agosto de 2017).

Capítulo 22

DERECHO, GÉNERO Y MOVIMIENTOS SOCIALES EN AMÉRICA LATINA

NEGOCIACIONES MORALES Y VICTORIAS DESIGUALES EN LA MOVILIZACIÓN LEGAL FEMINISTA*

Marta Rodriguez de Assis Machado, Ana Luiza Villela de Viana Bandeira y Fernanda Emy Matsuda

El movimiento de mujeres surgió en América Latina a finales de la década de los setenta en el contexto de la democratización y la caída de las dictaduras. Dado que cada vez más mujeres entraban a las universidades y al mercado laboral, la ideología de "familia, iglesia y maternidad" que tanto habían explotado los gobiernos autoritarios fue puesta en duda gradualmente. Al mismo tiempo, a medida que se agudizaban las desigualdades sociales, las mujeres pobres se organizaban en sus comunidades para mejorar sus condiciones de vida. Aunque fueron capaces de movilizar a una gran cantidad de mujeres, estos movimientos no eran precisamente feministas. Las mujeres de los asentamientos urbanos marginales reivindicaron su derecho a tener mejores condiciones de vida principalmente por ser madres y esposas. Además, a pesar de su agenda social[1], la Iglesia católica, no estaba dispuesta a abandonar su discurso tradicional sobre el papel de la mujer. Aunque abogó por una mayor participación de las mujeres en la esfera pública y de la comunidad, la Iglesia se ha opuesto de manera firme y consistente a la igualdad sexual, el divorcio, las políticas de anticoncepción, la despenalización del aborto y la homosexualidad. La politización de las condiciones de vida solo se encontró con la politización de la maternidad y el género cuando las mujeres de la clase trabajadora entraron en contacto con las activistas blancas, de clase media y altamente educadas que provenían de las organizaciones de izquierda, los grupos feministas y, en muchos casos, del exilio. Estas mujeres orientaron el debate hacia temas como la igualdad en el trabajo y la libertad sexual. Sin embargo, sus vínculos con las mujeres pobres llevaron a que su activismo feminista también fuera sensible a las desigualdades sociales y los problemas que más afectan a las mujeres de la clase trabajadora. La unión entre las feministas de clase media, que se concentraban en la reproducción social de los roles de género, y las mujeres pobres, que estaban

* Cómo citar este capítulo: Rodriguez de Assis Machado, Marta, Ana Luiza Villela de Viana Bandeira y Fernanda Emy Matsuda. 2024. Derecho, género y movimientos sociales en América Latina. Negociaciones morales y victorias desiguales en la movilización legal feminista. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 501-524. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.23

comprometidas con mejorar sus condiciones de vida, marcó el campo de la movilización de las mujeres en muchos países de América Latina. Se trató de un campo activo, diverso, complejo y con frecuencia contradictorio que les permitió a las mujeres involucrarse poco a poco con la política de género. A pesar de esto, el feminismo no se volvió homogéneo. Una de las contradicciones inherentes a la raíz de los feminismos latinoamericanos tiene que ver precisamente con que conjugan demandas tanto feministas como femeninas (Álvarez 1990)[2]. En este contexto, las diferentes visiones del mundo, los discursos, las categorías de género, los derechos y las políticas públicas de diversos actores colectivos interactúan y compiten entre sí. Esta diversidad constitutiva es clave para entender cómo el movimiento feminista latinoamericano ha sido capaz de negociar con los sectores más conservadores y de adecuar algunas de sus concepciones más tradicionales sobre el género.

Con la transición a la democracia y la aprobación de nuevas constituciones, los movimientos feministas han adoptado diversas estrategias para articular sus reclamos de derechos ante el Estado-nación, a nivel federal, ante los estados federados y los municipios. Es más, el movimiento ha llevado su lucha ante las tres ramas de poder e incluso a los organismos internacionales (Santos 2007). Durante la década de los noventa, el campo se profesionalizó e internacionalizó (Álvarez 1998). Algunas feministas "históricas" asumieron cargos en instituciones estatales, ya fuera como representantes elegidas popularmente o como asesoras y miembros de equipos gubernamentales; otras, por su parte, se unieron a las organizaciones no gubernamentales (ONG) que llevan a cabo actividades de cabildeo e incidencia y diseñan estrategias nacionales e internacionales de litigio[3]. Los avances fueron desiguales: mientras algunos reclamos fueron reconocidos por algunas constituciones y leyes específicas, unos se tradujeron en políticas públicas y otros sencillamente no han avanzado o incluso han retrocedido.

La comparación entre los "campos de movilización estratégica"[4] en torno a la violencia intrafamiliar y el aborto resulta paradigmática porque demuestra este avance desigual de las demandas feministas. Estos dos temas, que han sido muy importantes en la lucha por el control del cuerpo de las mujeres, muestran dinámicas muy diferentes con respecto a la aceptación de los discursos, la presencia (o ausencia) de sinergias positivas con las instituciones estatales, la formación de alianzas y los enemigos. Los éxitos, amenazas y retrocesos para los derechos de las mujeres también han sido muy diferentes en cada campo. En las siguientes secciones reconstruimos brevemente los procesos de movilización legal que han tenido lugar alrededor de estos campos en Brasil. En lugar de explicar todas las complejidades de cada caso, nos centramos en los momentos en los que las negociaciones morales resultaron cruciales. Para ello, analizamos detenidamente dos casos que llegaron al Supremo Tribunal Federal, aunque, de nuevo, por razones de espacio no cubrimos todos los aspectos contextuales de esta narrativa. En nuestro análisis nos basamos en los resultados de dos investigaciones empíricas diferentes: la primera, que estudió tanto la movilización legal en torno a la aprobación de la Ley Maria da Penha y la Ley de Feminicidio como su aceptación por los tribunales; y la segunda, todavía en curso, sobre la movilización legal alrededor del derecho al aborto en Brasil[5]. En ambos casos reconstruimos los procesos de movilización con la ayuda

de fuentes secundarias, recursos bibliográficos y las siguientes fuentes primarias: i) las actas de la Asamblea Constituyente brasileña; ii) los registros del proceso legislativo de la Ley Maria da Penha y la Ley de Feminicidio; iii) las decisiones de los tribunales de apelación de nueve estados con respecto a la implementación de la Ley Maria da Penha (entre septiembre de 2006 y diciembre de 2010); iv) los proyectos de ley que se han presentado tanto a favor como en contra del aborto entre 1989 y 2015; v) dos demandas de inconstitucionalidad en contra de la Ley Maria da Penha que llegaron al Supremo Tribunal Federal (ADC 19 y ADI 4424); y vi) el caso del feto anencefálico que estudió el Supremo Tribunal Federal (incluyendo la petición inicial, las decisiones intermedias, las intervenciones en la audiencia pública y la decisión final).

En este capítulo argumentamos que las disputas morales y los procesos de negociación discursiva son fundamentales para explicar las diferencias entre los dos campos de movilización legal. Hasta ahora, los movimientos feministas latinoamericanos han tendido a elegir al Estado como su principal escenario de lucha y acción colectiva (Safa 1990; Jelin 1987). Las próximas secciones demuestran que la capacidad de eludir, negociar o resignificar las representaciones culturales dominantes sobre las mujeres, el género y la familia estuvo en la base de las victorias feministas que se lograron en momentos clave de la lucha por el cambio institucional. Si bien nos concentramos en el movimiento feminista brasileño, ha habido dinámicas similares en otros países latinoamericanos.

Brasil es un ejemplo paradigmático de la consolidación de un activismo feminista altamente profesionalizado que conquistó espacios importantes en la burocracia estatal. Este proceso se inició a principios de 1985 con la aparición de los Consejos Estatales de Mujeres, y tuvo un impulso definitivo en 2003 con la creación de la Secretaría Especial de Políticas para las Mujeres durante el primer Gobierno de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2006). Aunque solo lograron llevar sus demandas al plano de las políticas públicas, las feministas desplegaron una serie de estrategias nacionales e internacionales de movilización y ocuparon puestos estratégicos en la rama ejecutiva. Al igual que en otros países de la región, la movilización sociojurídica en torno a la violencia doméstica y el aborto tuvo dos resultados diferentes: por un lado, logró que se promulgaran leyes penales que ampliaron la protección contra la violencia doméstica y, por el otro, supusieron amenazas y retrocesos en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos (Ruibal 2014).

A lo largo de la primera década del siglo XXI, los países de la región buscaron aprobar leyes para combatir la violencia contra la mujer, especialmente la violencia doméstica[6]. Por el contrario, el derecho al aborto no solo enfrentó grandes dificultades para ser reconocido, sino que también sufrió importantes retrocesos en muchos países[7]. Numerosas constituciones latinoamericanas protegen la vida "desde la concepción", como las de El Salvador, República Dominicana y Ecuador (Jurkewicz 2011). Con muy pocas excepciones, la mayoría de los países siguen considerando el aborto como un delito, sin mencionar que en los últimos años algunos Gobiernos han aprobado leyes que prohíben totalmente el aborto, incluso si el embarazo fue producto de un caso de violencia sexual o pone en riesgo la vida de la mujer embarazada. Las redes a favor y en contra del aborto operan en toda la región y se mueven

en los Gobiernos, las asambleas legislativas y las cortes. Como en sus países vecinos, en Brasil la discusión alrededor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres enfrenta una enorme resistencia, especialmente de los grupos religiosos[8]. En toda la región se han librado batallas en diversos escenarios con el propósito de modificar la legislación y favorecer el aborto legal. Como consecuencia del peso de las fuerzas conservadoras en las asambleas legislativas, las feministas trasladaron sus reclamos a las cortes (García Pereanez 2010)[9]. En lo que sigue, examinaremos las características que comparten los dos campos de movilización sociojurídica con el fin de proponer algunas hipótesis que deberían explorar los estudios comparativos.

Movilización legal, encuadres, y política cultural

Los estudios sobre la movilización y la confrontación política han destacado los factores que explican el éxito o el fracaso de las iniciativas colectivas que aspiran al cambio social e institucional. Entre ellos se encuentran los recursos, las estructuras organizativas (McCarthy y Zald 1977) y las actuaciones y repertorios de acción (Tilly 1995). La estructura de oportunidades políticas (incluyendo las oportunidades, restricciones y amenazas) explica una parte importante de los procesos de acción colectiva en la medida en que determina los espacios institucionales que están más o menos abiertos a la participación de la sociedad civil, así como la disposición y la sensibilidad de los funcionarios públicos para incorporar, negociar o acallar las demandas (Tarrow 1988). La capacidad de ganar aliados tanto dentro como fuera del sistema político o de movilizar contramovimientos también ha demostrado ser fundamental. Esto se debe a que "los movimientos en disputa se influyen mutuamente de forma directa o alterando el entorno en el que operan. El movimiento contrario es un componente crítico de la estructura de oportunidades políticas que enfrenta el otro lado" (Meyer y Staggenborg 1996, 1633). Todos estos factores expanden o limitan las formas organización y acción, sin mencionar que son capaces de influir en las estrategias jurídicas de los movimientos. Sin embargo, cabe resaltar que el uso del derecho por parte de los contramovimientos es un campo relativamente nuevo para los estudios sociojurídicos en América Latina.

En las últimas décadas, las disputas simbólicas y culturales en torno a los procesos de definición e interpretación de la realidad han ido ganando terreno en los estudios sobre movimientos sociales. Tales trabajos han abordado este fenómeno con base en el concepto de "procesos de encuadre" (Snow *et al*. 1986, 2014). Los movimientos sociales no solo actúan en el mundo (por ejemplo, a través de las protestas y demandas de cambio), sino que también construyen marcos a través de sus interpretaciones y disputas alrededor de los significados sociales. En los procesos de encuadre, que son continuos y contextuales, se incluyen los intentos de los movimientos sociales en disputa por ganar legitimidad pública para sus demandas. Analíticamente, el concepto de "marco" se refiere al hecho de que las disputas políticas son inseparables de sus dimensiones culturales: los significados son constitutivos de los procesos que de forma implícita o explícita buscan redefinir el poder social. Esto ocurre, por ejemplo, cuando los movimientos sociales construyen significados alternativos para ciertos conceptos o constructos, como

"democracia", "raza", "género", "familia", etc. (Álvarez, Dagnino y Escobar 1998, 7). Si bien el concepto de encuadre ha ganado importancia en los trabajos que estudian las estrategias de los movimientos sociales, el uso de los marcos y las dimensiones culturales de las disputas no han tenido un lugar importante en las investigaciones sobre la movilización legal. El análisis de los efectos de las adecuaciones o las batallas interpretativas y de sus características específicas en el campo del derecho es aún menos frecuente (Vanhala 2009; Pedriana 2006). Argumentamos que las dimensiones morales y culturales de las confrontaciones que ocurren entre movimientos sociales en disputa son fundamentales para comprender plenamente los procesos de movilización legal. Por el contrario, los estudios sobre el comportamiento de los tribunales se centran en la estructura argumentativa de las decisiones (Dworkin 1988; Alexy 1989; Günther 1993) y su consistencia (Mendes 2011). Sin embargo, estos estudios no siempre dan cuenta de los flujos entre las instituciones y la sociedad civil; dicho de otro modo, no capturan la dimensión moral que está en juego en cada argumento jurídico exitoso. Del mismo modo, no es posible observar los procesos de conservación institucional o los cambios logrados a través de la acción ante los tribunales si solo se analizan las decisiones judiciales y los precedentes. Por ejemplo, la estabilidad de una decisión no siempre puede explicarse en función de las decisiones anteriores y los argumentos jurídicos que la apoyan. En algunos casos, el alcance y la fuerza de las categorías culturales y morales dominantes sustentan las posiciones jurídicas.

La categoría de encuadre centra nuestra atención analítica en el espacio intermedio donde se encuentran el derecho, la moral y la cultura. Por ello, es una categoría útil para observar la interacción entre las esferas formales e informales. Las demandas de derechos, las soluciones jurídicas y las políticas públicas se sustentan en argumentos que articulan o asumen concepciones morales y culturales que van más allá del lenguaje jurídico. En el campo del derecho, los marcos reflejan las disputas alrededor de los modelos de regulación (que incluyen tanto las formas en que se aborda jurídicamente un problema como su consagración en el sistema jurídico). Estas disputas, a su vez, se sustentan en argumentos que se arraigan en otros tipos de legitimación (moral, científica, cultural, política, etc.). Como lo ilustra, por ejemplo, el encuadre de un tema en las normas jurídicas, los marcos jurídicos tienen un componente institucional y sistémico que depende de las representaciones simbólicas que viven en los dominios de la cultura y la moral.

Las representaciones simbólicas del género, el rol de la mujer y la familia les dan su especificidad a las confrontaciones políticas en el campo feminista (tanto en el ámbito formal como en el informal). Las demandas y los discursos feministas pueden desestabilizar en grados diferentes las representaciones dominantes. A su vez, esta dimensión es importante para comprender el escenario de oportunidades y desafíos de la movilización legal feminista. Algunas agendas han sido más tolerables que otras; la diferencia radica en la capacidad de los discursos feministas para adecuar, negociar o replantear las categorías morales y culturales existentes. Este capítulo propone un análisis más contextual, relacional y dinámico que se sustenta en el concepto de encuadre. Este ejercicio pretende entender las disputas que están en juego en los procesos de judicialización de las relaciones de género.

Dos subcampos de la movilización feminista: la violencia doméstica y el aborto

La violencia doméstica y el aborto han estado presentes desde los inicios del movimiento feminista latinoamericano. Desde entonces, sin embargo, estos temas han experimentado patrones de aceptación y rechazo muy diferentes. Si bien la eliminación de la violencia doméstica resultó ser relativamente poco controversial, la agenda del aborto fue rechazada por la Iglesia católica y por algunos activistas de izquierda que la vieron como parte de una agenda liberal que invocaba la autonomía y la libertad de elección de las mujeres. Otros reclamos de mujeres gozaron de un mayor consenso que el aborto, como la lucha contra la violencia doméstica, la construcción de jardines infantiles, la licencia de maternidad y el acceso de las mujeres al mercado laboral (Moraes y Sorj 2009, 11-2).

El conflicto entre las feministas y la Iglesia católica alrededor del aborto fue especialmente evidente en el contexto de la redacción de la Constitución de Brasil de 1988. En ese momento, las feministas presentaron la Carta de los Derechos de la Mujer, un documento que contenía varias demandas, entre ellas el derecho al aborto, dirigido a los miembros de la Asamblea. A su vez, la Iglesia católica presionó a la Asamblea Constituyente para que incluyera una cláusula que protegiera el derecho a la vida "desde la concepción" (Da Rocha 2006). Aunque las feministas lograron bloquear esa propuesta regresiva, nunca fue posible avanzar en la despenalización del aborto. Por el contrario, la lucha contra la violencia doméstica ganó un reconocimiento institucional desde el principio de la transición democrática en Brasil. La creación de la primera estación de policía dirigida por mujeres en São Paulo en 1985 marcó un hito en términos del reconocimiento público de la gravedad del problema (Santos 2005). Durante las décadas de los noventa y los 2000, el movimiento de mujeres denunció la forma en que el sistema de justicia abordaba los casos de violencia[10], y exigió la aprobación de leyes específicas que le pusieran freno a la violencia de género. Durante este período, varios documentos internacionales recogieron estas demandas, lo que hizo que ganaran gran influencia[11]. Los casos que se tramitaban en el ámbito internacional alimentaron la lucha por la aprobación de leyes contra la violencia doméstica en varios países de América Latina. Durante este período se aprobaron en Brasil una serie de reformas fragmentarias[12], pero ninguna cumplió con los estándares del movimiento, que demandaba un marco jurídico integral para desarrollar políticas públicas innovadoras.

En el caso del aborto, el derecho resultó ser un recurso de la oposición. Desde 1940, el Código Penal de Brasil establecía que el aborto es un delito, salvo si el embarazo pone en peligro la vida de la madre o fue el resultado de una violación[13]. A pesar de esto, el acceso a un aborto legal en los hospitales públicos es extremadamente limitado. Las feministas brasileñas se dividían entre las que abogaban por la despenalización total del aborto y las que buscaban que se implementara lo que ya era un derecho (el régimen de excepciones). Con el tiempo, los movimientos sociales feministas apoyaron más el reclamo menos radical. En términos de marcos, desde las etapas iniciales de la movilización por el aborto, el movimiento feminista decidió no enfocarse en la confrontación moral y la autonomía de las mujeres; de hecho, la Carta das Mulheres abordó el tema

en el doble registro del género y la salud. El marco de la autonomía fue desapareciendo progresivamente del discurso del movimiento de mujeres, y en las décadas de los noventa y los 2000 se optó por un marco de salud pública, que se enfoca en el peligro de los abortos inseguros (Barsted 1992, 124).

Desde mediados de los años ochenta, las feministas trabajaron para forjar alianzas con el gobierno central y los gobiernos federales. En estos ámbitos, el movimiento logró importantes progresos con respecto a la regulación e implementación del aborto legal. El primer hospital público dedicado a practicar abortos legales en el país fue inaugurado en São Paulo en 1989, y casi diez años más tarde fueron elaboradas las primeras normas técnicas que regulaban el aborto legal[14]. Como consecuencia de la creciente presencia del movimiento de mujeres en la rama ejecutiva durante el primer Gobierno de Lula (2002-2006)[15], el Ministerio de Salud emitió los estándares técnicos más avanzados hasta la fecha para el aborto legal. Además, el movimiento feminista logró que las mujeres que sufrieron una violación pudieran acceder al aborto sin necesidad de presentar una denuncia formal[16] y que el sistema nacional de salud estuviera obligado a practicar un aborto legal. Durante este período también aumentaron los esfuerzos dirigidos a implementar el aborto legal. La intensificación de la movilización culminó con la participación del movimiento en la Primera Conferencia Nacional de Políticas para la Mujer[17], convocada por el gobierno federal. En la Conferencia se aprobó el "Plan Nacional de Políticas para la Mujer", que incluyó el compromiso de "revisar la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo".

El poder legislativo no solo fue importante para la movilización a favor y en contra del aborto en la década de los noventa, sino también un espacio privilegiado que les dio una mayor resonancia a los marcos de los movimientos sociales. Un análisis de los proyectos de ley presentados al Congreso brasileño muestra que los marcos de salud pública predominaron después de la promulgación de la Constitución Federal de 1988. La década de los noventa estuvo marcada por dos importantes conferencias internacionales: la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, que tuvo lugar en Pekín en 1995. El marco interpretativo internacional fortaleció los procesos nacionales de movilización y definió el aborto como una cuestión de salud pública y como un derecho humano. Solo una pequeña cantidad de proyectos proaborto siguió basándose en marcos de género, como la autonomía ("el aborto hace parte del derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo"), y en argumentos que critican la cultura patriarcal. Después del año 2000, ningún proyecto de ley proaborto se basó en el empoderamiento de la mujer; es más, las propuestas de este período se justifican íntegramente en el marco de la salud pública. Este marco señala las consecuencias del aborto ilegal (altas tasas de mortalidad y lesiones para las mujeres) y enfatiza su distribución desigual en términos de raza y clase. Un proyecto de ley relacionó las prácticas abortivas inseguras con la violencia, de tal manera que constituyó a las mujeres como víctimas de la prohibición. El marco de la salud pública permitió elaborar una posición proaborto a través de un discurso de protección que contrasta con el que enfatiza la autonomía.

Aunque el poder legislativo brasileño ha sido un espacio fundamental para la controversia

entre los aliados del movimiento y el contramovimiento, las reformas sobre el aborto no ocurrieron en ese escenario. Con frecuencia, los proyectos de ley a favor del aborto eran respondidos por proyectos en contra, y así sucesivamente, de tal forma que el poder legislativo fue cooptado progresivamente por el contramovimiento.

La exigencia de una ley que abordara la violencia intrafamiliar también se sustentó fuertemente tanto en el "Plan Nacional de Políticas para la Mujer" como en el ámbito internacional, que hizo evidente la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico brasileño a los convenios y acuerdos internacionales ratificados por el Estado. La movilización se intensificó y alcanzó su punto álgido con el aporte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que en el caso Maria da Penha encontró al Estado brasileño responsable por su omisión y negligencia en la lucha contra la violencia doméstica. En 2002, una coalición de ONG que trabajaban en el ámbito de la violencia contra la mujer y los derechos humanos lanzó su campaña por la Ley Maria da Penha (Maciel 2011, 102; Álvarez 1998). Los esfuerzos conjuntos de este grupo y la Secretaría Federal de Políticas para la Mujer resultaron en un proyecto de ley que fue presentado al Congreso. Luego de difíciles negociaciones y semanas de *lobby* ante el Congreso, el proyecto fue aprobado en 2006 y se convirtió en la Ley 11340/2006, conocida como "Ley Maria da Penha" en referencia a los orígenes de la campaña que resultó en su aprobación. La ley fue considerada como una importante victoria del movimiento feminista. En los años siguientes, la aplicación de la ley enfrentaría grandes desafíos. Aunque solo un puñado de jueces y tribunales cuestionaron su constitucionalidad, sus opositores formularon sus argumentos en el escenario público. La Secretaría de Políticas para la Mujer y el ejecutivo recurrieron al Supremo Tribunal Federal para fortalecer la aplicación de la ley[18]. En consecuencia, el Tribunal confirmó la constitucionalidad de la Ley Maria da Penha el 9 de febrero de 2012.

La lucha por el derecho al aborto también intentó tender puentes entre la movilización y el ejecutivo con el objetivo de cambiar la ley. Con base en el "Plan Nacional de la Mujer", el gobierno federal trató de impulsar la agenda del aborto tanto en el poder legislativo como en una comisión tripartita conformada por representantes del ejecutivo, la sociedad civil y el propio Congreso. Un proyecto de ley que proponía despenalizar el aborto hasta la duodécima semana de embarazo fue enviado al Congreso (Da Rocha 2006, 373). Después de la ofensiva de los grupos religiosos, el proyecto perdió el apoyo del ejecutivo y fue bloqueado en el Congreso. Posteriormente, el contramovimiento se movilizó tanto en el ámbito institucional como en el informal con el fin de frenar cualquier avance del derecho al aborto. En 2006 se fundaron el "Frente Parlamentario en Defensa de la Vida" y el "Movimiento Brasil sin Aborto", que impulsaron la revisión de los estándares técnicos y propusieron una serie de proyectos de ley conservadores. Además de trabajar en las instituciones estatales, los grupos provida lanzaron la "Campaña Nacional en Defensa de la Vida" y realizaron marchas en todo el país. Del mismo modo, estos grupos ejercieron una influencia considerable en las elecciones legislativas y presidenciales. Lula, el candidato de la época a la presidencia, fue criticado duramente por haber adoptado medidas a favor del aborto durante su primer mandato. Además, se llevó a cabo una vigilancia ideológica a los candidatos

al Congreso a través de la campaña "Por un Congreso en defensa de la vida", cuyo lema era "Vote por la vida: vote por los candidatos que están en contra el aborto".

Acorralado por las acusaciones de corrupción, el segundo Gobierno de Lula (2006-2010) dio marcha atrás con respecto al derecho al aborto[19]. En consecuencia, el ejecutivo se debilitó, perdió popularidad y tuvo que recurrir al apoyo de los sectores conservadores para mantener su capacidad de gobernar. Así, el Gobierno se abstuvo de entrar en confrontaciones en torno a temas tan impopulares como el aborto. Con la participación de una candidata a la presidencia, el aborto se convirtió en un tema central de la campaña electoral de 2010. Dilma Rousseff fue fuertemente criticada cuando apoyó el primer borrador del "Tercer Plan Nacional de Derechos Humanos". La cobertura mediática de la agenda del aborto fue intensa, y todos los principales candidatos presidenciales en las elecciones de 2010 tuvieron que hacer pública su posición sobre el aborto (Machado 2012, 30-2). Ante la fuerte presión, la entonces candidata Rousseff se vio obligada a retractarse y a firmar la "Carta abierta al pueblo de Dios", en la que se comprometía a no tomar medidas a favor de la legalización del aborto si era elegida. Rousseff mantuvo su promesa durante sus dos mandatos.

Entre 2000 y 2010 el movimiento conservador ganó más aliados en el Congreso. Durante ese período, se presentaron más proyectos antiaborto que propuestas para extender el derecho al aborto. También hubo un cambio significativo en los marcos y los tipos de proyectos de ley que proponían los conservadores. Además de seguir criminalizando a las mujeres que abortan, los proyectos conservadores adoptaron un marco de protección que defendía los derechos del feto y abogaba porque las mujeres no recurrieran al aborto. Especialmente, procuró que aquellas mujeres que elegían no hacer uso de las disposiciones limitadas del aborto legal fueran beneficiarias de los servicios de asistencia social. Resulta muy llamativa la forma en que el marco de protección a la mujer, que era una de las estrategias del movimiento feminista, llegó a ser disputado y apropiado por el contramovimiento.

El movimiento feminista logró su victoria más importante de la década en torno a los derechos sexuales y reproductivos en el Supremo Tribunal Federal en 2012[20]. Después de una importante movilización de la sociedad civil, en la que tanto los grupos a favor como en contra del aborto participaron en una audiencia pública como *amici curiae*, el Supremo Tribunal Federal reconoció otra causa para el aborto legal: cuando se demuestra que el feto es anencefálico. Por primera vez desde finales del siglo XX, una sentencia judicial amplió las causales del aborto legal. El Tribunal profirió la sentencia sobre la del mismo año, en medio de la gran prioridad que tuvo la violencia doméstica en la agenda del Gobierno. Después de la promulgación de la Ley Maria da Penha, el gobierno federal puso en marcha su campaña "La ley es más fuerte", que reestructuró algunos organismos públicos, creó nuevos servicios y difundió el contenido de la ley en la esfera pública y entre los agentes encargados de hacerla cumplir. La creciente influencia de los congresistas religiosos y conservadores no impidió que las feministas lograran una nueva victoria legislativa en 2015: la aprobación de una ley sobre el feminicidio. Como sucedió con la Ley Maria da Penha, la ley sobre el feminicidio fue el producto de un proceso intenso de discusión y negociación en el que participaron

las ONG y las instituciones internacionales[21]. El proyecto de ley fue respaldado por la "bancada de mujeres" del Congreso y contó con el apoyo de varios partidos, incluyendo los sectores más conservadores. La propuesta menciona la importancia de reconocer que las mujeres son asesinadas *por* ser mujeres, lo que "expone el flagelo de la desigualdad de género que aún persiste en nuestra sociedad". Sin embargo, durante la votación, el proyecto de ley original sufrió un cambio de suma importancia: el término homicidio "contra una mujer por razones de género" fue reemplazado por la frase "contra una mujer por razones de la condición del sexo femenino". Este cambio fue propuesto por el entonces presidente de la Cámara de Diputados (el mismo diputado que anunció que una votación para legalizar el aborto solo se produciría sobre su cadáver). Este episodio mostró tanto la oposición a las cuestiones de género en el Congreso como las formas en que la lucha contra la violencia doméstica pudo eludir el problema del género. Los conservadores están de acuerdo con la idea de proteger a las mujeres, pero quieren evitar que la ley sea aplicada a otras personas, como los travestis y las personas transgénero.

El análisis anterior revela cómo circulan las formas de movilización en los ámbitos informales e institucionales donde se definen las políticas de género. En estos espacios, las respuestas institucionales y la legitimidad pública se construyen simultáneamente y se retroalimentan: la movilización pública se desencadena para fortalecer una iniciativa institucional o los flujos institucionales impulsan las disputas morales dentro de la sociedad. Los encuadres legales (que comprenden tanto el lenguaje del derecho como las concepciones moralizantes) han demostrado ser importantes no solo en la instrumentalización de las estrategias institucionales, tales como la presentación de un proyecto de ley o de una demanda ante el Supremo Tribunal Federal, sino también en la activación del debate. A continuación analizamos dos importantes victorias que el movimiento feminista brasileño alcanzó en el Supremo Tribunal Federal. Este análisis muestra cómo las negociaciones sobre las interpretaciones inciden en los logros concretos del movimiento social feminista.

Una pendiente resbaladiza: de la protección a la mujer a la protección a la familia

Aunque la Ley Maria da Penha reconoce expresamente la violencia "de género", con lo que tiene en cuenta las jerarquías de género y los derechos humanos de las mujeres, también realiza dos movimientos ambivalentes. En primer lugar, limita la violencia de género al espacio doméstico y familiar. En la arquitectura del ordenamiento jurídico brasileño, se alinea con el numeral 8.° del artículo 226 de la Constitución Federal, que establece que el Estado "garantizará la asistencia familiar en la persona de cada uno de los que la integran, creando mecanismos para evitar la violencia en el ámbito de sus relaciones". En segundo lugar, los mecanismos que implementó la ley, como las políticas de prevención y asistencia social a las mujeres que sufren violencia doméstica, las medidas provisionales de protección y las penas más severas, tienen un sesgo principalmente protector. Estos marcos (la protección y la familia) fueron bastante efectivos para abrir las puertas del sistema jurídico y las políticas públicas. La violencia ejercida contra las esposas y parejas moviliza la indignación. Por ello,

los llamados al respeto por la dignidad humana de la mujer (incluso reconocida en la carta apostólica *Mulieris Dignitatem* del papa Juan Pablo II) y a una "vida sin violencia" son capaces de sensibilizar incluso a los sectores más conservadores. La imagen de la mujer víctima (esposa y madre) genera simpatía y puede atraer aliados a la causa sin generar oposición. Al mismo tiempo, la protección contra las agresiones permite encuadrar los argumentos de derechos humanos y ampliar las posibilidades de acceso al sistema de justicia. De hecho, el caso Maria da Penha llegó al Sistema Interamericano sobre la base de esta línea argumentativa. A su vez, este marco fue decisivo en la defensa de la constitucionalidad de la ley. Sin embargo, el marco protector construye a las mujeres como sujetos vulnerables que necesitan ser protegidos, como los niños y los ancianos (Debert y Gregori 2008, 170). Así, en el debate en torno a la aplicación de la ley, el marco de protección terminó chocando con la autonomía. Puesto que el ámbito de la violencia de género se circunscribió discursivamente al espacio doméstico y familiar, la ley entró en el marco más amplio de la protección a la familia. Aunque por razones de espacio no podemos analizar los efectos contraproducentes del uso de estos marcos, los críticos han documentado cómo el sistema de justicia impacta negativamente en las vidas de las mujeres cuando decide actuar en nombre de la protección a la familia: los funcionarios públicos no solo dificultan los procedimientos para que las mujeres presenten denuncias en las estaciones de policía, sino que también las presionan para que perdonen a sus agresores o se reconcilien con ellos, todo en nombre de la preservación de la familia (Álvarez *et al.* 2010; Macaulay 2006). La dilución de la violencia de género en las políticas de protección familiar también oscurece las asimetrías de poder en el entorno familiar (Debert y Gregori 2008). Además, una vez se piensa exclusivamente en el marco de la familia, otras formas de violencia de género terminan siendo excluidas del sistema de protección, como la violencia racista y la violencia contra prostitutas y travestis. La elección de las víctimas legítimas que deben ser protegidas (la mujer heterosexual no autosuficiente y la cónyuge dependiente sin agencia) y la definición de las formas aceptadas de violencia (que, en última instancia, minimiza otras formas de violencia de género) crean lo que Santos ha llamado "ciudadanía paradójica" (Santos 1999).

Quienes cuestionaron la constitucionalidad de la Ley Maria da Penha usaron con frecuencia un argumento basado en el principio de igualdad. Según ellos, la ley violaba el principio porque se aplicaba solo en los casos de violencia doméstica contra la *mujer*. Muchas decisiones judiciales defendieron la ley criticando las aproximaciones formales a la igualdad y reafirmando el marco de protección. Algunos juristas y jueces han defendido la ley argumentando que protege a la familia y no a las mujeres en función de su condición de género *per se*. Mientras el marco de protección definía a las mujeres como personas vulnerables, los proyectos de acción afirmativa en favor de las minorías eran cuestionados ante los tribunales estatales[22]. Cuando el caso llegó al Supremo Tribunal Federal, estas razones también fueron utilizadas a favor de la constitucionalidad de la ley. El juez relator del caso, el ministro Marco Aurélio Mello, planteó que la diferenciación basada en el género de la víctima no es una medida desproporcionada o ilegítima porque las mujeres son las víctimas más comunes de la violencia intrafamiliar. Marco Aurélio*

comparó la Ley Maria da Penha con otras regulaciones que protegen los intereses de otros grupos vulnerables, como el Estatuto del Niño y del Adolescente y el Estatuto del Anciano. El marco de protección chocó directamente con la autonomía cuando se empezó a cuestionar si las mujeres podían decidir si el proceso penal que enfrentaban sus agresores continuaba o no. La mayoría de los jueces del Supremo Tribunal Federal argumentó que era necesario proteger a las mujeres de las presiones de su agresor, por lo que estuvieron de acuerdo en que los procesos deberían continuar independientemente de las preferencias de la víctima. El juez Marco Aurélio sostuvo que en la gran mayoría de los casos las víctimas desisten de las denuncias para garantizar su propia seguridad. Así, según Marco Aurélio, si se les concediera a las mujeres la potestad de decidir si inician o no el proceso penal, se pasarían por alto el miedo, las amenazas y la presión sicológica y económica que sufren, sin mencionar las desigualdades históricas y culturales de poder. De ese modo, se reduciría aún más la protección a la víctima y se perpetuarían la violencia, la discriminación y los ataques contra la dignidad humana. Solo el juez Peluso estuvo en contra de esta posición, aunque sus argumentos estuvieron a medio camino entre la autonomía y la protección a la familia. Según Peluso, el núcleo esencial de la dignidad humana es la capacidad de decidir sobre el destino propio. Entonces, desconocer la voluntad de las mujeres llevaría a dos senderos indeseados: por un lado, dado que no podrían influir en el curso del proceso penal, las mujeres podrían dejar de buscar ayuda; por el otro, los agresores serían condenados independientemente de que se haya alcanzado una convivencia pacífica entre la mujer y su pareja. Si bien el ministro Peluso destacó la importancia de reconocer la autonomía de las mujeres y los riesgos de definirlas únicamente como víctimas, también reafirmó la importancia de proteger a la familia y presentó la reconciliación como un valor que el poder judicial debe proteger. Así, Peluso articuló un discurso ambivalente en el que se reconoce la autonomía de la mujer como un medio para proteger a la familia. Esta lectura de los fines de la ley no fue aislada ni nueva. Otros ministros del Supremo Tribunal Federal defendieron la constitucionalidad de la Ley Maria da Penha con base en la protección constitucional a la familia (por ejemplo, los ministros Luiz Fux y Lewandowski). En otros casos, los jueces han defendido la constitucionalidad de la legislación sobre la violencia doméstica usando el marco moral de la protección a la familia[23].

El aborto: los usos contrapuestos del marco de la familia y el marco de protección

> Tenemos que considerar que este control [de la mujer sobre su cuerpo] puede crear problemas muy serios en la estructura familiar y el matrimonio, si hay concepción y el marido quiere esto […] Creo que una mujer que es feliz y una mujer que tiene un matrimonio estable, una mujer que tiene el amor de su esposo y que ama a sus hijos después de que han crecido […] una mujer en tales condiciones[ ] nunca compartirá […] estas posiciones favorables al aborto, posiciones que son propicias al divorcio, posiciones que favorecen la ruptura de la familia y el matrimonio. (Asambleísta João de Deus del Partido de los Trabajadores)[24]

Este comentario surgió en la Asamblea Nacional Constituyente mientras se discutían las propuestas feministas que buscaban revisar la penalización del aborto. En su discurso, João de Deus argumentó que el derecho al aborto y el control de las mujeres sobre sus propios cuerpos llevarían a la ruptura de la familia. El marco provida y profamilia siempre se ha asociado con el discurso del movimiento antiaborto, que considera que la agenda del aborto desafía la visión normativa de la reproducción y el carácter sagrado de la maternidad y el sistema familiar tradicional en el que las mujeres carecen de autonomía para tomar decisiones sobre su propio destino. En los primeros documentos que publicó en contra del aborto (la Exhortación del Consorcio Apostólico de la Familia [1981] y la Carta de los Derechos de la Familia [1983]), la Conferencia Nacional dos Obispos do Brasil (CNBB) enfatizó los peligros de las relaciones homosexuales y el aborto para la moral cristiana y los valores familiares. Uno de los objetivos explícitos del primer encuentro nacional del movimiento antiaborto en 1994 fue alinear las acciones contra el aborto y controlar la movilización feminista en el Congreso y los proyectos de ley en curso "que desafiaban los valores de la familia y la vida de acuerdo con la doctrina católica". En las elecciones de 2006, la defensa de la vida y la familia ocuparon una parte importante del discurso público. La Iglesia católica publicó la Declaración sobre Exigencias Éticas en Defensa de la Vida, que tenía como objetivo "movilizar a las familias y las comunidades para que alienten a los concejales, representantes y senadores de su circunscripción a defender y promover la vida y la familia". Ese mismo año, la Asociación Nacional de Mujeres por la Vida de Río de Janeiro lanzó el Manifiesto en Defensa de la Vida, que habla de "la vocación [de la mujer] para la maternidad" y la "sublime misión de la mujer de transmitir y preservar la vida". Aunque los argumentos más radicales y contraculturales de la liberación sexual y la libertad de elección y del cuerpo no hicieron parte del núcleo de la movilización feminista brasileña, que, de hecho, prefirió usar un marco de salud pública, el discurso antiaborto enfatizó que el aborto era algo inherentemente perjudicial para la familia.

Es difícil medir la importancia y el impacto de los discursos que se oponen al aborto con base en el marco de la familia. Sin embargo, cabe señalar que el movimiento proaborto no solo se apropió de ese marco, sino que lo usó para alcanzar una de sus victorias más importantes (el caso del feto anencefálico en el Supremo Tribunal Federal). La estrategia jurídica de las feministas consistió en diferenciar el caso del feto anencefálico del aborto en general. De ese modo, lograron evadir las dificultades y obstáculos morales y jurídicos que plantea el debate sobre el aborto[25]. Si el feto es viable, la interrupción del embarazo implicaría sopesar los pros y los contras que supuestamente están en juego: por un lado, el potencial de vida del feto y, por otro, la libertad y autonomía individual de la mujer embarazada. Sin embargo, se argumentó que en el caso de un feto anencefálico este conflicto estaba ausente ya que no había vida fetal que proteger. Así, las mujeres que enfrentan esa situación no son personas que no eligen la maternidad, sino mujeres que a pesar de que quieren ser madres, no pueden serlo por la inviabilidad del feto. Durante la audiencia pública ante el Supremo Tribunal Federal, las organizaciones feministas llevaron los testimonios (en persona o a través de informes o videos) de mujeres

que solicitaron el permiso para interrumpir este tipo de embarazos. Las mujeres que compartieron su experiencia querían ser madres, y la mayoría tenían una relación marital. En el caso de la anencefalia, un niño deseado y "amado incluso antes de ser creado" fue descrito como un ser fatalmente afectado por un diagnóstico irreversible. Una pareja casada que había interrumpido un embarazo anencefálico compareció a la audiencia pública con sus dos hijas, lo que demostró que la interrupción del embarazo no destruyó su familia. En la audiencia pública del 28 de agosto de 2008, una importante activista feminista afirmó que mientras que las mujeres que abortan no son "futuras madres, sino mujeres que no desean un embarazo en un momento determinado de sus vidas", las mujeres que interrumpen un embarazo anencefálico se identifican como madres y desean la maternidad[26]. La estrategia clave que garantizó el éxito de la demanda fue alejarse del debate general sobre el aborto. Los jueces que votaron a favor de la aprobación dejaron claro que no estaban fallando a favor del aborto en general, de tal forma que sus decisiones no constituían un precedente para el aborto. En efecto, los jueces que votaron a favor del procedimiento recordaron y defendieron el carácter sagrado de la maternidad. Por ejemplo, el ministro Carlos Britto afirmó que "el embarazo es un proceso dirigido al espectáculo del mundo, el espectáculo de la vida", y que "el contenido más fuerte y sublime de todo amor [es] el amor maternal". Por su parte, la ministra Cármen Lúcia expresó que "la dignidad de la madre va más allá de ella misma, más allá de su cuerpo". No analizamos aquí todos los argumentos detrás de las decisiones, pero hay que notar que los ministros que se pronunciaron a favor del "parto anticipado" en el caso de los fetos anencefálicos no señalaron que esa posición estaba en contra de la defensa de la familia, la visión normativa de la reproducción o el carácter sagrado de la maternidad. Si bien algunos ministros recurrieron al marco de la autonomía, que, de hecho, fue poco explorado por las activistas en la audiencia pública, reconocieron que las mujeres solo pueden decidir en los casos en los que la autonomía tiene un peso mayor al de la vida inviable: "está en juego el derecho de la mujer a la autodeterminación, a elegir, a actuar según su voluntad si la vida extrauterina es imposible"[27].

Las organizaciones que defendían la medida enfatizaron el sufrimiento de las mujeres. Específicamente, argumentaron que obligar a una mujer a llevar un embarazo anencefálico hasta el final para luego enterrar al niño después del nacimiento es una forma de tortura. Varios de los votos a favor de la aprobación reconocieron el sufrimiento de las mujeres y lo entendieron en el marco de la dignidad. Sin embargo, algunos ministros que reconocieron que el sufrimiento era un motivo válido para autorizar el procedimiento señalaron que no solo sufrían las mujeres, sino también el padre y la familia. Según el ministro Marco Aurélio, si se impusiera la obligación de llevar un embarazo anencefálico hasta el final, se infligiría sobre la mujer y su familia un "daño a su integridad moral y psicológica" (ADPF 54). La ministra Cármen Lúcia afirmó:

> [D]ebemos recordar que el padre también sufre terriblemente; la familia puede sufrir y deshacerse, y esto no es inusual; los derechos del padre también deben tenerse en cuenta en esta discusión […] Cuando hablamos de dignidad, estamos hablando de la dignidad de todos los involucrados: el feto, la mujer,

> el padre, los hermanos. (ADPF 54, 175 Votos de la ministra Cármen Lúcia)

La imagen de la mujer que sufre y que es víctima de una tortura tuvo mejores efectos que la de la mujer que decide sobre su propio cuerpo. Además, esta estrategia se benefició de los avances que se habían logrado alrededor del marco de la violencia (las de campañas enfocadas en la violencia doméstica y la aprobación e implementación de la Ley Maria da Penha). Los beneficios y los peligros de este enfoque son evidentes.

El caso del embarazo anencefálico demuestra cómo el movimiento y el contramovimiento pueden competir por el mismo marco. El marco de la familia, que siempre fue la piedra angular de la posición del movimiento antiabortista, fue utilizado por el movimiento proaborto para neutralizar la oposición a la medida. El marco de protección también fue usado para abordar la protección a la mujer, pero, como hemos demostrado, también puede ser apropiado rápidamente para justificar la protección a la familia.

Conclusiones: encuadres, negociaciones estratégicas y ambivalencias

La doble constitución del movimiento feminista brasileño (y latinoamericano), que agrupa demandas y activistas *femeninas* y *feministas*, revela diferentes dinámicas entre los reclamos de los movimientos sociales y las arenas institucionales. Aunque tanto la violencia como el aborto fueron temas importantes para el movimiento, las victorias institucionales fueron muy diferentes. Cuando se trata de conseguir aliados, no generar oposición y asegurar una mayor aceptación tanto en la esfera pública como en las instituciones formales, los temas que generan menos controversia de cara a los arreglos tradicionales de género tienden a tener más éxito. Este capítulo ofreció una breve comparación de los campos de la violencia de género y el aborto en Brasil. Para ello, analizó algunos acontecimientos y observó el entorno político, cultural y moral que facilitó u obstaculizó el cambio. El movimiento que logró la legislación sobre la violencia doméstica resultó favorecido por una serie de elementos, entre ellos el papel del ejecutivo en la formulación de políticas, su apertura a los movimientos sociales y sus discursos, la falta de fuerzas de oposición y una mayor receptividad al tema en los espacios públicos. Por el contrario, el estancamiento del movimiento proaborto y los riesgos de retroceso han ocurrido en un contexto en el que se perdieron muchos aliados institucionales, el Parlamento fue colonizado por grupos de oposición y se organizó un fuerte contramovimiento que movilizó a la sociedad por motivos morales. Hemos argumentado que la capacidad de ambos temas para permear los contextos institucionales se ve afectada por sus marcos discursivos y los contextos sociomorales en los que se movilizan. Las oportunidades se reducen o se amplían en función de la forma en que los marcos negocian con los valores y conceptos tradicionales en torno al género y la familia. En los dos casos que analizamos, la confrontación política se convirtió en un juego de estrategia en el que los actores institucionales, el movimiento y el contramovimiento lucharon por el control y el uso de los marcos. Si bien la defensa de las concepciones tradicionales sobre la familia y los roles de la mujer fue fundamental para el movimiento antiaborto, el movimiento feminista construyó sus marcos

a través de la negociación, lo que le permitió evitar la confrontación directa. En particular, el movimiento mostró la violencia de género en el campo de la violencia doméstica, conyugal o familiar, y terminó reforzando un marco de protección frente a uno de autonomía. En todos los casos, la protección a la mujer fue muy importante para justificar las políticas públicas, incluso en el ámbito jurídico. La aprobación de la ley sobre el feminicidio, que excluyó el género de su redacción, reveló un aspecto llamativo de las agendas feministas en Brasil: en sí mismo, el marco de género puede ser un obstáculo para la institucionalización de ciertas demandas feministas.

En el campo del aborto, el discurso inicial centrado en la autonomía femenina que tuvo fuerza entre las feministas de los setenta tomó la forma del lenguaje de los derechos reproductivos y de la salud pública en la década de los noventa. Al respecto, la influencia de las conferencias internacionales de El Cairo y Pekín fue fundamental. Las altas tasas de mortalidad femenina por abortos inseguros fortalecieron el argumento de la salud pública. Los marcos de protección que enfatizan la victimización de las mujeres (las mujeres como víctimas de violencia sexual; las mujeres que sufren al llevar hasta el final un embarazo anencefálico; o las mujeres como víctimas de las prácticas inseguras de aborto) también tuvieron un lugar importante. Sin embargo, la agenda del aborto solo ha avanzado gracias a que el movimiento ha ocupado sigilosamente algunos espacios institucionales que no tienen una alta visibilidad pública. La norma técnica que regula el aborto legal surgió en el contexto de los procedimientos que debían adoptarse en casos de violencia sexual. Términos como "profilaxis del embarazo" o "anticipación terapéutica del parto" hicieron avanzar la agenda del aborto en el ámbito institucional. Incluso en esos casos fue difícil superar el énfasis del contramovimiento en la protección a la familia y el papel de la mujer como madre. La victoria más importante del movimiento feminista en el Supremo Tribunal Federal solo se alcanzó a través de un proceso de negociación argumentativa. No obstante, en ambos casos las decisiones favorables a las mujeres afirmaron el marco de protección y el de la familia.

Los marcos jurídicos no solo se utilizan para instrumentalizar las acciones institucionales; también viajan entre las esferas públicas formales e informales. Cuando se estudia la movilización legal, es importante observar no solo las instituciones, sino también los flujos y los desplazamientos que tienen lugar en las disputas sobre las estrategias institucionales o en la esfera pública. El lenguaje del derecho se usa en las campañas y discursos dentro de la esfera pública, mientras que los discursos morales se articulan dentro de las esferas institucionales formales. En la medida en que permite observar las conexiones entre los aspectos sistémicos de los argumentos jurídicos, morales, religiosos, culturales y científicos, la categoría de encuadre ofrece una perspectiva privilegiada para analizar estas dinámicas. Las disputas simbólicas e institucionales se refuerzan mutuamente en este flujo de marcos móviles. Por ejemplo, en el caso de la violencia intrafamiliar, una victoria en la Corte Interamericana impulsó la movilización de las ONG a nivel nacional y fortaleció la campaña a favor de la Ley Maria da Penha. A su vez, la aprobación de la ley resultó ser una forma de capital simbólico para la difusión: "La ley es más fuerte" fue el lema de una de las principales campañas de sensibilización y fortalecimiento de los procesos penales por

violencia doméstica. Además, el movimiento recurrió al Supremo Tribunal Federal para reforzar simbólicamente la ley.

Por otro lado, los marcos también encarnan la relación entre las respuestas institucionales, el movimiento y el contramovimiento. La presencia del oponente en el campo de batalla desencadena un proceso proactivo en el que aparecen argumentos contrarios y se modulan los marcos con el propósito de evitar o reducir el enfrentamiento. En el caso del aborto, el conflicto moral que desencadenaron los conservadores en la esfera pública explica en parte los retrocesos institucionales, así como la nueva estrategia de las feministas, que empezaron a usar marcos menos radicales y enfocaron sus esfuerzos en ocupar espacios menos visibles. Hay una dimensión adicional del uso de marcos en las disputas que ocurren en las instituciones formales (Kirchheimer 1961; Barkan 2007): más allá del resultado del proceso judicial, la función de cualquier controversia es ampliar el alcance del enfrentamiento y los marcos que se movilizan en él. De hecho, los marcos que resultan más ventajosos para ganar un caso pueden tener un impacto menor sobre el discurso moral dominante. Las estrategias discursivas que despliegan los movimientos dentro de las instituciones estatales son el resultado de una tensión permanente entre las dos dimensiones de cualquier disputa: los marcos de negociación que se usan para avanzar en los reclamos de derechos y los que se utilizan para amplificar los marcos de confrontación.

Para enfrentarse a la fuerte presencia del contramovimiento en torno al aborto, el movimiento feminista brasileño diseñó su estrategia de movilización institucional con base en marcos más negociados. Solo cuando el movimiento abandonó las instituciones y se tomó las calles y la internet, la agenda se radicalizó más. Las tendencias recientes muestran una creciente radicalización de la política en los campos de la violencia y el aborto. En el campo de la violencia, la adecuación semántica a través de la familia y la domesticidad está siendo cuestionada. Al mismo tiempo, el marco normativo está siendo usado para abordar otras formas de violencia de género. La violencia sexual y la violencia contra la comunidad LGBTI han ampliado el alcance del debate y han revelado los conflictos que se extienden más allá del entorno familiar. En el campo del aborto, el movimiento ha radicalizado su repertorio y su estructura en un contexto en el que las formas institucionalizadas de activismo parecen ser poco prometedoras. El feminismo joven, menos institucionalizado y más dispuesto a explorar las cuestiones de la sexualidad y el cuerpo, se movilizó y volvió a las calles en 2015. Este nuevo movimiento le dio origen a lo que se conoció como la "primavera feminista"[28]. Bajo las banderas de "Fuera Cunha" (en oposición al congresista conservador y evangélico Eduardo Cunha) y "Mi cuerpo, mis reglas", la lucha por el derecho al aborto y en contra de los retrocesos conservadores tomó una forma más disruptiva. En el futuro, la politización del género en el movimiento feminista brasileño parece inevitable.

Notas

1. La Iglesia católica jugó un papel importante en la formación de estos movimientos populares en muchos países de América Latina, incluido Brasil, especialmente a través de las comunidades eclesiales de base, que seguían la teología de la liberación (Sader 1988).

2. En este capítulo usamos los términos "movimiento de mujeres" y "movimiento feminista" de forma intercambiable. Entendemos el movimiento como un campo política y socialmente heterogéneo de movilización que comprende ambas formas de politización: la movilización de las mujeres para mejorar sus condiciones de vida (que frecuentemente acepta una división tradicional de los roles de género y no necesariamente se identifica como feminista) y las movilizaciones que pretenden cuestionar los roles de género. Sonia Álvarez los llama movilización *femenina* y *feminista*. La primera tiene demandas *prácticas* y "no solo surge de los roles femeninos imperantes, sino que los acepta y reivindica los derechos sobre la base de esos roles". La segunda tiene objetivos *estratégicos*, como la emancipación de la mujer o la igualdad de género (Álvarez 1990, 24-5). Para Molyneux (1986), la combinación de las demandas prácticas y las estratégicas es una característica de la movilización de las mujeres latinoamericanas.
3. El caso de Maria da Penha Maia Fernandes, presentado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (Cladem) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1998 (en el que se aplicó por primera vez la Convención de Belém do Pará), y el caso Campo Algodonero, sobre el feminicidio en México, presentado en 2002, son ejemplos exitosos de acciones feministas organizadas dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
4. Nos referimos a la idea de "campo" inspirada por Flingstein y MacAdam (2011), que definen los campos de acción estratégica como un orden social construido a mesonivel en el que los actores individuales o colectivos interactúan entre sí sobre la base de una comprensión compartida (no consensual) en torno a los propósitos del campo, las relaciones con otros en el campo (incluyendo quién tiene el poder y por qué) y las reglas que gobiernan la acción legítima. En este capítulo entendemos que el "campo de la movilización de las mujeres" tiene que ver con las condiciones de vida de las mujeres o con cuestiones de igualdad de género. La violencia de género y el derecho al aborto constituyen subcampos dentro de este campo más amplio.
5. La narrativa en la movilización alrededor de la Ley Maria da Penha se basa parcialmente en el proyecto de investigación "The Law Seen From the Inside (and From the Outside): Disputing the Interpretation of Maria da Penha Law in the Brazilian Courts". El proyecto fue financiado por el Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) y coordinado por Marta Machado y José Rodrigo Rodriguez. Sobre el derecho al aborto, presentamos una narrativa breve y parcial de los datos que generó el proyecto de investigación "Abortion Rights Lawfare in Latin America", coordinado por Rachel Sieder (Chr. Michelsen Institute, Noruega).
6. Cerca de 16 países de América Latina han aprobado leyes que prohíben la violencia contra las mujeres. Mientras que algunas se refieren a la violencia doméstica e intrafamiliar (Brasil, Bolivia, El Salvador, Colombia, Panamá, Chile, Paraguay, Honduras, Puerto Rico y Uruguay), otras abordan específicamente la "violencia contra las mujeres" (Argentina, Perú, Costa Rica, Guatemala, México y Venezuela). Véase *Respostas à violência baseada em gênero no Cone Sul: avanços, desafios*

e experiências regionais, Informe Regional de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, junio de 2011. www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_crime/Publicacoes/Respostas_Violencia_Genero_Cone_Sul_Port.pdf. (Consultado el 24 de septiembre de 2017). Para marzo de 2015, 16 países latinoamericanos habían criminalizado el feminicidio (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela).

7. En América Latina, los países se dividen entre los que permiten el aborto cuando el embarazo fue producto de un caso de violencia sexual o pone en riesgo la salud de la mujer (Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia y Argentina) y los que prohíben absolutamente el aborto (Chile, Nicaragua y El Salvador). En Uruguay y Guayana Francesa el aborto no es un delito (Jurkewicz 2011). La legislación mexicana sobre el aborto varía entre los federales; en particular, está despenalizado durante el primer trimestre de gestación en el Distrito Federal, pero sigue siendo un delito en la mayoría de los estados, donde hay diferentes regímenes de excepción (Ruibal 2014).
8. IBOPE, Católicas pelo Direito de Decidir. Pesquisa IBOPE JOB2105. 2010. [Internet]. http://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2011/01/publicacao-Ibope-Catolicas-Aborto-2011.compressed.pdf. (Consultado el 24 de septiembre de 2017); C. Dides *et al.*, *Estudio de opinión pública sobre aborto y derechos sexuales y reproductivos en Brasil, Chile, México y Nicaragua* (Santiago: Flacso, 2011); y A. Faundes *et al.* "Brazilians have different views on when abortion should be legal, but most do not agree with imprisoning women for abortion", *Reproductive Health Matters* 21/42, noviembre de 2013: 165-73.
9. Por ejemplo, en la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional de Colombia declaró legal el aborto cuando el embarazo representa un riesgo para la vida de la madre o fue el resultado de una violación. Una victoria feminista similar sucedió en Brasil en 2012 cuando el Tribunal Supremo Federal autorizó la interrupción del embarazo si el feto es anencefálico.
10. La investigación sobre las estaciones de policía dirigidas por mujeres resalta la precariedad de las instalaciones y la falta de capacitación de los empleados (Debert y Gregori 2002; Santos 1999).
11. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 1979, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), 1994.
12. Por ejemplo, la Ley 10778/2003 (que ordena notificar a las autoridades sanitarias públicas y privadas encargadas de atender a mujeres víctimas de violencia) y la Ley 10886/2004 (que incorporó el delito de violencia doméstica al Código Penal).
13. Artículo 128 del Código Penal brasileño.
14. Publicada en 1998, la norma técnica Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes fue el resultado del diálogo feminista en el Ministerio de Salud.
15. Además de la creación de la Secretaría Especial de Políticas para la Mujer, Lula nombró a una militante feminista como directora del área de Salud de la Mujer en el Ministerio de Salud.
16. Este fue el resultado de la norma técnica Prevenção e Tratamento dos Agravos

Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes. http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf. (Consultado el 25 de junio de 2016).

17. Durante el primer Gobierno de Lula se realizaron varias conferencias nacionales con el objetivo de incrementar la participación de la sociedad civil en la formulación de las políticas públicas (Faria *et al.* 2012).
18. En 2007, la Oficina de la Presidencia interpuso la Acción Declaratoria de Constitucionalidad (ADC) 19 con el fin de que el Tribunal Supremo Federal confirmara la constitucionalidad de los artículos más controvertidos de la ley, a saber: el 1.° (que establece que restringir la aplicación de la ley solo a las mujeres violaría el principio de igualdad), el 33 (que crea los Tribunales de Violencia Doméstica y altera la organización judicial brasileña) y el 41 (que señala que a los delitos de violencia doméstica y familiar contra la mujer no se les aplica la Ley 9099/9). En 2010 el Supremo Tribunal Federal estudió otro caso relacionado con la ley: la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 4424 interpuesta por la Advocacia-Geral da União, que cuestionó la necesidad de contar con la autorización de las mujeres para procesar los casos de lesiones corporales.
19. El escándalo "Mensalão" marcó el inicio de la crisis de la administración Lula (Cesarino 2006, 44-5).
20. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54). http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334. (Consultado el 24 de septiembre de 2017).
21. El proyecto de ley fue el resultado del trabajo de la Comisión Parlamentaria Mixta de Investigación (CPMI) sobre violencia doméstica contra la mujer, integrada por congresistas federales que viajaron a 18 estados con el propósito de celebrar reuniones y audiencias públicas y recopilar documentos y testimonios. El informe final de la CPMI diagnosticó un "repunte del feminicidio en el país[ ] y altos y continuos niveles tanto de violencia contra las mujeres[ ] como de tolerancia estatal" (CPMI 2013, 8), y propuso cambios en la legislación para combatir mejor la violencia contra las mujeres. En la exposición de motivos del proyecto, la CPMI cita instrumentos internacionales como el Protocolo de las Naciones Unidas para la investigación de los asesinatos cometidos por razón de la condición de la mujer, la condena a México por el caso "Campo Algodonero" y las reformas legislativas que adoptaron el delito de feminicidio en varios países latinoamericanos.
22. En 2009, el Tribunal de Apelaciones del Estado de Rio Grande do Sul estableció que el estado tiene la facultad de "promulgar leyes para proteger a las personas vulnerables" (Apelación penal 70030827380, jueza relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos). En el mismo año, el mismo tribunal afirmó que la protección a las personas mayores y a la niñez y la adolescencia son ejemplos constitucionales del "poder legislativo del estado para crear leyes que establezcan un tratamiento especial para los grupos minoritarios de ciudadanos" (*habeas corpus* 70031748676, jueza relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos).

* Los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil no firman con su nombre completo, sino con una parte de él, ya sea su nombre de pila, uno de sus apellidos, sus dos apellidos o una combinación de lo anterior. Por ejemplo, los ministros Marco Aurélio Mendes de Farias Mello y Cármen Lúcia Antunes

Rocha, que son citados por las autoras, firman como Marco Aurélio y Cármen Lúcia. Para facilitar la búsqueda de las referencias y para respetar la tradición del Tribunal, conservo la forma en que las autoras se refieren a los miembros del Supremo Tribunal Federal. (Nota del traductor).

23. Varias decisiones proferidas por los tribunales estatales defienden la ley como un mecanismo para proteger a la familia: "[E]l valor de la ley es proteger a la familia y a cada individuo dentro de la familia, una disposición que también se encuentra en la Constitución" (Brasil, Tribunal de Apelaciones del Estado de Mato Grosso do Sul 2009. Apelación penal 2009.025378-7, juez: Dorival Moreira dos Santos). Al proteger a las mujeres, el Estado abordaría su "condición de género" y también ayudaría a la familia por medio de mecanismos destinados a prevenir la violencia en sus relaciones, tal y como lo dispone la Constitución. La ley debe ser defendida ya que "la práctica de la violencia doméstica conlleva, por regla general, consecuencias perjudiciales para toda la institución familiar" (apelación penal 2009.025378-7, 2009d).
24. El asambleísta João de Deus del Partido de los Trabajadores ante la "Comisión de la familia, la educación, la cultura y el deporte, la ciencia y la tecnología, y la comunicación– Subcomisión de la familia, el menor de edad y los ancianos" durante el debate del Comité Constitucional de 1988, página 207 de las Actas de la Asamblea Constituyente. www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/sistema.pdf. (Consultado el 5 de mayo de 2017).
25. Según Débora Diniz, representante del Instituto de Bioética, Derechos Humanos y Género (ANIS), que fue el principal promotor de esta estrategia, el concepto "anticipación terapéutica del parto" proporcionaría un "cambio jurídico, ético, médico y moral" a los términos del debate sobre el aborto.
26. Intervención de Débora Diniz, representante del ANIS en la audiencia pública ante el Supremo Tribunal Federal. www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_28808.pdf. (Consultado el 5 de mayo de 2017).
27. La decisión del Supremo Tribunal Federal que se referencia en la nota 28, p. 67.
28. La llamada "primavera feminista" fue un pico de movilización feminista que tuvo lugar en 2015. La movilización comenzó con campañas en las redes sociales y luego se tomó las calles. La campaña "#primeiroassédio", en la que las mujeres relataron la primera vez que fueron acosadas, ha sido reproducida más de 100.000 veces en Twitter. En la campaña "#meuamigosecreto", las mujeres denunciaron situaciones cotidianas de machismo en las redes sociales. El *hashtag* fue mencionado 170.000 veces en Twitter. En noviembre de 2015 se llevó a cabo la Marcha de las Mujeres Negras, y hubo varias protestas en contra el Estatuto del no Nacido, específicamente contra el congresista Eduardo Cunha (exsenador y evangélico que impulsa proyectos apoyados por la bancada evangélica en el Congreso). Véase http://thinkolga.com/2015/12/18/uma-primavera-sem-fim/. (Consultado el 25 de junio de 2016).

Referencias

ADPF 54 (Supreme Court, Action for Noncompliance with Fundamental Concept). 2004. Justice Marco Aurélio's Preliminary Decision, 1º de julio de 2004, 86. http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.

jsp?docTP=TP&docID=3707334. (Consultado el 1º de abril de 2019).

Alexy, Robert. 1989. *A theory of legal argumentation*. Oxford: Clarendon Press.

Álvarez, Marcos C., Alessandra Teixeira, Maria Gorete Marques de Jesus, Fernanda E. Matsuda, Caio Santiago y Veridiana Domingos Cordeiro. 2010. *O papel da vítima no processo penal*. Brasilia: Ministério da Justiça, Série Pensando o Direito.

Álvarez, Sonia E. 1990. *Engendering democracy in Brazil: Women's movements in transition politics*. Princeton: Princeton University Press.

Álvarez, Sonia E. 1998. Latin American feminisms 'go global': Trends of the 1990s and challenges for the new millennium. En *Cultures of politics, politics of cultures: Revisioning Latin American social movements*, eds. Sonia E. Alvarez, Evelyn Dagnino y Arturo Escobar, 293-324. Boulder: Westview Press. Supremo Tribunal Federal

Álvarez, Sonia E., Evelyn Dagnino y Arturo Escobar. 1998. Introduction: The cultural and the political in Latin American social movements. En *Cultures of politics, politics of cultures: Re-visioning Latin American social movements*, eds. Sonia E. Álvarez, Evelyn Dagnino y Arturo Escobar. Boulder: Westview Press.

Barkan, Steven E. 2007. Criminal persecution and the legal control of protest. *Mobilization International Journal* 11(1): 181-95.

Barsted, Leila Linhares. 1992. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil: 10 anos de luta feminista. Florianópolis. *Revista Estudos Feministas*, 0: 104-30.

Cesarino, Leticia Maria C. N. 2006. *Acendendo as luzes da ciência para iluminar o caminho do progresso: Ensaio de Antropologia Simétrica da Lei de Biossegurança Brasileira*. Disertación de maestría em Antropología, Universidade de Brasília.

Debert, Guita Grin y Maria Filomena Gregori. 2002. As delegacias especiais de polícia e o projeto gênero e cidadania. En *Gênero e cidadania*, ed. Mariza Corrêa. Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp.

Debert, Guita Grin y Maria Filomena Gregori. 2008. Violência e gênero: Novas propostas, velhos dilemas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 23(66): 165-85.

Dworkin, Ronald. 1988. *Law's empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Günther, Klaus. 1993. *The sense of appropriateness: Application discourse in morality and law*. Nueva York: State University of New York.

Faria, Claudia Feres, Viviane Petinelli Silva y Isabella Lourenço Lins. 2012. Conferências de políticas públicas: Um sistema integrado de participação e deliberação? *Revista Brasileira de Ciência Política* 7: 249-84. https://dx.doi.org/10.1590/S0103-33522012000100011. (Consultado el 5 de mayo de 2017).

Flingstein, Neil y Douglas McAdam. 2011. Toward a general theory of strategic action fields. *Sociological Theory* 29(1): 1-26.

García Pereanez, José Antonio. 2010. Consideraciones sobre la despenalización del aborto en Colombia. *Iatreia* 23(3): 294-301. www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-07932010000300012&lng=en&tlng=. (Consultado el 5 de mayo de 2017).

Jelin, Elizabeth. 1987. Introduction. En *Ciudadanía e identidad: Las mujeres en los movimientos sociales latinoamericanos*, ed. Elizabeth Jelin. Ginebra: United Nations Research Institute for Social Development.

Jurkewicz, Regina Soares. 2011. *Quem controla as mulheres? Direitos reprodutivos e fundamentalismos religiosos na América Latina*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir.

Kirchheimer, Otto. 1961. *Political justice. The use of legal procedure for political ends*. Princeton: Princeton University Press.

Macaulay, Fiona. 2006. Judicialising and (de) criminalising domestic violence in Latin America. *Social Policy and Society* 5(1): 103-14.

Machado, Maria das Dores Campos. 2012. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. *Revista Brasileira de Ciência Política* 7: 25-54.

Maciel, Débora Alves. 2011. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: O caso da campanha da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 26(77): 97-111.

McCarthy, John D. y Mayer N. Zald. 1977. Resource mobilization and social movements: A Partial Theory. *American Journal of Sociology* 82(6): 1212-41.

Meyer, David S. y Suzanne Staggenborg. 1996 Movements, countermovements, and the structure of political opportunity. *American Journal of Sociology* 101(6): 1628-60.

Mendes, Conrado Hübner. 2011. Neither dialogue nor last word. *Legisprudence* 5: 1-40.

Moraes, Aparecida F. y Bila Sorj, eds. 2009. *Gênero, violência e direitos na sociedade Brasileira*. Río de Janeiro: 7 Letras.

Molyneux, Maxine. 1986. Mobilization without emancipation? Women's interests, state, and revolution. En *Transition and development: Problems of Third World Socialism*, eds. Richard R. Fagen, Carmen Diana Deere y José Luis Coraggio. Berkeley: Center for the Study of the Americas.

Pedriana, Nicholas. 2006. From protective to equal treatment: Legal framing processes and transformation of the women's movement in the 1960s. *American Journal of Sociology* 111(6): 1718-61.

Ruibal, Alba. 2014. *Reform and backlash in México abortion's law: Political and legal opportunities for mobilization and counter-mobilization*. Artículo presentado en la Annual Meeting of the American Political Science Association, Washington, DC: 28-31 de agosto.

Da Rocha, Maria Isabel Baltar. 2006. A discussão política sobre aborto no Brasil: Uma síntese. *Revista Brasileira de Estudos de População* 23(2): 369-74.

Sader, Eder 1988. *Quando novos personagens entraram em cena. Experiências, falas e lutas de trabalhadores da Grande São Paulo (1970-1980)*. Río de Janeiro: Paz e Terra.

Safa, Helen Icken. 1990. Women's social movements in Latin America. Special Issue Women and Development in the Third World. *Gender and Society* 4(3): 354-69.

Santos, Cecília MacDowell. 1999. Cidadania de gênero contraditória: queixas, crimes e direitos na delegacia da mulher em São Paulo. En *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, eds. Amaral Junior y Cláudia Perrone-Moisés, 315-52. São Paulo: Edusp.

Santos, Cecília MacDowell. 2005. *Women's Police Stations: Gender, Violence and Justice in São Paulo, Brazil*. Nueva York: Palgrave MacMillan.

Santos, Cecília MacDowell. 2007. Ativismo jurídico transnacional e o estado: Reflexões cobre casos apresentados contra O Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Sur-Revista Internacional de Direitos Humanos* 7: 27-57.

Snow, David A., E. Burke Rochford Jr., Steven K. Worden y Robert D. Benford. 1986. Frame alignment processes, micromobilization,

and movement participation. *American Sociological Review* 51(4): 464-81.

Snow, David A., Robert Benford, Holly McCammon, Lyndi Hewitt y Scott Fitzgerald. 2014. The emergence, development, and future of the framing perspective: 25+ Years Since 'Frame Alignment'. *Mobilization* 19(1): 23-46.

Tarrow, Sidney. 1988. *Power in movement: Social movements, collective action and politics*. Nueva York: Cambridge University Press.

Vanhala, L. 2009. Anti-discrimination policy actors and their use of litigation strategies: The influence of identity politics. *Journal of European Public Policy* 16: 738-54.

Capítulo 23
LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LA PERSECUCIÓN DE LAS GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA*

Elena Martínez Barahona y Martha Gutiérrez

Introducción

Las sociedades en transición enfrentan el desafío de abordar las violaciones de derechos humanos que ocurrieron en el pasado. Para ello se han adoptado distintas medidas como mecanismos encaminados a conocer la verdad sobre lo sucedido para establecer alguna forma de justicia o reparar de alguna manera el daño causado. Algunas sociedades han preferido no hacer nada al respecto; en cambio, han institucionalizado políticas de olvido a través de amnistías. Todos estos mecanismos (la búsqueda de verdad, justicia y reparación y las amnistías) se denominan "justicia transicional"[1]. Este concepto surgió en la década de los noventa y agrupa las diversas medidas políticas y jurídicas que han usado los Estados para abordar los crímenes que cometieron los regímenes represivos (Teitel 2003). Además, el concepto se centra en las complejas nociones de "transición" y "justicia".

América Latina es la región del mundo que, a través del diseño de mecanismos de justicia transicional, más ha progresado al lidiar con crímenes del pasado cometidos durante dictaduras militares y conflictos armados. En el campo de la justicia transicional se entrelazan la investigación académica, la práctica y la política. De hecho, muchos de los primeros estudios fueron escritos por personas que venían del mundo del litigio. Este capítulo pretende mapear los estudios sobre la justicia transicional en América Latina. Con ese fin, distinguimos las experiencias entre países y el tipo de transición que atravesaron. Además, describimos el desarrollo del campo mencionado y mostramos cómo dicho desarrollo está ligado con las medidas que han adoptado los diferentes países y sus avances en materia de rendición de cuentas. Finalmente, planteamos algunas preguntas y desafíos del campo de estudio que se desprenden de nuestra revisión.

Tipos de transición y mecanismos de justicia transicional

La literatura sobre los mecanismos de justicia transicional en diferentes países de América Latina ha tendido a reflejar la naturaleza diversa de dichos mecanismos, así como sus dinámicas y cronologías propias (tabla 23.1). A su

* Cómo citar este capítulo: Martínez Barahona, Elena y Martha Gutiérrez. 2024. La justicia transicional y la persecución de las graves violaciones de derechos humanos en América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 525-548. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.24

vez, la variación en los mecanismos de justicia transicional está vinculada a los diversos tipos de transición que han atravesado los países de la región. Es evidente que la diversidad y la riqueza de estas experiencias han influido directamente en las formas en que los analistas se han acercado al campo. Dicha tabla muestra las diferentes transiciones que han ocurrido en la región y los mecanismos de justicia transicional que se han aplicado. Aunque la mayoría de los países han vivido procesos de democratización después de la caída de gobiernos autoritarios (Argentina, Uruguay, Brasil, Chile, Paraguay, Bolivia, Haití, Honduras, Panamá y Venezuela), otros han tenido que enfrentarse a un conflicto armado interno (Guatemala y El Salvador). Mientras el primer grupo diseñó diversas medidas de justicia transicional, el segundo tuvo que afrontar los desafíos que el conflicto armado le plantea no solo a la paz, sino también a la justicia transicional[2]. En otros casos, el momento de la transición no es tan evidente, puesto que los derechos humanos se siguen violando ante la mirada de los gobiernos autoritarios civiles que, de hecho, usan la represión política para controlar especialmente a la izquierda, los sindicatos y otros grupos disidentes. La experiencia peruana durante el régimen de Fujimori (1990-2000), los 12 años del Gobierno de Balaguer en la República Dominicana (1966-1978) y los casos de Ecuador, principalmente bajo el Gobierno de Febres Cordero (1979-1988), México (1969-1990) y Colombia ilustran esta tendencia.

Es posible clasificar los países de la región en dos grupos según el *tipo* de mecanismo de justicia transicional que adoptaron:

a. Aquellos en los que se han adoptado varios mecanismos (incluso si los resultados y la eficacia de tales medidas difieren entre ellos). A este grupo pertenecen Argentina, Uruguay, Chile, El Salvador, Guatemala, Bolivia, Haití, Honduras y Perú. En casi todos estos países se crearon comisiones de la verdad, se celebraron juicios y se diseñaron estrategias de reparación. Los resultados más significativos en términos de justicia se observan en Argentina y Chile; por tanto, son los más estudiados de la región. En el resto, los resultados son muy desiguales entre sí.
b. Aquellos donde las comisiones de la verdad han sido el principal mecanismo de justicia transicional (aunque en algunos casos también se han celebrado algunos juicios y se han efectuado reparaciones). Este grupo incluye principalmente a Brasil, Panamá y Paraguay.

En la literatura, esta diversidad se refleja en los trabajos que se concentran exclusivamente en uno de esos mecanismos (las comisiones de la verdad, los juicios o las reparaciones) y en los que, por el contrario, analizan sus interacciones. Los recientes trabajos de Skaar, Wiebelhaus-Brahm & García-Godos (2021) que presentan los resultados de su proyecto "Beyond Words" sobre la implementación de las recomendaciones de las comisiones de la verdad en 11 países de América Latina constituyen un impresionante esfuerzo para comparar y sistematizar lo que se ha hecho respecto a la verdad en la región.

Este trabajo viene a completar el de Bakiner (2016), que, basándose en las comisiones de la verdad de Chile y Perú, explora 13 contextos transicionales a fin de evaluar el éxito de tales comisiones para promover la reforma política y los derechos humanos. También sigue la estela

del trabajo clásico de Hayner (2001; segunda edición, 2011) que estudia también los impactos de las comisiones de la verdad de Guatemala, Perú, Bolivia, Argentina, Chile, El Salvador, Haití, Paraguay, Uruguay, Panamá y Ecuador. Para ello, la autora confronta los efectos reales de las comisiones de la verdad con los objetivos que ellas mismas se han propuesto, a saber: establecer la verdad en torno a las violaciones de derechos humanos del pasado, asistir a las víctimas, buscar la justicia y apoyar las reformas institucionales. Popkin y Roht-Arriaza (1995) examinaron los logros y limitaciones de las comisiones de la verdad de Chile y El Salvador, y Popkin y Bhuta (1999) ofrecieron un análisis comparativo de los esfuerzos de esas mismas comisiones de Argentina, El Salvador, Chile, Honduras, Guatemala y Sudáfrica por abordar los abusos del pasado.

En cuanto a los juicios, Collins, Balardini y Burt (2013) mapean los procesos judiciales en torno a las violaciones de derechos humanos que cometieron los regímenes autoritarios de Argentina, Chile y Perú. Las autoras recolectan y sistematizan información, a la vez que proponen un marco metodológico para analizar el carácter estratégico de las decisiones alrededor de la judicialización de los casos, examinando los resultados judiciales de las interacciones entre los diferentes actores de la sociedad civil y el Estado. Martínez, Gutiérrez y Rincón (2012) en un estudio anterior han comparado los mecanismos de verdad, justicia y reparación de Guatemala y El Salvador y presentan algunos de los pocos juicios que se han celebrado. Por su parte, Ansolabehere (2014) analiza el papel de las instituciones de la justicia transicional, postransicional y del posconflicto y hace referencia a una serie de estudios que se centraron en el desarrollo a lo largo del tiempo de la rendición de cuentas judicial en Argentina (Smulovitz 2013), Chile (Collins 2009; Huneeus 2011), Guatemala (Gutiérrez 2015b), Uruguay (Skaar 2011) y Perú (Laplante 2009; Burt 2012).

Con respecto a las amnistías, el libro editado por Payne, Abrão y Torelly (2011) ofrece un análisis exhaustivo. En este volumen se incluyen los trabajos de Sikkink y Engstrom, que estudian el tratamiento de la amnistía en el derecho internacional, los análisis comparativos de Mallinder, Olsen, Payne y Reiter y capítulos específicos sobre Uruguay y Brasil.

En cuanto a las reparaciones, Correa (2011) analiza los programas que se implementaron en Argentina, Chile y Perú, mientras que Abrão y Torelly (2011) argumentan que el programa de reparaciones fue el eje estructurador a través del cual Brasil enfrentó los abusos del pasado.

Por último, tenemos que mencionar el libro editado por Skaar, García-Godos y Collins (2016) como uno de los intentos más ambiciosos y sistemáticos de brindar un análisis comparativo detallado de los procesos de justicia transicional en la región. El texto describe los mecanismos de justicia transicional y su evolución en nueve países latinoamericanos: Argentina, Uruguay, Brasil, Chile, Paraguay, El Salvador, Guatemala, Perú y Colombia.

Una segunda clasificación divide a los países de la región en tres grupos con base en el *momento* (la secuencia) en que se han aplicado los mecanismos de justicia transicional:

a. Aquellos en los que los mecanismos de justicia transicional se implementaron inmediatamente después de la transición, como Argentina, Uruguay, Chile, El Salvador, Guatemala, Bolivia, Haití y Honduras. En muchos de estos países, los mecanismos de justicia transicional confluyeron con la

justicia postransicional, como lo indica la tabla 23.1.

b. Aquellos casos en los que los mecanismos de justicia transicional se han aplicado principalmente en contextos postransicionales, es decir, mucho después de la transición democrática. Aquí encontramos la creación de comisiones de la verdad tan tardías que, según la definición de Freeman (2006, 32), corren el riesgo de no ser consideradas verdaderas comisiones de la verdad, sino investigaciones históricas. Entre ellas se encuentran las de Brasil (que investigó entre mayo de 2012 y diciembre de 2014 las violaciones cometidas entre 1946 y 1988), Paraguay (que investigó entre junio de 2004 y agosto de 2008 las violaciones cometidas entre 1945 y 1989) y Panamá (que investigó entre enero de 2001 y abril de 2002 los asesinatos y desapariciones ocurridos entre 1968 y 1989 durante la dictadura militar).

c. Los países donde es muy difícil identificar el momento de la transición o donde el conflicto aún continúa, como Perú y Colombia[3]. En Perú, la Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003) elaboró un informe sobre la violencia armada que sacudió al país entre 1980 y 2000. En él, la Comisión no solo se refirió a los actos de Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), sino también a las operaciones militares contrainsurgentes. Una de las principales consecuencias de este proceso de justicia transicional fue la condena a 25 años de prisión que se le impuso al expresidente Alberto Fujimori por las graves violaciones a los derechos humanos que se cometieron durante su gobierno (1990-2000).

En Colombia, la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), que fue aprobada durante el Gobierno

Tabla 23.1. Variaciones entre los mecanismos de justicia transicional

País	Duración del conflicto / Período de las violaciones de derechos humanos	Año de la transición formal	Violencia (todos los datos son estimaciones controversiales)	Tipo y secuencia de los mecanismos oficiales de justicia transicional	
				Bajo los gobiernos de transición	Después (postransición)
Países que vivieron una transición a la democracia					
Argentina	1976-1983	1983	Entre 10.000 y 30.000 muertos y detenidos desaparecidos (DD), torturas generalizadas	Comisión de la verdad (1983), juicios, amnistías, reparaciones	Juicios a gran escala desde el año 2000
Uruguay	1973-1985	1984	190 muertos y DD, 200.000 torturados	Comisión de la verdad (1985), amnistías	Juicios, segunda Comisión de la Verdad (2000), reparaciones
Brasil	1946-1988	1985	420 muertos y DD, torturas generalizadas	Amnistías	Comisión de la verdad (2012)
Chile	1973-1990	1991	3.200 muertos y DD, 40.000 torturados	Comisión de la verdad (1990), amnistías, reparaciones	Segunda Comisión de la Verdad (2003), juicios a gran escala desde 1998

País	Duración del conflicto / Período de las violaciones de derechos humanos	Año de la transición formal	Violencia (todos los datos son estimaciones controversiales)	Tipo y secuencia de los mecanismos oficiales de justicia transicional	
				Bajo los gobiernos de transición	Después (postransición)
Paraguay	1954-1989	2003*	400 muertos y DD, 20.000 torturados	No hubo amnistías. La Comisión de la Verdad se creó posteriormente	Reparaciones, Comisión de la Verdad (2003)
Bolivia	1964-1982	1982	200 muertos y DD	Comisión de la verdad (1982), juicios (condena a García Meza)	Reparaciones
Haití	1957-1994	1994	60.000 muertos	Comisión de la verdad (1996), juicios (Tonton Macoute)	
Honduras	1963-1982	1982	184 DD (la mayoría entre 1980 y 1984)	Comisión de la verdad (1994), amnistías	
Panamá	1968-1989	1989	100 muertos y DD		Comisión de la verdad (2001)
Transiciones a la paz					
El Salvador	1980-1992	1991	50.000 muertos y DD	Comisión de la verdad (1992), amnistías	
Guatemala	1958-1994	1996	20.000 muertos, algunos como consecuencia de actos de genocidio	Comisión de la verdad (1994), amnistías limitadas	Juicios (el juicio a Ríos Montt se celebró en el 2013)
Casos híbridos					
Perú	1980-2000	2000**	69.000 muertos y DD, 600.000 desplazados internos	Comisión de la verdad (2001), juicios, reparaciones	El encarcelamiento de Fujimori tuvo lugar en 2009. Otros juicios de alto nivel siguen en curso
Conflictos en curso					
Colombia	Desde 1958	En curso	Masacres, 4 millones de desplazados internos	Amnistías condicionadas, juicios, reparaciones, búsqueda de la verdad	

Notas:

* El dictador Alfredo Stroessner fue derrocado en un golpe de palacio en 1989, pero su Partido Colorado siguió en el poder hasta 2008. La Comisión de la Verdad y Justicia de Paraguay investigó las violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar entre 1954 y 2003, la fecha de su creación.

** El año 2000 marca el fin del Gobierno civil y autoritario de Fujimori (1990-2000) y el comienzo de las discusiones en torno a los mecanismos de justicia transicional.

Fuente: Basado en Skaar, García-Godos y Collins (2016).

de Álvaro Uribe y se aplicó principalmente a los grupos paramilitares, estableció un marco jurídico para la desmovilización de los actores armados que quisieran contribuir a la búsqueda de la verdad. Durante el Gobierno de Juan Manuel Santos se aprobó la Ley 1448 de 2011, que creó un marco de justicia transicional en torno a la reparación y la restitución de tierras. En 2012, las negociaciones de paz entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) llevaron a la aprobación de una reforma constitucional cuyo objetivo fue establecer un marco jurídico para la paz, que incluía la posibilidad de conceder amnistías. Esta reforma desató un acalorado debate nacional alrededor del balance entre paz y justicia. La polarización y la división al respecto se puso de manifiesto cuando el acuerdo de paz fue rechazado por un estrecho margen en un plebiscito que tuvo lugar el 2 de octubre de 2016. Aunque el Congreso colombiano finalmente ratificó los acuerdos de paz producto de la renegociación que siguió al plebiscito, el país aún enfrenta el desafío de garantizar los derechos de las víctimas en el posconflicto.

Los académicos han reflexionado también sobre estas diferencias en la secuencia de los mecanismos de justicia transicional. Las primeras contribuciones datan de finales de la década de los noventa. Un buen ejemplo de ello es la compilación de Kritz (1995), en la que se analizó la experiencia de Argentina, Uruguay, Brasil y Chile, tratando de responder cómo estos países lidiaban con el pasado[4]. Estos estudios evaluaron los posibles riesgos que podrían implicar los mecanismos de justicia transicional sobre la consolidación de la democracia. Más adelante otros autores afirmaron que la justicia transicional no solo se normalizó, sino que también se expandió el significado mismo de la transición (Teitel 2003).

El término "justicia postransicional" empezó a tomar fuerza a medida que se implementaban mecanismos de justicia transicional en contextos posteriores a la transición. Según Collins (2012), la justicia postransicional se refiere a los desafíos a los acuerdos tomados en el momento de la transición frente a la verdad, la justicia y la reparación o a la exigencia de su cumplimiento y profundización. El trabajo de Skaar (2010) se centra en los procesos judiciales penales y civiles que se celebraron al menos un ciclo electoral después de la transición a la democracia en Argentina, Chile y Uruguay. Estas autoras se alejan de la llamada "escuela clásica de la justicia transicional", que se enfocaba en las decisiones de las élites en torno a los mecanismos de justicia transicional que se adoptarían en el momento de la transición. En cierto sentido, aunque la diferencia entre la justicia transicional y la justicia postransicional parece evidente en América Latina, no deja de ser problemática, puesto que la barrera entre la transición y la postransición no siempre es analíticamente clara.

En otros países, como República Dominicana, Ecuador, Venezuela y México, se implementaron muy pocos mecanismos de justicia transicional; de hecho, en algunos de ellos se ha considerado que su aplicación ha sido un fracaso, motivado en muchos casos por razones ideológicas. Esta es la razón principal que explica su ausencia en la tabla anterior. Si bien en República Dominicana se han implementado algunas medidas mínimas de justicia transicional, ninguna de ellas aborda los 31 años de la dictadura de Trujillo (1930-1961), que fue responsable de la muerte de más de 50.000 personas; o los 12 años del Gobierno

de Balaguer (1966-1978), que se caracterizó por una represión política generalizada[5]. El Museo Memorial de la Resistencia Dominicana, inaugurado en 2011, fue una iniciativa privada con un gran valor simbólico que buscaba llevar un registro detallado de las víctimas en un país que se caracteriza por la amnesia oficial.

Ecuador ha tenido dos comisiones de la verdad. La primera fue creada en 1996 por el presidente Abdalá Bucaram para investigar 176 casos de violaciones de derechos humanos cometidos desde 1979. La segunda comisión fue creada en 2007 por el presidente Rafael Correa con el objetivo de investigar las múltiples violaciones de derechos humanos que presuntamente se cometieron durante el Gobierno de Febres Cordero (1984-1988), un período en el que el terrorismo de Estado se usó para combatir no solo a las organizaciones subversivas (Alfaro Vive Carajo y Montoneras Patria Libre), sino también a toda la izquierda legal y los movimientos populares. Sin embargo, el caso de Ecuador ha sido ampliamente criticado por el uso político de las comisiones de la verdad. En particular, la segunda estuvo conformada por personas cercanas al Gobierno, exfuncionarios y defensores del partido de gobierno.

Algo similar ocurrió con la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública de Venezuela (2013), que fue creada con el propósito de sancionar las torturas, desapariciones y otras violaciones de derechos humanos que ocurrieron durante la Cuarta República (1958-1998). Esta iniciativa fue fuertemente criticada por su carácter político y por el hecho de que no se implementó ningún mecanismo de justicia transicional.

En 1998, la Comisión Especial del Caso 68 de México intentó sin éxito esclarecer los hechos que rodearon la masacre que tuvo lugar en la Plaza de las Tres Culturas de Tlatelolco, el 2 de octubre de 1968[6]. Por su parte, el presidente Vicente Fox creó en 2001 la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (Femospp) con el fin de investigar la "guerra sucia" que tuvo lugar en las décadas de los setenta y los ochenta, así como las masacres de estudiantes que se produjeron en 1968 y 1971. Esta Fiscalía se disolvió en 2007. En un hecho sin precedentes, dicha entidad acusó en noviembre de 2006 al expresidente Luis Echavarría (1970-1976) por actos de genocidio relacionados con la Masacre de Tlatelolco. Sin embargo, Echevarría fue absuelto en 2009. Asimismo, en 2012 se creó una comisión para investigar la guerra sucia de los años sesenta y setenta en el estado mexicano de Guerrero. Aunque este organismo confirmó que el Estado implementó en Guerrero una política de exterminio en contra de los opositores políticos, este hallazgo tuvo un impacto mínimo fuera de ciertos círculos académicos y organizaciones de derechos humanos[7].

El desarrollo de los estudios sobre justicia transicional en América Latina

Después de haber mostrado la evolución de los mecanismos de justicia transicional en América Latina, ahora nos detendremos en el desarrollo de los estudios sobre justicia transicional. Nos enfocaremos en los trabajos que asumen la perspectiva de la ciencia política comparada para explicar el surgimiento y la naturaleza de la justicia transicional y medir sus efectos en el tiempo. Por razones de espacio, no reseñamos los estudios de caso ni la extensa literatura antropológica sobre el tema[8].

El desarrollo de los estudios sobre justicia transicional en América Latina está marcado por cinco tipos de trabajos: 1. Los estudios que analizan los dilemas de la transición; 2. Las investigaciones que se concentran en la relación entre la justicia transicional, la democracia y los derechos humanos; 3. Los estudios empíricos que pretenden explicar el surgimiento y la secuencia de los mecanismos de justicia transicional; 4. Los trabajos que consideran la contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; y 5. Los estudios emergentes que consideran el tema del género en la justicia transicional.

1. Los dilemas de la transición

Desde que se acuñó el término "justicia transicional" en la Conferencia de Salzburgo de 1992 (Arthur 2011), las primeras investigaciones se concentraron en los dilemas que surgen de la necesidad, por un lado, de abordar las violaciones de derechos humanos del pasado y, por otro, de lograr la estabilidad democrática en el marco de la tercera ola de democratización (Huntington 1994). En este sentido, Teitel (1995) exploró la relación entre el castigo y la democracia y concluyó que los Gobiernos del Cono Sur podrían sufrir de un déficit de legitimidad si no perseguían efectivamente a los responsables de las violaciones de derechos humanos que cometieron los regímenes militares. Tras abordar el dilema de cómo enfrentar el pasado sin poner en peligro la transición a la democracia, O'Donnell y Schmitter (1986) argumentaron que, dada la estrecha relación entre las fuerzas armadas y los actos de represión, los militares tendrían grandes dificultades para desmarcarse de las atrocidades del pasado. Cuanto más grave y atroz sea la represión, mayor será la convicción de no recordar el pasado. O'Donnell y Schmitter señalaron que mientras que el paso del tiempo podría facilitar las políticas de indulto, la gravedad de la represión solo dificultaría su implementación.

Los estudios que analizan el debate "paz versus justicia" merecen una mención aparte. Muchos de ellos coinciden en que la persecución penal durante un conflicto activo puede retrasar e incluso impedir las negociaciones de paz (Snyder y Vinjamuri 2003; Kim y Sikkink 2010; Uprimny, Sánchez y Sánchez 2014). Este dilema ha llevado a buscar en las amnistías el remedio para garantizar la inmunidad *ex post facto*.

2. Justicia transicional, democracia y derechos humanos

Con el paso de los años comenzaron a surgir estudios que les prestaron atención a los diferentes mecanismos de justicia transicional que se han implementado en América Latina y a sus efectos sobre la democracia y los derechos humanos.

Desde una perspectiva histórica y normativa, Fletcher, Weinstein y Rowen (2009) reflexionan sobre la dinámica y la secuencia de la justicia transicional. Después de analizar retrospectivamente siete estudios de caso, entre ellos dos de América Latina (Argentina y Guatemala), los autores encontraron una regularidad: después de un período de entre seis y ocho años, los mecanismos de justicia transicional que se adoptaron al inicio de la transición se transformaban para enfocarse más en las víctimas, usualmente a través de reparaciones económicas.

El trabajo de Sikkink y Booth Walling (2007) explora la permanencia y la evolución

de las medidas de justicia transicional adoptadas en América Latina. Su estudio concluye que en la mayoría de los países de la región los acuerdos que se alcanzaron durante las transiciones fueron modificados a lo largo del tiempo. De ese modo, si bien las comisiones de la verdad fueron el mecanismo más popular en los primeros años de la transición, posteriormente se produjeron juicios. A través de su análisis empírico de los procesos judiciales en la región, Sikkink y Booth Walling fueron más allá de las discusiones normativas en torno a la verdad y la justicia que habían prevalecido en el campo de la justicia transicional y, en cambio, hicieron un análisis empírico de la noción de "cascada de la justicia" retomando un análisis previamente realizado por Lutz y Sikkink (2001), evidenciando la tendencia seguida en los Estados en proceso de democratización a enjuiciar a los responsables de las violaciones pasadas de derechos humanos. De ese modo, Sikkink y Booth Walling evaluaron el impacto de los juicios de derechos humanos y las comisiones de la verdad sobre la consolidación de la democracia y las prácticas estatales en materia de derechos humanos. Sus conclusiones apuntan a que los juicios no socavaron la democracia ni implicaron un aumento de los conflictos o las violaciones de derechos humanos. También mostraron que, con frecuencia, los mecanismos de justicia transicional que se implementaban en la región se combinaban entre sí. Aunque muchos países optaron en principio por las comisiones de la verdad, posteriormente llevaron a juicio a los responsables de las violaciones de derechos humanos, incluso desafiando las amnistías que se implementaron en el momento de la transición[9].

Olsen, Payne y Reiter (2010) usaron una base de datos de 161 países para estudiar la correlación entre los cambios en los indicadores de derechos humanos y democracia y las medidas de justicia transicional. Sus hallazgos muestran que las condenas en los juicios por violaciones de derechos humanos no implican necesariamente una mejora estadísticamente significativa en el respeto de los derechos. Por el contrario, encontraron que, en ausencia de otras medidas complementarias, la creación de comisiones de la verdad se asocia con un deterioro en la situación de los derechos humanos. Así, tanto la combinación de juicios y amnistías como juicios, amnistías y comisiones de la verdad se correlacionan con la mejora en los indicadores de derechos humanos. El estudio también proporcionó evidencias sobre la secuencia de los mecanismos de justicia transicional: las nuevas democracias inicialmente adoptan amnistías, luego juicios y posteriormente, muchos años después de la transición, optan por medidas de justicia restaurativa.

Después de que algunos académicos cuestionaron los resultados del estudio de Sikkink y Booth Walling (2007), Kim y Sikkink publicaron en 2010 una investigación sobre el impacto de los juicios y su papel en la prevención de la represión. Tras contrastar el impacto de las comisiones de la verdad y los juicios en 100 países que atravesaron procesos de transición, Kim y Sikkink encontraron que aquellos países que llevaron a cabo juicios a gran escala a lo largo del tiempo tenían mejores prácticas de derechos humanos. En contra de la conclusión de Olsen *et al.* (2010), los autores mostraron que las comisiones de la verdad también contribuyen a mejorar la protección de los derechos y que el efecto disuasivo de los juicios alcanza a los países vecinos.

Para terminar, tenemos que mencionar estudios recientes que intentan relacionar la

justicia transicional con una mejora de los mecanismos de la representación democrática (el estudio comparado de 84 países que transitaron a la democracia desde 1946 de Ang y Nalepa en 2019) o con la violencia criminal actual (comparando 76 países entre 1945-2005: Trejo, Albarracín y Tiscornia 2018).

3. La búsqueda de explicaciones

Las investigaciones sobre justicia transicional no solo se han preocupado por analizar la adopción de mecanismos de esta justicia a través del tiempo y su impacto sobre la democracia y los derechos humanos, también se han preguntado por los factores que explican la elección de determinada política hacia el pasado. Si bien en la literatura hay numerosos estudios de caso, no hay suficientes trabajos comparativos sistemáticos que expliquen la adopción de mecanismos de justicia transicional o que den cuenta de sus resultados. Los estudios empíricos exploran dos perspectivas contrapuestas: mientras la primera enfatiza los factores internacionales, la segunda se enfoca en los nacionales (aunque la mayoría los análisis tiene en cuenta ambos).

En la década de los noventa, Linz y Stepan (1996) estudiaron las decisiones que se habían tomado durante las transiciones y concluyeron que estaban afectadas por dos grupos de variables: por un lado, aquellas que tienen que ver con los actores, el tipo de régimen anterior y el liderazgo durante la transición, y, por otro lado, las que se relacionan con los factores contextuales, como las influencias internacionales y entornos en los que se toman las decisiones. Olsen, Payne y Reiter (2010) examinan los mecanismos de justicia transicional que se diseñaron entre 1970 y 2007, así como los factores políticos, financieros, internacionales y sociales que facilitaron o impidieron su implementación. Los autores advierten que, a pesar de que se han producido numerosos estudios sobre justicia transicional, aún no se han puesto a prueba las numerosas hipótesis que se han formulado. En consecuencia, está pendiente la construcción de una teoría uniforme sobre justicia transicional. Su análisis empírico arroja tres conclusiones importantes: 1. Contrario a lo que suponía la literatura anteriormente, parece que los Estados adoptan diferentes opciones de justicia sin que los limite el temor de estar poniendo en riesgo la transición; 2. El legado de los regímenes autoritarios persiste mucho tiempo después de la transición; y 3. Las nuevas democracias tienden a ser cautelosas. En consecuencia, es difícil probar la hipótesis según la cual ir demasiado lejos en materia de justicia pone en riesgo la estabilidad democrática. Dado que los países tienden a implementar diversas medidas, Olsen, Payne y Reiter afirman que es necesario teorizar más en torno a la combinación de los mecanismos de justicia transicional.

Olsen, Payne y Reiter también afirman que la comunidad internacional influye en la elección de los mecanismos. Entre otros factores, mencionan el impacto de la difusión de las normas internacionales o la "cascada de justicia", las redes de defensa internacional y el efecto contagio (los países que llevan a cabo juicios incentivan a sus vecinos a hacerlo). Sus análisis estadísticos descartan la hipótesis del efecto contagio e indican que los efectos de la cascada de justicia se concentran en Europa y América Latina.

En un estudio que tiene en cuenta tanto factores internacionales como los locales, Lessa *et al.* (2014) exploran cuatro que, según la literatura, inciden sobre la celebración de los juicios de derechos humanos en las nuevas

democracias: las demandas que interpone la sociedad civil, el liderazgo judicial en los países, la ausencia de actores con poder de veto y la presión internacional. Su análisis muestra que, por sí solo, ninguno de estos factores permite superar la impunidad; sin embargo, una interacción dinámica entre ellos explica una mayor tendencia hacia la rendición de cuentas. Cuando al final del continuo entre rendición de cuentas e impunidad prevalece la primera, las leyes de amnistía dejan de ser un obstáculo para los juicios. Así, este estudio pone las leyes de amnistía en el centro del análisis que explica el desplazamiento de la impunidad hacia la rendición de cuentas.

Otros estudios sacan a la luz otros factores que podrían explicar mayor rendición de cuentas a través de procesos penales. González Ocantos (2014) se pregunta cómo la difusión de las normas internacionales de derechos humanos (impulsada por las organizaciones no gubernamentales [ONG] nacionales e internacionales) lleva a los actores judiciales nacionales a comprometerse a luchar contra la impunidad. Mientras otros trabajos le asignan un rol fundamental a la independencia judicial, González Ocantos concluye que la intervención pedagógica de las ONG y la renovación del personal judicial inciden positivamente en las decisiones audaces contra la impunidad. Por su parte, Collins (2006) cuestiona los efectos prácticos de la intervención internacional sobre los juicios de derechos humanos locales. En su análisis de la justicia postransicional en Chile, la autora destaca la importancia de los factores internos, como las presiones de los actores locales y la renovación del poder judicial. A su vez, en su análisis de los cambios que han sufrido las luchas por la memoria en el Cono Sur, Jelin (2007) también subraya la importancia de los actores locales.

Esta breve revisión revela la gran variedad de las conclusiones de los estudios empíricos explicativos sobre los mecanismos de justicia transicional. Mientras algunos trabajos, como el de Olsen *et al.* (2010), se centran en los factores que explican la adopción de determinados mecanismos, otros, como el de Lessa *et al.* (2014), están más focalizados en los factores que explican una mayor rendición de cuentas. Vale la pena mencionar otros estudios comparativos. El volumen editado por Barahona de Brito, González-Enríquez y Aguilar (2001), en particular los capítulos de Roht-Arriaza (sobre el papel de los actores internacionales en los procesos nacionales de rendición de cuentas), Barahona de Brito (sobre las experiencias del Cono Sur) y Sieder (sobre América Central), aborda preguntas alrededor de la verdad, la justicia y la memoria. Más recientemente, el libro editado por Skaar, García-Godos y Collins (2016) explora sistemáticamente el impacto de los mecanismos de justicia transicional en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay. Analiza en profundidad el contexto histórico de cada país, los tiempos y la secuencia de los mecanismos de justicia transicional que se implementaron y compara sistemáticamente sus experiencias con el objetivo de contribuir a la comprensión de las estrategias que han adoptado y su contribución a la paz y a los procesos de democratización.

Estos estudios sobre la región concuerdan en que, además de ser común que varios mecanismos de justicia transicional se adopten de manera simultánea, su sola existencia no garantiza avances en la lucha contra la impunidad. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que las amnistías no logran contener los avances en justicia o en los casos contrarios, en los que

las limitaciones a las amnistías no garantizan mayores niveles de justicia. Esta conclusión apoya la observación de Thoms, Ron y Paris (2010) según la cual aún carecemos de pruebas concluyentes acerca de los efectos negativos o positivos de los mecanismos de justicia transicional.

4. La contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a la Justicia Transicional

Con frecuencia se piensa que los factores internacionales explican los cambios en los mecanismos de justicia transicional a lo largo del tiempo. En América Latina su influencia ha sido determinante. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es un foro en el que las víctimas pueden presentar sus denuncias si los sistemas judiciales nacionales son inaccesibles o simplemente hostiles a sus reclamos. A pesar de los límites que tiene el Sistema para intervenir sobre los procesos locales de justicia transicional[10], las sentencias de la Corte Interamericana han desarrollado doctrinas sobre desapariciones, amnistías, los derechos de las víctimas a la verdad, la obligación de los Estados de perseguir las violaciones de derechos humanos y las garantías judiciales, entre otros temas.

Así, algunas sentencias de la Corte Interamericana han sido las primeras en analizar la compleja relación entre justicia, verdad y reparación (Velásquez Rodríguez vs. Honduras 1988); han reinterpretado las leyes nacionales de amnistía (Barrios Altos vs. Perú 2001; Almonacid vs. Chile 2006) o el concepto de desaparición forzada (Goiburú vs. Paraguay 2006; Contreras y otros vs. El Salvador 2011); han definido el derecho a la verdad como un derecho de la sociedad y como una forma de reparación (Gomes Lund–Guerrilha do Araguaia vs. Brasil 2010; Gelman vs. Uruguay 2011); o han denunciado la continua negación de la verdad o la justicia (Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador 2005; García Lucero vs. Chile 2013).

Muchos estudios han analizado las relaciones entre el mencionado Sistema y los procesos de justicia transicional de la región (Salazar y Antkowiak 2007; Huneeus 2011). En particular, estos trabajos se han detenido en las experiencias de Brasil (Abrão y Torelly 2012), Colombia (Bernardi 2013), El Salvador (Martínez Barahona y Gutiérrez 2019), Guatemala (Davis y Warner 2007; Martínez Barahona y Gutiérrez 2019), México (Dutrénit 2012; Bernardi 2015b), Perú (Sandoval 2008; Burt 2009; Bernardi 2015a) y Uruguay (Dutrénit 2012). En general, estas investigaciones concluyen que el Sistema tiene un efecto positivo en el ámbito nacional o al menos se constituye en el único medio para obtener justicia por parte de las víctimas en aquellos países donde las medidas de justicia transicional no avanzan.

5. Justicia transicional y género

Hay pocos estudios sobre justicia transicional y género, la mayor parte de ellos se enfoca en las mujeres como víctimas de violencia sexual (Boesten 2010). Aunque el uso de la violencia sexual en los conflictos armados es una práctica de guerra de larga data, solo hace pocas décadas se tipificó como un crimen internacional. La creación de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda facilitó el desarrollo de la jurisprudencia que define los delitos sexuales como graves crímenes internacionales. A pesar de que las conexiones entre la justicia transicional y el

género son evidentes, esta línea de investigación aún no se ha desarrollado en profundidad en América Latina. Se encuentran algunos estudios para Guatemala (Crosby y Lykes 2011; Duggan, Paz y Paz Bailey y Guillerot 2008; Rosser 2007; Paz y Paz Bailey 2006), Perú (Laplante 2007; Guillerot 2006) y Colombia (Chappell, Gray y Waller 2013; Meertens y Zambrano 2010).

En estos tres países, la violencia sexual es una práctica habitual y planificada dentro de sus conflictos armados. Durante las dos décadas que duró el conflicto armado en Perú (1980-2000), cientos de mujeres quechuahablantes fueron violadas en comunidades agrícolas y bases militares como parte de una estrategia dirigida a reprimir la subversión[11]. Algo similar sucedió durante la guerra civil de Guatemala. En 2016 fueron condenados varios militares guatemaltecos como consecuencia del primer juicio por crímenes sexuales cometidos durante el conflicto[12]. En Colombia, la Corte Constitucional consideró la violencia sexual como una práctica sistemática, habitual y generalizada de todos los actores del conflicto. Mientras algunos autores han analizado la forma en que las comisiones de la verdad se han aproximado a la violencia de género (Rosser 2007; Valji 2006), otros han subrayado la escasa participación de las mujeres en las negociaciones y acuerdos de paz, así como su posterior lucha por la justicia y la democratización (Buckley-Zistel y Zolkos 2012; Fitzsimmons 2000).

Desde una perspectiva antropológica, Theidon (2006) estudia tanto la violencia letal sobre las mujeres peruanas que vivían en las comunidades afectadas por el conflicto, en muchas ocasiones perpetrada por familiares o personas cercanas a su comunidad, como las prácticas de justicia comunitaria en torno a estos delitos y su impacto en los procesos de reconciliación. Posteriormente, Theidon (2007) analizó los testimonios de mujeres ante la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú. La autora mostró que si bien no todos los crímenes de género son de naturaleza sexual, los relatos de los informes se centraron en las agresiones sexuales que ellas habían sufrido. En su estudio de 2009 sobre los procesos de Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR) que se llevaron a cabo en Colombia durante el Gobierno de Álvaro Uribe, Theidon insiste en que este tipo de programas y, en general, los procesos de justicia transicional tienen que incorporar el análisis de género en procura de transformar las masculinidades violentas que caracterizan a los excombatientes (Theidon 2009).

Los desafíos de los estudios sobre justicia transicional

Aunque a lo largo de este capítulo hemos ya señalado algunas deficiencias en los estudios sobre justicia transicional en América Latina, se pueden mencionar otras líneas de investigación que merecen ser profundizadas en el futuro. En particular, es necesario desarrollar enfoques metodológicos y teóricos más sofisticados y reforzar algunas áreas específicas, como las relaciones entre la justicia transicional y los derechos sociales y económicos, y la opinión pública y su vinculación con la justicia transicional.

Como ha señalado Gómez Isa (2010, 189), la justicia transicional ha experimentado una especie de "éxito epistémico" que la ha puesto en el centro de las discusiones en torno a los procesos de transición política y la resolución de conflictos. Paradójicamente, este éxito relativo ha ido acompañado de avances

muy limitados en términos teóricos (De Greiff 2009, 22). De hecho, estas limitaciones teóricas podrían explicar la gran versatilidad de la justicia transicional. La convicción generalizada alrededor de la utilidad de los conceptos y los mecanismos existentes ha llevado a tratar de expandirlos a contextos que, en sentido estricto, no son de transición (Gómez Isa 2010, 190). La ampliación del ámbito de aplicación de la justicia transicional puede afectar el contenido de los conceptos y el funcionamiento mismo de los mecanismos. La justicia transicional se ha expandido a contextos en que el conflicto sigue en curso o se encuentra en sus etapas finales (Colombia) y a países que no enfrentaron los abusos del pasado en el momento de la transición (República Dominicana). Asimismo, sus mecanismos se han desplegado para enfrentar los abusos del presente (México), para confrontar las violaciones de derechos humanos en situaciones políticas específicas (Honduras) o simplemente de forma partidista e ideológica (Ecuador o Venezuela).

La precisión conceptual y la conservación del contenido propio de los conceptos son desafíos que aún enfrentan los estudios sobre justicia transicional. Tal vez, la línea de investigación más prometedora es aquella que se enfoca en distinguir las particularidades de los mecanismos en sí mismos (verdad, justicia y reparación). En este punto se considera prioritario reconocer que la verdad se extiende más allá de las comisiones de la verdad (con sus distintas características y logros) e incluye la búsqueda de las personas desaparecidas. Con respecto a la justicia, debemos detenernos no solo en la presencia o ausencia de juicios, sino también en su contenido, su secuencia y quiénes son los acusados, de manera que se persiga de forma efectiva a los máximos responsables de los crímenes del pasado. Finalmente, debemos analizar el contenido y la naturaleza de las reparaciones y en qué medida benefician no solo a las víctimas, sino también a otros actores socialmente vulnerables o históricamente desfavorecidos.

Junto con una mayor precisión conceptual, es necesario construir marcos teóricos que no solo faciliten la comparación detallada y sistemática de los diversos mecanismos de justicia transicional, sino que también den cuenta de sus diferentes trayectorias. Dichos marcos contribuirían al desarrollo de las investigaciones sobre las decisiones que se adoptan no solo en los momentos de transición, sino a lo largo del tiempo ya sea porque los acuerdos iniciales han sido superados o profundizados a través del tiempo, o porque ha habido un cambio social y en los actores políticos que implica revisar los mecanismos (Gutiérrez 2015a). Estudios recientes han tratado de superar estos desafíos recurriendo a una metodología que permite la comparación de países con diferentes trayectorias (Skaar, García-Godos y Collins 2016 o Skaar, Wiebelhaus-Brahm y García-Godos 2021). Sin embargo, siguen siendo necesarios otros estudios comparativos que apliquen de manera sistemática una metodología común para el estudio de la justicia transicional en la región y fuera de ella.

Se debería también prestar mayor atención a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En particular, hay muy pocas investigaciones empíricas que exploran, por una parte, la relación entre los delitos económicos y las violaciones de derechos sociales y culturales y, por otra, la relación entre la justicia transicional y las estructuras económicas. El estudio de Dancy y Wiebelhaus-Brahm (2015) es un ejemplo notable de este tipo de

aproximaciones aplicadas al caso argentino. También podemos mencionar el reciente estudio de Payne, Pereira y Bernal-Bermúdez (2020) que rastrea y analiza mecanismos de justicia transicional para responsabilizar a actores económicos por las violaciones de derechos humanos en dictaduras y conflictos armados

Como última línea de investigación que necesita mayor desarrollo, podemos mencionar los estudios de opinión pública. Si bien existen muchos estudios sobre las víctimas y sus experiencias, muy pocos han recurrido a muestras estadísticamente representativas. Es más, apenas existen trabajos que diferencian actitudes entre víctimas y no víctimas respecto a la justicia transicional. Mientras el estudio de Nussio, Rettberg y Ugarriza (2015) no encontró diferencias estadísticamente significativas entre las actitudes de las víctimas y no víctimas frente a los mecanismos de justicia transicional, este resultado contradice otros estudios previos que indican que las víctimas prefieren la justicia punitiva sobre la política de olvido (véase Aguilar, Balcells y Cebolla, para el caso español 2011). Los análisis de la opinión pública podrían poner a prueba los argumentos e hipótesis tradicionales sobre los impactos sociales y políticos de la violencia y la justicia transicional.

Conclusiones

Este capítulo presentó los principales debates contemporáneos alrededor de los mecanismos de justicia transicional en América Latina en el campo de la ciencia política comparada. Hemos enfatizado que si bien los académicos inicialmente temían que la justicia transicional pusiera en peligro las transiciones democráticas, el tiempo demostró que los riesgos resultaron ser menores de lo que se pensaba. En la actualidad se argumenta que los mecanismos de justicia transicional pueden mejorar los indicadores de derechos humanos y la democracia, aunque todavía no hay consenso acerca de su impacto sobre la paz o la consolidación democrática.

También hemos argumentado que es necesario fortalecer los estudios comparativos sobre los mecanismos de justicia transicional. En particular, estos trabajos deben prestar más atención a las consecuencias de los mecanismos y sus implicaciones para las democracias de la región. Además, el trabajo comparativo debe incluir no solo los casos exitosos, sino también los menos analizados, es decir, aquellos en los que las medidas de justicia transicional apenas se han implementado o han fracasado. Dado que los reclamos de justicia no desaparecen con la transición, los "fracasos" podrían ser simplemente temporales. Por esa razón, hemos subrayado el carácter continuo y dinámico de los mecanismos de justicia transicional.

Por último, es necesario que los académicos y los litigantes dialoguen sin olvidar los hallazgos de los estudios sobre los mecanismos de justicia transicional. En un campo marcado por las diferencias disciplinares y de perspectiva, este no es un desafío menor.

Notas

1. El término "justicia transicional" se refiere a los mecanismos formales e informales que se adoptan con el fin de afrontar las violaciones de derechos del pasado. Entre estos mecanismos se encuentran los juicios, las comisiones de la verdad, las amnistías, los programas de reparación, entre otros.
2. Aunque también podríamos incluir aquí las revoluciones que terminaron con las

dictaduras de Batista en Cuba y Somoza en Nicaragua, el discurso global sobre la justicia transicional trata a Nicaragua como un caso aislado, ya que en ninguna de sus dos transiciones (1979 y 1990) se han aplicado medidas de justicia transicional. En 1979 se crearon tribunales especiales para procesar, sin garantías judiciales, a los miles de somocistas. Lo mismo se puede decir de las medidas que implementó el régimen de Fidel Castro después de 1959 para perseguir a las élites que apoyaban a Batista (Barahona de Brito *et al.*, 2002, 34).

3. Perú ha vivido múltiples transiciones: desde un gobierno autoritario en 1980 y un conflicto armado en la década de los noventa hasta una democracia autoritaria en el año 2000.
4. Kritz compiló tres volúmenes que contienen los resultados del proyecto "Justicia Transicional" del United States Institute of Peace. El primero recoge algunas consideraciones generales y extractos de publicaciones de Zalaquett, O'Donnell y Schmitter, Huntington, Huyse, Linz, Teitel, entre otros. El segundo presenta algunos estudios de caso sobre países europeos y latinoamericanos, y el tercero agrupa las leyes, resoluciones, informes y otras fuentes primarias que se expidieron durante las transiciones que fueron analizadas.
5. Si bien después de la caída de la dictadura de Trujillo en 1961 República Dominicana no ha experimentado otra dictadura militar, sí vivió un período de profunda inestabilidad política en la primera mitad de la década de los sesenta, marcada por una corta guerra civil y la ocupación de Estados Unidos. El gobierno de 12 años de Balaguer, que comenzó en 1966, se caracterizó por combinar elementos claramente autoritarios con otros que facilitaron la posterior transición democrática. En 1978 República Dominicana pudo volver a celebrar unas elecciones libres. La transición dominicana, que partió de un gobierno civil autoritario y no de una dictadura, no fue analizada por los estudios iniciales sobre justicia transicional (Espinal 1987).
6. Decenas de estudiantes y civiles murieron en el fuego cruzado en el que participaron el ejército y la policía. Se estima que murieron entre 25 y 350 personas.
7. En muchos contextos se ha exigido la creación de una comisión de la verdad que esclarezca las violaciones de derechos humanos que han ocurrido en el contexto de la "guerra contra las drogas" que libra el Estado mexicano desde 2006.
8. Algunos estudios sobre justicia transicional han empezado a explorar los mecanismos que podrían asegurar un mejor futuro, particularmente para las víctimas. Una gran variedad de trabajos antropológicos se ha concentrado cada vez más en las experiencias subjetivas de las víctimas, entre ellos Theidon (2012) sobre Perú, Viaene (2013) y Nelson (2009) sobre Guatemala, Vera Lugo (2015) sobre Colombia y Robben (2000) sobre Argentina. Theidon y Betancourt (2006) analizan las realidades regionales y locales que rodearon el proceso de desmovilización de los paramilitares en Colombia. Vera Lugo (2015) también analiza este proceso de desmovilización y, en particular, los efectos imprevistos de la ley que lo regulaba. Siguiendo una tendencia que cuestiona el carácter unidireccional y elitista de la justicia transicional, Viaene (2013, 108) muestra que para la comunidad indígena q'eqchi' en Guatemala no es deseable llevar a juicio a los responsables de las violaciones masivas de derechos humanos que han sufrido. Esta conclusión abre un

debate interesante en torno a los paradigmas de la justicia transicional.

9. Este estudio no se concentra en el número de juicios o sentencias, sino en la actividad judicial. De ese modo, considera que la continuidad de los procesos judiciales o la actividad judicial es directamente proporcional a la frecuencia de los juicios.
10. Los límites hacen referencia a las restricciones temporales de la jurisdicción, los niveles de incumplimiento y la insatisfacción de algunos Estados con todo el sistema.
11. La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú registró 538 violaciones sexuales colectivas e individuales: 449 perpetradas por Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) y el resto por miembros de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, solo se han investigado 14 casos y solo tres han llegado a los tribunales. Asimismo, las casi 2.000 mujeres que fueron esterilizadas forzosamente durante el Gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000) aún esperan justicia.
12. En febrero de 2016, el teniente coronel retirado Steelmer Reyes Girón y el ex comisionado militar (civil al servicio del ejército) Heriberto Valdez Azij fueron condenados por haber secuestrado a 11 mujeres q'eqchi' para esclavizarlas sexualmente en una base militar.

Referencias

Abrão, Paulo y Marcelo Torelly. 2011. The reparations program as the lynchpin of transitional justice in Brazil. En *Transitional justice: Handbook for Latin America*, ed. Félix Reátegui, 407–40. Brasilia: Comisión de Amnistía de Brasil, Ministerio de Justicia.

Abrão, Pablo y Marcelo Torelly. 2012. Resistance to Change: Brazil's persistent amnesty and its alternatives for truth and justice. En *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*, eds. Francesca Lessa y Leigh Payne, 152-81. Nueva York: Cambridge University Press.

Aguilar, Paloma, Laia Balcells y Héctor Cebolla-Boado. 2011. Determinants of attitudes toward transitional justice: An empirical analysis of the Spanish case. *Comparative Political Studies* 44(10): 1397-430.

Ang, Milena y Monika Nalepa. 2019. Can transitional justice improve the quality of representation in new democracies? *World Politics* 71(4): 631-666.

Ansolabehere, Karina. 2014. Difusores y justicieros. Las instituciones judiciales en la política de derechos humanos. *Perfiles Latinoamericanos* 44: 143-69.

Arthur, Paige. 2011. How transitions reshape human rights: a conceptual history of transitional justice. En *Transitional Justice: Handbook for Latin America*, ed. Félix Reátegui, 73-134. Brasilia: Comisión de Amnistía de Brasil, Ministerio de Justicia.

Bakiner, Onur. 2016. *Truth Commissions: memory, power and legitimacy*. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press.

Barahona de Brito, Alexandra, Paloma Aguilar Fernández y Carmen González-Enríquez (eds.). 2001. *The politics of memory: Transitional justice in democratizing societies*. Nueva York: Oxford University Press.

Bernardi, Bruno. 2013. O sistema interamericano de direitos humanos e a lei de justiça e paz na Colômbia: Política doméstica e influência de normas internacionais. *Contexto Internacional* 35: 139-72.

Bernardi, Bruno. 2015a. O sistema interamericano de direitos humanos e a justiça de

transição no Peru. *Revista de Sociologia e Política* 23(54): 43-68.

Bernardi, Bruno. 2015b. O sistema interamericano e a justiça de transição no México. *Lua Nova* 94: 143-81.

Boesten, Jelke. 2010. Analysing rape regimes at the interface of war and peace in Peru. *International Journal of Transitional Justice* 4(1): 110-29.

Buckley-Zistel, Susanne y Magdalena Zolkos, Magdalena. 2012. Introduction. En *Gender in Transitional Justice*, eds. Susanne Buckley-Zistel y Ruth Stanley, 1-33. Nueva York, NY: Palgrave MacMillan.

Burt, Jo-Marie. 2009. Guilty as charged: the trial of former President Alberto Fujimori for human rights violations. *International Journal of Transitional Justice* 3(3): 384-405.

Burt, Jo-Marie. 2012. Accountability after atrocity in Peru: the trial of former President Alberto Fujimori in comparative perspective. En *Critical Perspectives in Transitional Justice*, eds. Nicola Palmer, Phil Clark y Danielle Granville, 119-46. Cambridge: Intersentia Publishing Ltd.

Chappell, Louise, Rosemary Grey y Emily Waller. 2013. The Gender Justice Shadow of Complementarity: Lessons from the International Criminal Court's Preliminary Examinations in Guinea and Colombia. *International Journal of Transitional Justice* 7(3): 455-75.

Crosby, Alison y M. Brinton Lykes. 2011. Mayan women survivors speak: The gendered relations of truth telling in post-war Guatemala. *International Journal of Transitional Justice* 5(3): 456-76.

Collins, Cath. 2006. Grounding global justice: international networks and domestic human rights accountability in Chile and El Salvador. *Journal of Latin American Studies* 38(4): 711-38.

Collins, Cath. 2009. Human rights trials in Chile during and after the Pinochet years. *International Journal of Transitional Justice* 4(1): 67-86.

Collins, Cath. 2012. The end of impunity? Late justice and post-transitional prosecutions in Latin America. En *Critical Perspectives in Transitional Justice*, eds. Nicola Palmer, Phil Clark y Danielle Granville, 399-423. Cambridge: Intersentia Publishing Ltd.

Collins, Cath, Lorena Balardini y Jo-Marie Burt. 2013. Mapping perpetrator prosecutions in Latin America. *International Journal of Transitional Justice* 7(1): 8-28.

Correa, Cristián. 2011. Reparation programs for mass violations of human rights: lessons from experiences in Argentina, Chile and Peru. En *Transitional Justice: Handbook for Latin America*, ed. Félix Reátegui, 441-76. Comisión de Amnistía de Brasil, Ministerio de Justicia.

Dancy, Geoff y Eric Wiebelhaus-Brah. 2015. Bridge to human development or vehicle of inequality? Transitional justice and economic structures. *International Journal of Transitional Justice* 9(1): 51-69.

Davis, Jeffrey y Edward Warner. 2007. Reaching beyond the state: judicial independence, the Inter-American Court of Human Rights, and accountability in Guatemala. *Journal of Human Rights* 6: 233-55.

Duggan, Colleen, Claudia Paz y Paz Bailey y Julie Guillerot. 2008. Reparations for sexual and reproductive violence: prospects for achieving gender justice in Guatemala and Peru. *International Journal of Transitional Justice* 2(2): 192-213.

Dutrénit, Silvia. 2012. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y

reacciones estatales. (México y Uruguay ante los delitos del pasado). *América Latina Hoy* 61: 79-99.

De Greiff, Pablo. 2009. Una concepción normativa de la justicia transicional. En *Justicia y Paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?*, ed. Alfredo Rangel, 17-74. Bogotá: Intermedio Editores.

Espinal, Rosario. 1987. *Autoritarismo y democracia en la política dominicana*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

Fitzsimmons, Tracy. 2000. *Beyond the barricades: Women, civil society, and participation after democratization in Latin America*. Nueva York y Londres: Garland Publishing.

Fletcher, Laurel E., Harvey M. Weinstein y Jamie Rowen. 2009. Context, timing and the dynamics of transitional justice: a historical perspective. *Human Rights Quarterly* 31: 163-220.

Freeman, Mark. 2006. *Truth Commissions and Procedural Fairness*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gómez Isa, Felipe. 2010. Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso de Colombia. En *Transiciones en contienda. Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada*, eds. Michael Reed y María Cristina Rivera, 188-211. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional.

González Ocantos, Ezequiel. 2014. Persuade them or oust them: crafting judicial change and transitional justice in Argentina. *Comparative Politics* 46(4): 479-98.

Guillerot, Julie. 2006. Linking gender and reparations in Peru: a failed opportunity. En *What happened to the women? Gender and reparations for Human Rights violations*, ed. Ruth Rubio-Marín, 136-93. Nueva York, NY: Social Science Research Council.

Gutiérrez Salazar, Martha Liliana. 2015a. *From the conflict to the injustice: Impunity in El Salvador and Guatemala. Measuring justice pathways and seeking explications*. Disertación doctoral, Universidad de Salamanca.

Gutiérrez Salazar, Martha Liliana. 2015b. Justicia postransicional en Guatemala: El rol de los jueces en la protección de derechos humanos. *Revista de Ciencia Política* 35(2): 347-70.

Hayner, Priscilla. 2001. *Unspeakable truths. Confronting state terror and atrocity*. Nueva York: Routledge.

Hayner, Priscilla. 2011. *Unspeakable truths. Transitional justice and the challenge of truth commissions*. Nueva York: Routledge.

Huneeus, Alexandra. 2011. Courts resisting courts: Lessons from the Inter-American Court's struggle to enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal* 44(493): 493-533.

Huntington, Samuel. 1994. *The third wave. Democratization in the late twentieth century*. Barcelona: Paidós Editions.

Jelin, Elizabeth. 2007. Public memorialization in perspective: Truth, justice and memory of past repression in the Southern Cone of South America. *International Journal of Transitional Justice* 1 (1): 138-56.

Kim, Hunjoon y Kathryn Sikkink. 2010. Explaining the deterrence effect of human rights prosecutions. *International Studies Quarterly* 54(4): 939-63.

Kritz, Neil, ed. 1995. *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. Washington, DC: United States Institute of Peace.

Laplante, Lisa J. 2007. Women as political participants: Peru's approach to psychosocial

post-conflict recovery. *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology* 13, 313.

Laplante, Lisa. 2009. Outlawing amnesty: the return of criminal justice in transitional justice schemes. *Virginia Journal of International Law* 49: 8-26.

Lessa, Francesca, Tricia Olsen, Leigh Payne, Gabriel Pereira y Andrew Reiter. 2014. Overcoming impunity: pathways to accountability in Latin America. *The International Journal of Transitional Justice* 8(1): 75-98.

Linz, Juan y Alfred Stepan. 1996. *Problems of democratic transition and consolidation: Southern Europe, South America, and post-communist Europe*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Lutz, Ellen y Kathryn Sikkink. 2001. The justice cascade: the evolution and impact of foreign human rights trials in Latin America. *Chicago Journal of International Law* 2 (1): 1-34.

Martínez Barahona, Elena, Martha Liliana Gutiérrez Salazar y Liliana Rincón Fonseca. 2012. De la locura a la esperanza: ¿Nunca más? Impunity in El Salvador and Guatemala. *América Latina Hoy* 61: 101-36.

Martínez Barahona, Elena y Martha Gutiérrez. 2019. Impact of the IAHRS in the fight against impunity for past crimes in El Salvador and Guatemala. En *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*, ed. Par Engstrom. Londres: Palgrave MacMillan.

Meertens, Donny y Margarita Zambrano. 2010. Citizenship deferred: The politics of victimhood, land restitution and gender justice in the Colombian (post?) conflict. *International Journal of Transitional Justice* 4(2): 189-206.

Nussio, Enzo; Angelika Rettberg y Juan E. Ugarriza. 2015. Victims, nonvictims and their opinions on transitional justice: findings from the Colombian case. *International Journal of Transitional Justice* 9(2): 336-54.

Nelson, Diane. 2009. *Reckoning: The ends of war in Guatemala*. Duke University Press.

O'Donnell, Guillermo y Phillipe Schmitter. 1986. *Transitions from authoritarian rule. Tentative conclusions about uncertain democracies*. Buenos Aires: Paidós.

Olsen, Tricia, Leigh Payne y Andrew Reiter. 2010. *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*. Washington, DC: United States Institute of Peace Press.

Payne, Leigh, Paulo Abrão y Marcelo Torelly (eds.). 2011. *A anistia na era da responsabilização: O Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Oxford: Oxford University, Latin American Centre.

Payne, Leigh, Gabriel Pereira y Laura Bernal Bermúdez. 2020. *Transitional justice and corporate accountability from below*. Cambridge University Press.

Paz y Paz Bailey, Claudia. 2006. Guatemala: Gender and reparations for human rights violations. En *What happened to the women? Gender and reparations for human rights violations*, ed. Ruth Rubio-Marin, 101-03. Nueva York, NY: Social Science Research Council.

Popkin, Margaret y Naomi Roht-Arriaza. 1995. Truth as justice: Investigatory commissions in Latin America. *Law and Social Inquiry* 20(1): 79-116.

Popkin, Margaret y Nehal Bhuta. 1999. Latin American amnesties in comparative perspective: Can the past be buried? *Ethics and International Affairs* 13: 99-122.

Robben, Antonius. 2000. The assault on basic trust: disappearance, protest, and reburial in Argentina. En *Cultures under siege, collective violence and trauma*, eds. Antonius

Robben y Marcelo M. Suárez-Orozco, 70-101. Cambridge: Cambridge University Press.

Rosser, Emily. 2007. Depoliticised speech and sexed visibility: women, gender and sexual violence in the 1999 Guatemalan Comisión para el Esclarecimiento Histórico Report. *International Journal of Transitional Justice* 1(3): 391-410.

Salazar, Katya y Thomas Antkowiak. 2007. *Victims unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in Latin America*. Washington, DC: Due Process of Law Foundation.

Sandoval, Clara. 2008. The challenge of impunity in Peru: the significance of the Inter-American Court of Human Rights. *University of Essex Research Repository* 5 (1): 1-20.

Sikkink, Kathryn. 2011. El efecto disuasivo de los juicios por derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos* 7: 41-61.

Sikkink, Kathryn y Booth Walling, Carrie. 2007. The justice cascade and the impact of human rights trials in Latin America. *Journal of Peace Research* 44(4): 427-45.

Skaar, Elin. 2011. *Judicial independence and human rights in Latin America: Violations, politics, and prosecution*. Nueva York: Palgrave MacMillan.

Skaar, Elin, Jemima García-Godos y Cath Collins (eds.). 2016. *Transitional justice in Latin America. The uneven road from impunity towards accountability*. Nueva York: Routledge.

Skaar, E., Wiebelhaus-Brahm, E. y García-Godos, J. (eds.). (2021). *From word to practice: The fate of truth commission recommendations in Latin America*. Intersentia.

Skaar, E., Wiebelhaus-Brahm, E. y García-Godos, J. (2021). *Beyond Words: Implementing Latin American Truth Commission Recommendations*. Intersentia.

Smulovitz, Catalina. 2013. The past is never dead: accountability and justice for past human rights violations in Argentina. En *After oppression. Transitional justice in Latin America and Eastern Europe*, 64-85. UN.

Snyder, Jack y Leslie Vinjamuri, Leslie. 2003. Trials and errors: Principle and pragmatism in strategies of international justice. *International Security* 28(3): 5-44.

Teitel, Ruti. 1995. How are the new democracies of the Southern Cone dealing with the legacy of past human rights abuses? En *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes: General Considerations*, ed. Neil Kritz, 146-53. Washington, DC: United States Institute of Peace Press.

Teitel, Ruti. G. 2003. Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal* 16: 69-94.

Theidon, Kimberly. 2006. Justice in transition: the micropolitics of reconciliation in postwar Peru. *Journal of Conflict Resolution* 50(3): 433-57.

Theidon, Kimberly. 2007. Género en transición: sentido común, mujeres y guerra. *Análisis Político* 60: 3-30.

Theidon, Kimberly. 2009. Reconstructing masculinities: the disarmament, demobilization, and reintegration of former combatants in Colombia. *Human Rights Quarterly* 31: 1-34.

Theidon, Kimberly. 2012. *Intimate enemies: Violence and reconciliation in Peru*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Theidon, Kimberly y Paola Betancourt. 2006. Transiciones conflictivas: combatientes desmovilizados en Colombia. *Análisis Político* 58: 92-111.

Thoms, Oskar, James Ron y Ronald Paris. 2010. State-level effects of transitional justice:

What do we know? *International Journal of Transitional Justice* 4(3): 329-54.

Trejo, Guillermo; Albarracín, Juan y Tiscornia, Lucía. 2018. Breaking state impunity in post-authoritarian regimes: Why transitional justice processes deter criminal violence in new democracies. *Journal of Peace Research,* 20 (10): 1-23.

Uprimny, Rodrigo, Luz María Sánchez Duque y Nelson Camilo Sánchez León. 2014. *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

Valji, Nahala. 2006. *Truth Commissions and Gender: Principles, Policies and Procedures*. Nueva York: ICTJ.

Vera Lugo, Juan Pablo. 2015. Memorias emergentes: las consecuencias inesperadas de la Ley de Justicia y Paz en Colombia (2005-2011). *Estudios Socio-Jurídicos* 17(2): 13-33.

Viaene, Lieselotte. 2013. La relevancia local de procesos de justicia transicional. Voces de sobrevivientes indígenas sobre justicia y reconciliación en Guatemala posconflicto. *Antípoda: Revista de Antropología y Arqueología* 16: 85-112.

Parte IV
Temas emergentes

CAPÍTULO 24
LA REGULACIÓN URBANÍSTICA Y LAS CIUDADES LATINOAMERICANAS*

Rodrigo Meneses Reyes

La regulación urbanística es un conjunto complejo de reglas, instituciones y procedimientos que estructuran dos procesos diferentes y, a menudo, contradictorios: la planificación y la transformación de las ciudades. En un contexto donde siete de cada diez habitantes trabajan en la economía informal y un tercio de las viviendas urbanas son irregulares en distintos niveles (Davis 2012; Fernandes 2011), los académicos sociojurídicos deberían preguntarse cuál ha sido el papel del derecho cuando nombra, gobierna y procesa esa gran diversidad de relaciones sociales. Este capítulo ilustra cómo tanto los académicos sociales como los jurídicos han entendido el papel del derecho en la configuración del espacio urbano en América Latina. De esa manera, este texto pretende ofrecer una respuesta preliminar y tentativa a esa pregunta.

Como afirmó Azuela a principios de la década de los noventa (1991), para la mayoría de los investigadores que analizan la relación entre el derecho y las ciudades en América Latina, "lo legal" ha sido un estándar normativo que les permite explicar la brecha entre la vida cotidiana en las ciudades y los planes que pretenden regular la estructura y el desarrollo del paisaje urbano. En otras palabras, parece que las dimensiones legales e ilegales de la vida social son un indicador cualitativo que se aplica para caracterizar sin muchos matices diferentes formas de usar, vivir y habitar el espacio urbano. Muchas veces, estas formas no necesariamente coinciden con lo que varios actores jurídicos consideran que es necesario para construir una ciudad ideal.

En consecuencia, este debate se caracteriza por mostrar un profundo interés por el papel del derecho en la regulación de las prácticas sociales que despliegan los pobres urbanos, como la ocupación irregular del suelo o el uso del espacio público con fines de supervivencia. A menudo, el análisis de estas prácticas viene "acompañado de una profunda indignación moral que denuncia las terribles condiciones de vida y la desbordada [ilegalidad] que se viven en las gigantescas 'megaciudades' que parecen estar 'fuera de control'" (Angotti 2013).

Sin embargo, cuando se miran de cerca, parece que estas prácticas no solo se han convertido en contextos altamente regulados en los que interactúan el Estado y los pobres urbanos, lo que cuestiona su carácter supuestamente

* Cómo citar este capítulo: Meneses Reyes, Rodrigo. 2024. La regulación urbanística y las ciudades latinoamericanas. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 549-560. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.25

ilegal, sino que también han demostrado que el derecho es más que un simple instrumento de la opresión de clase o una herramienta que movilizan las organizaciones sociales para alcanzar sus intereses particulares, como lo ha expresado la ciencia política. De hecho, la mayoría de estas prácticas están en la base de una serie de relaciones conflictivas que, por un lado, han contribuido a la construcción de regímenes regulatorios exhaustivos y, por otro, han inspirado una amplia reflexión alrededor de la forma en que diferentes intereses, necesidades y derechos se encuentran en el ámbito urbano.

Con base en estas consideraciones, este capítulo se divide en dos secciones principales. En la primera sección, reviso las investigaciones que han examinado la regulación de los espacios residenciales urbanos. Además, subrayo el carácter cambiante y a menudo indeterminado de los regímenes de propiedad urbana en América Latina. En el segundo apartado, presento los trabajos que abordan la regulación de las calles y analizo cómo la regulación urbanística le ha asignado funciones específicas al espacio público y ha determinado cómo habitarlo.

Ambas secciones tienen una estructura similar. Cada una comienza mostrando cómo algunos estudiosos del derecho y el urbanismo han caracterizado las ciudades latinoamericanas, sus prácticas y su desarrollo como representaciones espaciales de la supuestamente débil o inexistente cultura de la legalidad latinoamericana. Después explico cómo esta representación del espacio urbano ha contribuido a dejar de lado el papel flexible, diverso y a veces instrumental que juegan las instituciones jurídicas en la configuración de la vida cotidiana en los espacios urbanos.

Para ello, resumo las investigaciones contemporáneas sobre el derecho, el espacio, y las prácticas urbanas de la región. En particular, describo cómo las deplorables condiciones de vivienda y de vida que se experimentan en la mayoría de las ciudades latinoamericanas han permitido representar el derecho y el sistema jurídico como un campo social dinámico en el que el estatus legal de ciertas prácticas urbanas no debe darse por sentado.

La regulación de los espacios residenciales urbanos

En la mayoría de los países latinoamericanos, los pobres urbanos han accedido a la vivienda principalmente a través de la ocupación irregular de tierras. Con algunas cifras basta para ilustrar la importancia de este proceso de urbanización en la construcción de las ciudades latinoamericanas: en Venezuela casi el 61 % de la población vive en asentamientos informales, en Lima el 35%, en Río de Janeiro el 19% y en Ciudad de México este tipo de asentamientos humanos ha sido responsable de al menos el 65 % del crecimiento urbano (Connolly 2003; Meneses y Pellissery 2015).

En términos de regulación urbanística, la implicación más importante de esta forma de acceso a la vivienda es que una cantidad considerable del entorno urbano se ha construido y desarrollado al margen de las reglas, instituciones y procedimientos oficiales que ha creado un conjunto de actores jurídicos para organizar y distribuir el espacio urbano (Azuela 2005). No obstante, el desarrollo urbano informal también ha precipitado el surgimiento de estrategias jurídicas creativas, con frecuencia controversiales, que pretenden no solo planificar el espacio, sino también adaptar el orden jurídico a la realidad urbana. Este proceso, denominado "regularización" (Ward 2003),

captura la capacidad adaptativa de los sistemas de planificación y regulación urbanística para nombrar y simplificar la realidad social. La regularización supone darle un nuevo estatus jurídico a una forma de ocupar o construir el espacio urbano que, por la falta de regulación o simplemente por su carácter ilegal, estaba fuera del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, a pesar de la gran cantidad de relaciones jurídicas y sociales que están involucradas en este debate, es claro que, cuando abordan esta práctica social en particular, "las políticas gubernamentales, las iniciativas de desarrollo y las aproximaciones teóricas invariablemente presuponen una lógica binaria según la cual la tenencia de la tierra es legal o simplemente ilegal" (Van Gelder 2010, 239). En otras palabras, aunque las ciudades latinoamericanas han sido caracterizadas como lugares que se ubican tanto dentro como fuera del orden jurídico, la literatura sociojurídica ha demostrado que tal caracterización no es ni adecuada ni suficiente para captar las relaciones fluidas y ambiguas entre el derecho y las prácticas sociales que han contribuido al desarrollo del espacio urbano en la región.

De hecho, los asentamientos humanos irregulares se han definido como lugares donde se concentran la exclusión económica, los estigmas territoriales, las infracciones menores y el crimen. Esta dinámica genera un círculo de violencia y delincuencia (Lemaitre 2014; Meneses y Pellissery 2015). Así, por ejemplo, algunos estudios criminológicos han caracterizado estas formaciones espaciales como lugares donde los débiles controles informales se vinculan con la presencia del crimen, ya que "los residentes [de estas áreas] tienen menos acceso al mercado laboral y menos exposición a los modelos convencionales de conducta, sin mencionar que no tienen mucho contacto con hogares de clase trabajadora y de clase media que amortigüen los efectos de las malas y desiguales condiciones económicas" (Ceccato y Kahn 2007, 1636). Las favelas brasileñas y algunos "barrios piratas" en Colombia son ejemplos de este tipo de lugares. En ellos, las interacciones diarias entre la policía y algunos criminales que residen en los asentamientos humanos informales han creado un orden social determinado (Penglase 2008).

Por supuesto, es difícil demostrar que la ausencia o la presencia de controles informales débiles sea suficiente para explicar los niveles de violencia y delincuencia que se viven dentro de estos asentamientos irregulares. Sin embargo, es importante destacar que, en algunos casos, los intentos del Estado por "recuperar" estos territorios e instaurar en ellos el orden jurídico han generado más violencia (Valenzuela 2013). Hasta cierto punto, la concentración espacial del crimen, el desorden social y la intervención del Estado han reforzado el carácter ilegal de estos asentamientos humanos (Azuela 1991).

A pesar de esto, es importante resaltar que, en estricto sentido, no todos los habitantes de estos lugares viven allí ilegalmente, así como no todos los crímenes se cometen dentro de los límites de estos asentamientos humanos (Meneses y Pellissery 2015). Es más, mientras que para la perspectiva del positivismo jurídico los asentamientos humanos ilegales son aquellos que no se construyeron legalmente, la literatura sociojurídica ha demostrado que el estatus jurídico de estos lugares está en un continuo entre los asentamientos ilegales o irregulares y los regularizados (Azuela 1989; Van Gelder 2010).

La ilegalidad en estos espacios puede deberse a que en ellos se hicieron construcciones sin autorización o a que estos espacios fueron

ocupados a pesar de que tenían un estatus jurídico distinto al de las zonas de vivienda. Por ejemplo, esto último sucede con los asentamientos en reservas ambientales o en las tierras que se destinan exclusivamente para los usos agrarios, como el "ejido" en México (Assies y Duhau 2009). No hay que perder de vista que la "ilegalidad" de estos asentamientos humanos depende de la cambiante legislación. Así, para las ciudades latinoamericanas se han experimentado múltiples iniciativas estatales que han intentado regularizar estas porciones del suelo urbano. La literatura ha explorado los casos de Bogotá, Caracas, Lima, y Ciudad de México para mostrar cómo el estatus jurídico de un asentamiento puede variar en función de la voluntad política y la capacidad de las personas para negociar su apoyo político a cambio del reconocimiento legal de sus viviendas o la tolerancia de las entidades estatales (Castells 1983).

Algunos autores han afirmado que los programas de regularización de los países de la región siguen dos paradigmas principales (Fernandes 2011). Mientras el primero se limita a legalizar la tenencia mediante los títulos de propiedad, el segundo combina la titulación con el mejoramiento de los servicios públicos, la creación de empleos y las estructuras de apoyo comunitario. Independientemente de los resultados y los efectos que hayan tenido estas iniciativas, es importante señalar que gracias a este aspecto "transformador" del derecho se han podido regularizar algunos asentamientos ilegales. El cambio de estos a asentamientos legales de propiedad desafía a los académicos que simplemente los han calificado como ilegales.

Además, en muchas ciudades este carácter transformador del derecho ha contribuido a construir otro tipo de interacciones sociales entre el Estado y los pobres urbanos: el clientelismo, que, a grandes rasgos, supone conceder ciertos beneficios, como la regularización de un terreno, a cambio de apoyo político (Azuela y Cruz 1989; Pérez-Perdomo y Nikken 1979).

En otros casos, los pobres urbanos han movilizado exitosamente el sistema jurídico para transformar los regímenes legales de propiedad urbana. De hecho, un número creciente de estudios sociojurídicos ha analizado los procesos en los que los pobres de las ciudades latinoamericanas han invocado y defendido su derecho a tener un lugar para vivir. Estos trabajos concluyen que esos procesos han generado formas particulares de ciudadanía (Holston 2008; Fischer 2008; Houtzager 2007; Azuela y Meneses 2014).

Las construcciones urbanas informales de los pobres también han sido catalogadas como una de las principales causas del deterioro ambiental que experimentan algunas ciudades latinoamericanas. Sin embargo, como demostró Satterthwaite (2003), no hay evidencias suficientes para afirmar que la pobreza urbana contribuye significativamente al deterioro ambiental. De hecho, los asentamientos irregulares solo son un ejemplo de los muchos desarrollos urbanos informales de las ciudades latinoamericanas, como los barrios de élite en las reservas naturales o ambientales (Evans 2002; Azuela y Cosacov 2013) y urbanizaciones privadas donde el acceso y el tránsito de los no residentes está ilegalmente restringido (Caldeira 2000). En el primer caso se enfrentan, por un lado, las aspiraciones sociales y la capacidad de acceder a las viviendas que se construyen en un entorno verde y, por otro, la necesidad común de vivir en una ciudad ecológicamente sostenible. Por su parte, las urbanizaciones privadas han sido consideradas como una

representación de la crisis del espacio público y el orden urbano que atraviesan las sociedades altamente estratificadas. En ellas, las personas suelen aislarse para evitar la delincuencia, asegurar los privilegios de clase y controlar su entorno inmediato (Álvarez-Rivadulla 2007; Duhau y Giglia 2008).

Sin embargo, la brecha entre estas formas de desarrollo urbano informal ha convertido a algunas ciudades latinoamericanas en territorios de segregación socioespacial. Así, mientras algunas construcciones informales son toleradas y regularizadas, otras corren el riesgo de ser criminalizadas y castigadas (Sabatini 2006; Lungo y Baires 2001; Peters y Skop 2007). A lo largo de los años, la literatura sociojurídica ha demostrado que en la mayoría de las ciudades latinoamericanas

> [L]a tenencia se mueve en un continuo de categorías que va desde los habitantes de la calle hasta los propietarios regulares. Usualmente, las políticas que suponen transformaciones dramáticas de una categoría a otra distorsionan el mercado del suelo y exponen a los grupos sociales vulnerables, como los tenedores, al desalojo. (Payne 2001, 415)

Siguiendo esta línea, algunos autores han argumentado que los sistemas jurídicos contribuyen al desarrollo informal de las ciudades latinoamericanas de dos formas diferentes (Fernandes y Maldonado 2009). En primer lugar, a través de las normas jurídicas en torno a los usos exclusivos del suelo, los derechos de propiedad y el registro. En particular, los autores se refieren a la falta de regulación del suelo y a los altos estándares regulatorios que supuestamente han caracterizado el desarrollo de las ciudades latinoamericanas. Sin embargo, otros estudios han demostrado empíricamente que en algunas ciudades latinoamericanas "los altos niveles de regulación van acompañados de menores tasas de cumplimiento de las leyes de propiedad" (Monkkonen y Ronconi 2013, 1951). Esto significa que a veces el problema no es la ausencia de reglas, sino la falta de rigor en su aplicación.

En segundo lugar, el derecho también contribuye al desarrollo informal a través de los defectuosos sistemas de planificación que han adoptado las grandes ciudades (Fernandes y Maldonado 2009). Aquí cobran importancia los desafíos que enfrenta la planificación colaborativa. La literatura muestra que a pesar de que dicha planificación tiene el potencial de promover la movilidad social y las buenas prácticas de gobierno local en América Latina, ciertos grupos sociales la han implementado para aprobar leyes de planificación elitistas (Fernandes y Maldonado 2009). Esto da a entender que "aunque los proyectos, los procesos de planificación y las políticas de redistribución del suelo sean buenos, podrían no producir mejores ciudades" (Klink y Denaldi 2016, 402).

Finalmente, aunque son relevantes para las discusiones internacionales alrededor de la regulación urbanística y la planificación urbana, aún no tenemos muchos estudios sociojurídicos sobre los conflictos en torno a los usos del suelo o la influencia de las disputas vecinales sobre la construcción cotidiana de las ciudades latinoamericanas. A pesar de esto, es posible encontrar algunas investigaciones interesantes (véanse Meyer y Bähr 2004; Duhau y Giglia 2008; Levy *et al*. 2011; Matta 2016).

La regulación de las calles

Las regulaciones urbanísticas de las ciudades latinoamericanas no solo se han preocupado

por el desarrollo y la organización de los espacios residenciales, también se han ocupado de la organización y la distribución de los espacios públicos. Sin duda, en los países latinoamericanos una buena parte de las interacciones sociales ocurren en los espacios públicos (Low 2000). En las calles, muchos ciudadanos latinoamericanos se ganan la vida, expresan sus compromisos políticos y pasan varias horas mientras viajan hacia sus lugares de trabajo.

De hecho, el trabajo callejero es una de las prácticas más visibles y documentadas en el ámbito urbano latinoamericano. Desde Ciudad Juárez (Staudt 1996) hasta São Paulo (Cuvi 2016), las políticas de gobierno, la opinión pública, la policía, y las aproximaciones teóricas sostienen que la ocupación del espacio público con fines de supervivencia es una variable "micropolítica" que permite medir la "salud" del espacio urbano y el grado en que la ley logra controlarlo (Meneses 2011).

Esta posición también suele afirmar que el trabajo callejero es un problema urbano. De ese modo, el hecho de sobrevivir en las calles se toma como una ocupación sistémica del espacio público que molesta al resto de los ciudadanos, obstaculiza el tránsito y fomenta otras actividades ilegales, como la delincuencia (Cross 1998; Bromley 2000; Barbosa 2008; Meneses 2011). Así, el trabajo callejero ha sido concebido como un desafío difícil y normativamente desconcertante para la capacidad del Estado de administrar el espacio público.

Por un lado, las élites urbanas han visto el trabajo callejero como un problema público que tiene grandes implicaciones sobre el tráfico y el saneamiento. Dado que los trabajadores de la calle no se distribuyen uniformemente por toda la ciudad, sino que se concentran en lugares específicos (los llamados "puntos críticos" de congestión peatonal y vehicular), esta perspectiva argumenta que tanto el número de trabajadores de la calle como los niveles de congestión aumentarán considerablemente. Según este enfoque, serían más frecuentes los accidentes de tránsito, aumentarían los niveles de contaminación del aire generados por vehículos y se reduciría el nivel de eficiencia de la policía (Bromley 2000).

Otra perspectiva afirma que el trabajo callejero hace parte de un conjunto más amplio de prácticas sociales ilegales o de dudosa reputación. Por lo anterior, la ocupación masiva del espacio público, ya sea lícita o ilícita, se concibe como la "punta del iceberg" de un patrón más extenso de conductas ilegales que van desde la evasión de impuestos hasta la venta de productos falsificados. Dentro de este conjunto complejo de comportamientos también se encuentran los sobornos que los policías y otros agentes del orden les exigen a los trabajadores de la calle, así como el carterismo, el raponazo* y el hurto a mano armada (Meneses 2014; Cuvi 2016).

En resumen, se trata de

> [U]n conjunto de prácticas menos visibles, pero más comunes [que el crimen] en las que los ciudadanos incumplen diariamente la ley […] prácticas que, de manera mucho más extendida, promueven la desconfianza y la propia aceptación, y generan mejores condiciones para la ilegalidad. (Pérez 2008)

Sin embargo, una vez más, esta visión del trabajo callejero no soporta una mirada más detallada, puesto que simplifica excesivamente el papel del derecho cuando aborda estos problemas urbanos.

De hecho, en muchas ciudades de la región las autoridades urbanísticas han sido alentadas públicamente a diseñar y hacer cumplir diferentes estrategias regulatorias destinadas a gobernar las calles. En algunos casos, estas estrategias contemplan la posibilidad de movilizar masivamente a la policía en contra de los trabajadores de la calle. Muchos académicos han visto en esta actitud un ejemplo de la forma en que la política neoliberal ha criminalizado y castigado cada vez más la pobreza urbana (Müller 2013).

En otros casos, estas iniciativas han incluido la reubicación de los trabajadores de la calle en espacios públicos cerrados (como centros comerciales y mercados públicos), el reconocimiento del trabajo callejero como una actividad legal y legítima e incluso la implementación de reglas muy específicas sobre los tiempos y los lugares en los que puede tener lugar el trabajo callejero (Donovan 2008; Bromley y Mackie 2009; Meneses 2011; Cuvi 2016).

Estas acciones se basan en la convicción de que es posible controlar eficazmente las actividades económicas callejeras si se desestimulan sus formas más visibles y se mantienen alejadas de ciertos sitios, como los lugares históricos y los distritos comerciales. Sin embargo, en otros casos, como en México, Colombia y Brasil, los trabajadores de la calle invocaron y movilizaron su derecho al trabajo en las cortes. Los trabajadores usaron esta estrategia para presionar la aprobación de un marco normativo que reconociera y regulara su derecho a trabajar en los espacios urbanos (Donovan 2008; Meneses 2011; Meneses 2014; Cuvi 2016).

En consecuencia, las autoridades urbanísticas han diseñado e implementado varias leyes, ordenanzas, y estrategias de control para regular los usos comerciales y laborales de las calles. Con ello, han mostrado públicamente su poder o su disposición para hacer cumplir la ley y ordenar las ciudades (Cruz 1999; Barbosa 2008). No obstante, en otros casos estas iniciativas han perseguido un objetivo más general: cambiar por completo la forma en que la población urbana utiliza el espacio público.

Por ejemplo, estudios recientes han mostrado que algunas autoridades urbanísticas de la región han considerado la regulación de los espacios públicos como la solución para una gran cantidad de problemas que experimentan sus ciudades. Ese ha sido el caso de la lucha contra la inseguridad en Ciudad de México (Davis 2007; Meneses 2013a) o el llamado "urbanismo pedagógico" en Bogotá, que es una forma de planificación que se concentra en la educación con el propósito de "producir nuevas normas sociales y culturales que conduzcan a la reforma de la sociedad civil" (Berney 2011).

Sin embargo, ambas iniciativas se basaron en restringir el uso de las calles y en regular detalladamente el comportamiento en el espacio público. Así, estas políticas construyeron una visión particular del espacio público que, al mismo tiempo, "despolitiza los reclamos de los vendedores ambulantes y las personas sin hogar sobre el espacio público, y reclama un nuevo lugar para la clase media en la ciudad" (Galvis 2014).

Entre estos procesos de reconfiguración del espacio público latinoamericano se encuentran la implementación de normas jurídicas basadas en el modelo de "ventanas rotas" (Campesi 2010; Davis 2007; Meneses 2013b), el uso de nuevas tecnologías para gobernar la ciudad (como los parquímetros) (Leal 2016) y la creación de espacios públicos diferenciados donde los buses y las bicicletas transitan por vías separadas (Cervero *et al.* 2009; Torres *et al.*

2013; Meneses 2015). Sin embargo, quizás en la regulación de la protesta social se ha hecho más evidente cómo la capacidad del Estado para diferenciar los usos del espacio público puede afectar la forma en que las personas se expresan y viajan por la ciudad.

Como lo han afirmado algunos autores, durante varias décadas las personas han expresado en las calles de las ciudades latinoamericanas su descontento con las políticas y las decisiones de los Gobiernos (Eckstein 2001). En la mayoría de los casos, esta forma de protesta ha sido protegida con base en los derechos constitucionales a la libertad de expresión y de asociación. Sin embargo, en los últimos años las autoridades urbanísticas han tratado de regular los lugares y los horarios en los que pueden tener lugar las protestas por medio de reglas que les exigen a las personas que quieran manifestarse un "permiso para protestar". No obstante, a pesar de este cambio regulatorio, aún no tenemos estudios empíricos que exploren los efectos y los objetivos de estas reformas en la región.

Conclusiones

Este capítulo se preguntó por el papel del derecho cuando nombra, gobierna y procesa una serie de relaciones sociales diversas. Así, este texto ofreció una respuesta preliminar y tentativa que recurrió a la forma en que tanto los académicos sociales como los jurídicos han entendido el papel del derecho en la configuración del espacio urbano en América Latina. En particular, el capítulo mostró que no sería posible explicar el carácter supuestamente informal de las ciudades de la región si no se tomara en serio el derecho. A pesar de los avances de las investigaciones recientes, aún es necesario examinar la importancia de los conflictos urbanos en la configuración de los sistemas jurídicos latinoamericanos, así como los efectos de los nuevos cambios y prácticas regulatorias sobre el derecho de las personas a la ciudad.

Una consecuencia sociojurídica importante de esta distribución normativa del espacio de las ciudades ha sido la construcción del espacio urbano latinoamericano como un entorno que no es ni inherentemente estable ni estático, "ya que representa las regularidades de las interacciones pasadas, que, a su vez, son modificadas por otras nuevas; es un proceso adaptativo en continua evolución [donde] las normas se tienen en cuenta, pero no necesariamente determinan el comportamiento en las relaciones" que tienen lugar en la ciudad (Hill 1974, 231). Dicho de otro modo, la narrativa anterior muestra que, a través de la regulación urbanística, tanto la población como las autoridades han (re)imaginado constantemente el entorno real y jurídico de la ciudad y sus elementos materiales. A través de su promulgación y su aplicación, la regulación urbanística ha transformado algunas de las funciones del ámbito urbano y ha moldeado, en consecuencia, los límites jurídicos del espacio urbano latinoamericano.

Notas

* Traduzco el término *snatched thefts* como *raponazo*. Según el *Diccionario de Americanismos*, la voz *raponazo* es usada en Colombia y Ecuador para nombrar un "robo que consiste en arrebatar una pertenencia y darse a la fuga". https://lema.rae.es/damer/?key=raponazo. (Consultado el 18 de febrero de 2021). (Nota del traductor).

Referencias

Angotti, Tom. 2013. Urban Latin America: Violence, enclaves, and struggles for land. *Latin America Perspectives* 40: 5-20.

Álvarez-Rivadulla, María José. 2007. Golden ghettos: gated communities and class residential segregation in Montevideo. Uruguay. *Environment and Planning A* 39(1), 47-63.

Assies, Willem y Emilio Duhau. 2009. Land tenure and tenure regimes in Mexico: an overview. En *Legalising land rights. Local practices, state responses and tenure security in Africa, Asia and Latin America*, coords. Janine M. Ubink, André J. Hoekema y Willen J. Assies, 355-85. Leiden: Leiden University Press.

Azuela, Antonio. 1989. *La ciudad, la propiedad privada y el derecho/por Antonio Azuela de la Cueva* (No. 341.5 A9.).

Azuela, Antonio. 1991. La sociología jurídica frente a la urbanización en América Latina: Agenda y estrategias para la investigación. En *Sociología Jurídica en América Latina*, 147-74. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.

Azuela, Antonio. 2005. Mexico City: The city and its law in eight episodes. En *Law and the City*, ed. Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos. Nueva York y Londres: Routledge.

Azuela, Antonio y María Soledad Cruz. 1989. La institucionalización de las colonias populares y la política urbana en la Ciudad de México (1940-1946). *Sociológica*, 4: 111-34.

Azuela, Antonio y Natalia Cosacov. 2013. Transformaciones urbanas y reivindicaciones ambientales. En torno a la productividad social del conflicto por la construcción de edificios en la ciudad de Buenos Aires. *EURE* 39: 149-72.

Azuela, Antonio y Rodrigo Meneses. 2014. The everyday formation of the urban space. En *The expanding spaces of law: A timely legal geography*, eds. Irus Braverman, Nicholas Blomley, David Delaney y Alexandre Kedar. Stanford: Stanford University Press.

Barbosa, Mario. 2008. *El trabajo en las calles: Subsistencia y negociación política en la ciudad de México a comienzos del siglo XX*. Colegio de México AC.

Berney, Rachel. 2011. Pedagogical urbanism: Creating citizen space in Bogotá, Colombia. *Planning Theory* 10(1): 16-34.

Bromley, Ray. 2000. Street vending and public policy: A global review. *International Journal of Sociology and Social Policy* 20(1/2): 1-28.

Bromley, Rosemary y Peter Mackie. 2009. Displacement and the new spaces for informal trade in the Latin American city centre. *Urban studies* 46(7): 1485-1506.

Caldeira, Teresa. 2000. *City of walls: Crime, segregation, and citizenship in São Paulo*. California: University of California Press.

Campesi, Giuseppe. 2010. Policing, urban poverty and insecurity in Latin America: The case of Mexico City and Buenos Aires. *Theoretical Criminology* 14(4): 447-71.

Castells, Manuel. 1983. *The City and the Grassroots: A Cross-cultural Theory of Urban Social Movements*. Berkeley: University of California Press.

Ceccato, Vânia Robert Haining y Tulio Kahn. 2007. The geography of homicide in São Paulo. *Brazil Environment and Planning A* 39: 1632-53, doi: 10.1068/a38283

Cervero, Robert, Olga Sarmiento, Enrique Jacoby, Luis Fernando Gómez y Andrea Neiman. 2009. Influences of built environments on walking and cycling: Lessons from Bogotá. *International Journal of Sustainable Transportation* 3(4): 203-26.

Connolly, Priscilla. 2003. *Urban slums reports: The case of Mexico City*, 30. Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco.

Cruz, María Soledad. 1998. Hacia una nueva interpretación del papel de la tenencia de la tierra en la apropiación del suelo urbano. En Varios Autores. *Servicios y Marco Construido*. México: Puebla, RNIU, UAM-Azcapotzalco, UACJ: 91-194.

Cross, John. 1998. *Informal politics: Street vendors and the state in Mexico City*. Stanford: Stanford University Press.

Cuvi, Jacinto. 2016. The politics of field destruction and the survival of São Paulo's street vendors. *Social Problems* 63(3): 395-412.

Davis, Diane. 2007. El factor Giuliani: delincuenda, la "cero tolerancia" en el trabajo policiaco y la transformación de la esfera pública en el centro de la ciudad de México. *Estudios sociológicos* 639-81.

Davis, Diane. 2012. Analytical foundations for the study of informality: a short introduction. En *Informalidad, Incertidumbre, Metrópolis y Estado: Como Gobernar la Informalización?*, eds. Felipe de Alba y Frederic Lesemann. Coedición PUEC-UNAM, INRS y Collegium de Lyon (EURIAS).

Donovan, Michael. 2008. Informal cities and the contestation of public space: The case of Bogotá's Street vendors, 1988-2003. *Urban Studies* 45(1): 29-51.

Duhau, Emilio y Ángela Giglia. 2008. *Las reglas del desorden: Habitar la metrópoli*. Siglo XXI.

Eckstein, Susan, ed. 2001. *Poder y protesta popular: Movimientos sociales latinoamericanos*. Siglo XXI Editores.

Evans, Peter. 2002. *Livable cities? Urban struggles for livelihood and sustainability*. California: University of California Press.

Fernandes, Edesio. 2011. *Regularization of informal settlements in Latin America*. USA: Lincoln Institute of Land Policy.

Fernandes, Edesio y María Mercedes Maldonado. 2009. Law and land policy in shifting paradigms and possibilities for action. *Land Lines* 19(4): 14-19.

Fischer, Brodwyn. 2008. *A poverty of rights: Citizenship and inequality in Twentieth-Century Rio de Janeiro*. Stanford: Stanford University Press.

Galvis, Juan Pablo. 2014. Remaking equality: Community governance and the politics of exclusion in Bogotá's public spaces. *International Journal of Urban and Regional Research* 38(4): 1458-75.

Hill, S. 1974. Norms, groups and power: The sociology of workplace industrial relations. *British Journal of Industrial Relations* 12(2): 213-35.

Holston, James. 2008. *Insurgent citizenship: Disjunctions of democracy and modernity in Brazil*. Princeton: Princeton University Press.

Houtzager, Peter. 2005. The movement of the landless (MST), juridical field, and legal change in Brazil. *Law and globalization from below: Towards a cosmopolitan legality*, 218-40.

Klink, Jeroen y Rosana Denaldi. 2016. On urban reform, rights and planning challenges in the Brazilian metropolis. *Planning and Development* 15(4): 402-17.

Leal, Alejandra. 2016. "You cannot be here": The urban poor and the specter of the Indian in neoliberal Mexico City. *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*: 539-59.

Lemaitre, Julieta. 2014. Constitution or barbarism? How to rethink law in 'lawless' spaces. En *Law and society in Latin America: A new*

map, ed. César Rodríguez. Nueva York y Londres: Routledge.

Levy, Lidia, Eva Gertrudes Jonathan, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho y Humberto Dalla. 2011. Mal-estar contemporâneo e conflitos entre vizinhos. *Revista Mal-Estar e Subjetividade* XI(3): 1125-42.

Low, Setha. 2000. *On the plaza.* Austin: University of Texas.

Lungo, Mario y Sonia Baires. 2001. Socio-spatial segregation and urban land regulation in Latin American cities. En *International Seminar on Segregation in the City*. Cambridge, MA, USA.

Matta, Juan. 2016. Entre vecinos eso no se hace. Sentidos de justicia y de vecindad en el marco de un dispositivo institucional de administración de conflictos. *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología* 24: 55-71.

Meneses, Rodrigo. 2011. *Legalidades públicas: El derecho, el ambulantaje y las calles en el centro de la Ciudad de México (1930-2010)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Meneses, Rodrigo. 2013a. Crime, street vendors and the historical Downtown in post-Giuliani Mexico City. *International Journal of Criminology and Sociology* 2: 186.

Meneses, Rodrigo. 2013b. Out of place, still in motion shaping (im) mobility through urban regulation. *Social and Legal Studies* 22(3): 335-56.

Meneses, Rodrigo. 2014. Ambulantaje en la ciudad de México y la justicia federal. *Estudios Sociológicos de El Colegio de México* 32(94): 73-102.

Meneses, Rodrigo. 2015. Law and mobility: ethnographical accounts of the regulation of the segregated cycle facilities in Mexico City. *Mobilities* 10(2): 230-48.

Meneses, Rodrigo y Sony Pellissery. 2015 Slums. En *The SAGE Encyclopedia of World Poverty*, ed. Mehmet Odekon. SAGE.

Meyer, Kerstin y Jürgen Bähr. 2014. La difusión de condominios en las metrópolis latinoamericanas. *Revista de Geografía Norte Grande* 32: 39-53.

Monkkonen, Pavo y Lucas Ronconi. 2013. Land use regulations, compliance and land markets in Argentina. *Urban Studies* 50(10): 1951-69.

Müller, Markus. 2013. Penal statecraft in the Latin American City assessing Mexico City's punitive urban democracy. *Social and Legal Studies* 22(4): 441-63.

Payne, Geoffrey. 2001. Urban land tenure policy options: Titles or rights? *Habitat International* 25(3): 415-29.

Penglase, Ben. 2008. The bastard child of the dictatorship: The Comando Vermelho and the birth of "narco-culture" in Rio de Janeiro. *Luso-Brazilian Review* 45(1): 118-45.

Pérez, Catalina. 2008. Distrust and disobedience: Discourse and practice of law in Mexico. *Rev. Jur. UPR* 77: 345.

Pérez-Perdomo, Rogelio y Pedro Nikken. 1979. *Derecho y propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas*. Fondo de Cultura Económica y Universidad Central de Venezuela Caracas.

Peters, Paul y Emily Skop. 2007. Socio-spatial segregation in metropolitan Lima, Peru. *Journal of Latin American Geography* 6(1): 149-71.

Sabatini, Francisco. 2006. *The social spatial segregation in the cities of Latin America*. Washington, DC: Inter-American Development Bank.

Satterthwaite, David. 2003. The links between poverty and the environment in urban areas of Africa, Asia, and Latin America. *The*

Annals of the American Academy of Political and Social Science 590(1): 73-92.

Staudt, Kathleen. 1996. Struggles in urban space street vendors in El Paso and Ciudad Juárez. *Urban Affairs Review* 31(4): 435-54.

Torres, A. *et al.*, 2013. The ciclovía and ciclorruta programs: Promising interventions to promote physical activity and social capital in Bogotá, Colombia. *American Journal of Public Health* 103(2): 23-30.

Valenzuela, Alfonso. 2013. Urban surges power, territory, and the social control of space in Latin America. *Latin American Perspectives* 40(2): 21-34.

Van Gelder, Jean-Louis. 2010. Tales of deviance and control: On space, rules, and law in squatter settlements. *Law and Society Review* 44(2): 239-68.

Ward, P. 2003. Regularization in Latin America: Lessons in the social construction of public policy. En *Urban land markets in transition*, ed. Gareth A. Jones. Cambridge, MA: Lincoln Institute of Land Policy (CDRom).

Capítulo 25
TERRITORIOS DE LA PROPIEDAD
PERSPECTIVAS SOCIOJURÍDICAS DESDE AMÉRICA LATINA*

Tatiana Alfonso

La propiedad es una institución fundamental para entender la distribución de recursos en la sociedad. Aunque la mayoría de las académicas sociojurídicas estaría de acuerdo con esta afirmación, el campo de los estudios de derecho y sociedad en América Latina ha analizado esta institución jurídica clásica de manera fragmentaria. A pesar de esta tendencia, las académicas latinoamericanas han ofrecido análisis importantes y novedosos en términos metodológicos y teóricos sobre la propiedad y su relación con ciertos fenómenos sociales. Entre otras, las categorías de "informalidad" y "pluralidad de los derechos de propiedad" han sido creadas y usadas por los estudios regionales para construir teorías sobre el funcionamiento empírico de las instituciones jurídicas, la forma en que estas moldean y se adaptan a los diferentes órdenes sociales[1]. El concepto "derechos de propiedad" es un marco que se ha asociado tradicionalmente con las ideas liberales sobre el derecho y el Estado, que privilegian las concepciones occidentales de propiedad y abogan por el libre mercado y la poca intervención estatal. Los estudios sociojurídicos latinoamericanos han expandido el marco de los derechos de propiedad para recoger formas más incluyentes y alternativas de propiedad y posesión. Con ello, han sentado las bases de un campo prometedor y productivo en los estudios de derecho y sociedad.

Este capítulo mapea la literatura sociojurídica sobre la propiedad y considera esta institución jurídica como un medio y como un fin. Definir la propiedad como un fin tiene como objetivo comprender tanto la forma en que los estudios de derecho y sociedad han analizado esta institución como las contribuciones teóricas y metodológicas que han surgido en América Latina. El enfoque que ve la propiedad como un medio tiene como objetivo trazar la trayectoria de las interacciones entre la doctrina jurídica tradicional y los trabajos que asumen la perspectiva del "derecho en acción". Así, este tipo de análisis va más allá de las características normativas de la institución y busca explicar, en cambio, la relación entre el derecho y la sociedad a partir de uno de los temas clásicos de los estudios sobre el campo jurídico. Los estudios que se detienen en las instituciones fundamentales de las sociedades occidentales revelan los cambios que suceden

* Cómo citar este capítulo: Alfonso, Tatiana. 2024. Territorios de la propiedad. Perspectivas sociojurídicas desde América Latina. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 561-582. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.26

en el campo académico. De ese modo, si se analizan con cuidado, los estudios sociojurídicos sobre la propiedad dicen mucho sobre la trayectoria histórica de los debates en torno a la relación entre el derecho y la sociedad y la forma en que debemos estudiar dicha relación[2].

El estudio de la propiedad realizado en América Latina salió hace tiempo de los salones tradicionales de las facultades de derecho y llegó al laboratorio social de los académicos de derecho y sociedad. La región ha aportado al menos cuatro líneas teóricas y de investigación sobre el funcionamiento de la propiedad en la sociedad. Por su parte, este capítulo clasifica la literatura sociojurídica sobre la propiedad en América Latina alrededor de cinco preocupaciones: la relación entre la propiedad y el desarrollo, la diferenciación binaria entre los derechos de propiedad formales y los informales, las aproximaciones del pluralismo jurídico a los derechos de propiedad, las formas liminares de propiedad que surgen en medio de la globalización y los derechos territoriales de las comunidades indígenas y tribales. Si bien la primera inquietud fue concebida en el campo de los estudios de derecho y desarrollo, ha inspirado las conversaciones alrededor de las reformas institucionales que apuntan al desarrollo económico y, más recientemente, social. El segundo tema abordó los procesos de urbanización de las ciudades latinoamericanas. Para la perspectiva clásica de derecho y sociedad en la región, este proceso estuvo marcado por la desorganización y por una brecha significativa entre los derechos de propiedad en los libros y la propiedad en el terreno. Esta línea de investigación ha conversado fluidamente con los estudios urbanos, el urbanismo y, en los últimos años, con las discusiones sobre el "derecho a la ciudad". La tercera preocupación surgió en parte como una respuesta a los trabajos que explicaban los procesos de urbanización en términos binarios. Así, estos trabajos sostienen que el contexto latinoamericano no debe explicarse a partir de la dicotomía formalidad/informalidad, sino desde la pluralidad de formas jurídicas que surgen de la interacción entre las condiciones jurídicas y sociales. Estos estudios no solo critican las perspectivas que afirman que el derecho es un instrumento del cambio social, sino que también ven la propiedad como un tipo de conocimiento jurídico. El cuarto grupo de trabajos, que todavía son escasos en el contexto latinoamericano, aborda el tema de los derechos de propiedad sobre los bienes intelectuales en una época globalizada. En la quinta línea, que aborda los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales de la región, la propiedad apenas se menciona. Aunque esta preocupación suele aparecer en el contexto de otras preguntas, este capítulo la incluye como un acercamiento a la propiedad.

El capítulo se organiza alrededor de estas preocupaciones. Con ello pretende mostrar que si bien las primeras aproximaciones sociojurídicas a la propiedad usaron las ideas más básicas de "derecho y sociedad" (como el concepto de derecho en acción y la intuición de que los derechos son herramientas de cambio), con el tiempo cada línea de investigación desarrolló nuevos marcos teóricos y conceptuales que, a la larga, posibilitaron nuevos diálogos y llevaron la discusión a nuevos escenarios teóricos. Así como este capítulo presenta el carácter fragmentario de la discusión sobre el lugar de la propiedad en la sociedad, también propone líneas de investigación futuras y prometedoras que podrían integrar algunos de los debates de la literatura para comprender lo que llamamos "configuraciones de la propiedad" en

la región. De ese modo, el capítulo aboga por una comprensión sociojurídica que integre los derechos de propiedad y su papel constitutivo en las relaciones sociales.

Organizo la literatura con base en conjuntos de preguntas de investigación por dos razones. En primer lugar, tomar la propiedad o cualquier otra institución jurídica como lentes para la sociedad o los problemas sociales es una tarea particularmente compleja en términos disciplinares. Muchas disciplinas han visto la propiedad como un objeto de estudio o como una variable de sus propias preguntas. Por ejemplo, los estudios políticos y la ciencia política han tratado la propiedad como una variable que explica ciertos procesos políticos, como la movilización rural o consolidación de las democracias (Albertus 2015a, 2015b; Gutiérrez Sanín 2010; Saffon 2015). Los sociólogos, por su parte, han entendido la propiedad como un conjunto de relaciones (Benda-Beckman, Benda-Beckman y Griffiths 2009) y como el resultado de las luchas sociales (Reyes 2009). A su vez, la economía institucional ha visto la propiedad como un conjunto de normas formales e informales que moldean el comportamiento (North 1990; Ostrom 2005; Cárdenas 2010), mientras la antropología la ha entendido como una forma de lenguaje y conocimiento (Riles 2004). Dada esa diversidad, es más conveniente abordar las preocupaciones comunes en lugar de los debates disciplinares.

En segundo lugar, esta forma de organizar la literatura me permitió resaltar los aportes de los estudios que examinan los contextos latinoamericanos. Por ejemplo, estos trabajos han llamado la atención sobre el reconocimiento constitucional de la función social de la propiedad, la distinción entre la formalidad y la informalidad como una de las principales explicaciones de los derechos de propiedad, la pluralidad de las relaciones de propiedad y los derechos territoriales. Por supuesto, esta organización no permite trazar una narrativa cronológica que recoja todas las formas de investigar sobre el tema. Sin embargo, esto parece ser una característica de cualquier campo de estudio porque las preguntas nunca responden a patrones organizados y lineales.

Introducción

Con frecuencia, cuando los académicos del derecho y los científicos sociales hablan de la propiedad, las personas, independientemente de su posición política e ideológica, tienden a pensar tanto en la propiedad privada, la clásica idea liberal de la plena propiedad que le impone restricciones a la intervención del Estado, como en las transacciones comerciales que benefician económicamente a algunos y despojan a otros. Esta idea liberal, que, de hecho, usan el derecho, la política y la economía, se basa en la definición básica de Locke según la cual la propiedad es una libertad individual, básica y fundamental cuyo propósito es satisfacer las preferencias individuales y servir como una mercancía que se puede intercambiar en el mercado[3].

No obstante, los académicos del derecho se han preguntado durante décadas cuáles son y deberían ser los contornos de la propiedad y si debería entenderse como un derecho, como una relación (Singer 2000) o como constelaciones de relaciones (Benda-Beckman, Benda-Beckman y Griffiths 2009). Ahora bien, la mayoría de los enfoques jurídicos no sustentan sus argumentos en datos empíricos sistemáticos sobre el funcionamiento real de los derechos de propiedad. Por su parte, los estudios sociojurídicos no solo han llenado la laguna empírica que

han dejado los enfoques normativos, sino que también han expandido, gracias a ese enfoque, la concepción liberal de la propiedad.

El primer territorio: derecho, desarrollo y derechos de propiedad

La relación entre la propiedad y el desarrollo tiene una historia larga y multifacética. Los economistas y los politólogos concuerdan en que la propiedad individual es una condición necesaria para el desarrollo económico porque los derechos de propiedad son importantes para la distribución de la riqueza en una sociedad (Cole 2014; Cole y Grossman 2002). Según los economistas, la claridad y la efectividad de los derechos de propiedad son fundamentales para el desarrollo y la estabilidad de las transacciones (De Soto 2000). La economía del desarrollo ha sostenido que la formalización de los derechos de propiedad en los países en desarrollo es una herramienta que puede mejorar las condiciones económicas (Galiani y Schargrodsky 2010; Peña *et al*. 2016)[4]. Aunque todos estos enfoques se sustentan empíricamente, rara vez analizan el significado de la propiedad en términos de derechos. Además, estos enfoques tienden a suponer que, en la mayoría de los casos, el aspecto jurídico de la propiedad, salvo el título legal, no es importante para entender las sendas del desarrollo (Easterly 2013).

En el campo sociojurídico, esta pregunta fue abordada por primera vez por el movimiento de derecho y desarrollo, que creía en la centralidad del derecho para promover el desarrollo económico (Trubek y Galanter 1974; Mota Prado 2016; Tamanaha 2011). El movimiento de derecho y desarrollo surgió en la década de los sesenta con el objetivo de analizar la forma en que las instituciones jurídicas influyen en el desarrollo económico. Asimismo, el movimiento diseñó una serie de políticas públicas en las que el derecho era la herramienta básica que lograría los cambios sociales y económicos necesarios para alcanzar los objetivos de desarrollo en los países pobres (Trubek *et al*. 2013). Como lo han reconocido ampliamente los fundadores del movimiento, sus ideales y objetivos se basaban en un legalismo liberal que fracasó por su etnocentrismo y porque exageraba el papel del derecho en la sociedad (Trubek 1990; Trubek y Galanter 1974).

Para la primera ola del movimiento de derecho y desarrollo, el Estado debería impulsar las reformas legales y la transformación económica. Dado el auge de la reforma agraria en América Latina, algunos académicos se basaron en esa idea para investigar la situación de la tierra y proponer políticas agrarias que fomentaran el desarrollo económico (Karst y Clement 1968; Thome 1968)[5]. La primera ola del movimiento creía que a través de la reforma legal se alcanzaría la igualdad en la sociedad. Sin embargo, como sus supuestos básicos estaban arraigados en concepciones liberales sobre el derecho, el movimiento entendió los derechos de propiedad de una forma limitada, es decir, como la adjudicación y redistribución de la tierra a título individual y la formalización de los derechos de propiedad privada. Estas ideas perdieron su importancia cuando varios proyectos de reforma agraria encontraron obstáculos políticos insuperables que, a su vez, mostraron los límites del derecho para promover el cambio social. De hecho, como lo argumentan Davis y Trebilcock (2008), los enfoques que entienden el cambio social como el resultado de una reforma legal pierden de vista tanto la interacción entre los métodos informales de control social como los obstáculos políticos que enfrentan las reformas.

Si bien el movimiento de derecho y desarrollo tuvo una existencia efímera como movimiento académico, su agenda permaneció viva en las agencias de desarrollo y en las investigaciones de derecho y economía. Estos nuevos actores concibieron los derechos de propiedad de otra manera. Para los estudiosos de derecho y economía, los derechos de propiedad son fundamentales para el análisis económico porque son la base de los intercambios comerciales (Cole y Grossman 2002; Allen 1998), mientras para las agencias de desarrollo los derechos de propiedad hacen parte del paquete de herramientas que podrían estabilizar las transacciones comerciales y asegurar la inversión y la transmisión de capital (Davis y Trebilcock 2008). Ambos enfoques compartían dos supuestos: 1. Los derechos efectivos de propiedad privada facilitan el intercambio de bienes y fomentan el crecimiento económico, y 2. La asignación de los derechos de propiedad tiene un impacto sobre el uso eficiente de los recursos (Cole y Grossman 2002)[6]. Cuando las agencias de desarrollo empezaron a adoptar los principios del Consenso de Washington (Babb 2009), la redistribución y la igualdad quedaron fuera de los objetivos de desarrollo. En consecuencia, la propiedad privada individual se convirtió en el prototipo de institución que se debía fortalecer y hacer respetar.

No obstante, los juristas latinoamericanos han contribuido a la expansión de la concepción de propiedad, tanto en las investigaciones sociojurídicas como en las políticas públicas. La primera gran contribución vino de la doctrina. Quienes la defienden sostienen que, desde un punto de vista normativo, la propiedad debe ser entendida desde una perspectiva no individualista. Así, se debe reconocer que la propiedad tiene una función social, a saber: contribuir al bienestar público. La llamada "función social de la propiedad" es uno de los puntos principales del debate en la academia jurídica y política latinoamericana. Aunque la idea de una función social de la propiedad surgió en la doctrina europea (Duguit 1969, 1975) y se conoce en la doctrina estadounidense como la *social-obligation norm* (Alexander 2009; Alexander y Peñalver 2012; Alexander *et al.* 2010), en América Latina la mayoría de los países reconocieron constitucionalmente la función social de la propiedad a partir de la década de los sesenta, justo cuando las reformas agrarias estaban en auge[7]. En consecuencia, en la literatura latinoamericana se encuentra una gran variedad de trabajos que examinan, por ejemplo, la historia de la manera en que la función social de la propiedad entró a los escenarios constitucionales latinoamericanos (Villegas del Castillo 2012), el significado de dicha función en un contexto en el que los Estados deben garantizar los derechos de todos los ciudadanos (Bonilla 2013), hasta qué punto la función social afecta el ejercicio de la propiedad, las circunstancias bajo las cuales los propietarios cumplen con la función social, y las condiciones que le permiten al Estado hacer valer la función social para imponer restricciones a la propiedad, como impuestos o expropiaciones (Alviar 2012; Varón *et al*. 2017). Recientemente se ha revisado el contenido de la función social para incorporar la llamada "función ambiental" (Foster y Bonilla 2013), que indica que los propietarios no pueden usar su propiedad sin tener en cuenta las normas ambientales.

La literatura sobre la función social de la propiedad ha sido relevante para repensar cómo garantizarles a los campesinos y a los grupos étnicos el acceso a la tierra en medio

de transiciones económicas y democráticas y luchas por el suelo (Ondetti 2016). Si bien el diálogo académico parece limitarse al campo jurídico, estas ideas también se usan explícitamente en las decisiones judiciales (Antkowiak 2014, 2008)[8] y las políticas estatales de desarrollo. De hecho, gracias al resurgimiento del movimiento de derecho y desarrollo en los últimos 20 años (Trubek y Santos 2013), han surgido nuevas conversaciones entre la literatura sobre los derechos de propiedad y el desarrollo.

Las agendas de la ola contemporánea de derecho y desarrollo se basan menos en las concepciones liberales de la propiedad y les prestan más atención a las formas alternativas de propiedad que surgen en los entornos rurales y urbanos (De Schutter 2011; Grossi 1986), a los enfoques diferenciales que les permitirían a los grupos tradicionalmente excluidos acceder a la propiedad (como las mujeres o los pueblos indígenas) (Escobar 2008, 1995; Rittich 2005) y al lenguaje de los derechos humanos (Alston y Robinson 2005). Mientras la primera ola del movimiento apoyaba la idea de trasplantar las instituciones jurídicas occidentales a los países en desarrollo, estas nuevas líneas de investigación van más allá de este enfoque unidireccional y, en cambio, permiten considerar formas no occidentales de propiedad, como las concepciones culturales que han revelado los estudios sobre América Latina y África. Del mismo modo, la nueva ola del movimiento ha tomado en serio las críticas al etnocentrismo de la primera ola y, en consecuencia, les ha prestado más atención a los contextos locales (Mota Prado 2016). A pesar de esto, la nueva generación aún acepta uno de los presupuestos clásicos de la primera ola: las instituciones jurídicas son capaces de crear las condiciones necesarias para lograr las metas del desarrollo (Friedman 1986).

Los estudios de este territorio asumen de forma implícita y explícita que el derecho es un instrumento que puede desencadenar la transformación económica y el desarrollo. Si bien estos trabajos dialogan con la economía institucional y el institucionalismo sociológico con el fin de evaluar el efecto de los arreglos institucionales sobre el logro de las metas de desarrollo (Cárdenas 2010; North 1990; Ostrom 1990), esta literatura solo incluye en sus reflexiones elementos como el género o las formas no tradicionales de propiedad si considera que son "buenos para el desarrollo" (Banco Mundial 2001; De Schutter 2011). Quizás gracias a su interés subyacente por el desarrollo, estas investigaciones sostienen un diálogo muy fluido con las agencias de desarrollo. De hecho, la mayoría de las personas que llevan a cabo este tipo de investigaciones son al mismo tiempo académicos y consultores de las agencias de desarrollo[9]. Por esta razón, sus estudios no solo examinan rigurosamente el funcionamiento real de las instituciones jurídicas y sus efectos sobre la igualdad, la dignidad y desarrollo, sino que también suelen hacer recomendaciones de política con base en esos resultados. Con ello, estos trabajos han logrado ampliar la frontera conceptual de la propiedad.

A pesar de esto, después de varias décadas de reflexión en torno a la relación entre la propiedad y el desarrollo, no hay una respuesta definitiva o concluyente. Como se dijo, tanto las formas de propiedad que han aparecido en las zonas rurales de los países en desarrollo como el reconocimiento constitucional de la función social de la propiedad han expandido

el paradigma liberal. Como resultado, han aparecido nuevas formas de ver la propiedad, la redistribución, la desigualdad y el desarrollo.

El segundo territorio: la dicotomía formalidad-informalidad

En la década de los noventa, los académicos sociojurídicos latinoamericanos llamaron la atención de los académicos tradicionales sobre el hecho de que, en sentido estricto, la propiedad no existe en la región. Para ellos, América Latina es, realmente, un reino de la informalidad. Así, para esta línea de investigación los derechos de propiedad se definen a lo largo de la dicotomía formalidad-informalidad (De Soto 2000).

Varios académicos sociojurídicos han desarrollado esta versión de los derechos de propiedad para mostrar que la realidad de las ciudades latinoamericanas está demasiado lejos de la regulación estatal de los espacios públicos y privados (Azuela 2013, 1991; Azuela y Meneses 2014). Este punto ha alimentado muchos estudios que analizan la relación entre la informalidad en los derechos de propiedad y los mercados informales del suelo urbano (Rico 2009); el crecimiento masivo y no planificado de las ciudades (Davis 2006, 2016); la plusvalía, tributación y valoración de los predios urbanos y el consecuente aumento de la desigualdad social (Azuela 2013); la pobreza urbana; y la falta de bienes y servicios básicos. Algunos trabajos sociojurídicos también han partido de la brecha entre las normas y las prácticas alrededor de la tierra para analizar la formalidad y la informalidad de los derechos de propiedad en las zonas rurales (Glenn 2008; Assies 2008).

Aunque la informalidad en las zonas rurales fue uno de los grandes temas del primer territorio, el campo se ha dividido entre los académicos que estudian los entornos urbanos y aquellos que examinan las zonas rurales. En consecuencia, el lenguaje de los derechos de propiedad cambia dramáticamente entre los dos territorios, así como las herramientas que cada comunidad usa para investigar sus temas y proponer políticas públicas. Mientras los trabajos que se concentran en las zonas rurales se preocupan principalmente por la formalidad y la seguridad de la tenencia de la tierra, los estudios sobre los entornos urbanos se preguntan por los usos del suelo, los bienes y servicios públicos, los impuestos y la marginalidad urbana. Una breve descripción de cada uno de estos grupos podría aclarar este punto.

Los estudios sobre los entornos urbanos pasaron de ofrecer explicaciones sobre los derechos de propiedad informales a examinar el uso de los espacios públicos y, específicamente, la regulación de las calles y las viviendas (la propiedad pública y privada en la ciudad)[10]. Por su parte, las investigaciones sobre las zonas rurales comenzaron a analizar el tránsito de la tenencia pública de la tierra a la tenencia privada (y viceversa), así como sus causas sociales e históricas (Assies 2008). El primer conjunto de trabajos reflexiona constantemente alrededor de las relaciones entre la propiedad, el uso y la ocupación del espacio de la ciudad, y la seguridad, la pobreza y la exclusión. Dado que estos estudios también se inspiran en la distinción entre el derecho en los libros y el derecho en acción, esta literatura ha establecido un contacto bastante sólido con los urbanistas y los diseñadores de políticas urbanas. La comunidad de académicos sociojurídicos

que analizan los problemas de la propiedad en las ciudades se ha construido alrededor de las conferencias sobre el derecho a la ciudad, las reuniones de planificadores que tienen como objetivo organizar el crecimiento de las áreas urbanas, y los centros de pensamiento que diseñan políticas de desarrollo urbano (por ejemplo, el Lincoln Institute for Land Policy). Esta línea de investigación tiene una presencia relativamente menor en los debates académicos doctrinales sobre la propiedad. En parte, esto se debe a que el conocimiento técnico y el lenguaje que utiliza la planificación urbana han creado un marco propio que se encarga de desarrollar nuevos conceptos para comprender y controlar la creciente urbanización de las ciudades latinoamericanas. Por otro lado, la gran contribución de este diálogo entre los académicos del urbanismo, los diseñadores de políticas públicas y los planificadores urbanos es el extraordinario desarrollo de herramientas capaces de comprender la propiedad, los usos, el valor y el excedente de la tierra como dimensiones de la forma en que el Estado aborda la informalidad y los derechos formales. En este sentido, los estudios urbanos de la propiedad en América Latina han contribuido enormemente a comprender la propiedad en términos normativos y empíricos.

Desde hace muy poco, los estudios sociojurídicos sobre el derecho a la ciudad han comenzado a dialogar con la larga tradición de los estudios urbanos en las ciencias sociales (Azuela y Meneses 2014). La geografía y la sociología han estudiado durante mucho tiempo los diferentes procesos de construcción del espacio urbano. En particular, estos trabajos se han concentrado en varios fenómenos: 1. Los patrones de segregación (Caldeira 2000); 2. Los mecanismos y actores que crean nuevos espacios urbanos formales e informales a través de la movilización; 3. La relación causal entre las políticas neoliberales y la creación de barrios pobres (Álvarez Rivadulla 2017; Evans 1995); y 4. La relación entre la urbanización y los procesos de democratización que crean nuevos contextos para la movilización social y el reconocimiento de las distintas formas de ciudadanía (Murphy 2015; Holston 2008). Este diálogo tiene un gran potencial en la medida en que la planificación urbana y los estudios sobre el derecho a la ciudad entiendan los procesos sociales y los efectos de la organización de la ciudad como aportes para la formulación de políticas.

Desde otra perspectiva, las investigaciones que estudian la formalidad y la informalidad en los contextos rurales han desarrollado conceptos como los nuevos cercados *(new enclosures)*, el despojo, la privatización y los usos alternativos de los terrenos baldíos. En esta área, los académicos tienden a analizar si la informalidad es un factor de riesgo que conduce a la pobreza (Fergusson 2013), el desplazamiento forzado por proyectos extractivistas (Harvey y Varela Mateos 2007), la violencia o la industrialización de las economías (Reyes 2009; Gutiérrez Sanín 2010), o la falla del Estado. Los conceptos que usan estos trabajos no se acercan a las herramientas de los planificadores urbanos, sino, más bien, a las ideas generales sobre el desarrollo rural, las causas que determinan la tenencia de la tierra y las implicaciones económicas de cada uno de los extremos de la dicotomía. Así, estos estudios tienden a entablar un diálogo muy productivo con los actores que tienen que ver con las políticas de desarrollo. De hecho, en esos diálogos la dicotomía se replantea como un problema de desarrollo.

El debate sobre la formalidad y la informalidad adquirió un tono cercano a las políticas públicas a partir de la publicación del tristemente famoso libro de De Soto sobre las implicaciones de la informalidad para el crecimiento económico. La propuesta de De Soto de formalizar y titular los predios urbanos no solo se expandió a las zonas rurales e incluso a las formas colectivas de propiedad (Albright y De Soto 2008), sino que también se convirtió en una receta extremadamente popular para el crecimiento y el desarrollo económico desde una perspectiva neoliberal. La creciente fama de De Soto ha venido acompañada de varias críticas, que se han formulado tanto en espacios internacionales como nacionales. De hecho, los críticos de De Soto también han cuestionado todos los enfoques que recurren a la distinción entre formalidad e informalidad. En particular, los académicos sociojurídicos articularon una crítica que apuntaba, en última instancia, a una nueva forma de comprender la propiedad en los países en desarrollo: la idea de la pluralidad de formas jurídicas.

El tercer territorio: no es informalidad; es un sentido diferente de la propiedad

Los académicos del pluralismo jurídico han contribuido a las discusiones sobre la propiedad argumentando que no es posible explicar adecuadamente el contexto latinoamericano a partir de la idea de informalidad. En primer lugar, el concepto de informalidad reproduce una mentalidad colonial que juzga las formas alternativas de organización social que se observan en los países en desarrollo con base en un único modelo de orden social: el concepto occidental de derecho. En segundo lugar, la dicotomía formalidad-informalidad lleva a asociar la informalidad con la ilegalidad y la formalidad con la legalidad, a pesar de que, realmente, esas categorías no son equivalentes. En tercer lugar, la distinción entre lo formal y lo informal ignora las relaciones alternativas posibles entre los individuos y el derecho. En consecuencia, los académicos de este territorio argumentan que podemos describir y explicar mejor las realidades particulares del Sur Global si tenemos en cuenta las diferentes formas y significados de la propiedad (Rico 2009; Latorre 2015b; Riles 2004)[11].

Una de las principales contribuciones de este marco teórico es la idea de que las instituciones jurídicas, en particular la propiedad, son formas de conocimiento que los individuos adquieren y utilizan en su vida cotidiana para darle sentido a su experiencia, navegar los procedimientos estatales, y adquirir reconocimiento (Riles 2004; Latorre 2015a). Como explica Sieder[12], para este enfoque son fundamentales los debates antropológicos en torno a la soberanía y el reconocimiento de las formas de organización social de los pueblos indígenas y otros grupos subalternos. Así, un estudio que quiera aproximarse a la propiedad desde esta perspectiva debería tratar de comprender en profundidad el espectro cultural de la propiedad y las diferentes formas que toma la tenencia de la tierra.

Por otro lado, esta agenda de investigación rechaza la definición clásica de la propiedad como un activo que se intercambia en el mercado y, en cambio, ofrece relatos etnográficos sobre cómo las personas crean las ideas sobre la propiedad y cómo construyen la propiedad misma a través de sus interacciones con el Estado (Latorre 2015b). Este territorio ha entablado un interesante diálogo con otros subcampos

que asumen que el derecho es un elemento constitutivo de la realidad social. Además, estos trabajos han empezado a ocupar un lugar importante entre los enfoques que cuestionan las aproximaciones unidireccionales y liberales al reconocimiento y la asignación de los derechos de propiedad.

El cuarto territorio: la propiedad como un espacio y una institución liminar en medio de la globalización económica

Este territorio se refiere a una tendencia global que tiene una connotación muy específica en América Latina: el surgimiento de los derechos de propiedad intelectual en una economía globalizada. A medida que crecía la importancia de la propiedad intelectual en la comunidad jurídica global, la idea liberal e individualista de la propiedad comenzó a incluir a algunas comunidades latinoamericanas. Sin embargo, este proceso no se separó de los enfoques tradicionales: se enfocó en las transacciones comerciales y, en consecuencia, consideró irrelevantes todas las contribuciones y debates en torno a la propiedad y el desarrollo en los países pobres. Más aún, los países y comunidades pobres y de ingresos medios parecían estar condenados a perder el acceso a ciertas formas básicas y tradicionales de conocimiento, tales como los usos tradicionales de los cultivos, las técnicas artesanales tradicionales y las formas tradicionales de nombrar los productos y las mercancías. La lucha global contra la llamada "privatización de las creaciones intelectuales" resultó en estrategias como las licencias libres (como la plataforma "Creative Commons") y los sistemas de producción e intercambio de conocimiento. Las investigaciones en este campo en América Latina han empezado a analizar los efectos de los derechos de propiedad intelectual sobre los sistemas nacionales de innovación (Ahmed Lahsen y Piper 2019)) y el impacto de la asignación de este tipo de derechos sobre los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y campesinos. Sin embargo, los litigantes y activistas están adquiriendo un verdadero papel protagónico en este campo: desde la perspectiva de la pluralidad de las formas jurídicas, muchos de ellos están usando el sistema de los derechos de propiedad intelectual a favor de las comunidades indígenas. En 2016, por ejemplo, el Movimiento Nacional de Tejedores Mayas de Guatemala presentó un proyecto de ley ante el Congreso con el fin de obtener la propiedad intelectual colectiva sobre las creaciones textiles mayas: los huipiles. Según el Movimiento, este vestido de algodón incorpora muchos de sus conocimientos tradicionales, de tal modo que la producción jurídica de esa forma de propiedad les impediría a los extranjeros y a las personas ajenas a la comunidad maya continuar explotando sus conocimientos ancestrales. Esta estrategia fue novedosa por dos razones: no solo usó el argumento del conocimiento tradicional con respecto a un bien material, sino que también buscó el reconocimiento de los derechos de propiedad de un sujeto colectivo. Sin renunciar a sus formas tradicionales de conocimiento y organización, el Movimiento buscó el reconocimiento de la propiedad intelectual colectiva, así como el acceso a los beneficios tradicionales del derecho de la propiedad[13]. Estas estrategias se están volviendo más comunes en toda la región. Es el caso de los Voladores de Papantla en México, que buscan el reconocimiento y la defensa de su ritual sagrado frente a las

personas que lo practican a pesar de que no pertenecen a la comunidad.

Esta nueva forma de activismo está recuperando el elemento más fuerte de la propiedad, el derecho a excluir a otros, para proteger las formas y valores culturales que las concepciones liberales de la propiedad nunca han considerado.

Los derechos territoriales colectivos como una herramienta de redistribución en medio de la violencia jurídica sobre los derechos de propiedad

Las sociólogas, antropólogas y politólogas concuerdan en que la propiedad está estrechamente relacionada con la ciudadanía y el reconocimiento del Estado. Especialmente después del llamado "giro multicultural", los estudios sobre América Latina han demostrado que el reconocimiento jurídico de los derechos de propiedad de los grupos étnicos creó nuevas formas de ciudadanía que fomentaron la participación política y la inclusión, al menos retórica, de las comunidades menos favorecidos (Yashar 2005; Sieder 2011). Durante las últimas dos décadas del siglo XX, los países latinoamericanos atravesaron una ola de reformas multiculturales que tenían como objetivo incluir a los pueblos indígenas y afrodescendientes en el discurso nacional y mejorar sus condiciones económicas y sociales[14]. Uno de los elementos más importantes de la ola constitucional multicultural fue el reconocimiento de los derechos de propiedad colectiva.

Como lo indican los estudios del primer territorio, con frecuencia se toma la propiedad como un activo necesario para ingresar a las economías de mercado y superar la pobreza. Sin embargo, en vista de que las comunidades étnicas y campesinas todavía se encuentran entre los grupos con menores ingresos en todos los países latinoamericanos, parece que los casi 30 años de existencia de la propiedad colectiva en la región no han mejorado las condiciones económicas y sociales de las comunidades rurales. De hecho, los títulos de propiedad colectiva no se han otorgado como activos comerciales, sino como una garantía para que los grupos menos favorecidos no pierdan sus tierras en un mercado en el que probablemente no podrían competir. Por esa razón, los títulos colectivos usualmente les prohíben a las comunidades vender, arrendar, permutar o parcelar cualquier porción de sus tierras. A pesar de esto, las comunidades étnicas y las organizaciones sociales de las zonas rurales de toda la región han sufrido varias formas de despojo violento, tanto ilegal como legal.

A pesar de que la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales de América Latina le dan a la propiedad privada un lugar preponderante en los catálogos de derechos fundamentales, la adjudicación colectiva de la tierra se basa, en varios sentidos, en una concepción no liberal que saca los terrenos del comercio, asume que la organización social de las comunidades está en la base de la existencia material y formal de la propiedad colectiva y no considera que las comunidades tengan un derecho absoluto a excluir a los otros o al Estado. La combinación de estos elementos da lugar a una de las contribuciones institucionales más importantes de los estudios latinoamericanos sobre la propiedad: una constelación bastante particular de derechos de propiedad. Al mismo tiempo, sin embargo, la propiedad privada aún prevalece en el pensamiento sociojurídico y en los debates doctrinales. A diferencia de lo que

sostienen las investigaciones sobre la propiedad y el desarrollo, las tierras colectivas no son una mercancía ni están destinadas a serlo. Asimismo, el reconocimiento estatal de los derechos colectivos y la creación de procedimientos administrativos para acceder a ellos hacen que, por definición, la propiedad colectiva no pueda ser calificada como "informal". Aunque la resistencia de las élites políticas y económicas a veces dificulta la aplicación de esos procedimientos, no se trata de un problema de informalidad (Saffon 2010). Ciertamente, estos arreglos institucionales reconocen las diferentes formas jurídicas de las comunidades y sus concepciones culturales alrededor de la propiedad en la medida en que incorporan sus sistemas jurídicos propios al orden jurídico dominante (Mosquera Rosero-Labbé, Laó-Montes y Rodríguez Garavito 2010; Sieder 2010). Sin embargo, el marco conceptual que se ha usado para comprender, explicar y abogar por la tenencia colectiva de la tierra no ha sido el de la propiedad, sino el de los derechos territoriales y la política étnica *(ethnic politics)*. En consecuencia, la idea de territorio se ha alejado de los debates académicos alrededor de la propiedad.

En esta línea de investigación, varios trabajos en el campo de la política étnica han analizado el surgimiento de las nuevas identidades políticas y los movimientos sociales étnicos en América Latina (Álvarez, Dagnino y Escobar 1998; Asher 2009; Paschel 2010), así como la ola de reformas multiculturales y formas de inclusión que las acompañaron (Yashar 2005; Van Cott 2000). Entre estas investigaciones se destacan los estudios sobre la relación entre los reclamos étnicos y los procesos de formación del Estado, que ponen de manifiesto que las identidades políticas se construyen socialmente, son contingentes y están abiertas al cambio y delimitadas institucionalmente (Yashar 2005; French 2009; Richards 2004). Todas las discusiones sobre la política de la identidad y el Estado nos han ayudado a comprender por qué las identidades indígenas se han vuelto políticamente relevantes, particularmente con respecto a los derechos sobre la tierra y las luchas por la propiedad colectiva (French 2009; Escobar 2008). Sin embargo, estas investigaciones no han explorado suficientemente si estos procesos han tenido un efecto positivo sobre el desarrollo y el bienestar de las comunidades étnicas. De hecho, algunos académicos han señalado que la perspectiva multicultural ha desplazado las luchas por la igualdad (Engle 2010; Sieder 2011). Del mismo modo, han demostrado que si bien las reformas multiculturales han tenido éxito en términos de reconocimiento, han estado acompañadas de políticas económicas neoliberales que han impedido que los grupos étnicos logren algún avance en materia de redistribución (Hale 2002, 2006; Sieder 2011). Por lo tanto, aunque muchos trabajos han considerado teóricamente el funcionamiento ideal y el surgimiento de las instituciones de la propiedad colectiva, no hay suficientes investigaciones empíricas que exploren hasta qué punto tales arreglos institucionales específicos, de hecho, han mejorado las condiciones de vida de las comunidades rurales. Es más, las investigaciones existentes se quedan cortas cuando analizan las variaciones entre los diferentes diseños institucionales de los regímenes de propiedad colectiva, sin mencionar que muy pocas de ellas se detienen en los diferentes resultados económicos y políticos de tales arreglos institucionales.

Si bien los trabajos que analizan los derechos territoriales como formas de reconocimiento

constituyen un aporte verdaderamente latinoamericano, podrían beneficiarse de un diálogo con los territorios de la propiedad que he descrito en este capítulo. Recientemente, se ha intentado integrar los conceptos y debates sobre los derechos de propiedad a la conversación en torno a los derechos territoriales y la autonomía de las comunidades rurales. En lo que sigue, uso el caso de Colombia para presentar las investigaciones que han intentado conjugar estos marcos conceptuales. Colombia es un caso paradigmático: sus luchas por la tierra no solo han sido un campo de constante confrontación entre los movimientos sociales y las élites económicas y políticas, sino que también han sido profundamente exploradas por los estudios sociojurídicos[15]. El caso colombiano muestra que, en medio de una transición democrática, el tratamiento de los derechos sobre la tierra en los contextos rurales se ha ido acercando cada vez más a los debates sobre la propiedad. Cierro el capítulo mostrando que, además de tener grandes implicaciones sobre el diseño de las investigaciones sociojurídicas, este cambio en los marcos conceptuales despierta preguntas teóricas y empíricas importantes y traza líneas de investigación prometedoras.

Colombia ha respondido al despojo de las tierras colectivas a través del mercado con uno de los regímenes de protección más fuertes de la región. A diferencia de los países que han echado abajo la prohibición de vender, parcelar o arrendar los territorios colectivos[16], en Colombia las tierras colectivas están legalmente por fuera del mercado. Sin embargo, como lo han demostrado los estudios de derecho y sociedad, los grupos armados ilegales y los comerciantes legales (Marín Correa 2012; Rodríguez Garavito, Alfonso Sierra y Cavelier Adarve 2008, 2009; Alfonso *et al*. 2011) han aprovechado el largo conflicto armado para hacer despojos de una gran cantidad de territorios colectivos (Rodríguez Garavito, Alfonso Sierra y Cavelier Adarve 2009). Los intereses económicos (Ojeda 2012), el *boom* extractivista y los proyectos que vinieron con él (Toro Pérez *et al*. 2012, Garay Salamanca 2014) y el control territorial de los actores armados ilegales han puesto en peligro la tenencia de la tierra tanto de los sujetos colectivos como de los campesinos. En medio de las muchas transiciones que ha atravesado el país, los grupos étnicos han exigido las garantías básicas de la propiedad privada para sus territorios colectivos, y los campesinos han empezado a reclamar derechos territoriales e identidades políticas asociados a su derecho de propiedad individual sobre la tierra.

Mientras Colombia comenzaba a recorrer el camino de las transiciones democráticas con el proceso de desmovilización de los paramilitares que empezó en 2005 y los procesos de reparación a las víctimas, las luchas por la tierra empezaron a ocupar un lugar importante en las políticas públicas. Tanto los campesinos propietarios o poseedores de tierras como los grupos étnicos adquirieron la posibilidad de reclamar la posesión material y el derecho de propiedad sobre las tierras que perdieron durante el conflicto. Para procesar estos reclamos, se crearon nuevas instituciones de restitución y reparación de tierras. En particular, la Unidad de Restitución de Tierras (URT) asumió la función de recuperar las tierras objeto de despojo y restituirlas a los campesinos y grupos étnicos. Para ello, la URT tuvo que diseñar e interponer acciones judiciales en medio de los procesos de restitución. En general, esta tarea suponía considerar tanto el régimen individual de propiedad como los regímenes colectivos. En el primer caso, que recogía principalmente

a los campesinos que habían sido reconocidos oficialmente como víctimas y que demostraron haber perdido sus tierras a causa del conflicto, la URT tuvo que aplicar la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras teniendo en cuenta el marco general del derecho civil y sus respectivas reglas sobre posesión y propiedad, ajustándolas a los principios de la restitución. Por su parte, con respecto a los sujetos colectivos (las comunidades indígenas y afrodescendientes), la URT tuvo que aplicar los decretos especiales para cada grupo étnico y la legislación especial sobre territorios étnicos. Cada uno de estos instrumentos jurídicos exigía considerar diferentes tipos de información jurídica y social. En mi opinión, en este contexto surgieron los primeros encuentros entre los debates en torno a la propiedad y los derechos territoriales. Mientras los campesinos están sometidos al derecho civil (y a las burocracias que describen Barrera y Latorre en este volumen), que les exige demostrar la posesión legal de sus tierras o la propiedad por medio de un título, la mayoría de las comunidades étnicas tienen que demostrar que ocuparon y usaron ancestralmente la tierra, indicar los límites materiales de su título colectivo y la pérdida que sufrieron. Dicho de otro modo, los campesinos deben lidiar con los marcos tradicionales del derecho de propiedad, que incluyen, entre otros, su derecho a ser formalizados y restituidos. De esa forma, tan pronto como acceden a la propiedad, adquieren la potestad, al menos en teoría, de excluir a los terceros y llevar a cabo sus actividades económicas. Por el contrario, las comunidades étnicas deben demostrar el despojo cultural, económico y material de su territorio sin tener en cuenta otros aspectos formales de la propiedad. En este caso, si recuperan sus tierras, no adquieren el derecho de excluir a los terceros de su territorio[17].

El segundo gran encuentro entre la propiedad y los derechos territoriales llegó con el proceso de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia). El primer punto del acuerdo fue la reforma rural integral, uno de los pasos más importantes para el éxito de la transición. Después de la aprobación del acuerdo, el Gobierno colombiano creó nuevas instituciones con el fin llevar a cabo las políticas rurales que las agencias anteriores nunca implementaron. La Agencia Nacional de Tierras (ANT) es la entidad encargada de las políticas relacionadas con la tierra y los derechos de propiedad sobre ella. La ANT desempeña una gran cantidad de funciones: 1. Puede supervisar y ejecutar los procesos de adjudicación de tierras que inician los campesinos y las comunidades étnicas; 2. Puede formalizar la posesión legal y legítima de los campesinos; 3. Puede expropiar los predios de las personas que no cumplen con las obligaciones de función social de la propiedad; y 4. Tiene a cargo la organización del sistema de información de tierras del país. Para cumplir con su mandato legal, la ANT debe levantar un catastro nacional que identifique quién es dueño de qué, quién tiene la posesión material de un predio determinado y quién debería tener un derecho de propiedad sobre un terreno. En últimas, a partir del catastro, la ANT debe formalizar la propiedad, es decir, definir cómo asignar derechos de propiedad después de décadas de un conflicto armado que tiene en su centro la lucha por la tierra. Los procedimientos para los campesinos que se someten al régimen de propiedad son diferentes de aquellos para los grupos étnicos, pero es claro que el lenguaje

de la formalización no considera las dimensiones culturales y económicas de los territorios étnicos. Además, tanto los campesinos como las comunidades étnicas deben armonizar su organización territorial con los planes municipales que definen los usos del suelo y las actividades económicas. En consecuencia, la ANT debe integrar ambos marcos jurídicos —el de la propiedad clásica y el de los derechos territoriales— para cumplir la promesa del desarrollo rural y la seguridad en la tenencia de la tierra. Incluso si la ANT concilia los procedimientos y concepciones de ambos marcos, aún queda pendiente la pregunta por el desarrollo rural, puesto que los dos tipos de propiedad ponen a los sujetos en diferentes posiciones con respecto a las actividades que pueden llevar a cabo. Tanto el desarrollo rural como la seguridad en la tenencia de la tierra son fundamentales para evitar la repetición del conflicto. Para lograrlos, es necesario conjugar la protección de los derechos de propiedad con las formas tradicionales de tenencia y propiedad.

Los académicos de derecho y sociedad han jugado un papel muy importante en la transformación de las políticas públicas en Colombia. En particular, han hecho explícitos los problemas que supone defender los derechos territoriales sin tener en cuenta las características básicas de la propiedad, como la autodeterminación y el derecho a excluir a los terceros en nombre de la colectividad. Los académicos también han mostrado la relevancia del derecho a la autodeterminación de los campesinos en los casos en que, en un claro paralelo con la consulta previa a los grupos étnicos, someten a una consulta popular los proyectos extractivistas (Durán 2017).

El contexto colombiano muestra que, como consecuencia de la intervención de los académicos y los diseñadores de políticas públicas, el marco conceptual de los derechos territoriales les está abriendo paso a los debates alrededor de la propiedad. Las luchas por la tierra de las comunidades étnicas se acercan a la defensa de la propiedad colectiva con las características de la propiedad privada frente a terceros. Asimismo, los campesinos pueden encontrar útil el marco de los derechos territoriales cuando articulan argumentos en torno a su autonomía y sus propias formas de desarrollo.

Sin embargo, estas movidas conceptuales plantean importantes desafíos. La defensa de los derechos territoriales con base en el marco de la propiedad corre el riesgo de caer bajo el impulso liberal de fusionar la autonomía con las transacciones de mercado. Sin embargo, olvidar el marco de la propiedad podría condenar a los campesinos y grupos étnicos al reconocimiento de derechos sin ningún nivel de eficacia.

Finalmente, el contexto colombiano también ilustra cómo el derecho y sus marcos conceptuales tienden un puente entre las estrategias económicas y sociales y las luchas que tienen lugar en la sociedad alrededor de la tierra y la propiedad.

Territorios fragmentados y lagunas empíricas: pistas para futura agendas de investigación

Como he mostrado en este capítulo, los primeros debates sobre la propiedad en los estudios de derecho y sociedad se construyeron a partir de la distinción tradicional entre el derecho en los libros y el derecho acción. No obstante, con el tiempo aparecieron investigaciones alternativas que dialogaban con otro tipo de discusiones teóricas y políticas. Mientras los sociólogos y

otros científicos sociales que analizaban los problemas urbanos o los movimientos rurales formularon sus preguntas en el lenguaje de la movilización social, el territorio o el derecho a la ciudad, los académicos del derecho analizaron los problemas con base en el marco del derecho a la propiedad privada. Esta desconexión parece indicar que los lentes del derecho tienen bastantes limitaciones para comprender por qué y cómo la propiedad se convierte en una institución que media entre las reivindicaciones sociales, las reformas económicas neoliberales y el acceso a bienes y servicios que requieren tanto las personas desfavorecidas como las privilegiadas.

Sostengo que una conversación más comprehensiva es útil por razones teóricas y pragmáticas. Más allá del caso colombiano, las investigaciones nacionales e internacionales sobre la propiedad se encuentran en el diálogo entre el urbanismo, la zonificación, la planificación, los estudios sobre el desarrollo y las estrategias para la defensa de los que luchan por su supervivencia en los entornos urbanos y rurales. Un ejemplo de esta línea de investigación son los trabajos que exploran la existencia de una dimensión regional de los derechos territoriales a través de los lentes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los pueblos indígenas y su derecho a la tierra. Aún es necesario analizar cómo se pueden implementar localmente las sentencias de la Corte Interamericana en función de los regímenes de propiedad que reconozca cada país. Como en el caso de Colombia, las configuraciones de la propiedad, es decir, las diferentes combinaciones de las dimensiones de esta, permiten una comprensión más profunda de la forma en que la propiedad moldea las identidades, la distribución y el desarrollo.

Notas

1. Como se explicó en la introducción de este volumen, un gran número de académicos sociojurídicos combinan la producción académica con el activismo y el litigio. Los derechos de propiedad, especialmente en el contexto urbano, y los derechos territoriales, que los académicos han empezado a analizar con los marcos analíticos de la propiedad, son claros ejemplos de la interacción entre esos ámbitos.
2. En términos metodológicos, esta propuesta supone tomar las instituciones jurídicas como lentes que permiten trazar la evolución de los debates teóricos y conceptuales dentro de un campo o subcampo de estudio.
3. Para una descripción detallada de la concepción liberal de la propiedad en la doctrina jurídica, véase Diamond (2009).
4. En el campo de la economía del desarrollo, la gran mayoría de trabajos coinciden en que los derechos de propiedad formales son condiciones necesarias, pero no suficientes, para el desarrollo económico.
5. Varias instituciones académicas en Estados Unidos crearon centros especializados en temas de tierras y reformas agrarias con el propósito de apoyar las reformas agrarias en América Latina. Un ejemplo de ello es el Land Tenure Center de la Universidad de Wisconsin-Madison, que fue creado en 1962 para promover la administración equitativa y sostenible de la tierra. El Land Tenure Center publicó una gran cantidad de documentos de trabajo sobre la reforma agraria en Chile, Perú y Colombia durante los años sesenta y setenta. www.nelson.wisc.edu/ltc/. (Consultado el 2 de julio de 2017).

6. Las investigaciones de derecho y economía no son concluyentes sobre el tipo de derechos de propiedad que resultarían adecuados para lograr la eficiencia. De hecho, el concepto de derechos de propiedad suele ser vago en la literatura económica. Para una larga discusión sobre el sesgo disciplinario y los malentendidos entre el derecho y la economía sobre este tema, véase Cole y Grossman (2002).
7. Para un inventario detallado de las constituciones latinoamericanas que han reconocido la función social de la propiedad, véase Saffon, María Paula. 2020. Property and Land. En *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, eds. Conrado Hübner Mendes y Roberto Gargarella. Oxford: Oxford University Press.
8. Véanse, por ejemplo, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas en Paraguay. En ellas, la Corte no solo protege el derecho ancestral de los pueblos indígenas, sino también le ordena a Paraguay expropiar las tierras necesarias con el fin de satisfacer los derechos de las comunidades indígenas sobre el interés de los propietarios privados.
9. Véanse, por ejemplo, las directrices de la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés) con respecto a los derechos de propiedad y los derechos sobre la tierra en los países en desarrollo. www.usaid.gov/news-information/fact-sheets/red-land-and-rural-development-program. (Consultado el 2 de julio de 2017).
10. Para una explicación detallada de la forma en que los estudios de derecho y sociedad han abordado las ciudades, véase el capítulo de Meneses en este volumen.
11. Para una exposición detallada de este enfoque, véase el capítulo de Barrera y Latorre en este volumen.
12. Véase el capítulo de Rachel Sieder en este volumen.
13. La siguiente página web presenta un comentario sobre este tipo de reclamo: www.cbc.ca/ news / canada / north / cultural -appropriation-make-it-ilegal-worldwide-native-advocates-say-1.4157943. (Consultado el 2 de julio de 2017).
14. Los siguientes países han incluido disposiciones multiculturales en sus constituciones: Argentina (1944), Bolivia (1994), Brasil (1988, 1994, 1997), Chile (1989, 1994, 1997), Colombia (1991), Costa Rica (1996, 1997), República Dominicana (1996), Ecuador (1996, 1998), México (1992, 1994), Nicaragua (1987, 1995), Panamá (1994), Paraguay (1992), Perú (1993) y Uruguay (1997).
15. La presentación del caso colombiano se limita exclusivamente al tema de los conflictos territoriales y los debates que han surgido alrededor de ellos. Solo presento los hechos e investigaciones que se convirtieron en puntos de encuentro entre el estudio de los derechos territoriales y el estudio de la propiedad.
16. México es probablemente el caso más extremo en el lado opuesto: la modificación en 1992 del artículo 27 de la Constitución mexicana permitió la fragmentación de los ejidos, la paradigmática organización colectiva de campesinos que triunfó con la Revolución mexicana y fue establecida por la Constitución de 1917.
17. El análisis de cómo la URT ha desempeñado sus funciones está fuera del alcance de este capítulo. Sin embargo, a modo de ilustración, cabe mencionar que el primer caso étnico que la URT llevó al poder judicial fue rechazado porque la demanda buscaba que las

pruebas fueran practicadas bajo las normas del derecho civil, que no se les aplican a las comunidades étnicas del país.

Referencias

Ahmed Lahsen, Amina y Alan T. Piper. 2019. Property rights and intellectual property protection, GDP growth and individual well-being in Latin America. *Lat Am Econ Rev* 28, 12.

Albertus, Michael. 2015a. *Autocracy and redistribution: The politics of land reform*. Nueva York: Cambridge University Press.

Albertus, Michael. 2015b. The role of subnational politicians in distributive politics: Political bias in Venezuela's Land Reform under Chávez. *Comparative Political Studies* 48 (13): 167-1710.

Albright, Madeleine K. y Hernando de Soto. 2008. Empowering the Poor Through Property Rights. En *Making the law work for everyone*. Nueva York, NY: Commission on Legal Empowerment of the Poor and the United Nations Development Programme.

Alexander, Gregory. 2009. The social obligation norm in American property law. *Cornell Law Review* 94:745.

Alexander, Gregory S. y Eduardo Penalver. 2010. *Property and Community*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.

Alexander, Gregory y Eduardo Peñalver. 2012. *An Introduction to Property Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.

Alfonso, Tatiana, Libia Grueso, Magnolia Prada y Yamile Salinas. 2011. *Derechos Enterrados. Comunidades Etnicas y Campesinas en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Allen, Douglas W. 1998. Property rights, transaction costs, and coase: One more time. En *Coasian economics: Law and economics and the new institutional economics*, ed. Steven G. Medema. Boston: Kluwer.

Alston, Philip, y Mary Robinson (eds.). 2005. *Human rights and development. Towards mutual reinforcement*. Oxford: Oxford University Press.

Álvarez Rivadulla, María José. 2017. *Squatters and the politics of marginality in Uruguay*. Cham: Palgrave MacMillan.

Álvarez, Sonia E., Evelina Dagnino y Arturo Escobar. 1998. Introduction: The cultural and the political in Latin American Social Movements. En *Cultures of politics and politics of cultures: Revisioning Latin American social movements*, eds. Sonia E. Álvarez, Evelina Dagnino y Arturo Escobar. Oxford: Westview Press.

Alviar, Helena. 2012. Más allá de la Constitución: Obstáculos a la función social de la propiedad. En *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*, ed. Helena Alviar García. Bogotá: Universidad de los Andes.

Antkowiak, Thomas M. 2008. Remedial approaches to human rights violations: The Inter-American Court of Human Rights and beyond. *Columbia Journal of Transnational Law* 46 (2): 351-419.

Antkowiak, Thomas M. 2014. Rights, resources, and rethoric: Indigenous peoples and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law* 35 (1): 113-187.

Asher, Kiran. 2009. *Black and green. Afro-Colombians, development, and nature in the Pacific lowlands*. Durham: Duke University Press.

Assies, Willem. 2008. Land tenure and tenure regimes in Mexico: An overview. *Journal of Agrarian Change* 8(1): 33-63.

Azuela, Antonio. 1991. La sociología jurídica frente a la urbanización en América Latina:

Agenda y estrategias para la investigación. En *Sociología jurídica en América Latina*. Oñati: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.

Azuela, Antonio, ed. 2013. *Expropiación y conflicto social en cinco metrópolis latinoamericanas*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales.

Azuela, Antonio y Rodrigo Meneses. 2014. The everyday formation of the urban space. En *The expanding spaces of law: A timely legal geography*, eds. edited by Irus Braverman, Nicholas Blomley, David Delaney y Alexandre Kedar. Palo Alto: Stanford University Presss.

Babb, Sarah. 2009. *Behind the development banks. Washington politics, poverty, and the wealth of nations*. Chicago, IL: The University of Chicago Press.

Von Benda-Beckman, Franz, Keebet von Benda-Beckman y Anne Griffiths. 2009. *The power of law in a transnational world, anthropological enquiries*. Nueva York y Oxford: Berghan Books.

Bonilla, Daniel, ed. 2013. *La función social de la propiedad*. Buenos Aires: Eudeba.

Caldeira, Teresa. 2000. *City of walls: Crime, segregation, and citizenship in São Paulo*. Berkeley: University of California Press.

Cárdenas, Juan Camilo. 2010. *Dilemas de lo colectivo. Insituciones, pobreza y cooperación en el manejo local de los recursos de uso común*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Cole, Daniel. 2014. The law and economics approach to property. *Indiana Legal Studies Research Paper* 277.

Cole, Daniel H. y Peter Z. Grossman. 2002. The meaning of property rights: Law versus economics? *Land Economics* 78(3): 317-30.

Davis, Diane. 2006. Undermining the rule of law: Democratization and the dark side of police reform in Mexico. *Latin American Politics and Society* 48(1): 55-86.

Davis, Diane. 2016. La producción del espacio y la violencia en las ciudades del sur global: Evidencia de América Latina. *Nóesis. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades* 26 (52): 1-15.

Davis, Kevin E. y Michael Trebilcock. 2008. The relationship between law and development: Optimists versus skeptics. *New York University Public law and legal theory working papers*. Documento de trabajo 72.

De Schutter, Olivier. 2011. The green rush: The global race for farmland and the rights of land users. *Harvard International Law Journal* 52(2): 503-59.

De Soto, Hernando. 2000. *The mystery of capital: Why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else*. Nueva York, NY: Basic Books.

Diamond, Michael R. 2009. The meaning and nature of property: Homeownership and shared equity in the context of poverty. *Saint Louis University Public Law Review* 29: 85-112.

Duguit, León. 1969. Changes of principle in the field of liberty, contract, liability and property. En *The progress of continental law in the Nineteenth Century*, eds. Layton Bartol y Ernst Bruncken. Nueva York: August M. Kelly Publishers.

Duguit, León. 1975. *La transformación del derecho público y privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Durán, Helena. 2017. *10 años de lucha. La historia detrás de la consulta minera en Cajamarca*. Disponible en: https://www.dejusticia.org/column/10-anos-de-lucha-la-historia-detras-de-la-consulta-minera-en-cajamarca/

Easterly, William. 2013. *The tyranny of experts. Economists, dictators and the forgotten rights of the poor.* Nueva York, NY: Basic Books.

Engle, Karen. 2010. *The elusive promise of indigenous development. Rights, culture, strategy*. Durham: Duke University Press.

Escobar, Arturo. 1995. *Encountering development. The making and unmaking of the Third World*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Escobar, Arturo. 2008. *Territories of difference: Place, movements, life, redes*. Durham: Duke University Press.

Evans, Peter. 1995. *Embedded autonomy. States and industrial transformation*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Fergusson, Leopoldo. 2013. The political economy of rural property rights and the persistence of the dual economy. *Journal of Development Economics* 103: 167-81.

Foster, Sheila y Daniel Bonilla. 2013. La función social de la propiedad en perspectiva comparada. En *La función social de la propiedad*, ed. Daniel Bonilla. Buenos Aires: Eudeba.

French, Jan Hoffman. 2009. *Legalizing identities. Becoming black or Indian in Brazil's Northeast*. Chappel Hill: The University of North Carolina Press.

Friedman, Lawrence M. 1986. The law and society movement. *Stanford Law Review* 38: 763.

Galiani, Sebastian y Ernesto Schargrodsky. 2010. Property rights for the poor: Effects of land titling. *Journal of Public Economics* 94: 700-29.

Garay Salamanca, Luis Jorge, ed. 2014. *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista*. 4 vols. vol. 1, *Minería en Colombia*. Bogotá, Colombia: Contraloría General de la República.

Glenn, Jane Matthews. 2008. Informal formality: Tenantries, ejidos and family land. *International Journal of Law in Context*, vol. 4 (2): 135-48.

Grossi, Paolo. 1986. *Historia del derecho de propiedad: La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*. Barcelona: Ariel.

Gutiérrez Sanín, Francisco. 2010. Land and property rights in Colombia–Change and continuity. *Nordic Journal of Human Rights*, 28 (2): 230-61.

Hale, Charles. 2002. Does multiculturalism menace? Governance, cultural rights and the politics of identity in Guatemala. *Journal of Latin American Studies*, vol. 34 (3): 485-524.

Hale, Charles. 2006. Activist research v. cultural critique: Indigenous land rights and the contradictions of politically engaged anthropology. *Cultural Anthropology*, vol. 21(1): 96-120.

Harvey, David y Ana Varela Mateos. 2007. *Breve historia del neoliberalismo*. Tres Cantos, Madrid: Akal.

Holston, James. 2008. *Insurgent citizenship. Disjunctions of democracy and modernity in Brazil*. Princeton: Princeton University Press.

Karst, Kenneth L. y Norris C. Clement. 1968. Legal Institutions and Development: Lessons from the Mexican ejido. *UCLA Law Review, 16*, 281-303.

Latorre, Sergio. 2015a. El papel de los aspectos formales y técnicos en el debate sobre el acceso a la tierra en zonas de conflicto en Colombia. *Pensando lo rural, Observatorio de Problemas Rurales Contemporáneos (CERES)*. Colombia: Universidad del Norte.

Latorre, Sergio. 2015b. The making of land ownership: Land titling in rural Colombia. A reply to Hernando de Soto. *Third World Quarterly* 36 (8): 1546-1569.

Marín Correa, Alexánder. 2012. Caso tipo Macondo en Mapiripán. *El Espectador*,

20 de agosto, Tema del día. www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-368868-caso-tipo-macondo-mapiripan. (Consultado el 20 de agosto de 2012).

Mosquera Rosero-Labbé, Claudia, Agustín Laó-Montes y César Rodríguez Garavito (eds.). 2010. *Debates sobre ciudadanía y políticas raciales en las Américas negras*. Bogotá, Colombia: Universidad del Valle y Universidad Nacional de Colombia.

Mota Prado, Mariana. 2016. The past and future of law and development. *University of Toronto Law Journal* 66(3): 297-300.

Murphy, Edward. 2015. *For a proper home: Housing rights in the margins of urban Chile, 1960-2010*. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press.

North, Douglas. 1990. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ojeda, Diana. 2012. Green pretexts: Ecotourism, neoliberal conservation and land grabbing in Tayrona National Natural Park, Colombia. *Journal of Peasant Studies*, *39*(2), 357–375.

Ondetti, Gabriel. 2016. The social function of property, land rights and social welfare in Brazil. *Land Use Policy* 50: 29-37.

Ostrom, Elinor. 1990. *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ostrom, Elinor. 2005. *Understanding institutional diversity*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Paschel, Tianna S. 2010. The right to difference: explaining Colombia's shift from color-blindness to the law of black communities. *American Journal of Sociology* 116(3): 729-69.

Peña, Ximena, María Alejandra Vélez, Juan Camilo Cárdenas y Natalia Perdomo. 2016. *Collective property leads to private investments: Lessons from land titling in Afro Colombian Communities*. 2016 World Bank Conference on Land and Poverty, Washington, DC, 14-18 de marzo, 2016.

Reyes, Alejandro. 2009. *Guerreros y campesinos: El despojo de la tierra en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Richards, Patricia. 2004. *Pobladoras, indígenas and the state. Conflicts over women's rights in Chile*. Nueva Jersey: Rutgers University Press.

Rico, Laura. 2009. *Ciudad informal. La historia de un barrio ilegal*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Riles, Annelise. 2004. Property as legal knowledge: Means and ends. *Journal of the Royal Anthropological Institute* 10(4): 775-795.

Rittich, Kerry. 2005. The properties of gender equality. En *Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement*, eds. Philip Alston y Mary Robinson. Oxford: Oxford University Press.

Rodríguez-Garavito, César, Tatiana Alfonso Sierra e Isabel Cavelier Adarve. 2008. Racial discrimination and human rights in Colombia. En *Global justice series*. Bogotá: Observatory on Racial Discrimination.

Rodríguez Garavito, César, Tatiana Alfonso Sierra e Isabel Cavelier Adarve. 2009. *El desplazamiento afro. Tierra, violencia y derechos de las comunidades negras*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Saffon, María Paula. 2010. The project of land restitution in Colombia: An Illustration of the civilizing force of hypocrisy? *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* 12(2): 109-94.

Saffon, María Paula. 2015. *When theft becomes grievance: Dispossessions as a cause of*

redistributive land claims in 20th Century Latin America. Disertación doctoral, Ciencia Política, Columbia University.

Sieder, Rachel. 2010. Legal cultures in the (un) rule of law: Indigenous rights and juridification in Guatemala. En *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*, eds. Javier A. Couso, Rachel Sieder y Alexandra Huneeus, 161-81. Cambridge: Cambridge University Press.

Sieder, Rachel. 2011. Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina. En *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, ed. César Rodríguez Garavito. Argentina: Siglo Veintiuno Editores S.A.

Singer, Joseph William. 2000. *Entitlement: The paradoxes of property*. New Haven: Yale University Press.

Tamanaha, Brian Z. 2011. The primacy of society and the failures of law and development. *Cornell International Law Journal* 44: 209-47.

Thome, Joseph. 1968. The process of land reform in Latin America. *Wisconsin Law Review*, 1968 (1), 9-22.

Toro Pérez, Catalina, Julio Fierro Morales, Sergio Coronado Delgado y Tatiana Roa Avendaño. 2012. *Minería, territorio y conflicto en Colombia*. Bogota: Censat Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo. Universidad Nacional de Colombia.

Trubek, David M. 1990. Back to the future: The short, happy life of the law and society movement. *Florida State University Law Review* 18(1): 1-55.

Trubek, David M., Helena Alviar García, Diego Coutinho y Alvaro Santos (eds.). 2013. *Law and the new developmental state*. Nueva York: Cambridge University Press.

Trubek, David M. y Marc Galanter. 1974. Scholars in self-strangement: Some reflections on the crisis in law and development studies in the United States. *Wisconsin Law Review* 1062.

Van Cott, Dona Lee. 2000. *The friendly liquidation of the past: The politics of diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Varón, Margarita, Tatiana Alfonso Sierra, Nataly Buitrago y Javier Caropresse. 2017. *Follow-up on the Colombian peace agreements and land tenure issues: Transitions, property rights and tenure security*. Washington, DC.: World Bank Conference on Land and Poverty.

Villegas del Castillo, Catalina. 2012. ¿Es la función social de la propiedad una cláusula de papel? En *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*, ed. Helena Alviar García. Bogotá: Universidad de los Andes.

World Bank. 2001. *Engendering development: Through gender equality in rights, resources and voice*. Washington, DC: World Bank.

Yashar, Debora J. 2005. *Contesting citizenship in Latin America*. Primera edición. Cambridge: Cambridge University Press.

Capítulo 26
LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA LEGALIDAD Y LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA
LA CORRUPCIÓN Y EL CRIMEN ORGANIZADO*

Linn Hammergren

Si bien la corrupción y el crimen organizado han hecho parte de la historia latinoamericana desde hace mucho tiempo, sus formas, dimensiones y posibles efectos están experimentando cambios significativos. Este capítulo explora estos temas en tres secciones: la primera presenta lo que se conoce acerca de las tendencias regionales; la segunda describe en términos generales las investigaciones relevantes; y la última ofrece algunas observaciones acerca de los impactos de estos fenómenos sobre la legalidad y la justicia. La discusión se concentra en cuatro países: Brasil, Colombia, Guatemala y México. No se trata de casos extremos o necesariamente prototípicos, sino, más bien, de países donde el interés por ambos temas ha llevado a producir grandes cantidades de información[1].

Lo que sabemos sobre las nuevas tendencias del crimen y la corrupción

En su mayoría, nuestro conocimiento sobre las tendencias más recientes proviene de fuentes gubernamentales (investigaciones y estadísticas sobre la incidencia de los delitos), los informes subsiguientes de la prensa y las investigaciones independientes. Antes de considerar la forma en que los investigadores han abordado y complementado estos datos, es necesario presentarlos brevemente.

Aunque siempre se ha pensado que la corrupción es un problema importante, hasta hace muy poco había más información sobre el crimen organizado que sobre la corrupción. Sobre este asunto, los datos más sistemáticos aún provienen de organizaciones como Transparencia Internacional, Latinobarómetro y LAPOP (Proyecto de Opinión Pública de América Latina). Estas organizaciones han registrado niveles considerablemente altos de corrupción en toda la región durante las últimas dos décadas. Hay diferencias significativas entre países como Chile y Uruguay, que constantemente se califican como los menos corruptos, y los demás cuyos *rankings* varían ligeramente de período en período. No obstante, los datos son bastante uniformes, tanto a través del tiempo y entre los países de la región como con respecto a las agencias y agentes que suelen estar involucrados en casos de corrupción, como

* Cómo citar este capítulo: Hammergren, Linn. 2024. Los nuevos desafíos de la legalidad y la justicia en América Latina. La corrupción y el crimen organizado. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 583-602. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.27

la policía, los maestros, los trabajadores de la salud, el personal judicial y otros empleados del Gobierno que tienen un contacto directo con el público. Sin embargo, estos datos capturan los casos menores de corrupción (como el pago de sobornos por parte de los usuarios de un servicio) en lugar de los eventos en los que participan los funcionarios de alto nivel. Es poco probable que los protagonistas de la "gran corrupción" compartan información voluntariamente, incluso en encuestas anónimas. Además, dado que las encuestas siguen la lógica de "una persona, un voto", las respuestas de los actores de los grandes casos de corrupción solo tendrían un efecto marginal sobre los datos generales.

Las principales fuentes de información sobre los casos de corrupción a gran escala son las investigaciones gubernamentales, los eventuales informes de la prensa y, ocasionalmente, el periodismo de investigación. Aunque la investigación en torno a la Operación Lava Jato es, tal vez, la más importante actualmente en Brasil (un escándalo de sobornos y comisiones ilícitas vinculadas a Petrobras, la compañía petrolera estatal), muchos casos importantes han ocupado la atención de las autoridades brasileñas desde la década de los ochenta (Olinger 2013, 115-16; Power y Taylor 2011, 2-3). La Fiscalía y la Policía de Colombia han sacado a la luz casos de corrupción de alto nivel durante el mismo período, al igual que las agencias federales mexicanas. En los tres países, sin embargo, los acusados a menudo evitan las condenas manipulando los procedimientos legales (o a los jueces). Antes de la cooperación entre la CICIG (Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala), el Ministerio Público y la Policía, Guatemala había tenido pocos resultados en este campo. Como consecuencia de esa cooperación, varios empresarios privados y más de 200 funcionarios del Gobierno (entre ellos el presidente y el vicepresidente) fueron investigados. La segunda ronda de investigaciones se está enfocando en las autoridades locales.

Si bien estos casos tan publicitados muestran que las autoridades y los medios de comunicación independientes están cada vez más dispuestos a investigar a los poderosos, al mismo tiempo dificultan la identificación de las tendencias. Además, aunque posiblemente sea una consecuencia del enfoque actual de los investigadores, parece que las complejas redes de actores que intervienen en la gran corrupción la convierten en una forma de crimen organizado. Tanto a nivel nacional como en los municipios más grandes, el pago de sobornos para asegurar un contrato está siendo reemplazado por estructuras más sofisticadas.

Por su parte, desde mediados de la década de los noventa, los grupos criminales organizados (GCO) han atraído más la atención debido a sus acciones violentas y las presiones internacionales. Entre ellos se encuentran las organizaciones traficantes de drogas (OTD o carteles), las pandillas juveniles (como las maras) y los GCO pequeños que también se dedican al narcotráfico (como las Bacrim en Colombia, o los Comandos en Brasil). Los grupos paramilitares y de autodefensa, así como la participación de la policía y el ejército en las actividades criminales, también son una preocupación en este campo. Por ejemplo, Los Zetas de México es un cartel particularmente violento formado por exoficiales del ejército. En Brasil, las operaciones de limpieza social iniciadas por la policía dieron lugar a la aparición de milicias especializadas en la extorsión y el control de la economía informal (Olinger 2013, 121-2).

Como la corrupción, el crimen organizado tiene una larga historia en la región. Las primeras manifestaciones no tienen un gran alcance territorial. Algunas de ellas son el contrabando; los juegos de azar (como el *jogo de bicho* en Brasil); la minería ilegal; el tráfico de madera, vida silvestre y personas; el abigeato; el robo de vehículos; y la piratería (la reproducción ilegal de discos compactos, discos versátiles digitales [DVD], libros, entre otros). Algunas personas que se dedicaban a estas actividades migraron al narcotráfico. Por su parte, aquellos que no lo hicieron reciben menos atención de los medios y del público en general debido a que suelen llevar a cabo actividades a pequeña escala en las zonas rurales o fronterizas. De hecho, algunas de estas actividades, como el contrabando, el *jogo de bicho* y la piratería, tienen un estatus casi tradicional en la economía informal. En vista de que la información sobre estas formas de crimen organizado es limitada, este capítulo no las analiza.

Cuando el narcotráfico se convirtió en una actividad a gran escala (desde la década de los setenta en Colombia y algo más tarde en los demás países), las condiciones cambiaron drásticamente. A riesgo de generalizar en exceso, las siguientes parecen ser las tendencias recientes:

En comparación con los GCO más antiguos, las OTD son más grandes, tienen una cobertura nacional más amplia, y sus vínculos internacionales son más frecuentes. Para adaptarse a las presiones internas y externas, las OTD están cambiando su tradicional estructura jerárquica por un tipo de organización más horizontal y basada en redes.

Las OTD consolidadas tercerizan cada vez más tareas (como la distribución de drogas, la recaudación de las "cuotas de protección" y los asesinatos) o delegan algunas operaciones territoriales en organizaciones más pequeñas a cambio de una parte de sus ganancias, lo que Wainwright (2016) llama "concesión de franquicias".

Las OTD también se adaptan al diversificarse en otras actividades delictivas y algunas legales (como una forma de blanquear y utilizar las ganancias).

El crimen también está evolucionando. Por ello, el secuestro está siendo reemplazado por la extorsión porque es menos riesgosa y más eficaz. El cambio afecta a una gran variedad de GCO, incluyendo las maras, las pandillas y las Bacrim colombianas. En particular, las organizaciones criminales han aumentado sus operaciones transfronterizas para aprovechar las nuevas oportunidades y escapar de las presiones de las fuerzas del orden. Por ejemplo, los carteles mexicanos se han trasladado a Centroamérica y, de hecho, han empezado a competir y a cooperar con las organizaciones criminales "locales". Si bien el crimen a menudo implica violencia, los GCO contemporáneos usan la violencia estratégicamente para reclamar territorios (a menudo frente a otros grupos), intimidar a las víctimas para que obedezcan sus órdenes o, de manera algo perversa y a menudo contraproducente, para disuadir a las fuerzas del orden de perseguirlos. La tecnología de las comunicaciones les permite a los GCO operar desde las cárceles. En México y Guatemala, muchos manejan las redes de extorsión de esta manera. Es más, los Comandos de Brasil, que nacieron como alianzas formadas en las cárceles (Denyer Willis 2015; Silvestre 2014), aún son controlados por los líderes encarcelados.

Los arrestos o la muerte de sus líderes y los conflictos internos y externos han fragmentado a los GCO de la primera generación. Con base

en fuentes oficiales, Dudley (2014) estima que los siete principales carteles mexicanos han generado entre 60 y 80 facciones y que los cuatro grupos paramilitares "originales" de Colombia ahora son "decenas". Si bien las organizaciones fragmentadas son menos capaces de permear los gobiernos nacionales, aún pueden capturar a las autoridades locales y las comunidades que carecen de una estructura de gobierno.

Las organizaciones y los métodos de los GCO de Brasil, Colombia, Guatemala y México difieren en términos de la importancia relativa de las pandillas frente a los GCO y las OTD, su impacto sobre los niveles de criminalidad y sus vínculos con las autoridades gubernamentales.

De las cuatro naciones, solo en Guatemala (al igual que en Honduras y El Salvador, los demás países del Triángulo Norte) las maras y las pandillas reciben la mayor parte de la atención del público, los Gobiernos y los medios. A pesar de que participaban en el tráfico de drogas, los GCO "familiares" de Guatemala operaron ante la mirada impasible del Gobierno hasta que los violentos carteles mexicanos adquirieron un papel protagónico. Aunque existen pandillas juveniles en Brasil y Colombia, los Gobiernos se preocupan por ellas solo en la medida en que son usadas por las OTD y los GCO más pequeños. De hecho, las autoridades mexicanas les han prestado atención solamente a aquellas que tienen vínculos con las OTD que operan en las zonas de fronteras, como las pandillas de migrantes del Triángulo Norte, que son una mezcla de los grupos que se originaron en Estados Unidos (la Mara Salvatrucha y Barrio 18) y los grupos "tradicionales" de la región (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional [USAID, por sus siglas en inglés], 2006).

Las estadísticas oficiales sobre los miembros de las pandillas juveniles centroamericanas se consideran poco confiables. Tampoco hay un consenso alrededor de la influencia de las pandillas estadounidenses. Algunos observadores consideran que las políticas de deportación de Estados Unidos tuvieron un rol fundamental (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [UNODC, por sus siglas en inglés], 2012, 28). La mayoría de ellos asegura que las pandillas surgieron de forma independiente, pero que sus contactos con Estados Unidos "modernizaron" sus operaciones y les dieron un lugar más importante en la economía de la droga. El Salvador puede ser la excepción, dadas las deportaciones masivas que marcaron el principio de la historia de sus pandillas.

En Colombia y México la atención se concentra principalmente en las OTD. En Colombia, las guerrillas y los grupos paramilitares complican el panorama, puesto que controlan cada vez más los cultivos y fomentan la formación de Bacrim más localizadas. En ambos países, las detenciones de los jefes de los carteles han provocado guerras internas y han hecho que algunas de sus facciones se trasladen a otras zonas urbanas y rurales (así como a otros países). En Medellín, que alguna vez tuvo éxito en reducir la delincuencia, los niveles han vuelto a subir (Giraldo Ramírez 2012). No obstante, no hay que perder de vista que los grupos criminales colombianos han permanecido activos en las zonas rurales aisladas o "zonas de consolidación" en la terminología del Gobierno. En México, los estados de Guerrero y Michoacán ahora registran los más altos niveles de violencia como resultado de las acciones de las OTD fragmentadas, los GCO y los grupos paramilitares o de autodefensa, que a menudo tienen vínculos con las autoridades estatales y locales.

El caso de Brasil es único debido a que los principales GCO se organizan en facciones regionales (los Comandos) cuyas actividades delincuenciales van mucho más allá del narcotráfico. Los Comandos también se distinguen por su liderazgo centralizado (que a menudo se ejerce desde las cárceles) y por tener su base territorial en los barrios marginales urbanos (favelas) y las zonas periféricas urbanas, donde utilizan a los jóvenes como sus "soldados". En estos lugares, su objetivo es controlar todas las actividades delictivas, por lo que, en muchos casos, se convierten en una forma alternativa de gobierno (Garzón 2008; Denyer Willis 2015). Como consecuencia de la reciente ocupación estatal de las favelas más violentas de Río de Janeiro, algunos de estos grupos se desplazaron a otras comunidades y regiones. Como Brasil no es un país productor de drogas, sus GCO "importan" las sustancias del extranjero (principalmente Bolivia), controlan la distribución local y operan como intermediarios en el tráfico internacional de estupefacientes.

En contraste con la corrupción, no hay duda de que la delincuencia ha aumentado en toda la región durante los últimos 20 años. No obstante, independientemente del desempleo, el deterioro de los controles sociales tradicionales y los factores demográficos (una población más joven), no hay consenso sobre el impacto de los GCO en ese aumento. A diferencia de lo que sucedió en México durante la guerra de Calderón contra las organizaciones criminales (2006-2012), la policía suele atribuirles menos de la mitad de los homicidios a las pandillas y los GCO. Sin embargo, es evidente que el número y tal vez la membresía de los GCO han aumentado, tal y como lo han hecho las actividades delictivas que controlan.

Con frecuencia, los expertos internacionales argumentan que si bien el narcotráfico ha exacerbado la violencia, los niveles de delincuencia y los problemas de inseguridad dependen en gran medida de "un Gobierno débil y de los poderosos actores subestatales" (UNODC 2012, 5). Tanto la relación imperfecta entre las actividades relacionadas con las drogas y los niveles de violencia como el hecho de que los GCO operan con mayor libertad en las zonas con una menor presencia estatal apoyan esa conclusión. Por otro lado, los vínculos entre los GCO y las OTD y los Gobiernos nacionales y locales han recibido mayor atención en México (donde muchos creen que persisten todavía; véase Curzio [2000] sobre la financiación de las campañas electorales) y Colombia (donde, excepto en las zonas de consolidación, alcanzaron su pico en la década de los noventa; véanse Camacho Guizado [1996] y Reina [1996]). Los Comandos de Brasil y las maras de Guatemala carecen de la capacidad de permear las instituciones estatales. Sin embargo, no hay que pasar por alto que una parte de la historia de Guatemala ha estado marcada por la participación de los militares y exmilitares en las actividades del crimen organizado y la gran corrupción (López 2011), los vínculos entre los GCO y las autoridades locales y, recientemente, la financiación de partidos políticos por parte de las OTD (CICIG 2015). En el sector de la justicia, los niveles inferiores de la policía son los más propensos a recibir sobornos y amenazas y a aliarse con los GCO. Los vínculos entre los GCO y los altos niveles de la policía, los jueces y los fiscales son menos comunes, aunque México reporta la mayor cantidad de casos.

Cómo han abordado estos temas las investigaciones sobre América Latina

Esta sección del capítulo utiliza una definición amplia de "investigación", que se extiende más allá del trabajo que realizan los académicos de tiempo completo, se publica en las revistas especializadas y se concentra en la verificación de hipótesis y la construcción de teorías. Aunque las investigaciones más tradicionales no ignoran la corrupción y el crimen organizado, no han estudiado sistemáticamente ninguno de esos fenómenos. De hecho, los estudios rara vez se enfocan en los GCO, más bien rastrean las variaciones en los niveles de delincuencia, documentan sus impactos sobre la economía y las políticas gubernamentales e identifican sus causas. Aunque a continuación también se menciona una parte de esa literatura, la mayoría de esos trabajos resultan irrelevantes para los propósitos de este capítulo.

Es claro por qué las investigaciones académicas no han estudiado suficientemente los GCO y la corrupción: ninguno de estos temas es fácilmente cuantificable, una estrategia metodológica que privilegian cada vez más las disciplinas académicas. Los datos sobre la corrupción se limitan en gran medida a las encuestas que llevan a cabo los institutos especializados y cuyos resultados los investigadores externos utilizan en sus análisis comparativos. Aunque el desarrollo de medidas alternativas, especialmente de índices (por ejemplo, el World Justice Project y los Worldwide Governance Indicators), se ha convertido en un proyecto en sí mismo, no ha inspirado muchas investigaciones de otra índole.

Las encuestas también capturan la experiencia de los encuestados con la delincuencia. El LAPOP, por ejemplo, ha ampliado esas secciones en sus cuestionarios, probablemente porque esa información les interesa a sus financiadores, como la USAID. Además de las encuestas (entre ellas las que han llevado a cabo los estudios independientes más pequeños; véanse Schedler [2015] y Aguirre y Herrera [2012]), los principales datos cuantitativos sobre la delincuencia provienen de las estadísticas gubernamentales. En América Latina, su calidad es a menudo deficiente; es más, los datos de acceso público tienen un nivel de agregación bastante alto, tanto en términos geográficos como por tipos de delito, lo que limita considerablemente el análisis. A su vez, para lograr una comprensión más cualitativa y etnográfica del crimen o la corrupción, es necesario pasar tiempo con los responsables de investigar a los criminales e incluso con los criminales mismos. Este tipo de investigaciones no solo son difíciles para los extranjeros, sino que también suponen graves riesgos incluso para los investigadores locales (Maldonado 2013; Estrada-Iguíniz 2015). A veces, los periodistas que investigan estos temas son asesinados antes de que puedan publicar sus reportajes; es más, si llegan a publicarlos, a menudo se exilian voluntariamente.

Las investigaciones sobre la corrupción son relativamente menos peligrosas. Sin embargo, más allá de los datos de las encuestas, los investigadores tienden a preguntarse qué información deben recoger, cómo deben hacerlo y cuál es su valor para los análisis posteriores. La manera en que algunos investigadores brasileños usaron las auditorías municipales para medir la corrupción (Ferraz y Finan 2008; Pereira y Melo 2015) mostró la necesidad de contar con datos desagregados de acceso público que puedan ser usados por estudios comparativos (hasta ahora, limitados a los resultados

electorales). Otro impedimento es la escasez de preguntas de investigación interesantes. Salvo por la cada vez más criticada ecuación de Klitgaard (1998) (C = M + D – A: la corrupción es el resultado del monopolio más la discrecionalidad menos la "*accountability*"), los análisis macroeconómicos (véanse los trabajos citados por Stephenson [2015]) que vinculan la corrupción con el desarrollo económico o político y algunas teorías sobre los incentivos (Rose-Ackerman y Truex 2012; Khan 2006), los estudiosos de la corrupción no han producido muchos trabajos que puedan orientar las investigaciones cuantitativas o cualitativas. Algunos temas interesantes son los patrones de incidencia y las formas de corrupción, las transiciones entre la corrupción menor y la gran corrupción, los impactos y el alcance de la "captura" institucional y las condiciones que facilitan la corrupción, y su relación con el crimen organizado. Los recientes casos de corrupción de alto nivel en Brasil, Guatemala y México pueden llamar la atención de los investigadores, aunque, como lo muestran los estudios sobre las organizaciones criminales en Colombia, este impulso puede durar poco.

El hecho de que las investigaciones académicas no hayan estudiado suficientemente la corrupción y el crimen organizado no quiere decir que nieguen su existencia o sus impactos. Quienes escriben sobre la justicia y la política latinoamericanas suelen mencionar la corrupción, pero sus apreciaciones han cambiado poco en las últimas dos décadas. Como ocurre con gran parte de las investigaciones sobre los GCO, si bien los estudios más detallados ofrecen más información sobre prácticas y algunos casos específicos, no suelen analizarlos a fondo (por ejemplo, Due Process of Law 2007; Transparency International 2007). También resulta notable la ausencia de la corrupción (o del crimen organizado) como una variable de los análisis cuantitativos sobre las decisiones de las altas cortes que afectan las políticas gubernamentales y los derechos fundamentales. Aunque es posible que la situación sea diferente cuando los casos de corrupción y de complicidad oficial en ciertos actos delictivos llegan a las altas cortes, la literatura sobre el comportamiento estratégico de las cortes (Helmke 2005; Helmke y Ríos 2011; Kapiszewski 2012) nunca considera la corrupción o las amenazas (más allá del riesgo de perder el trabajo) como factores que moldean las decisiones judiciales. Si bien esto no es sorprendente en Brasil, cuyo Supremo Tribunal Federal en general no despierta dudas, sí es una deficiencia de los estudios que se enfocan en los contextos en los que la corrupción judicial, la politización y las presiones a las cortes son quejas comunes.

Por otro lado, el crecimiento de la literatura sobre el crimen organizado en América Latina es notable. Por esto, solo se menciona una pequeña muestra de estos trabajos. La mayor parte son estudios descriptivos que se basan en informes de prensa, entrevistas con funcionarios del Gobierno y estadísticas de acceso público. Aunque estos trabajos explican retrospectivamente los cambios de los GCO, la "especialización criminal" y sus vínculos nacionales e internacionales, se quedan bastante cortos en la construcción de teorías. A su vez, no suelen referenciar la gran cantidad de investigaciones que se han desarrollado fuera de la región (algunos ejemplos extrarregionales son Paoli [2014] y Benson y Zimmerman [2010]). Con frecuencia, los autores de estos trabajos no son académicos, sino periodistas y empleados de las fundaciones privadas, las agencias gubernamentales y las organizaciones internacionales.

Muchos de ellos son latinoamericanos o residentes que aprovechan el hecho de que viven en los países de la región y pueden acceder más fácilmente a los medios de comunicación y a las fuentes gubernamentales. Además, su trabajo se publica en las compilaciones y documentos de trabajo de las organizaciones no gubernamentales (ONG) estadounidenses y europeas, las fundaciones y las universidades (o, al menos, lo citan). Más aún, las páginas web especializadas (por ejemplo, Security Sector Reform [SSR] Resource Center, InSight Crime) republican los reportes de los medios y algunos informes de investigación.

Sin importar la nacionalidad o el perfil profesional de los investigadores, el trabajo sobre el crimen organizado suele enfocarse ya sea en las organizaciones criminales o en las pandillas. Aunque la distinción tenía sentido a mediados de los años 2000, hoy es menos sostenible si se tienen en cuenta la proliferación de las facciones de los GCO más grandes, la transformación de las pandillas juveniles en organizaciones dedicadas completamente al crimen y las relaciones y roles cambiantes entre los GCO y las pandillas. De hecho, varios estudios han propuesto tipologías más complejas en términos estructurales y funcionales, especialmente para las OTD (UNODC 2012; Dudley 2011, 2014; Bagley 2012).

Aunque también eran principalmente descriptivos, algunos estudios previos sobre las maras formularon sus conclusiones a partir del trabajo de campo con las pandillas y una serie de encuestas financiadas por donantes, organizaciones internacionales y, ocasionalmente, los Gobiernos. Aparentemente, el trabajo de campo se ha vuelto demasiado peligroso incluso para los investigadores locales. Asimismo, el hecho de que no existan datos recientes sobre los miembros reales o potenciales de las pandillas también significa que la realización de encuestas también se ha vuelto riesgosa. Aunque una alternativa posible es entrevistar a los detenidos (Vilalta y Fondevila 2014), en contextos de alta impunidad este no es un grupo representativo: los detenidos son los miembros menos exitosos. Es más, cuando los estudios sobre las pandillas juveniles intentan identificar las causas de este fenómeno, con frecuencia adoptan una visión comprensiva que enfatiza la pobreza, la falta de oportunidades, las reacciones frente a las políticas de "mano dura", la estigmatización y las presiones de los GCO (por ejemplo, Fontes 2014; Jones 2014). Sin embargo, Mauricio Rubio (2011) encontró que algunos miembros de las pandillas provienen de las élites sociales. Con ello, no solo ofreció pruebas en contra de las explicaciones que enfatizan la pobreza y la falta de oportunidades, sino que también cuestionó las estrategias que pretenden abordar estos problemas con el propósito de debilitar las prácticas de reclutamiento de las pandillas.

Si se compara la mayoría de estos estudios descriptivos con los trabajos que presenta la primera sección de este capítulo, la única diferencia radica en que los primeros tienen un mayor nivel de detalle. No obstante, las investigaciones que se distinguen por sus enfoques y hallazgos verdaderamente innovadores se concentran alrededor de cuatro líneas de investigación: los estudios sobre las comunidades permeadas por los GCO; el trabajo, a menudo basado en entrevistas, con los migrantes y otras víctimas de los GCO; los análisis estadísticos que relacionan los niveles de delincuencia con las características socioeconómicas; y algunas teorías tentativas.

Los estudios sobre las comunidades han formulado conclusiones provocadoras sobre la manera en que operan los GCO en las zonas aisladas donde se formaron o a donde llegaron. Algunos estudios se concentran en el hecho de que los GCO han permeado las instituciones locales (las alcaldías, la Policía, entre otras), lo que podría llamarse *efecto Iguala*, por la comunidad mexicana donde desaparecieron 43 estudiantes, probablemente con la colaboración de la policía y las autoridades locales y estatales. Sin embargo, la mayoría de estos trabajos argumentan que la presencia de los criminales induce a los funcionarios que trabajan en esas zonas a "mirar hacia otro lado", incluso si eso implica que los GCO controlen efectivamente la comunidad (Bulla y Guarín 2015 [y otros documentos de la Fundación Ideas para la Paz]; Estrada-Iguíniz 2015; Kyle 2015; García Villegas 2008). Quienes estudian las zonas rurales han encontrado que una buena parte de las economías locales, así como varias familias, dependen de forma directa o indirecta de las actividades relacionadas con el crimen, desde los cultivos ilícitos hasta otras labores "subcontratadas" (Kennedy 2014; Kyle 2015; Witte 2015). Debido a los riesgos, el trabajo en las comunidades urbanas aún es poco frecuente. Sin embargo, algunos trabajos han encontrado que las bandas criminales resuelven los conflictos menores e imponen un cierto tipo de orden en las comunidades donde operan (Denyer Willis 2015).

La grave situación que viven los niños migrantes ha hecho que los estudiosos se preocupen cada vez más por trabajar con las víctimas. Quienes realizan trabajo de campo suelen entrevistar a los migrantes detenidos o a aquellos que están en centros que apoyan a las personas que están en tránsito (principalmente en México). Junto con los estudios que llevan a cabo los académicos independientes (Kennedy 2014; Vogt 2013), varias organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos han financiado proyectos más amplios (Musalo *et al.* 2015; México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos 2011). Una vez más, los hallazgos suelen ser descriptivos. En particular, estos trabajos presentan las razones que llevan a los migrantes a abandonar sus países, las dificultades que experimentan y los grupos criminales que los ayudan o abusan de ellos. Sin embargo, aunque las organizaciones abusivas con frecuencia son las más grandes, los migrantes tienen muchas dificultades para identificarlas (suelen responsabilizar a Los Zetas, a una organización local, a una mara o a un grupo indeterminado). Así como los estudios sobre las comunidades, estas investigaciones muestran que hay un conjunto de empresas informales, pero legítimas, que se benefician de los migrantes a través del intercambio de divisas o la venta de alimentos, ropa u otros bienes.

Aunque no diferencian entre el crimen organizado y la delincuencia común, y por ello son menos relevantes para este capítulo, hay estudios que utilizan un enfoque epidemiológico para identificar los factores que influyen en los niveles de criminalidad tanto en las comunidades como entre ellas (Ingram 2014; Ingram y Curtis 2015; CAF 2014 [sobre las diferencias y similitudes entre Buenos Aires y Bogotá] 97-104). La mayoría de ellos intenta relacionar la delincuencia con variables socioeconómicas; sin embargo, dado que estos trabajos se construyen con base en los datos oficiales relativamente desagregados, que, a su vez, dependen de lo que informan los ciudadanos, también tienen limitaciones. Gracias a las encuestas a las víctimas sabemos que muchos

delitos no se denuncian y que, de hecho, la cantidad de denuncias varía en función del tipo de delito. Si bien enfrenta algunas de estas limitaciones, el trabajo de Ingram en México (2014) y Centroamérica (2015) es notable: no solo usa estadísticas gubernamentales más desagregadas, sino que también ofrece conclusiones interesantes sobre el impacto del empleo y la educación sobre los niveles de criminalidad en municipios vecinos. Sin embargo, su trabajo no tiene en cuenta el papel de los GCO o las pandillas.

Finalmente, hay trabajos que se arriesgan a construir teorías. Entre ellos se encuentran las investigaciones que rastrean las relaciones entre los diferentes "niveles" de actividad criminal y las redes delincuenciales (Dudley 2014; Garzón Vergara 2008, 2012; Sánchez Valdés 2014; UNODC 2012) y los estudios que ofrecen hipótesis sobre los caminos que toman los miembros de los GCO (Bailey y Ortega 2010; Mahadevan 2011). Estos últimos se centran en los jóvenes en situación de riesgo para mostrar que no todos terminan automáticamente en los sistemas penales y penitenciarios. Dado que estos estudios hacen parte de los esfuerzos para debilitar las prácticas de reclutamiento de las pandillas, sus conclusiones resultan menos útiles que las de los trabajos que rastrean la evolución de los GCO, especialmente en los países desarrollados. La investigación de Svetlana Stephenson sobre Rusia (2015) y los artículos de Hazen y Rogers (2014) muestran que las pandillas juveniles han sido un fenómeno universal a lo largo de la historia. No obstante, aún es necesario explicar por qué las bandas de barrio que cometen delitos menores y defienden sus territorios se convierten en organizaciones más peligrosas. En general, la construcción de teorías y las investigaciones sobre la delincuencia y la corrupción en América Latina sufren de un mismo mal: no tener en cuenta las investigaciones de otras latitudes (así como estas no consideran los estudios latinoamericanos).

Los impactos de la corrupción y el crimen organizado sobre la legalidad, el buen gobierno y la justicia: las nuevas agendas de investigación

Tanto en América Latina como en otras partes del mundo, nuestro conocimiento y las investigaciones sobre este tema son muy limitados. Los estudios sobre el crimen organizado y la corrupción se concentran en la "oferta" y la "demanda" o en los factores que explican el surgimiento, las formas, los lugares y las dimensiones de estas prácticas delictivas. En general, los autores de estos trabajos coinciden en que ambas son perjudiciales no solo por sus efectos inmediatos, sino también por sus impactos sobre el buen gobierno. Específicamente en el sector de la justicia, la influencia de los actores criminales y corruptos empeora la calidad de los servicios judiciales y aumenta la percepción de que las instituciones estatales no son efectivas ni confiables. En América Latina, las encuestas, las protestas y otras formas de expresión popular indican que los ciudadanos se sienten menos seguros, no están satisfechos con las respuestas del Gobierno, buscan protección a través del vigilantismo o la migración y están perdiendo la fe en las instituciones judiciales e incluso en la democracia.

Esto, sin embargo, no ha inspirado nuevas investigaciones. Las que existen se limitan en su mayoría a analizar los resultados de las encuestas. Si bien no se refiere a los GCO, el estudio del LAPOP sobre los vínculos entre las

actitudes de los ciudadanos frente al Gobierno, su experiencia con el crimen (o la corrupción) y su percepción de seguridad respalda, salvo algunas excepciones, las explicaciones tradicionales. Entre esas explicaciones se encuentran aquellas que muestran que el apoyo al desempeño del Gobierno y el respeto por la diversidad política (Azpuru y Zechmeister 2015, 120-5) tienen una relación inversa que socava los valores democráticos.

Los hallazgos periféricos de los estudios que no necesariamente examinan la corrupción o el crimen ofrecen más información. El hecho de que sean periféricos apunta a otro problema: si bien los trabajos sobre el buen gobierno, la legalidad y la justicia consideran que el crimen, la corrupción y la violencia tienen influencias negativas, los tratan como si fueran un mismo fenómeno. Por su parte, los análisis que exploran estos últimos se preocupan más por sus formas, su incidencia y sus repercusiones políticas. Entre las dos aguas están los cambios en las respuestas de los ciudadanos y cómo afectan las variables que favorecen el buen gobierno y su institucionalización.

Para evaluar sus impactos es fundamental tratar el crimen organizado y la corrupción como fenómenos separados. Aunque ni las encuestas ni las bases de datos separan el crimen organizado de la delincuencia común, es posible inferir algunas conclusiones y preguntas de los estudios que rastrean las relaciones entre la violencia, la criminalidad y las percepciones de (in)seguridad. En primer lugar, como lo indican los estudios sobre las OTD (Lajous 2016; y los artículos del *Journal of Conflict Resolution* 2015), no son los crímenes en general, sino los que afectan directamente a los ciudadanos los que aumentan sus percepciones de inseguridad, alteran sus compromisos con las instituciones de gobierno y desencadenan los reclamos populares. Cuando las ON se involucran en la extorsión, el secuestro o los conflictos violentos, los ciudadanos reaccionan; cuando se concentran en su negocio (las drogas), son menos amenazantes. Si bien las OTD no han desaparecido en Colombia (que, de hecho, siguen siendo uno de los principales productores de cocaína), han logrado ocultar sus acciones violentas. Asimismo, si bien las OTD siguen activas en Ciudad Juárez, y posiblemente siguen permeando sutilmente las instituciones estatales (Fundación MEPI 2015), se considera que este es un caso exitoso debido a la abrupta disminución de sus tasas de homicidios. La gran atención que reciben las pandillas en Guatemala (y en todo el Triángulo Norte) oculta un fenómeno similar: aunque las OTD también operan en estos países, solo las extorsiones, los asesinatos y los demás delitos de las maras están en el centro de los reclamos populares que exigen una mayor acción del Gobierno.

En segundo lugar, ¿se puede decir que las investigaciones relacionan la violencia, las estrategias de los GCO y las respuestas del Gobierno? En algunas partes de México, Colombia y Brasil, la violencia "visible" ha disminuido como consecuencia de la reducción de los conflictos entre los GCO y entre ellos y el Gobierno (a veces debido a los pactos entre los GCO y las autoridades locales o nacionales). Frente a las explicaciones que enfatizan el éxito de la policía, algunos consideran que la disminución de las tasas de homicidios en São Paulo después del año 2000 se debió a que el Primer Comando Conjunto logró controlar a los demás grupos criminales que operaban allí (Denyer 2015). Más aún, dado que una buena parte de los homicidios que se cometen en la región son perpetrados por la policía, los pactos

de no agresión entre la policía y los GCO y las prácticas menos violentas de estos últimos también disminuyen los niveles de violencia.

Finalmente, ¿cómo responden los ciudadanos frente a la inseguridad que perciben? Tanto en Guatemala como en México, los ciudadanos han recurrido a medidas de "protección" claramente criminales (linchamientos) o que pueden caer fácilmente en la criminalidad (organizaciones de autodefensa). Los estudios sobre las comunidades rurales y urbanas periféricas permeadas por los GCO muestran otras reacciones. En Colombia y México, los habitantes de estas zonas suelen participar indirectamente en la economía de las drogas mientras se benefician de las actividades cuasijudiciales de los GCO, su control territorial e incluso sus inversiones en los proyectos locales. Por su parte, los GCO de las favelas de Brasil proporcionan menos empleo, pero ofrecen control social. A su vez, las comunidades urbanas permeadas por las pandillas juveniles en el Triángulo Norte no reciben ninguno de estos "beneficios". Por ello, en vista de que carecen de los medios para protegerse debido a la proximidad de las pandillas, dirigen sus reclamos al Estado.

En conjunto, estas observaciones muestran que aún queda mucho por investigar alrededor de la manera en que las operaciones de los GCO afectan las actitudes de los ciudadanos frente a la justicia estatal y la legalidad. Los estudios indican que incluso quienes conviven con los GCO reaccionan frente a ellos de distintas maneras. Con base en la experiencia centroamericana, por ejemplo, algunos investigadores argumentaron inicialmente que los mayores niveles de inseguridad fomentaban las políticas de "mano dura". Sin embargo, el deseo de seguridad puede impulsar otras estrategias. Por ello es necesario examinar, por un lado, las condiciones que promueven las tres reacciones típicas (la formación de grupos de autodefensa, la aceptación del control social de los GCO y el llamado a las agencias estatales) y, por otro, los efectos de esas reacciones. Es claro que las dos primeras podrían alterar las definiciones de legalidad (que empezarían a basarse en las normas comunitarias o la aversión al riesgo y no en el derecho estatal) e incrementar la desconfianza en las instituciones estatales. Por su parte, la tercera podría privilegiar la mano dura, es decir, el uso extremadamente punitivo del derecho vigente.

Aquellos que se han arriesgado a entrar a esas comunidades rara vez formulan esas preguntas (sin embargo, véase Aguirre y Herrera [2012]). Es posible que sea el momento de formularlas o de encontrar otros enfoques (como nuevas encuestas y métodos de muestreo) que permitan explorar cómo las operaciones de los GCO afectan las actitudes y el comportamiento de los ciudadanos. Dado que es difícil llevar a cabo investigaciones que comparen las experiencias de los países de la región sin recurrir exclusivamente a los datos de las encuestas, podría ser más útil comparar diferentes poblaciones de un mismo país. La pregunta por las respuestas de los Gobiernos y sus efectos no es menos importante, aunque ha sido igualmente olvidada. ¿La movilización comunitaria, impulsada por donaciones y algunos programas nacionales, mejora la seguridad? Si lo hace, ¿dónde? ¿Cómo se compara esto con el envío de tropas (como sucedió en las favelas de Brasil) o los pactos entre los GCO y las pandillas? ¿Qué les auguran estas respuestas a las prácticas del buen gobierno?

En cuanto a la corrupción, las encuestas, que son la principal fuente de datos, tienen dos problemas: la información inexacta de

los encuestados sobre las formas menores de corrupción y su poco conocimiento sobre la corrupción a gran escala. Curiosamente, las conclusiones de los estudios que examinan la relación entre la experiencia de los ciudadanos y sus actitudes van en contra del sentido común. Específicamente, el LAPOP ha encontrado discrepancias entre la experiencia de los ciudadanos y cómo perciben la corrupción gubernamental en general. Por ejemplo, a pesar de que en Haití se han reportado numerosos casos de sobornos, los ciudadanos perciben que, en general, los niveles de corrupción son bajos[2]. Junto a este caso extremo se encuentran países donde los ciudadanos califican a sus Gobiernos como bastante corruptos a pesar de que no han conocido casos graves de corrupción (Azpuru y Zechmeister 2015, 56-61). El LAPOP explica este fenómeno con base en la influencia de la cobertura mediática de los casos graves de corrupción. Esta conclusión no solo tiene grandes implicaciones para las investigaciones recientes, sino también para la "paradoja de los políticos populares corruptos" que identifican Pereira y Melo (2015) y que, según ellos, se debe al gasto en bienes públicos. Si bien no lo exploraron estos autores, se ha dicho que el poco contacto de los ciudadanos con los reportes de los medios explica por qué no se enfrentan a los alcaldes corruptos.

En esta línea, la publicidad que se les da a las investigaciones judiciales tiene efectos inmediatos sobre la forma en que los ciudadanos perciben las instituciones estatales. Salvo en México, donde ninguna agencia se benefició, el cubrimiento mediático de las investigaciones judiciales mejoró la imagen de la Fiscalía y la Policía, sin mencionar que empeoró la de los legisladores, los funcionarios del Gobierno e incluso la de los jueces cuyas decisiones generaban sospechas. En Guatemala y Brasil, la atención de los medios tuvo una gran influencia sobre el debilitamiento o la caída de los Gobiernos; de hecho, en esos países las denuncias en torno a los delitos violentos fueron eclipsadas por las manifestaciones masivas contra la corrupción. Es más, la experiencia guatemalteca inspiró las investigaciones que se llevaron a cabo en otros países de la región y desencadenó el arresto de autoridades policiales en El Salvador y Honduras y la propuesta de crear entidades similares a la CICIG en ambos países. Estos hechos despiertan algunas preguntas obvias: ¿acaso la indignación pública durará lo suficiente como para provocar algo más que unos pocos arrestos?; y, si lo hace, ¿cambiarán el comportamiento de los funcionarios públicos, el desempeño de las instituciones de justicia, las actitudes públicas frente a todas las formas de corrupción y las preocupaciones alrededor de la delincuencia y la inseguridad?

Aunque su trabajo sobre la corrupción y el crimen organizado constantemente saca a la luz nuevos detalles sobre sus operaciones, es poco probable que los académicos y periodistas descubran algo que la policía y los fiscales de la región aún no conozcan. Asimismo, la construcción de teorías es incipiente y, en el mejor de los casos, retrospectiva (es decir, proporciona explicaciones *ex post*). Si bien estos trabajos pueden resultar útiles para los observadores externos, los investigadores inevitablemente están un paso atrás de un fenómeno que cambia constantemente. De hecho, dado que parece infructuoso competir con los investigadores gubernamentales o los periodistas que se especializan en estos temas (como Óscar Martínez), los académicos deberían dedicar sus esfuerzos a explorar los efectos de la corrupción y el crimen organizado sobre el buen gobierno.

En particular, es necesario analizar con más detalle los siguientes tres temas.

En primer lugar, hay que estudiar los efectos sobre las actitudes frente al Gobierno y la justicia. La caída de la confianza en el Estado y, particularmente, en las instituciones judiciales es un fenómeno universal. Sin embargo, los índices en la región han sido históricamente bajos. Por esto, es necesario explorar, por un lado, si la confianza de los ciudadanos (y de qué ciudadanos) ha bajado aún más como consecuencia de la corrupción y, por otro, qué dice esto sobre sus futuros reclamos y su voluntad de recurrir al Estado.

En segundo lugar, es necesario detenerse en las actitudes frente a la legalidad. Los análisis del LAPOP, las investigaciones sobre los resultados electorales y los estudios sobre las comunidades indican que la tolerancia frente a la corrupción y los GCO varía entre los grupos poblacionales. Si bien algunas diferencias se deben a que ciertos grupos están más expuestos a la información de los medios, otras simplemente se basan en la experiencia. ¿Son estables los niveles de tolerancia? ¿La tolerancia afecta a los ciudadanos? ¿Qué otros problemas podría traer? ¿Cómo afecta el desempeño del sector de la justicia a los niveles de tolerancia?

Por último, no hay que perder de vista los efectos sobre las reformas a la justicia. Las reformas que se han implementado en México y Guatemala durante las últimas dos décadas no han logrado combatir eficazmente a los GCO o la corrupción. Aunque en Brasil y Colombia las reformas lograron resultados positivos, su progreso también ha sido lento. Salvo en Brasil, las reformas se concentraron más en los nuevos procedimientos y los grandes principios que en la eficacia que podrían tener en el terreno. Como consecuencia, han vuelto las políticas de mano dura. Es más, algunos cambios necesarios (como una reforma policial real que incluya el aumento del presupuesto destinado a las labores de los cuerpos policiales, el monitoreo del desempeño de los agentes y la implementación de formas modernas de administración basadas en resultados) han sido pospuestos durante mucho tiempo. Aunque las campañas anticorrupción podrían posponer aún más la implementación de las reformas, si los Estados quieren enfrentar eficazmente el crimen organizado y la delincuencia común, es necesario que ocurran.

Hay una pregunta común detrás de estos temas de investigación: cómo los cambios a corto plazo en la experiencia de los ciudadanos pueden obstruir o promover el desarrollo institucional. Sería útil saber más sobre estos cambios y su influencia sobre las instituciones existentes. Hasta ahora, las investigaciones solo nos han proporcionado evidencias anecdóticas. Entonces, el desafío consiste en usar esas evidencias para construir nuevos enfoques capaces de investigar estos fenómenos en profundidad. Dado que a lo largo del mundo se les ha prestado muy poca atención a estos problemas, quizás porque en otras latitudes no son tan apremiantes, esta es un área en la que los investigadores que estudian los casos latinoamericanos podrían asumir el liderazgo.

Notas

1. Este informe está actualizado hasta 2017. En los últimos años algunos detalles han cambiado sin alterar las tesis generales, por ejemplo los estados mexicanos con mayores niveles de delitos graves y la percepción de los ciudadanos haitianos en cuanto a la corrupción de su Gobierno.

2. Esto posiblemente ha cambiado durante el Gobierno de Moïse.

Referencias

Aguirre, Ochoa, Jerjes Izcoatl y Hugo Amador Herrera Torres. 2012. Societal attitudes and organized crime in Mexico: The case of Michoacan, Mexico. *Journal of Humanities and Social Science* 2(16): 79-85.

Azpuru, Dinorah y Elizabeth J. Zechmeister. 2015. *Political culture of democracy in Guatemala and in the Americas, 2014: Democratic Governance across 10 years of the Americas Barmometer.* USAID, March.

Bagley, Bruce. 2012. *Drug trafficking and organized crime in the Americas: Major trends in the Twenty-First Century.* Washington, DC.: The Wilson Center.

Bailey, John y Daniel Ortega. 2010. *Interactive dynamics of 'common' and 'organized' crime in Latin America: Concepts and Hypotheses.* www.wilsoncenter.org/index.cfm?topic_id=1425&categoryid=34F61C49-AF18-8F3B-CD0E09642AB4BF1&fuseaction=topics.events_item_topics&event_id=607885. (Consultado 19 de agosto de 2017).

Benson, Bruce L. y Paul R. Zimmerman (eds.). 2010. *Handbook on the economics of crime.* Northampton, MA: Edward Elgar.

Bulla, Patricia y Sergio Guarín. 2015. *Seguridad rural en Colombia.* Bogotá: Fundación Ideas para la Paz. http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/55e0c4e3e93c2.pdf (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Camacho Guizado, Álvaro. 1996. Narcotráfico, coyuntura y crisis: Sugerencias para un debate. En *Tras las huellas de la crisis política*, ed. Francisco Leal Buitrago, 129-51. Bogotá: TM Editores.

Corporación Andino de Fomento (CAF). 2014. *Por Una América Latina Más Segura: Una Nueva Perspectiva Para Prevenir y Controlar el Delito.* Bogotá: CAF.

Curzio, Leonardo. 2000. Organized crime and political campaign finance in Mexico. En *Organized crime and democratic governability: Mexico and the U.S.-Mexican borderlands*, eds. John Bailey y Roy Godson, 83-102. University of Pittsburgh Press.

Denyer Willis, Graham. 2015. *The killing consensus: Police, organized crime, and the regulation of life and death in urban Brazil.* University of California Press.

Dudley, Steven. 2011. Drug trafficking organizations in Central America: Transportistias, Mexican cartels, and Maras. En *Organized crime in Central America: The northern triangle*, eds. Cynthia Aronson y Eric Olson, 18-61. Washington, DC: Woodrow Wilson Center.

Dudley, Steven. 2014. *Criminal evolution and violence in Latin America and the Caribbean.* www.insightcrime.org/news-analysis/evolution-crime-violence-latin-america-caribbean. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Due Process of Law Foundation. 2007. *Controles y descontroles de la corrupción judicial: Evaluación de la corrupción judicial y de los mecanismos para combatirla en Centro América y Panamá.* Washington, DC: DPLF.

Estrada-Iguíniz, Margarita. 2015. A la deriva: Vida cotidiana y violencia en Huitzilac, Morelos, México. *Latin American Research Review* 50(1): 76-94.

Ferraz, Claudio y Frederico Finan. 2008. *Exposing corrupt politicians: The effects of Brazil's publicly revealed audits on electoral outcomes.* http://eml.berkeley.edu/~ffinan/

Finan_Audit.pdf. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Fontes, Anthony W. 2014. *Beyond the Maras: Violence and survival in urban Central America*. www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Fontes_2014_FINAL.pdf. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Fundación MEPI. 2015. *El milagro falso de ciudad Juárez*. www.fundacionmepi.org/notas/el-milagro-falso-de-ciudad-juarez/. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

García Villegas, Mauricio, ed. 2008. *Jueces sin Estado: La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Garzón Vergara, Juan Carlos. 2008. *Mafia and company: The criminal networks in Mexico, Brazil and Colombia*. Washington, DC. The Wilson Center.

Garzón Vergara, Juan Carlos. 2012. *The rebellion of criminal networks: Organized crime in Latin America and the dynamics of change*. Washington, DC: Woodrow Wilson Center.

Giraldo, Jorge. 2012. *Seguridad en Medellín: El éxito, sus explicaciones, limitaciones y fragilidades*. Washington, DC: The Wilson Center. www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Presentacion%20Giraldo.pdf. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Hazen, Jennifer M. y Dennis Rogers. 2014. *Global gangs: Street violence across the world.* Minneapolis: University of Minnesota Press.

Helmke, Gretchen. 2005. *Courts under constraints: Judges Generals, and Presidents in Argentina*. Cambridge: Cambridge University Press.

Helmke, Gretchen y Julio Ríos-Figueroa (eds.). 2011. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ingram, Matt. 2014. Community resilience to violence: Local schools, regional economies, and homicide in Mexico's municipalities. En *Building resilient communities in Mexico: Civil responses to crime and violence*, eds. David A. Shirk, Duncan Wood y Eric L. Olson, 25-64. Washington, DC: Woodrow Wilson Center.

Ingram, Matt y Karise M. Curtis. 2015. Violence in Central America: A spatial view of homicide in the region, Norther Triangle and El Salvador. En *Crime and violence in Central America's Norther Triangle: How U.S. Policy responses are helping, hurting, and can be improved*, ed. Eric Olson. Washington, DC: Wilson Center.

International Commission Against Impunity in Guatemala (CICIG). 2015. *El financiamiento de la política en Guatemala*. www.cicig.org/uploads/documents/2015/informe_financiamiento_politicagt.pdf. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Jones, Nathan P. 2014. Understanding and addressing youth in 'Gangs' in Mexico. En *Building resilient communities in Mexico: Civil responses to crime and violence*, eds. David A. Shirk, Duncan Wood y Eric L. Olson, 89-118. Washington, DC: Woodrow Wilson Center.

Journal of Conflict Resolution (JCR). 2015. Special issue on drug violence in Mexico, diciembre.

Kapiszewski, Diana. 2012. *High courts and economic governance in Argentina and Brazil.* Cambridge: Cambridge University Press.

Kennedy, Elizabeth. 2014. *No childhood here: Why Central American children are fleeing their homes*. Washington: American Immigration Council. www.immigrationpolicy.org/perspectives/no-childhood-here-why-central-american-children-are-fleeing-their-homes. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Khan, M. 2006. Governance and anti-corruption reforms in developing countries: Policies,

evidence and ways forward. United Nations Conference on Trade and Development, G-24. *Discussion Paper* n.º 42. www.g24.org/Publications/Dpseries/42.pdf. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Klitgaard, Robert. 1998. *Controlling corruption*. University of California Press.

Kyle, Chris. 2015. *Violence and insecurity in Guerrero*. Washington, DC. Wilson Center. www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Violence%20and%20Insecurity%20in%20Guerrero.pdf. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Lajous, Andrés. 2016. *Como dejó de ser ciudad Juárez una de las ciudades más violentas del mundo*. http://andreslajous.nexos.com.mx/?p=2137. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

López, Julie. 2011. Guatemala's crossroads: The democratization of violence and second changes. En *Organized crime in Central America: The Northern Triangle*, eds. Cynthia Aronson y Eric Olson, 140-242. Washington, DC: Woodrow Wilson Center.

Mahadevan, Prem. 2011. *A war without 'Principals;' narco-violence in Mexico*. Atenas: Rearch Institute for European and American Studies (RIEAS).

Maldonado Aranda, Salvador M. 2013. *Desafíos etnográficos en el estudio de la violencia: experiencias de una investigación*. www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-16942013000100006. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Martínez, Óscar. 2016. *A history of violence: Living and dying in Central America*. (Traducción por John Washington y Daniela Ugaz). Brooklyn: Verso.

México–Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2011. *Informe Especial sobre Secuestro de Migrantes en México*. www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2011_secmigrantes.pdf. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Musalo, Karen, Lisa Frydman y Pablo Ceriani Cernadas. 2015. *Niñez y migración en Centro y Norte América: Causas, políticas, prácticas y desafíos*. Center for Gender and Refuge Studies. www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9927.pdf?view=1 (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Olinger, Marianna. 2013. La propagación del crimen organizado en Brasil: Una mirada a partir de lo ocurrido en la última década. En *La diáspora criminal: La difusión transnacional del crimen organizado y cómo contener su expansión*, eds. Juan Carlos Garzón y Eric L. Olson, 101-42. Washington, DC: Wilson Center.

Paoli, Letizia, ed. 2014. *The Oxford handbook of organized crime*. Oxford: Oxford University Press.

Pereira, Carlos y Marcus André Melo. 20156. Reelecting Corrupt incumbents in exchange for public goods: Rouba mas faz in Brazil. *Latin American Research Review* 50(4): 88-115.

Power, Timothy J. y Matthew M. Taylor 2011. Accountability Institutions and Political Corruption in Brazil. En *Corruption and democracy in Brazil: The struggle for accountability*, eds. Timothy Power y Matthew Taylor, 1-28. Note Dame: University of Notre Dame Press.

Reina, Mauricio. 1996. La mano invisible: Narcotráfico, economía y crisis. En *Tras las huellas de la crisis política*, ed. Francisco Leal Buitrago, 153-180. Bogotá: TM Editores.

Rose-Ackerman, Susan y Rory Truex. 2012. *Corruption and policy reform*. Documento

de trabajo para el Copenhagen Consensus Project, 27 de abril.

Rubio, Mauricio. 2011. Elite membership and sexualized violence among Central American gangs. En *Maras: Gang violence and security in Central America*, eds. Thomas Bruneau, Lucía Dammert y Elizabeth Skinner, 159-8p. Austin: University of Texas Press.

Sánchez, Victor Manuel. 2014. *Criminal networks and policies*. www.wilsoncenter.org/sites/default/files/criminal_networks_sanchez.pdf. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

Schedler, Andreas. 2015. *En la niebla de la guerra. Los ciudadanos ante la violencia criminal organizada*. México: CIDE.

Silvestre, Giane. 2014. Polícias e Ministério Público: Tensões no campo da investigação do crime em São Paulo. *Confluências Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito* 16(3): 106-24.

Stephenson, Matthew. 2015. Corruption and democratic institutions: a review and synthesis. En *Greed, corruption and the modern state: Essays in political economy*, eds. Susan Rose-Ackerman y Paul Lagunes, 92-133. North Hampton, MA: Edward Elgar.

Stephenson, Svetlana. 2015. *Gangs of Russia: From the streets to the corridors of power*. Cornell University Press.

Transparency International. 2007. *Global corruption report: Corruption in judicial systems*. Cambridge: Cambridge University Press.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). 2012. *Transnational organized crime in Central America and the Caribbean: A threat assessment*. www.unodc.org/toc/en/reports/TOCTACentralAmerica-Caribbean.html. (Consultado el 19 de agosto de 2017).

United States Agency for International Development (USAID). 2006. *Central America and Mexico Gang Assessment*. Washington, DC: USAID, April.

Vilalta, Carlos y Gustavo Fondevila. 2014. *Perfiles criminales II: Teorías, correlativos y políticas preventivas*. México: CIDE.

Vogt, Wendy A. 2013. Crossing Mexico: Structural violence and the commodification of undocumented Central American Migrants. *American Ethnologist* 40(4): 764-80.

Wainwright, Tom. 2016. *Narco-Economics: How to run a drug cartel*. Nueva York: Public Affairs.

Witte, Eric. A. 2015. *Broken justice in Mexico's Guerrero state*. Nueva York: Open Society Foundation.

World Bank. 2013. *Making Brazilians safer: Analyzing the dynamics of violent crime*. Washington, DC: World Bank, Informe número 70764.

Páginas web y bases de datos digitales

Fundación Ideas para la Paz. Bogotá, Colombia. www.ideaspaz.org/. (Consultado el 8 de diciembre de 2017).

InSight Crime. www.insightcrime.org/. (Consultado el 8 de diciembre de 2017).

Latin American Public Opinion Project (LAPOP). Nashville, TN. www.vanderbilt.edu/lapop/. (Consultado el 8 de diciembre de 2017).

Latinobarómetro. Opinión pública latinoamericana. Santiago, Chile. www.latinobarometro.org/lat.jsp. (Consultado el 8 de diciembre de 2017).

Security Sector Reform (SSR) Resource Centre. www.ssrresourcecentre.org/. (Consultado el 8 de diciembre de 2017).

Transparency International. www.transparency.org/. (Consultado el 8 de diciembre de 2017).

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). www.unodc.org/. (Consultado el 8 de diciembre de 2017).

World Justice Project. http://worldjusticeproject.org/. (Consultado el 8 de diciembre de 2017).

Worldwide Governance Indicators. http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home. (Consultado el 8 de diciembre de 2017).

Capítulo 27
EL "NUEVO MILITARISMO" Y EL ESTADO DE DERECHO EN LAS DEMOCRACIAS LATINOAMERICANAS*

Julio Ríos-Figueroa

El papel de las fuerzas armadas en un número cada vez mayor de democracias latinoamericanas contemporáneas está marcado por dos paradojas. Si bien las guerras entre Estados son muy poco frecuentes en la actualidad, esto no quiere decir que la mayoría de ellos estén en paz. Por otro lado, aunque los golpes militares ya no suceden con frecuencia[1], no es posible afirmar categóricamente que las fuerzas armadas estén completamente sometidas al poder civil. En los últimos 20 años ha surgido un "nuevo militarismo" (Diamint 2015) en muchos países de la región. Este fenómeno tiene dos características principales. En primer lugar, las fuerzas militares participan cada vez más en los asuntos de seguridad interna, como la lucha contra la insurgencia, la contrainsurgencia, la violencia del crimen organizado, el paramilitarismo, el terrorismo e incluso las protestas violentas o masivas (Pion-Berlin 2012, 76). En segundo lugar, el nuevo militarismo supone una serie de alianzas explícitas entre las fuerzas armadas y ciertos Gobiernos, tal y como sucede en países como Bolivia, Cuba, Nicaragua y Venezuela (Diamint 2015, 156). Este capítulo analiza los nuevos desafíos que el nuevo militarismo le plantea al Estado de derecho democrático.

Como consecuencia de las intervenciones militares, el autoritarismo y la inestabilidad que han vivido los países de la región, las fuerzas armadas se acostumbraron a no rendir cuentas y, en particular, a no ser castigadas por los actos que superaban los límites aceptables de cualquier operación militar. No obstante, esto ya no es admisible bajo un régimen democrático. Los países de la región deben adaptar sus fuerzas armadas al Estado de derecho democrático, incluso si participan en los asuntos de seguridad interna. Dicho de otro modo, es necesario cambiar las prácticas que las fuerzas armadas traen desde las épocas del autoritarismo. En este capítulo reviso tres temas en los que el nuevo militarismo choca con el Estado de derecho y la democracia: 1. La manera en que las constituciones definen las fuerzas militares y la misión que les asignan, y la presencia de oficiales militares en los Gobiernos; 2. El alcance de la justicia militar y las características de sus procesos internos; y 3. El papel de las cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la regulación de la jurisdicción militar y el uso de la fuerza.

* Cómo citar este capítulo: Ríos-Figueroa, Julio. 2024. El "nuevo militarismo" y el estado de derecho en las democracias latinoamericanas. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 603-620. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.28

No hay muchos estudios sociojurídicos sobre las fuerzas militares en América Latina. Si bien hay una rica literatura histórica sobre el papel de las fuerzas armadas en la región (por ejemplo, Loveman 1993, 1999) y un conjunto de trabajos que analiza las relaciones cívico-militares, especialmente las que surgieron con el inicio de los procesos de democratización en la década de los ochenta (Agüero 1995; Pion-Berlin 2001), no muchos estudios usan los marcos de las ciencias sociales para examinar el impacto jurídico de la las relaciones entre las fuerzas armadas, la política y la sociedad en los países latinoamericanos. Entre esas investigaciones se encuentra el trabajo de Robert Barros, que usa el marco del constitucionalismo para estudiar la dictadura chilena y el Gobierno de la Junta Militar (Barros 2002); el análisis de Anthony Pereira sobre el papel de los tribunales militares y los juicios políticos que tuvieron lugar durante los últimos regímenes militares en Argentina, Brasil y Chile (Pereira 2005); o el libro de Julio Faúndez, que utiliza un marco de la democratización para analizar el impacto generalizado y nocivo que tuvieron las fuerzas armadas sobre la legalidad y las prácticas democráticas en Chile desde la década de los veinte hasta el golpe de Estado de 1973 (Faúndez 2011). Este capítulo sostiene que la influencia de las fuerzas armadas sobre el desempeño legal y constitucional de las democracias de la tercera ola en la región ha sido enorme; es más, dado que tiende a ser aún más grande, es necesario contar con más análisis sociojurídicos sobre este fenómeno.

Las fuerzas armadas en las constituciones y en los Gobiernos

Este capítulo se enfoca en los retos inherentes a la construcción de unas "fuerzas armadas democráticas", es decir, unas fuerzas armadas que apoyen incondicionalmente al gobierno democrático y que respeten el Estado de derecho cuando lleven a cabo sus operaciones. Esta labor es esencialmente conflictiva, entre otras, por dos razones. Por un lado, no es claro qué pertenece al ámbito "civil" o al "militar". Por el otro, esta empresa supone lograr un delicado equilibrio entre asegurar que los militares sean leales a los políticos elegidos popularmente y otorgarles a los militares la autonomía y la fuerza suficientes para que desempeñen con éxito sus funciones y ejecuten sus operaciones (Barany 2012). Así, es fundamental no solo considerar un lado de la cuestión, es decir, el grado de control civil sobre las fuerzas armadas, sino también prestarle atención al lado militar de la pregunta, como lo que necesitan las fuerzas armadas para actuar de manera eficiente y su capacidad para llevar a cabo las operaciones de seguridad (Brunneau 2013, 143; Pion-Berlin 2012, 76).

El primer paso consiste en que las constituciones establezcan claramente la definición y la misión general de las fuerzas armadas. En general, las constituciones latinoamericanas definen las fuerzas armadas haciendo una lista de las instituciones que las conforman: el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (por ejemplo, el artículo 73 de la Constitución mexicana de 1917 o el artículo 165 de la Constitución peruana de 1993). Estos listados suelen incluir otras fuerzas de carácter policial que generalmente están a cargo de la seguridad interna. Por ejemplo, el artículo 328 de la Constitución venezolana de 1999 establece que "La Fuerza Armada Nacional está integrada por el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional". Por su parte, el artículo 273 de la Constitución de Honduras de 1982 expresa que "Las Fuerzas

Armadas estarán constituidas por el Alto Mando, Ejército, Fuerza Aérea, Fuerza Naval, Fuerza de Seguridad Pública y los organismos que determine su Ley Constitutiva"[2]. La inclusión de las fuerzas policiales es problemática porque, en general, el objetivo principal de las fuerzas armadas es proteger la soberanía y la integridad territorial del país frente a las amenazas externas, mientras que las fuerzas policiales se encargan principalmente de proteger el país de las amenazas internas y mantener el orden y la estabilidad. Cuando la policía y las fuerzas armadas se incluyen en la misma definición, es muy posible que surjan confusiones prácticas y jurisdiccionales.

La misión constitucional de las fuerzas armadas es fundamental y refleja, en buena medida, el papel ideal que cada país les asigna a sus fuerzas militares. Como se dijo, la misión tradicional de las fuerzas armadas es defender la soberanía del Estado y la integridad de su territorio frente a las amenazas externas. Sin embargo, algunas constituciones latinoamericanas también establecen que las fuerzas armadas deben luchar contra las amenazas internas. Uno de los ejemplos más recientes es la reforma de diciembre de 2015 del artículo 158 de la Constitución de Ecuador de 2008, según la cual "Las Fuerzas Armadas tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía e integridad territorial y, complementariamente, apoyar en la seguridad integral del Estado de conformidad con la ley"[3]. Esta inclusión puede tener consecuencias. Por ejemplo, desde que las Fuerzas Armadas mexicanas fueron desplegadas para librar la "guerra contra las drogas", los ciudadanos han denunciado ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos cada vez más violaciones de derechos humanos perpetradas por las Fuerzas Armadas (véanse, por ejemplo, Díez 2012; Fondevila y Quintana 2015)[4].

La Constitución peruana de 1993 distingue la misión de las Fuerzas Armadas de aquella de la Policía Nacional: mientras que la primera es "garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República" (art. 165), la segunda es "garantizar, mantener y restablecer el orden interno" (art. 166). Otras constituciones explicitan las condiciones bajo las cuales se puede recurrir a las fuerzas armadas para enfrentar las amenazas internas. Por ejemplo, según el artículo 142 de la Constitución brasileña de 1988, las Fuerzas Armadas pueden contribuir al "orden público" interno cuando lo soliciten los "poderes constitucionales". Por último, otras constituciones explícitamente establecen que las fuerzas armadas pueden combatir las amenazas internas y llevar a cabo funciones de vigilancia en condiciones de emergencia o de estado de sitio, como el artículo 137 de la Constitución peruana de 1993 (por ejemplo, véase García y Uprimny 2005).

Hay que destacar que algunas constituciones latinoamericanas solían incluir como parte de la misión de las fuerzas armadas nociones tan subjetivas y vagas como la defensa de "la patria" o incluso el "orgullo y honor nacional". Loveman ha señalado que esas nociones no solo eran más comunes en las constituciones del siglo XIX, sino que también explican, al menos en parte, la gran cantidad de intervenciones militares que han vivido los países de la región (Loveman 1999). A pesar de su carácter vago y anacrónico, hoy podemos leer en el artículo 244 de la Constitución de Guatemala de 1985 que "El Ejército de Guatemala es una institución destinada a mantener la independencia, la soberanía y el honor de Guatemala". Del mismo modo, en el artículo 101 de la Constitución

chilena de 1980 se afirma que las Fuerzas Armadas "existen para la defensa de la patria". Incluso en la Constitución boliviana de 2008, que muchos académicos consideran como una de las más avanzadas (por ejemplo, Wolff 2012), se afirma en su artículo 245:

> Las Fuerzas Armadas tienen por misión fundamental defender y conservar la independencia, seguridad y estabilidad del Estado, su honor y la soberanía del país; asegurar el imperio de la Constitución, garantizar la estabilidad del Gobierno legalmente constituido, y participar en el desarrollo integral del país.

Aunque podrían entrar en conflicto, este artículo se refiere tanto a la defensa del "honor del país" como al aseguramiento del "imperio de la Constitución". En los regímenes democráticos, el objetivo principal de las fuerzas armadas debería ser la "defensa de la democracia" (como en la Constitución de Ecuador de 2008), la defensa de "las instituciones de la república" (como en el artículo 252 de la Constitución de la República Dominicana de 2010) o tal vez incluso la defensa de "los principios de libre sufragio y la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República" (como en el artículo 272 de la Constitución de Honduras de 1982; aunque no es claro cómo deben obedecer las Fuerzas Armadas este mandato). Desde una perspectiva constitucionalista, junto con la defensa de la soberanía nacional y la integridad territorial, quizás el principal objetivo de las fuerzas armadas debería ser defender la propia constitución, puesto que existen gracias a ella. Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 217 de la Constitución colombiana de 1991, "Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional". Este artículo ha tenido consecuencias importantes: la Corte Constitucional argumentó que las violaciones de derechos humanos perpetradas por los miembros de las fuerzas militares en medio de los actos del servicio deben ser juzgadas por la justicia ordinaria (y no la militar) porque van en contra de la misión principal de la institución (cf. C-358 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; véase Ríos-Figueroa 2016, cap. 3)[5].

Por supuesto, puede haber una brecha entre las funciones reales que desempeñan las fuerzas armadas y lo que establece la constitución. Esta brecha tiende a ser más grande en los países que enfrentan amenazas externas e internas: en ellos, la gente tiende a presionar al Gobierno para que convoque al ejército con el fin de que enfrente las amenazas internas. En esos casos, el Gobierno suele darles una mayor autonomía a las fuerzas armadas a cambio de su participación. Sin embargo, la intervención del ejército en los asuntos de seguridad interna aumenta la probabilidad de que ocurran accidentes, tragedias o violaciones de derechos humanos. Frente a esto, con frecuencia los ciudadanos exigen un mayor control gubernamental de las fuerzas armadas, lo que genera eventualmente tensiones entre las fuerzas armadas y la sociedad civil. Como lo afirma Narcís Serra, "el conflicto armado interno que ha requerido intervención militar, en la actualidad o en el pasado, ubica a las fuerzas armadas en una posición de fortaleza frente al gobierno civil que, precisamente porque ese conflicto existe, es inestable" (Serra 2010, 67; traducción libre del autor). Kohn también argumenta que "la política militar en tiempos de paz no solo genera

grandes desacuerdos entre los funcionarios civiles y los oficiales militares, sino que también les da una oportunidad a los militares para que ejerzan su influencia" (Kohn 1997, 145).

Como se mencionó al principio, el número de países latinoamericanos donde las fuerzas armadas enfrentan las amenazas internas (como las guerrillas, el crimen organizado y el narcotráfico) va en aumento. Para 2016, entre ellos se encuentra Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Perú. Curiosamente, a pesar de las reformas militares formales que han implementado muchos de estos países, las fuerzas armadas aún controlan una buena parte de las investigaciones en torno a los delitos que cometen sus miembros; de hecho, en muchas ocasiones impiden que los casos sean juzgados por la jurisdicción ordinaria e incluso se niegan a entregar las pruebas que solicitan las autoridades civiles (Kyle y Reiter 2012, 382). Además, según Rut Diamint (2015, 157) "en ningún caso un ejército latinoamericano ha logrado mejorar la seguridad pública por medio de su participación en las labores civiles de vigilancia y control del orden. De hecho, como lo muestra una serie de inquietantes informes de Human Rights Watch, esta participación solo ha generado una gran preocupación alrededor de las violaciones de derechos humanos". Los países latinoamericanos no pueden darse el lujo de irrespetar los derechos humanos y el Estado de derecho. En ese sentido, un ejército que actúa como una fuerza policial "amenaza no solo los derechos de los civiles y los oficiales militares, sino también su propia identidad institucional" (Diamint 2015, 157).

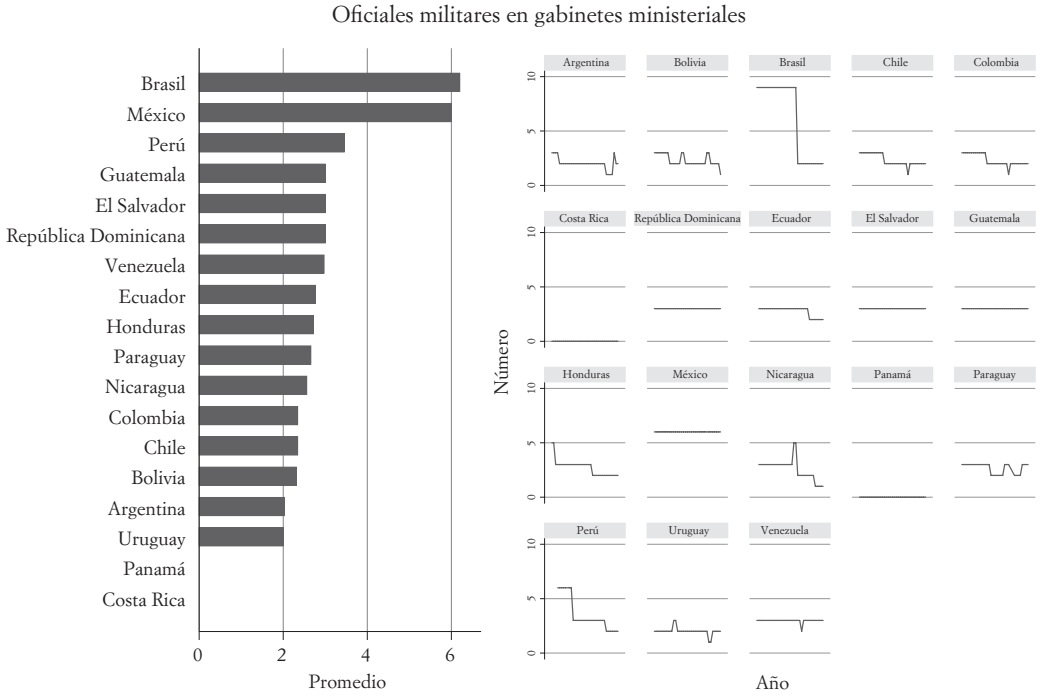
Consideremos ahora la participación de oficiales militares como miembros del Gobierno. En general, los Estados de la región suelen tener uno o más ministerios dedicados a cuestiones de defensa y seguridad. Cuando hay un ministerio para cada rama de las fuerzas armadas (el ejército, la armada y la fuerza aérea), es más probable que los oficiales militares ejerzan su influencia en áreas que pueden considerarse "civiles", como el transporte marítimo y los puertos, así como el transporte aéreo y lo aeropuertos (Serra 2010, 182). Un solo ministerio de defensa facilita la coordinación entre las fuerzas armadas, el gobierno civil y el público en general. De acuerdo con un exministro de Defensa de España, "el vínculo entre el Gobierno y las fuerzas armadas y, en gran medida, entre ellas y la sociedad en general es el Ministerio de Defensa" (Serra 2010, 242; traducción libre del autor). Por lo tanto, la creación de un ministerio de defensa único es fundamental para crear lazos democráticos fuertes entre lo "civil" y lo "militar". Ahora bien, el ministro de defensa puede ser un civil o un militar. Si bien un ministro militar puede contribuir enormemente en las primeras etapas de una transición a la democracia desde un régimen autoritario, eventualmente, "*the minister has to be a civilian if the government wishes to make it crystal clear that it decides and leads defense policy, that is, if it wants to stabilize a situation of democratic consolidation*" (Serra 2010, 242). Además, un solo ministerio dirigido por un civil ayuda a replantear los ideales y objetivos de las instituciones militares con base en el marco democrático (Agüero 1995, 214).

Tanto el número de los ministerios dedicados a las fuerzas armadas como el carácter civil o militar de los ministros varía considerablemente en las democracias latinoamericanas. El panel izquierdo del gráfico 28.1 muestra los valores promedio del índice de participación militar en el Gobierno entre 1978 y 2013 para

los 18 países más grandes de América Latina (excepto Cuba). El índice toma valores de 0 a 9 en función del número de ministerios dedicados a las fuerzas armadas (por ejemplo, un ministerio para cada rama de las fuerzas militares o un único ministerio de defensa) y si el ministro es un oficial militar o un civil (y si el civil es un hombre o una mujer)[6]. El valor del índice es directamente proporcional al grado de participación de los militares en el Gobierno. Asimismo, los índices más altos indican que es más probable que los militares se incluyan efectivamente en los asuntos civiles[7]. El mencionado gráfico muestra que el valor promedio para Brasil es el más alto de la región, mientras los valores para Costa Rica y Panamá, que no tienen fuerzas armadas, son los más bajos. Por supuesto, ha habido cambios a través del tiempo, como lo muestra el panel derecho del referido gráfico. En Brasil, por ejemplo, desde 1999 hay un único Ministerio de Defensa, encabezado por un político civil. En Perú, si bien se creó un ministerio de defensa en 1985, hasta 2003 los ministros habían sido mayoritariamente oficiales militares (Brunneau 2013, 152; Hunter 1997).

En conclusión, las democracias latinoamericanas aún tienen mucho por hacer en cuanto al rol constitucional de las fuerzas armadas y su participación en el Gobierno. Por supuesto, algunos países han avanzado mucho en la transformación de sus fuerzas armadas con base en un marco democrático constitucional (particularmente Argentina); sin embargo, en algunos las fuerzas armadas están lejos de adecuarse a ese ideal. Es más, en los países en los que las fuerzas armadas tienen un rol fundamental en el manejo de las crisis de seguridad (internas o

Gráfico 28.1. Participación de los militares en el Gobierno, 1978-2013



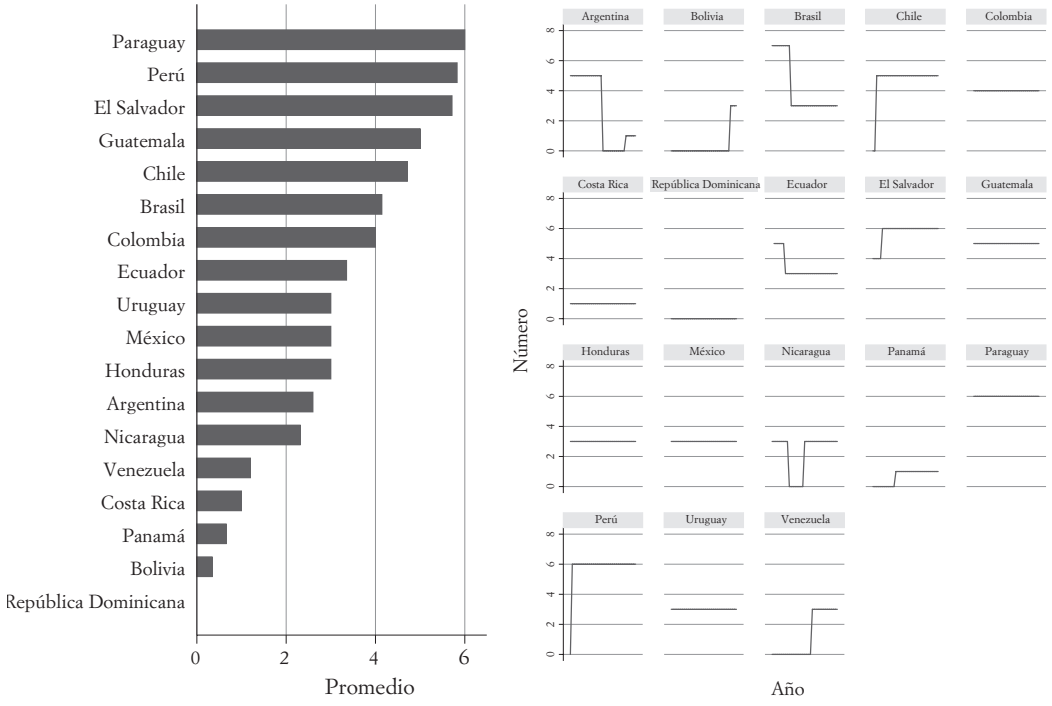
externas), su transformación es aún más lejana. Este fenómeno se observa más claramente si nos detenemos en algunos rasgos específicos de las fuerzas armadas, como la jurisdicción militar.

La jurisdicción militar

La jurisdicción militar refuerza el carácter institucional de las fuerzas armadas porque les permite mantener sus valores y criterios propios. Aunque esto no es malo *per se*, explica por qué las fuerzas armadas tienen la tentación de utilizar su sistema de justicia como una fuente de privilegio, incluso en democracias consolidadas. De hecho, cuando lo hacen tienden a promover valores o criterios que pueden entrar en tensión con los valores democráticos, o que son contrarios a ellos. En este contexto surge la pregunta por la autonomía y el alcance de la jurisdicción militar: si es muy autónoma, podría pasar por alto las garantías procesales y los estándares legales que son obligatorios en la justicia ordinaria; a su vez, si es muy amplia, podría investigar y juzgar no solo a los militares, sino también a los civiles. En contextos de transición, "*the military try to maintain an independent system of justice in order to guarantee immunity for their previous behavior, as a way of camouflaging actions that represent an abuse of human rights, or simply as a means to grant themselves a different status and privileges in respect of civil society*" (Serra 2010, 73). Por ello, las reformas que pretenden reducir la autonomía o el alcance de la justicia militar tienden a crear tensiones entre los civiles y las fuerzas armadas[8].

Ahora bien, ¿qué tan amplia es la jurisdicción militar en las democracias latinoamericanas? El gráfico 28.2 muestra los valores

Gráfico 28.2. Alcance *de jure* de la jurisdicción militar, 1978-2013



promedio de un índice sobre el alcance *de jure* de la jurisdicción militar. Este índice nos permite comparar este fenómeno entre los países de la región, así como en diferentes momentos del tiempo en un mismo país[9]. El índice, que cubre los 18 países más grandes de América Latina entre 1978 y 2013, toma valores de 0 a 7 en función de lo que establece la constitución de cada país sobre quiénes y en qué momento pueden ser juzgados por los tribunales militares. Cuanto más alto sea el valor del índice, más amplio es el ámbito de la jurisdicción militar, como cuando la constitución permite que tanto civiles como miembros de las fuerzas armadas sean jueces de los tribunales militares en tiempos de paz[10]. El mencionado gráfico muestra que, en promedio, la jurisdicción militar paraguaya tiene el mayor alcance *de jure* en la región, mientras la dominicana tiene el menor. Sin embargo, como lo muestra el panel derecho de dicho gráfico, el alcance *de jure* de las jurisdicciones militares cambia poco a lo largo del tiempo.

En general, las conclusiones de los estudios académicos que examinan las reformas militares recientes, entre ellas algunas que modifican el alcance de la jurisdicción militar, son consistentes son los resultados del gráfico 28.2. Anthony Pereira señala:

> [M]ientras en Argentina la democratización hizo que los civiles fueran excluidos de la jurisdicción militar en tiempos de paz, que se crearan mecanismos para que la jurisdicción ordinaria revise las decisiones de los tribunales militares y que se enviaran a la jurisdicción ordinaria los procesos por delitos comunes cometidos por los militares y policías, en México, por el contrario, los tribunales militares pueden juzgar delitos comunes sin ningún control civil. Allí, los civiles pueden ser juzgados por la justicia militar, la jurisdicción ordinaria puede revisar en muy pocos casos las sentencias militares, y los delitos comunes cometidos por los militares y policías son juzgados por los tribunales militares. (Pereira 2001, 559)

De manera similar, en un artículo reciente, Kyle y Reiter (2012, 36-9) clasifican los países latinoamericanos en función de sus avances en la reforma del sistema de justicia militar: Costa Rica, Panamá, Nicaragua y Argentina han experimentado reformas significativas; Ecuador y Paraguay han implementado reformas incompletas; Bolivia y Perú han pasado por reformas menores; y Chile y México no han implementado ninguna reforma. Según Kyle y Reiter, en República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Colombia, Uruguay y Brasil, las fuerzas armadas se han opuesto enérgicamente a las reformas. Aunque es necesario llevar a cabo un análisis más sistemático, estos datos conducen a la siguiente conclusión: en los países donde las fuerzas armadas enfrentan las crisis internas de seguridad, la jurisdicción militar no ha pasado por un proceso importante de reforma.

Por otro lado, también es necesario tener en cuenta el grado de autonomía de la jurisdicción militar, es decir, si sus procedimientos pueden desviarse de los que siguen los tribunales de la justicia ordinaria. En otras palabras, esta dimensión de los sistemas de justicia militar se refiere a aspectos como la duración de las investigaciones y los juicios militares, la composición de los tribunales y los derechos procesales de los denunciantes y los acusados en los procesos militares. Claramente, los extremos son, por un lado, un sistema de justicia militar que sigue

exactamente los mismos procedimientos del sistema ordinario, y, por otro, una justicia militar altamente autónoma que puede seguir o no tales procedimientos y cuyas decisiones no son apelables ante las cortes ordinarias (incluyendo las cortes supremas). Si bien estos extremos son meramente teóricos y no describen ningún sistema de justicia militar de la región, son útiles analíticamente para ubicar los casos específicos dentro de un continuo.

Tomemos, por ejemplo, el caso de Perú. Eto, Landa Arroyo y Palomino Manchego plantean que la Constitución peruana de 1993 "prohíbe explícitamente que las decisiones del Consejo Supremo de la Jurisdicción Militar sean revisadas por las cortes ordinarias, incluso sentencias de prisión vitalicia". Estos autores agregan que "esto es peligroso no solo para los civiles que se enfrentan al Estado usando medios violentos[,] sino también, principalmente, para los propios militares" (Eto, Landa Arroyo y Palomino Manchego 1997, 390). En el otro extremo, nos encontramos con el caso de Argentina, donde, a propósito de un caso en el que se cuestionaba la falta de garantías procesales en la jurisdicción militar, dos jueces de la Corte Suprema argumentaron en su voto disidente (salvamento de voto) que el sistema de justicia militar es completamente inconstitucional. Los jueces Zaffaroni y Lorenzetti argumentaron que la justicia militar misma viola principios constitucionales fundamentales, como la independencia judicial y la neutralidad del juez (véase Caso López Fallos 54:577; 310:1797, marzo de 2007). Curiosamente, un año después (en 2008), el Congreso argentino eliminó la justicia militar con base en esos argumentos.

Finalmente, no hay que perder de vista que si bien las dos dimensiones de la jurisdicción militar (su alcance y su grado de autonomía) están relacionadas, son claramente distinguibles. Por ejemplo, pensemos en el caso hipotético de un delito estrictamente militar (como la insubordinación o la deserción) cometido por un miembro activo de las fuerzas armadas durante una operación específica. Este caso cumple con todos los requisitos para ser investigado y juzgado por la justicia militar. Sin embargo, aún queda la pregunta sobre la autonomía de ese sistema; específicamente, no es claro cómo se investigará y juzgará ese caso. Mientras en algunos países los jueces militares pueden ser miembros activos de las fuerzas armadas, en otros esto se prohibió con base en el principio de neutralidad: es poco probable que un miembro activo (usualmente un oficial de alto rango) sea neutral frente al acusado (véase el interesante análisis de Lovatón Palacios [2007] sobre este tema en Perú). Además, en algunos países es posible impugnar la composición del tribunal militar ante un tribunal ordinario, así como otros procedimientos y decisiones que violen el derecho al debido proceso de las víctimas y los acusados (como sucedía en Argentina). Por lo tanto, las dos dimensiones ofrecen un marco conceptual que permite, por un lado, analizar si el sistema de justicia militar de un Estado es coherente con el Estado de derecho y otros principios constitucionales y, por otro, examinar las causas y las consecuencias de esa coherencia o de la falta de ella.

La supervisión judicial de las fuerzas armadas

Otro aspecto también resulta relevante para entender la manera en que las fuerzas armadas de las democracias latinoamericanas de la tercera ola se adecúan a los principios de

un Estado democrático de derecho: el papel de las cortes constitucionales nacionales y la CIDH. Al respecto, los países de la región muestran características diferentes entre sí. Si bien algunos países de la región incorporaron a sus sistemas jurídicos alguna forma de control constitucional desde la segunda mitad del siglo XIX, solo en las últimas tres décadas los países latinoamericanos empezaron a delegar esa autoridad en jueces, que, al menos en el papel, adquirieron un carácter independiente (Ríos-Figueroa 2011). Por ejemplo, en Brasil y Colombia se crearon cortes constitucionales autónomas. Por su parte, en países como Costa Rica y México, las cortes supremas o una de sus salas están facultadas para ejercer el control de constitucionalidad. Es más, el acceso a la justicia constitucional se ha expandido considerablemente en países como Colombia o Costa Rica. Prácticamente todas las constituciones de la región han ampliado la lista de los derechos justiciables. Estos cambios institucionales introdujeron un nuevo actor (los jueces constitucionales) capaz de darles vida a las nuevas constituciones o a las reformas constitucionales que se aprobaron en toda la región. Sin embargo, cada una de estas reformas ha tenido efectos diferentes con respecto a la independencia de los jueces, el acceso a la justicia y el alcance del control de constitucionalidad.

Cuanto más independientes y accesibles sean las cortes constitucionales y cuanto más amplias sean sus facultades de control constitucional, tendrán una mayor influencia en la construcción de un equilibrio democráticamente aceptable entre el ejercicio de la autoridad civil y las necesidades legítimas de las fuerzas armadas en su lucha por la seguridad nacional (Ríos-Figueroa 2016). El control civil sobre las fuerzas armadas no es un hecho, sino un proceso en el que hay que reconocer las características específicas de la organización militar. Como lo afirma Kohn: "[P]ara que las [f]uerzas [a]rmadas puedan cumplir sus deberes y los civiles puedan ejercer su autoridad, es necesario que la maquinaria del [G]obierno permita que tanto las perspectivas militares como las civiles dialoguen en la formulación de políticas" (Kohn 1997). En las cortes constitucionales podría ocurrir el diálogo que propone Kohn. Dicho de otro modo, en esos foros podrían conjugarse con base en los principios y valores de la constitución las perspectivas civiles y militares alrededor de la lucha por el orden y la seguridad.

La intervención de las cortes constitucionales en cuestiones militares no siempre es positiva. En Bolivia en 2003, después de meses de manifestaciones masivas, el [G]obierno convocó al ejército para combatir a los manifestantes. Al final del año, luego de varios enfrentamientos, el número de muertos llegó a 80 personas y los heridos se contaban por centenares (Kyle y Reiter 2012, 389). Algunos militares fueron acusados de haber utilizado la fuerza de manera desproporcionada y de haber violado los derechos humanos. Durante años, este tipo de casos fueron enviados a los tribunales militares bolivianos[11]. Sin embargo, el 6 de mayo de 2004 el Tribunal Constitucional dictaminó que los militares que presuntamente participaron en esas violaciones de derechos humanos debían ser juzgados por los tribunales civiles (sentencia constitucional 0664/2004-R). Como consecuencia de este fallo, los líderes de las fuerzas armadas se acuartelaron junto con sus tropas y se reunieron durante un día entero para decidir cómo responder. En una carta abierta que desencadenó una crisis política, los militares amenazaron al Tribunal

con "graves consecuencias". Como resultado, tanto el presidente de Bolivia como las altas cortes abandonaron su propósito de llevar ante la jurisdicción ordinaria a los militares que violaran los derechos humanos (Pion-Berlin 2010, 537-9).

Curiosamente, el Tribunal Constitucional de Bolivia citó la sentencia C-358 de 1997 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) de la Corte Constitucional de Colombia para apoyar su decisión. En ella, la Corte colombiana argumentó que las graves violaciones de derechos humanos perpetradas por los militares deben ser juzgadas por la jurisdicción ordinaria, porque en esos hechos no existe un vínculo entre el delito y los actos del servicio. No obstante, a diferencia del Tribunal Constitucional de Bolivia, que tomó su decisión de manera repentina, la Corte Constitucional colombiana se basó en una línea jurisprudencial que limitaba de manera gradual, pero progresiva, el alcance de la jurisdicción militar[12]. Del mismo modo, a diferencia de lo que ocurrió en Bolivia, las Fuerzas Armadas colombianas no solo aceptaron un fallo que sabían que se avecinaba, sino que también adoptaron el criterio según el cual los tribunales militares nunca deben investigar ni juzgar las violaciones graves de derechos humanos.

La CIDH también ha jugado un papel fundamental en la armonización de las prácticas de las fuerzas militares, el principio democrático y el Estado de derecho. Se podría decir que la jurisprudencia de la CIDH ha llegado a un consenso normativo alrededor de tres puntos: 1. Los civiles no deben pertenecen a los tribunales militares bajo ninguna circunstancia; 2. La jurisdicción militar solo puede investigar y juzgar a los miembros de las fuerzas armadas por los delitos estrictamente militares que cometan durante el servicio; y 3. En cualquier caso, los militares que cometan violaciones graves de derechos humanos deben ser juzgados por la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, los países de la región se relacionan de maneras diferentes con estos estándares: mientras algunos los incumplen completamente, algunos los cumplen a cabalidad y otros van más allá de ellos. Asimismo, los patrones históricos varían enormemente entre los países. En Brasil, por ejemplo, el 13,5 % de los acusados en los juicios militares entre 2002 y 2012 fueron civiles (unos 2.555 casos)[13]. Por el contrario, como se mencionó, el Congreso argentino derogó en 2008 el Código de Justicia Militar y toda la jurisdicción militar por razones de constitucionalidad.

Desde su creación y hasta 2015, la CIDH resolvió 140 casos relacionados con el derecho penal; de estos, aproximadamente el 12 % tuvo que ver directamente con la jurisdicción militar (Ferrer 2016, 59)[14]. En su notable jurisprudencia, la CIDH ha argumentado consistentemente:

> En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar s[ol]o se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. (Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 272)[15]

Asimismo, la CIDH ha establecido en repetidas ocasiones que "la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso,

juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria"[16]. En suma, a través de su rica y profunda jurisprudencia, la CIDH ha establecido claramente los tres criterios que se mencionaron antes para determinar el alcance adecuado de la jurisdicción militar: 1. Solo los miembros de las fuerzas armadas, y nunca los civiles, pertenecen a la jurisdicción militar; 2. La jurisdicción militar solo juzga los delitos que se relacionan estrictamente con el ejercicio de la función militar y que tengan lugar durante una misión específica; y 3. Las violaciones graves de derechos humanos nunca deben ser juzgadas por la jurisdicción militar (cf. Ferrer 2016, 65-6).

La CIDH también ha establecido criterios claros sobre los procedimientos internos de la jurisdicción militar o su autonomía con respecto a la jurisdicción ordinaria. En concreto, la jurisprudencia de la CIDH se ha preguntado quiénes deberían (o no deberían) ser los jueces de los tribunales militares si se quieren garantizar los principios de independencia y neutralidad. La CIDH ha argumentado que "la imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia"[17]. De ese modo, dado que en algunos casos las fuerzas armadas combaten a ciertos grupos e investigan y juzgan a sus miembros (que pueden ser civiles o militares), es posible que si los fiscales o jueces de los tribunales militares son miembros activos de las fuerzas armadas, su imparcialidad se pueda ver comprometida[18].

Esta potencial falta de imparcialidad también se deriva de la naturaleza jerárquica de las fuerzas militares y de la posibilidad de que los superiores investiguen y juzguen el desempeño de sus subordinados. Esto se suma al hecho de que ciertos elementos ajenos a las especificidades de los casos pueden influir en las decisiones, como la disciplina, la lealtad y la expectativa de obtener un ascenso u otro tipo de incentivos profesionales[19]. Según el exjuez de la CIDH Diego García-Sayán, un problema adicional es que los jueces y fiscales militares generalmente no tienen un mínimo de estabilidad laboral, sin mencionar que no tienen la educación jurídica adecuada para hacerles frente a los complejos problemas jurídicos que llegan a los tribunales militares (citado en Ferrer 2016, 68). En el caso, Argüelles y otros vs. Argentina (2014), la CIDH estableció que las decisiones de la jurisdicción militar también pueden ser revisadas por cuestiones económicas o por violaciones al debido proceso. En este caso, la CIDH falló a favor de un grupo de oficiales militares que denunció que su derecho a un abogado y su derecho a juicio expedito habían sido violados por el sistema de justicia militar.

A pesar de lo anterior, la CIDH no ha abordado directamente la regulación del uso de la fuerza como parte de la jurisdicción militar. Sin embargo, ha proferido algunas sentencias relevantes sobre este tema. Por ejemplo, argumentó que "en situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas […] que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza s[o]lo contra las primeras"[20]. En el mismo sentido, argumentó que "el uso de la fuerza letal y las armas de fuego contra las personas debe estar prohibido como regla general, y su uso excepcional deberá estar formulado por ley y ser interpretado restrictivamente, no siendo

más que el 'absolutamente necesario' en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler"[21].

Es absolutamente necesario que los miembros de las fuerzas armadas observen estrictamente estos (y otros) principios sobre el uso de la fuerza letal cuando participen en operaciones de seguridad interna. Más aún, estos principios deben hacer parte de su entrenamiento: en general, los militares están preparados para atacar, como una fuerza proactiva, mientras las operaciones de seguridad interna requieren a menudo un enfoque preventivo o una actitud reactiva. Los criterios y normas sobre el uso de la fuerza letal tienen grandes consecuencias para los miembros de las fuerzas armadas: eventualmente, son los estándares con los que se determinará si los delitos que cometieron deben ser juzgados por la jurisdicción militar o por la ordinaria.

Conclusiones

El "nuevo militarismo" le plantea una serie de nuevos e importantes desafíos al Estado democrático de derecho en la región. Según este capítulo, durante los últimos 30 años los países latinoamericanos han intentado de diversas formas convertir a las fuerzas armadas, que en el pasado habían puesto en peligro la estabilidad y la democracia, en actores fundamentales para el fortalecimiento y la consolidación de la democracia y el Estado de derecho. El capítulo revisa tres áreas en las que entran en contacto el "nuevo militarismo" y el Estado democrático de derecho: 1. La manera en que las constituciones definen las fuerzas militares y la misión que les asignan, y la presencia de oficiales militares en los Gobiernos; 2. El alcance de la justicia militar y las características de sus procesos internos; y 3. El papel de las cortes constitucionales nacionales y la CIDH en la regulación de la jurisdicción militar y el uso de la fuerza. La posición de los países de la región con respecto a estas áreas no es homogénea. Así, es importante estudiar las causas y, fundamentalmente, las consecuencias de esas variaciones.

Aunque aún no ha sido explorada suficientemente, resulta relevante para las democracias latinoamericanas entender la relación entre la CIDH, las cortes y los Gobiernos nacionales con respecto a los casos que tienen que ver con las fuerzas armadas, la jurisdicción militar y el uso de fuerza. ¿Qué explica el hecho de que las cortes y los Gobiernos de los países de la región cumplan en grados diferentes las sentencias de la CIDH? ¿Acaso las experiencias nacionales exitosas, como la de Colombia, tienen alguna influencia sobre las instituciones del Sistema Interamericano? ¿Cuáles son las conexiones entre estos procesos, las amnistías y los diferentes mecanismos de justicia transicional que se han implementado en muchos países de la región[22]? El nuevo militarismo no debe tomarse a la ligera. Si bien las fuerzas armadas ya no se involucran en guerras internacionales ni golpes de Estado, abordar de manera inadecuada los desafíos que plantea el nuevo militarismo podría trivializar y desestabilizar las democracias latinoamericanas.

Es probable que las perspectivas sociojurídicas sobre el nuevo militarismo en América Latina sean particularmente fructíferas. El uso de la teoría de las ciencias sociales para analizar un fenómeno jurídico que generalmente se encuentra en los límites entre lo político y lo constitucional puede ayudar no solo a sacar estos temas del ámbito de la "alta política" y de los "especialistas militares", sino también a

vincularlos con las experiencias del creciente número de personas que sufren las consecuencias de la militarización de la seguridad. Este es un tema en el que se relacionan las cortes, los jueces, los derechos humanos y la calidad jurídica y constitucional de las actuales democracias latinoamericanas.

Notas

1. De hecho, la mayoría de los intentos de golpe han fracasado. Entre los casos exitosos se encuentran los de Haití en 1991 y 2004, cuando el presidente Aristide fue depuesto por los militares en ambas ocasiones, y posiblemente los de Honduras en 2009 y de Ecuador en 2000, cuando los presidentes Zelaya y Mahuad, respectivamente, fueron derrocados con la ayuda de los militares, aunque posteriormente no se instauró un régimen militar. A su vez, entre los intentos fallidos se incluyen los de Venezuela en 1992 y en 2002 (Hugo Chávez planeó el primer golpe y sufrió el segundo) y Paraguay en 1996, cuando el general Lino Oviedo intentó destituir al presidente Wasmosy. Algo diferentes son los llamados "autogolpes" con ayuda militar: mientras el presidente Fujimori pudo liderar uno exitoso en Perú en 1992, en 1993 el intento del presidente Serrano fracasó en Guatemala (por ejemplo, véanse Marsteinderet y Berntzen 2008; Pérez-Liñán 2010).
2. Por ejemplo, el artículo 12 de la Constitución de Costa Rica de 1949 establece que "Se proscribe el Ejército como institución permanente. Para la vigilancia y conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía necesarias". La Constitución panameña establece algo similar.
3. En la sentencia AI 1/1996, la Corte Suprema mexicana argumentó que es constitucional que las fuerzas armadas participen en los asuntos de seguridad interna, siempre y cuando lo hagan por invitación de las autoridades civiles (véase Ríos-Figueroa 2016, cap. 5).
4. Mientras en 2007 se presentaron 898 denuncias, en 2011 se presentaron 2.190. Véase Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. 2013. *Jurisdicción militar: impunidad y violaciones a los derechos humanos. Análisis enero*.
5. La abreviatura "M. P." significa "magistrado ponente", el que redacta el borrador de la sentencia que será discutido por la Corte.
6. Los datos se obtuvieron de las páginas web de los ministerios de Defensa, de Atlas Resdal (2012) y del Cross National Time Series Data Archive (Data Banks International).
7. Aunque interpreto de una manera diferente lo que captura esta medida, codifiqué la variable con base en el argumento de Pion-Berlin:

   > Si los civiles controlan el único ministerio de defensa, la autonomía militar es mínima. A su vez, la autonomía militar es mayor cuando los militares supervisan el ministerio de defensa o existe un ministerio controlado por civiles para cada rama de las fuerzas armadas. De hecho, la autonomía es aún mayor cuando los militares de alto rango dirigen sus propias burocracias. (Pion-Berlín 1992, 88)

8. Una visión alternativa indica que, tanto en medio como después de las transiciones, las fuerzas armadas bloquean la reforma de la justicia militar con el propósito de cubrir el uso arbitrario previo de los tribunales militares con el manto de la legalidad y la tradición jurídica. De ese modo, las fuerzas militares crean un proyecto jurídico positivo

en torno a la represión que resulta, al menos, parcialmente creíble (Pereira 2001, 560).

9. Los datos se extrajeron de las constituciones nacionales.
10. La variable toma los siguientes valores: 0 cuando la constitución del país no menciona la jurisdicción militar; 1 cuando la constitución establece explícitamente que no hay jurisdicción militar; 2 cuando los tribunales militares no pueden juzgar las violaciones de derechos humanos; 3 cuando los tribunales militares pueden juzgar solo a los militares por delitos cubiertos por el fuero militar; 4 cuando los oficiales militares en servicio pueden pertenecer a la jurisdicción militar; 5 cuando los oficiales militares siempre pertenecen a la jurisdicción militar; 6 cuando los civiles pueden ser juzgados por los tribunales militares en estados de excepción; y 7 cuando los tribunales militares pueden juzgar civiles incluso en condiciones normales.
11. "Desde la transición a la democracia en 1982, en Bolivia los casos de derechos humanos que involucraban a miembros del ejército fueron manejados por los tribunales militares. Estos, a su vez, protegieron a los miembros del ejército y no avanzaron en las investigaciones [...] A pesar de los cientos de homicidios que cometieron las fuerzas de seguridad, no hubo condenas entre 1985 y 2003" (Informe Mundial de Human Rights Watch 2013).
12. Los detalles de esta línea jurisprudencial se pueden encontrar en Ríos-Figueroa (2016), capítulo 2016.
13. "Julgamento Militar é posto em debate", *O Globo*, 3 de agosto de 2014.
14. Las decisiones más importantes de la CIDH sobre este tema son las siguientes: 1. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C, núm. 33; 2. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, núm. 42; 3. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C, núm. 52; 4. Caso Cesti Hurtado vs. Perú. Fondo. Sentencia del 29 de septiembre de 1999, Serie C, núm. 56; 5. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo. Sentencia del 16 de agosto de 2000, Serie C, núm. 68; 6. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, núm. 69; 7. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C, núm. 70; 8. Caso Las Palmeras vs. Colombia. Fondo. Sentencia del 6 de diciembre de 2001, Serie C, núm. 90; 9. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 101; 10. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C, núm. 109; 11. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, Serie C, núm. 119; 12. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 134; 13. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 135; 14. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140; 15. Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154; 16. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29

de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162; 17. Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007, Serie C, núm. 163; 18. Caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007, Serie C, núm. 165; 19. Caso Zambrano Vélez y Otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007, Serie C, núm. 166; 20. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 190; 21. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 207; 22. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209; 23. Caso Fernández Ortega y Otros. vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215; y 24. Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010 Serie C, núm. 216.

15. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 272, pág. 78. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf. Consultado el 31 de marzo de 2019.
16. Caso Nadege Drozema vs. República Dominicana, párr. 187.
17. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, párr. 146.
18. Caso Durand y Ugarte vs. Perú, párr. 125.
19. Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú, párr. 130.
20. Caso Zambrano Vélez y Otros vs. Ecuador, párr. 85.
21. Caso Familia Barros vs. Venezuela, párr. 49.
22. Entre las décadas de los ochenta y los noventa, 16 países latinoamericanos aprobaron leyes de amnistía con el fin de evitar que se llevaran a cabo ciertas investigaciones penales que podrían desestabilizar los procesos de transición (Sikkink y Walling 2007). Algunas de ellas fueron amnistías generales, como la que aprobó el Congreso peruano en 1995; otras, como las que se aprobaron en Argentina y Guatemala, contemplaron excepciones.

Referencias

Agüero, Felipe. 1995. *Militares, civiles y democracia. La España postfranquista en perspectiva comparada*. Madrid: Alianza Editorial.

Barany, Zoltan. 2012. *The soldier and the chaning state. Building democratic armies in Africa, Asia, Europe and the Americas.* Princeton, NJ: Princeton University Press.

Barros, Robert. 2002. *Constitutionalism and dictatorship: Pinochet, the junta, and the 1980 Constitution*. Nueva York, NY: Cambridge University Press.

Brunneau, Thomas. 2013. Civilians and the military in Latin America: The absence of ancentives. *Latin American Politics and Society* 55(4): 143-60.

Diamint, Rut. 2015. A new militarism in Latin America. *Journal of Democracy* 26(4): 155-68.

Díez, Jordi. 2012. Civic-military relations in Mexico: The unfinished transition. En *The Oxford handbook of Mexican politics*, ed. Rodric Ai Camp, 265-85. Nueva York: Oxford University Press.

Eto, Gerardo, Cesar Landa Arroyo y José Palomino Manchego. 1997. La justicia militar en el Perú. En *Jurisdicción militar y constitución*

en Iberoamérica, eds. Germán Bidart y José Palomino, 353-463. Lima: Grijley.

Faúndez, Julio. 2011. *Democratización, desarrollo y legalidad. Chile, 1831-1973*. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2016. Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicables a la justicia penal. *Revista IIDH* 59(1): 29-118.

Fondevila, Gustavo y Miguel Quintana-Navarrete. 2015. War hypothesis: drug trafficking, sovereignity, and the armed forces in Mexico. *Bulletin of Latin American Research*: 1-17.

García, Mauricio y Rodrigo Uprimny. 2005. La normalization de L´exceptionnel sur le contrôl jurisdictionnel des États d'urgence en Colombie. En *Justice et Démocratie En Amérique Latine*, eds. Marie Julie Bernard y Michel Carraud, 117-43. Grenoble: PUG.

Human Rights Watch. 2013. *Human rights watch world report*. 2013. Nueva York, NY: Human Rights Watch.

Hunter, Wendy. 1997. Continuity or change? Civil-military relations in democratic Argentina, Chile, and Peru. *Political Science Quarterly* 112(3): 453-75.

Kohn, Richard. 1997. How democracies control the military. *Journal of Democracy* 8(4): 140-53.

Kyle, Brett y Andrew Reiter. 2012. Dictating justice: Human rights and military courts in Latin America. *Armed Forces & Society* 38(1): 27-48.

Lovatón, David. 2007. *Tribunal constitucional y reforma de la justicia militar*. Lima: Palestra.

Loveman, Brian. 1993. *The constitution of tyranny. Regimes of exception in Spanish America*. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press.

Loveman, Brian. 1999. *For la patria: Politics and the armed forces in Latin America*. Willmington: Scholarly Resources.

Marsteinderet, Leiv y Einar Berntzen. 2008. Reducing the perils of presidentialism in Latin America through presidential interruptions. *Comparative Politics* 41(1): 83-119.

Pereira, Anthony. 2001. Virtual legality authoritarian legacies and the reform of military justice in Brazil, the Southern Cone, and Mexico. *Comparative Political Studies* 34(5): 555-74.

Pereira, Anthony. 2005. *Political (in)justice. Authoritarianism and the rule of law in Argentina, Brazil, and Chile*. Pittsburgh, PA: University of Pittsburgh Press.

Pérez-Liñán, Aníbal. 2010. *Presidential impeachment and the new politics of instability in Latin America*. Nueva York, NY: Cambridge University Press.

Pion-Berlin, David. 1992. Military autonomy and emerging democracies in South America. *The Journal of Comparative Politics* 25(1): 83-102. www.jstor.org/stable/422098?origin=crossref. (Consultado el 16 de enero de 2016).

Pion-Berlin, ed. 2001. *Civil-military relations in Latin America. New analytical perspectives*. Chapell Hill, NC: The University of North Carolina Press.

Pion-Berlin. 2010. Informal civil-military relations in Latin America: Why politicians and soldiers choose unofficial venues. *Armed Forces and Society* 36(3): 526-44.

Pion-Berlin. 2012. The Latin American military. En *Routledge Handbook of Latin American Politics*, eds. Peter Kingstone y Deborah J. Yashar, 76-87. Nueva York, NY: Routledge.

Red de Seguridad y Defensa de América Latina (Resdal). 2012. *Atlas comparativo de*

la defensa en América Latina y el Caribe. Buenos Aires.

Ríos-Figueroa, Julio. 2011. Institutions for constitutional justice in Latin America. En *Courts in Latin America*, eds. Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, 27-54. Nueva York, NY: Cambridge University Press.

Ríos-Figueroa, Julio. 2016. *Constitutional courts as mediators. Armed conflict, civil-military relations, and the rule of law in Latin America*. Nueva York, NY: Cambridge University Press.

Serra, Narcís. 2010. *The military transition. Democratic reform of the armed forces*. Nueva York, NY: Cambridge University Press.

Sikkink, Kathryn y Carrie Booth Walling. 2007. The impact of Human Rights trials in Latin America. *Journal of Peace Research* 44(4): 427-45.

Wolff, Jonas. 2012. New Constitutions and the Transformation of Democracy in Bolivia and Ecuador. En *New constitutionalism in Latin America. Promises and practices*, eds. Detlef Nolte y Almut Schilling-Vacaflor, 183-202. Nueva York, NY: Ashgate.

Constituciones

Bolivia. 2008. *Constitución Política del Estado.* Artículo 244.

Costa Rica. 1949. *Constitución Política de la República de Costa Rica.*

Ecuador. 2008. *Constitución de la República del Ecuador.* Artículos 150 y 158.

Honduras. 1982. *Constitución Política de Honduras.* Artículo 272.

México. 1917. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículos 73 y 165.

Panamá. 1972. *Constitución Política de la República de Panamá.*

Perú. 1993. *Constitución Política del Perú*. Artículos 165 y 166.

República Dominicana. 2010. *Constitución de la República Dominicana*. Artículo 252.

Documentos jurídicos

Caso *Argüelles y otros* vs. *Argentina*.

Caso *Castillo Petruzzi y otros* vs. *Perú*, párrafo 130.

Caso *Durand y Ugarte* vs. *Perú*, párrafo 125.

Caso *Familia Barros* vs. *Venezuela*, párrafo 49.

Caso López Fallos 54:577; 310:1797, marzo de 2007.

Caso *Nadege Drozema* vs. *República Dominicana*, párrafo 187.

Caso *Palamara Iribarne* vs. *Chile*, párrafo 146.

Caso *Radilla Pacheco* vs. *Estados Unidos Mexicanos*, párrafo 272.

Caso *Zambrano Vélez y Otros* vs. *Ecuador*, párrafo 85.

Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. 2013. *Jurisdicción militar: impunidad y violaciones a los derechos humanos. Análisis enero*. www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmcpdh-briefing-enero-2013-justicia-militar-sk.pdf. (Consultado el 16 de enero de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-358 1997* MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 1996. *Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Decisión AI 1/1996*. México.

Tribunal *Constitucional de la República de Bolivia. Sentencia Constitucional 0664/2004-R.*

Capítulo 28

DROGAS Y DERECHO EN AMÉRICA LATINA
LOS COSTOS JURÍDICOS, INSTITUCIONALES Y SOCIALES DE LA POLÍTICA DE DROGAS*

Alejandro Madrazo Lajous y Catalina Pérez Correa

Introducción

Las metodologías de los estudios de derecho y sociedad han sido usadas de manera profusa y sugestiva para analizar las leyes y la política de drogas en América Latina. Ello no significa que los estudios sociojurídicos sobre drogas que se producen en la región sean abundantes, pero ciertamente son más comunes que los existentes en otras áreas de derecho en las que estos enfoques están lejos de ser dominantes. Las leyes de drogas tienden a ser penales o estar íntimamente ligadas al derecho penal. Para muchos académicos que estudian las leyes penales escritas (en libros), ya sea desde una perspectiva formal o meramente procesal, las leyes en materia de drogas y las políticas de drogas han sido de poco interés. No obstante, estos temas han despertado el interés de aquellos que estudian el derecho penal en acción y que han encontrado los efectos que tienen las leyes de drogas sobre el sistema de justicia penal. En el discurso, la política de drogas en América Latina se enfoca principalmente en la reducción de la oferta de sustancias ilícitas focalizando los esfuerzos en el crimen organizado. En la práctica, sin embargo, las instituciones legales se concentran en los consumidores, concentrando los esfuerzos en la reducción de la demanda, extorsionando y criminalizando a usuarios. ¿Cómo sucedió esto? En este capítulo explicaremos cómo la aplicación cada vez más punitiva de las leyes de drogas ha llevado a la militarización de la seguridad pública en la región, el incremento de las penas por los delitos relacionados con las drogas, la frecuente vulneración del derecho al debido proceso y el aumento de las prácticas ilícitas por parte de las autoridades, incluidas la tortura y el uso ilegal de la fuerza letal. Aunque todo esto ha sucedido a pesar de las reformas que buscan regular ciertas sustancias, argumentaremos que también ha sido una consecuencia de la forma en que esas reformas "liberalizadoras" se diseñaron y se implementaron en un sistema esencialmente punitivo.

Este capítulo se divide en tres secciones. La primera muestra que, con abrumadora frecuencia, las leyes y la política de drogas han formado parte del dominio del derecho penal. En consecuencia, presenta la forma en que el derecho penal regula aspectos importantes de

* Cómo citar este capítulo: Madrazo Lajous, Alejandro y Catalina Pérez Correa. 2024. Drogas y derecho en América Latina. Los costos jurídicos, institucionales y sociales de la política de drogas. En Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Eds.), *Manual de derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario: 621-643. http://dx.doi.org/10.51573/Andes.9789586658317.9789586658324.29

la política de drogas. La segunda sección explora de qué manera la aplicación de estas leyes se traduce en la práctica. Después de señalar los efectos que ha tenido la criminalización sobre el fenómeno de las drogas y las instituciones penales, destacamos algunas de las leyes innovadoras que se han alejado de ese modelo en los últimos años. La sección de conclusiones pregunta por qué las tendencias hacia una política de drogas más tolerante con los consumidores no logran contrarrestar la marcada naturaleza punitiva del sistema. El capítulo termina presentando dos posibles agendas para las futuras investigaciones. Tanto las políticas de drogas como la forma en que se desarrollan en la práctica varían considerablemente entre los países de la región. Gran parte de este capítulo muestra las tendencias generales en la región, por lo que las excepciones a veces escapan a nuestro análisis. Utilizamos principalmente los casos de Colombia y México para explicar las tendencias, puesto que los efectos de la política de drogas han sido ampliamente documentados en estos países. No obstante, si está disponible, también incluimos información de otros países latinoamericanos. A pesar de que en los últimos años han surgido voces que reclaman la priorización de los enfoques de salud, la criminalización de los consumidores en general, el uso del derecho penal sigue siendo común en todo el continente.

El régimen jurídico de las drogas en América Latina: la criminalización de los usuarios, la centralización y los regímenes excepcionales

Tanto en América Latina como en la mayor parte del mundo, los Estados suelen enfrentar a las drogas de una forma punitiva y represiva (Pérez Correa, Corda y Boiteux 2015). Como respuesta a este énfasis en la represión y el castigo, la Organización de los Estados Americanos ha instado a los Estados a asumir una perspectiva de salud pública en sus políticas y regulación de las drogas (OEA 2014). Sin embargo, como se muestra en este capítulo, este giro es una tarea pendiente en la región. En lugar de controlar las drogas con la ayuda de leyes e instituciones orientadas a los servicios de salud, los países de América Latina lo hacen principalmente a través de las instituciones del derecho penal. Los Gobiernos de toda la región han privilegiado la centralización del control de las drogas y la participación militar en la reducción de la oferta, en detrimento de la intervención de la policía y de los gobiernos locales. En su esfuerzo por controlar las drogas, muchos países de la región han adoptado regímenes penales de excepción para los delitos relacionados con estas, mediante los cuales limitan los derechos procesales de los acusados y amplían la discrecionalidad de la policía y los fiscales. En la región, la política de drogas ha sido un catalizador de las violaciones de derechos humanos y del debilitamiento de regímenes constitucionales y democráticos robustos (Barreto y Madrazo 2015). Entender los rasgos principales de las leyes vigentes en materia de drogas de la región permite comprender los problemas que surgen en la práctica.

Con sus propias palabras y definiciones técnicas, todas las leyes penales de la región prohíben la producción, el cultivo, el procesamiento, el transporte, la distribución, la publicidad, la venta, la promoción y la prescripción de drogas ilícitas, como la marihuana, la cocaína, la heroína, otras plantas psicoactivas y sus derivados, así como de las sustancias

psicoactivas sintéticas. Al mismo tiempo, las leyes regionales no suelen considerar el uso de drogas ilícitas como un delito o, si lo hacen formalmente, no lo sancionan. Ahora bien, aunque en el papel la represión y el castigo se dirigen, formalmente, hacia el narcotráfico y las actividades asociadas a él (es decir, hacia la oferta), en la práctica la represión se enfoca en los consumidores (es decir, en la demanda). Varios factores explican este resultado, entre ellos la corrupción y la ineficacia e ineficiencia de los sistemas de justicia. No obstante, los fundamentos formales de las leyes sobre drogas son también un factor clave para explicar la criminalización de los consumidores. Por lo tanto, primero nos centraremos en este aspecto de la prohibición de las drogas en América Latina.

Para empezar, se criminaliza a los consumidores de drogas porque el producto que consumen se produce y distribuye a través de una industria prohibida. Es decir, no hay una forma legal para tener acceso a las drogas. De este modo, los consumidores participan necesariamente en un mercado clandestino y criminal; más precisamente, es ese mercado el que les da acceso a las sustancias ilícitas. La tipificación de la posesión de drogas es el mecanismo jurídico a través del cual los consumidores generalmente ingresan al sistema de justicia penal[1]. Para consumir una droga ilícita es necesario poseerla, por lo que, si bien el uso o el consumo no son formalmente delitos, los consumidores de drogas deben necesariamente incurrir en una actividad delictiva, la posesión (Pérez Correa, Corda y Boiteux 2015). La tabla 29.1 muestra que aunque la mayoría de los países de la región no tipifican el consumo de drogas, sí castigan la posesión.

Para evitar que los consumidores sean sancionados como traficantes de drogas, algunos países de América Latina, entre ellos Colombia, México, Perú y Uruguay, han establecido un sistema de umbrales de tolerancia, esto es, cantidades que se asume corresponden a una dosis para uso personal e inmediato y que fungen como los topes bajo los cuales no se sanciona la posesión de drogas. Estos sistemas tienen el propósito de no criminalizar a los usuarios por su consumo. Sin embargo, la posesión de una cantidad de droga superior a esos umbrales se castiga sin necesidad de contar con más pruebas que demuestren la intención de distribuirla o venderla[2]. Ahora bien, si se tiene en cuenta que los consumidores tienen incentivos para adquirir más de una dosis de la sustancia que consumen, sobre todo para minimizar el número de veces que entran en contacto con el mercado clandestino, los umbrales tienden a ser demasiado bajos para las prácticas reales de los consumidores. En el caso de algunas drogas, como la cocaína, la "dosis personal" legal es menor que la cantidad que usualmente se consume[3]. Como se mostrará en la siguiente sección, los umbrales no solo no han evitado la criminalización de los consumidores de drogas en la región, sino que han tenido el efecto contrario: los usuarios suelen ser detenidos por la policía o el ejército para verificar las cantidades de droga que poseen, y con frecuencia son castigados como si fuesen traficantes de esta por tener en su poder cantidades mayores a los rígidos máximos tolerados[4].

Otro aspecto jurídico formal que juega un papel central en la forma en que las leyes en materia de drogas se aplican en la práctica es la jurisdicción: ¿quién está a cargo de promulgar o aplicar las leyes en materia de drogas? Dado que la mayoría de los países de América Latina tienen regímenes centralistas, la persecución penal suele hacer parte de la jurisdicción de

Tabla 29.1. Tipificación del consumo o posesión de sustancias ilícitas

País	Consumo	Posesión	Síntesis de la regulación
Argentina	No	Sí	El artículo 14 de la Ley 23737 considera que la posesión de drogas para el uso personal es un delito. Sin embargo, la Corte Suprema declaró inconstitucional la sección del artículo que criminalizaba la posesión para el uso.
Bolivia	No	Sí	De acuerdo con el artículo 49 de la Ley 1008, la posesión para el uso personal es un delito que se castiga con el internamiento obligatorio en un instituto de farmacodependencia. Sin embargo, en la práctica esta norma no se aplica. Se procesa por tráfico a quien porte drogas si un dictamen médico concluye que una persona porta una cantidad mayor a la que necesita para su uso personal (artículo 49 de la Ley 1008).
Brasil	No	Sí	La posesión para el uso personal y la posesión sin premeditación son consideradas delitos. El artículo 28 de la Ley 11343/06 establece, entre otros, los siguientes criterios para determinar si una sustancia es para uso personal: la naturaleza de la sustancia, la cantidad y los antecedentes penales de la persona. Aunque no se castiga con la pena de prisión, la posesión para el uso personal se sanciona penalmente.
Colombia	No	Sí	El consumo está constitucionalmente prohibido. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inconstitucional el artículo del Código Penal que penalizaba la posesión para el uso personal. La Corte Suprema ha establecido que la posesión de una cantidad incluso superior a la dosis personal no se penaliza*. Se considera un delito la posesión sin premeditación**.
Costa Rica	No	No	La posesión para el consumo personal no es un delito. Solo se castiga con la pena de prisión a quien "distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley, o cultive las plantas de las que se obtienen tales sustancias o productos" (artículo 58 de la Ley 8202). Se sanciona penalmente la posesión de semillas con capacidad germinadora, así como de otros productos necesarios para los propósitos anteriores (artículo 58 de la Ley 8204). Sin embargo, debido a las directrices del fiscal general esta ley no se aplica en la práctica, de tal manera que la policía detiene a los consumidores con muy poca frecuencia.
Ecuador	No	Sí	Aunque la posesión sin premeditación es ilegal, la posesión para el consumo no está penalizada (artículo 20 del Código Orgánico Integral Penal). La posesión sin premeditación se determina con base en un sistema de umbrales.
México	No	Sí	La posesión para el consumo personal es ilegal. Sin embargo, la posesión no se persigue penalmente si cumple cuatro requisitos: 1) se destina al consumo; 2) la cantidad no supera los umbrales máximos que establece Ley General de Salud; 3) quien posea la sustancia no lo hace en lugares como escuelas y prisiones, y 4) la sustancia está cubierta por la Ley General de Salud.
Perú	No	Sí	La posesión para el uso no se castiga penalmente, siempre y cuando la cantidad sea menor a los máximos permitidos y la persona no porte dos o más sustancias ilícitas.

País	Consumo	Posesión	Síntesis de la regulación
Uruguay	No	Sí	La posesión es un crimen, pero no se castiga si la cantidad está destinada al consumo personal. En el caso del cannabis, es legal para el consumo personal la posesión de hasta 40 gramos o seis plantas de cannabis sicoactivo (artículo 7 de la Ley 19172). La posesión es un delito si la persona no tiene una autorización legal (artículo 5 de la Ley 19172).

Fuente: Catalina Pérez-Correa, Alejandro Corda y Luciana Boiteux. *Drug Consumption and Consumers in Latin America*. México: CEDD, 2015, p. 3.

Notas:

*Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia 29183, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 2008.

**Sin embargo, de acuerdo con la Corte Suprema, cuando la cantidad supere la dosis personal, se pueden usar criterios adicionales para demostrar que la posesión es para el uso personal y, en consecuencia, no está penalizada (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia 42617, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, 2014. En 2016, la Corte Suprema también estableció que la interpretación literal de los umbrales es inconstitucional, por lo que se deben tener en cuenta otros elementos de prueba (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia 41760 SP2940, M.P. Eugenio Fernández Carlier, 2016).

las autoridades nacionales, federales o centrales. El ejemplo por excelencia es Colombia, donde un órgano central, la Fiscalía General de la Nación, está a cargo de la persecución penal. A su vez, la Policía Nacional y, más escandalosamente, el Ejército están encargados de suprimir los mercados de la droga[5]. Hasta 1987, los delitos relacionados con las drogas eran juzgados por los tribunales militares[6]. En 1987 la Corte Suprema de Justicia resolvió que la jurisdicción militar no era competente para juzgar tales delitos, pero autorizó a los militares para asumir el gobierno de los territorios que eran considerados como "teatros de operaciones" de la guerra contra las drogas. Después de esta sentencia, se creó un sistema judicial de excepción para los delitos relacionados con las drogas que, aunque estaba adscrito formalmente a las autoridades judiciales civiles, era sustancialmente similar a los tribunales militares que hasta entonces los habían procesado.

Por su parte, otros países tienen regímenes mixtos. A pesar de ser una república federal, Argentina concentra la adjudicación de los delitos relacionados con las drogas en una sola jurisdicción federal, que, de hecho, se ha enfocado cada vez más en el castigo desde la década de los setenta (Corda 2010). Sin embargo, las reformas recientes les permitieron a las autoridades locales procesar bajo la ley federal (Ley 23737) ciertos delitos menores, como la posesión simple, el uso y el microtráfico, si optan por asumir su competencia mediante una ley de adhesión que se someta a las condiciones de la ley federal[7] (Corda, Galante y Rossi 2014). México es un caso particularmente complejo. Históricamente, las competencias de la jurisdicción federal y las jurisdicciones estatales con respecto a la promulgación de las leyes penales y la persecución de los delitos han estado estrictamente separadas: si bien, por regla general, las jurisdicciones estatales tienen competencia en los asuntos penales, la jurisdicción federal puede ejercer su autoridad en los territorios que se encuentran bajo su competencia, así como en materias de competencia federal, como lo es la salud (y, por ende, los "delitos contra la salud" o los delitos relacionados con las drogas). Desde

la consolidación del federalismo a mediados del siglo XIX, los Estados habían gozado de plena autonomía en la formulación de su política criminal. Sin embargo, la guerra contra las drogas que se inició a principios del siglo XXI alteró ese equilibrio. Hasta 2009, las leyes en materia de drogas de México eran estrictamente federales[8]. Ese año, por primera vez en la historia, el Congreso mexicano aprobó una legislación penal que establecía que algunos delitos (el narcomenudeo, la posesión con fines de narcomenudeo y la posesión simple) serían perseguidos tanto por la jurisdicción federal como por las jurisdicciones estatales. Este fenómeno se denomina "jurisdicción concurrente", fue introducido en el régimen constitucional penal por primera vez precisamente para los delitos contra la salud[9]. Es importante destacar que aunque la persecución y el castigo son competencias de las jurisdicciones estatales, solo el Estado federal puede determinar el contenido de las leyes en materia de drogas y, en particular, los tipos penales (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación 2010). La competencia es entonces fundamental para comprender cómo se asignan los recursos en los países donde los sistemas penales están sobrecargados y los recursos locales son escasos. También es importante para entender los abusos que cometen las fuerzas de seguridad, ya sean militares o civiles.

Algunos países latinoamericanos han adoptado regímenes de excepción, separados del régimen penal ordinario, para perseguir el tráfico de drogas o el crimen organizado. Estos regímenes no solo limitan el derecho al debido proceso de las personas sospechosas o acusadas de delitos relacionados con las drogas, sino que también aumentan la discrecionalidad de los fiscales e investigadores. El ejemplo de México ayuda a comprender esta tendencia.

Desde principios de los años ochenta, los Estados y el Estado federal mexicano incorporaron sus propias versiones del *arraigo* (detenciones sin cargos) a sus procedimientos penales ordinarios. Sin embargo, la Suprema Corte declaró inconstitucional el arraigo en 2005. Como respuesta, en 2008 el Congreso mexicano elevó a rango constitucional el arraigo e incluso amplió su alcance: aun sin cargos, las personas podrían ser detenidas en instalaciones secretas hasta por 80 días si se considera que tal detención es necesaria para el progreso de una investigación (Madrazo 2014). Es decir, después de la reforma constitucional de 2008, la persona puede ser detenida a pesar de no ser sospechosa de haber cometido un delito o no se la esté investigando por la comisión de un delito específico. De hecho, la enmienda constitucional de 2008 fue más allá: estableció, a nivel constitucional, un sistema de justicia penal paralelo —de excepción— consistente en restricciones a los derechos procesales de los acusados y caracterizado por dar mayor margen a la discrecionalidad de las autoridades (González-Aréchiga, David Pérez, Madrazo y José Caballero 2014), a saber: medidas de aseguramiento prolongadas; el arraigo; el aislamiento durante la detención; la obligatoriedad de la prisión preventiva; la presunción de validez de las pruebas recabadas durante la investigación penal; la extinción del dominio, sin una sentencia condenatoria, sobre los bienes que supuestamente fueron el resultado de las actividades criminales[10], entre otros[11]. Casi todos los países latinoamericanos han aumentado las penas, creado nuevos tipos penales y limitado los derechos de las personas acusadas o condenadas por delitos relacionados con las drogas (Barreto y Madrazo 2015, 178; Pérez Correa 2012a).

Estas tendencias punitivas han sido cuestionadas desde diferentes ámbitos. En particular, las cortes supremas de Colombia, Argentina, México y Chile las han estudiado detenidamente. En 2009, la Corte Suprema de Argentina declaró que el segundo parágrafo del artículo 14 de la Ley 23737, que sancionaba la posesión de drogas para el consumo personal, era inconstitucional (Intercambios Asociación Civil 2009). Según la Corte, la mera posesión no perjudica los derechos o los bienes de terceros ni representa un peligro concreto para ellos (Corda 2016; Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación 2009). Sin embargo, si bien la sanción fue declarada inconstitucional, el tipo penal aún está vigente y sigue justificando las detenciones (Pérez Correa y Youngers 2014, 170).

En 1994, la Corte Constitucional de Colombia también estableció que castigar la posesión de drogas para consumo personal era inconstitucional y, en consecuencia, estableció un sistema de umbrales. En 2008, esta Corte introdujo el concepto de "dosis de aprovisionamiento" (Pérez Correa y Youngers 2014, 82). A diferencia de la dosis para el consumo "inmediato", contemplada en ese momento por las normas promulgadas, la dosis de aprovisionamiento es la cantidad necesaria para que el consumidor tenga acceso directo a la sustancia por un tiempo razonable. En 2009 se aprobó una reforma constitucional que buscó revertir la decisión de la Corte elevando a rango constitucional la prohibición (Colombia, Congreso de la República 2009); del mismo modo, una reforma legal de 2011 eliminó la tolerancia a la dosis personal. La respuesta de la Corte no se hizo esperar. Según esta, en términos constitucionales ni la posesión ni el consumo pueden ser considerados delito. Más aún, en marzo de 2016, la Corte estableció que criminalizar a una persona simplemente con base en los umbrales es inconstitucional, por lo que es necesario tener en cuenta otras pruebas adicionales (Colombia, Corte Suprema de Justicia 2016).

En su fallo histórico de noviembre de 2015 (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación 2014), la Suprema Corte mexicana sostuvo que la prohibición administrativa del consumo de marihuana con fines recreativos restringía de manera desproporcionada el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad[12]. Aunque el fallo ha provocado un debate nacional y una larga lista de iniciativas legislativas para regular el cannabis y sus diferentes usos, solo tuvo un efecto inmediato para los cuatro demandantes, ya que el sistema judicial mexicano solo permite la extensión de los efectos de los fallos en circunstancias excepcionales. En Chile, una sentencia de 2016 del Tribunal Constitucional estableció que el cultivo casero de cannabis para uso personal goza de protección constitucional. Así, incluso si las plantas son visibles desde la calle, la policía no está legitimada a entrar a un domicilio (Chile, Corte Suprema de Justicia 2016).

Uruguay es un caso atípico, producto de la legislación y no de la adjudicación. En 2013, la Asamblea General de ese país adoptó una legislación completa sobre el cannabis que no solo incluyó la producción casera y los "clubes cannábicos" (cooperativas para la producción de marihuana sin ánimo de lucro), sino que también creó un sistema de producción, elaboración, distribución y venta de cannabis y sus derivados. En la práctica, Uruguay tiene dos sistemas paralelos en que se permite o bien la posesión para uso personal de hasta 40 gramos, o bien el cultivo, producción, almacenamiento, etc., de hasta 480 gramos de cannabis al año,

pero que exige optar entre ser miembro de un club cannábico (no lucrativo) o bien adquirir el cannabis en un punto de venta autorizado (comercial) (Pérez Correa y Youngers 2014, 141). Sin embargo, con respecto a las demás drogas, Uruguay ha mantenido un sistema discrecional que con frecuencia procesa a las personas que las consumen.

Una tendencia que compite con la regulación es la creación de "tribunales de tratamiento de drogas" a la manera estadounidense. Aunque el consumo de drogas ilícitas no suele ser un crimen en América Latina, y a pesar de que los tribunales de drogas se crearon en Estados Unidos como una alternativa al encarcelamiento para los consumidores por el delito (establecido en algunos estados de Estados Unidos) consistente en consumir, este modelo se ha expandido rápidamente por toda América Latina. Los resultados no han sido claros. Para 2014, 14 países de la región habían adoptado este modelo (Pérez Correa y Youngers 2014, 161). Los tribunales de drogas suspenden los procesos penales que se llevan a cabo por delitos cometidos "bajo la influencia de una sustancia" si el acusado acepta someterse a un tratamiento médico bajo la supervisión del tribunal. Si el tratamiento es continuo y exitoso, el proceso permanece suspendido; por el contrario, si el participante no lo completa, su caso se reabre y continúa bajo el proceso penal ordinario.

Aunque los tribunales de drogas presentan varios problemas, también ofrecen una gran oportunidad para estudiar las leyes en materia de drogas. Quizás el rasgo más obvio de estas iniciativas es que siguen tratando un problema de salud desde la perspectiva del derecho penal: los tribunales de drogas no solo judicializan los tratamientos, sino que también se apoyan en los jueces penales para tratar a los consumidores. En la práctica, los tribunales de drogas latinoamericanos solo han replicado los resultados del modelo estadounidense, que ha evitado que los consumidores lleguen a las cárceles obligándolos a someterse a un tratamiento bajo supervisión judicial. Para 2015, el 92,3 % de los participantes de los tratamientos de los tribunales de drogas en México hacía parte del programa simplemente por haber tenido marihuana en su poder.

Las leyes y las instituciones de la política de drogas en la práctica

En esta sección, nos detenemos en los principales temas referentes a las implicaciones prácticas de la aplicación de las leyes en materia de drogas. En particular, nos enfocamos en los siguientes temas: las estrategias que buscan reducir la oferta; la criminalización de los consumidores de drogas; el uso de las cárceles como un instrumento para disuadir a las personas que cometen delitos relacionados con las drogas; las relaciones entre las leyes de drogas y las mujeres; y la manera en que la aplicación de las leyes en materia drogas conduce a la violación del debido proceso. Por la extensión de este texto, hemos dejado de lado otros temas importantes, como la vigilancia policial, los sesgos en las decisiones judiciales, el uso político de la aplicación de las leyes en materia de drogas (Trejo y Frey 2016), la migración forzada (Atuesta 2014a) y los impactos de la aplicación de las leyes en materia de drogas sobre los sistemas de salud (Camacho y Mejía 2012). Todos ellos son temas sobre los que habría que abundar en el futuro.

Los esfuerzos para reducir la oferta

Durante años, la reducción de la oferta ha sido el objetivo principal de las políticas de drogas en la región. La influencia de Estados Unidos ha sido determinante[13]. Aunque no es común que el consumo de drogas sea un problema de salud importante en las comunidades de América Latina[14], con frecuencia se afirma que los esfuerzos por reducir la oferta y los recursos que se invierten en ellos se justifican porque pretenden evitar que los consumidores potenciales accedan a las drogas.

Sin embargo, a pesar de la gran cantidad de recursos que se han invertido en ellas, las estrategias para reducir la oferta han sido muy ineficientes; de hecho, en lugar de romper las grandes redes del narcotráfico, a menudo solo criminalizan a los consumidores y a los pequeños expendedores. Por ejemplo, durante el Gobierno de Calderón, el Gobierno Federal de México gastó cerca de 814.000 millones de pesos en la política de drogas; de estos, solo el 2,91 % se invirtieron en las áreas de prevención, tratamiento y derechos humanos, es decir, en la reducción de la demanda (Atuesta 2014b). Bajo el Plan Colombia, los Gobiernos de Estados Unidos y Colombia gastaron aproximadamente 812 millones de dólares estadounidenses al año, lo que equivale al 1 % del producto interno bruto (PIB) de Colombia. Un análisis de costo-efectividad de las estrategias que buscan reducir la oferta indica que evitar que un kilo de cocaína llegue a Estados Unidos cuesta 163.000 dólares estadounidenses si se ataca la producción en Colombia o 3.600 dólares estadounidenses si se ataca el tráfico (es decir, el transporte) (Gaviria y Mejía 2011, 70 y 77).

A su vez, un análisis de costo-efectividad de la guerra contra las drogas en México bajo la administración de Calderón revela que la ineficiencia de esta política es directamente proporcional a la cantidad de recursos que se invierten en ella (Núñez y Garduño 2014). Entre 2004 y 2006, México gastó cerca del 0,13 % de su PIB en la reducción de la oferta. Por cada peso invertido, las ganancias de las organizaciones narcotraficantes (ON) bajaron entre 3 y 5 pesos. Para 2009, México gastaba 0,35 % de su PIB en la guerra contra las drogas; sin embargo, se estima que, entre 2007 y 2009, por cada peso invertido las ganancias de las ON solo bajaron 1,5 pesos. Resulta revelador que, durante ese mismo período, el Gobierno mexicano haya reducido las inversiones en el control de la demanda en un 56,6 % (de 6 millones de dólares estadounidenses al año a 2,6).

En un contexto en el que se invierte de manera desproporcionada en una política de drogas punitiva, no parece sorprendente que se termine criminalizando a los consumidores. Con frecuencia, las instituciones de seguridad de la región son corruptas o ineficientes, por ello suelen enfocarse en los arrestos, que requieren menor esfuerzo. Analizar la política de drogas con base en la dicotomía entre oferta y demanda oscurece el hecho de que los esfuerzos para reducir la oferta mediante el uso de los aparatos punitivos del Estado (la política, la justicia penal y la intervención militar) parecen vincularse directamente con la criminalización de los consumidores. La siguiente sección muestra que la represión se ha enfocado principalmente en los más débiles (los consumidores, los pequeños expendedores o narcomenudistas y las mujeres pobres) y no en las ON.

La criminalización de los usuarios de drogas: el derecho penal como primera respuesta

En términos simples, la tendencia dominante de la política de drogas en América Latina se caracteriza por castigar severamente a todos los involucrados en los mercados de la droga, con un nicho de tolerancia y protección para los consumidores, y por invertir poco en la prevención, el tratamiento o la promoción del desarrollo económico sostenible en las zonas donde predominan los cultivos ilícitos. En Colombia, por ejemplo, el presupuesto que se asignó en 2010 a la política de drogas se distribuyó de la siguiente manera: el 5,5 % en alternativas como la sustitución de cultivos, el 4,1 % en la reducción de la demanda, el 25,7 % en el fortalecimiento del aparato represivo del Estado y el 64,2 % en la reducción de la oferta (CAPDC 2015). Entre 2002 y 2010, en Argentina se gastó cerca del 82 % del presupuesto de la política de drogas en la reducción de la oferta y el 18 % en la reducción de la demanda. Durante el mismo período, en Perú se asignó solo el 8,5 % del presupuesto de la lucha contra las drogas al tratamiento y la prevención, mientras la mayor parte de los recursos se destinó a la prohibición (Youngers y Pérez Correa 2014, 146).

Por otro lado, los datos muestran que las leyes han sido insuficientes para evitar que los consumidores sean detenidos y extorsionados; de hecho, la mayoría de los recursos se destinan a detener, procesar y, a menudo, sancionar a los consumidores. En otras palabras, lejos de protegerlos, en la práctica los Estados siguen reprimiéndolos. Según un estudio del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, en toda la región se criminaliza a los consumidores. La mayoría de las detenciones que realiza la policía tienen que ver con el consumo o la posesión de drogas por encima de los umbrales tolerados. Por ejemplo, la Procuraduría de Narcocriminalidad de Argentina informó que solo en 2012 se abrieron 9.414 investigaciones penales por posesión de drogas para consumo personal. En México, entre 2009 y mayo de 2013, las autoridades federales detuvieron a 140.860 personas por consumir drogas ilícitas y se iniciaron 52.074 investigaciones penales sobre esos hechos, a pesar de que, como se explicó más arriba, el consumo no es por sí mismo un delito (Pérez Correa, Corda y Boiteux 2015b).

Los sistemas penales suelen acusar del delito de posesión simple a los consumidores, ya sea si tienen en su poder una cantidad superior a los umbrales permitidos o, como sucede en los sistemas discrecionales, si un juez considera que la cantidad que poseen tiene una finalidad diferente al uso personal e inmediato. En México, por ejemplo, solo a nivel federal, 175.993 personas fueron detenidas por posesión entre 2006 y 2014. Además, se iniciaron 87.746 investigaciones penales por posesión simple (es decir, posesión sin la intención de vender o distribuir)[15]. Entre 2007 y 2014, la Defensoría Pública de Ecuador asistió a 15.532 personas detenidas por posesión y en 2014, 5.103 fueron condenadas por este hecho, el 79 % de las detenidas por delitos relacionados con las drogas en ese año. Esto demuestra que, contrario a lo que se dice, la ley castiga principalmente a los consumidores (Pérez Correa, Corda y Boiteux 2015b, 1).

Costa Rica es un caso atípico. El país no adoptó un sistema de umbrales, sino un modelo discrecional que se basa en las pruebas y atenuantes que rodean la comisión de los delitos (LSE 2016, 36). En el Instructivo General 02-2010, la Fiscalía General de Costa Rica

rechazó todas las detenciones que se basaron exclusivamente en el consumo de drogas. Esta directriz no solo ha impedido que la policía detenga a los consumidores, sino que también ha evitado la criminalización del uso o la posesión[16].

Las leyes en materia de drogas y el uso de las cárceles

Muchos trabajos han estudiado el uso de las cárceles como un instrumento para disuadir (o inhabilitar) a las personas que cometen delitos relacionados con las drogas (Uprimny, Guzmán y Parra 2013). Como ya se explicó, incluso en los países donde los tribunales de drogas son una alternativa a las penas de prisión, el encarcelamiento sigue siendo una posibilidad para las personas que no completan el programa con éxito.

Si bien la información no siempre es uniforme o no está disponible, las estadísticas muestran un aumento constante en el número de personas encarceladas por delitos relacionados con las drogas. Actualmente, cerca del 20 % de la población carcelaria de América Latina está acusada de haber cometido algún delito mencionado en el renglón anterior. Estos delitos son la principal causa del encarcelamiento de mujeres: en Argentina, Brasil y Costa Rica, más del 60 % de las mujeres en prisión han sido acusadas de delitos contra la salud (Corda 2015). La población carcelaria acusada de haber cometido algún delito relacionado con las drogas ha aumentado a un ritmo más acelerado que el del número total de personas encarceladas. La tabla 29.2 muestra el número de personas encarceladas por delitos relacionados con las drogas, su participación en la población carcelaria total, el aumento del

Tabla 29.2. Número de personas encarceladas por delitos relacionados con las drogas, porcentaje de personas encarceladas por delitos de drogas en la población carcelaria total, aumento del encarcelamiento por delitos de drogas y aumento de la población carcelaria total*

País	Personas encarceladas por delitos de drogas	Porcentaje sobre la población carcelaria total	Aumento de la población encarcelada por drogas	< >	Aumento de la población carcelaria total
Ecuador	6.467 (2014)	24 (2014)	63 (2010-2014)	<	98 (2010-2014)
Bolivia	3.939 (2013)	27 (2013)	32 (2001-2013)	<	158 (2001-2013)
Perú	16.526 (2013)	24 (2013)	46 (2008-2013)	<	56 (2008-2013)
Costa Rica	4.745 (2011)	26 (2011)	126 (2006-2011)	<	131 (2006-2011)
Brasil	138.198 (2012)	25 (2012)	320 (2005-2012)	>	51 (2005-2012)
Colombia	23.141 (2014)	20 (2014)	269 (2000-2014)	>	136 (2000-2014)
Uruguay	1.265 (2013)	13 (2013)	39 (2009-2013)	>	15 (2009-2013)
Argentina	6.979 (2013)	11 (2013)	113 (2002-2013)	>	39 (2002-2013)
México	26.098 (2013)	10 (2013)	19 (2011-2013)	>	7 (2011-2013)

*Los datos muestran la información disponible cuando se construyó la tabla.

Fuente: Alejandro Corda. *Drug Policy Reform in Latin America: Discourse and Reality.* México: CEDD, 2015. p. 5.

encarcelamiento por delitos contra la salud y el aumento de la población carcelaria en general. Esta tabla muestra que en Brasil, Colombia, Uruguay, Argentina y México el número de personas encarceladas por delitos de drogas ha aumentado más rápidamente que la población general. Por su parte, Ecuador, Bolivia, Perú y Costa Rica muestran una tendencia contraria.

En América Latina, las cárceles son espacios poco salubres en los que frecuentemente se violan los derechos humanos. En ese sentido, resulta paradójico que se usen como el principal instrumento para proteger la salud (supuestamente, las leyes en materia de drogas buscan proteger la salud pública y la de los individuos). En muchas cárceles latinoamericanas se conjugan una gran cantidad de males: al grave hacinamiento (Carranza 2012) y la corrupción se suman la falta de servicios médicos y agua potable, la mala higiene, las deficientes instalaciones sanitarias (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011) y un alto número de encuentros sexuales sin protección, entre ellos muchos casos de abuso sexual. Si se tiene como referencia a la población general, algunos de estos factores explican en parte por qué es mayor en las cárceles la incidencia de enfermedades como el VIH/sida, la hepatitis C, la sarna, entre otras, así como la presencia de piojos[17]. Las condiciones sanitarias de las cárceles no solo ponen en peligro la salud de los prisioneros, sino también la de las personas que los visitan (Pérez Correa 2011).

Por otra parte, los altos niveles de violencia carcelaria ponen en peligro la vida de los prisioneros. Por ejemplo, en México en 2008, el riesgo de morir dentro de una prisión era cinco veces mayor que el de morir fuera de ella. En 2009, la tasa de homicidios dentro de las cárceles fue 2,4 veces mayor que fuera de ellas (México Evalúa 2010). Según los reportes de prensa, el control de los mercados ilícitos, entre ellos el de las drogas, explica los disturbios y los homicidios que se cometen en dichos establecimientos. En 2009, la Encuesta a la Población en Reclusión del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) mostró que el 15 % de los reclusos en las cárceles de Ciudad de México aceptaron haber consumido alcohol o drogas dentro de la prisión durante el último mes (Azaola y Bergman 2009, 55). Con seguridad, como lo indica la Encuesta, dado que los internos tienden a ocultar su participación en actividades ilícitas, este porcentaje es aún mayor en realidad.

Plugge *et al.* (2009) también han mostrado que los reclusos tienen un mayor riesgo de sufrir enfermedades cardiovasculares (Plugge, Foster *et al.* 2009). Aunque una explicación posible apunta a la obesidad causada por los altos índices de tabaquismo y la falta de actividad física, no se puede olvidar el estrés al que están sometidos como consecuencia de los procesos penales, los juicios y las condiciones mismas del encarcelamiento. Otro estudio mostró que el 63,6 % de las personas que visitaban a los reclusos reportaron que el encarcelamiento les había causado a los privados de la libertad problemas de salud, muchos de ellos relacionados con el estrés (Pérez Correa 2015c). Estos datos muestran que las consecuencias negativas sobre la salud pública de las políticas de drogas que se enfocan en el encarcelamiento son mucho mayores que sus efectos positivos.

Junto con las malas condiciones que prevalecen en las cárceles latinoamericanas, los estudios han demostrado que los sistemas penales de la región procesan y castigan de manera desproporcionada a las poblaciones excluidas en términos económicos y sociales (Pérez

Correa 2013; Ariza e Iturralde 2011; Bouzat 2011; Peroni 2011). Otros han demostrado que el uso de las cárceles, el castigo preferido por los sistemas penales contemporáneos, no solo afecta a quienes se encuentran en las prisiones, sino que también empobrece a las familias y comunidades que ya experimentaban alguna forma de marginación (Pérez Correa 2015c). En otras palabras, muchos estudios cuestionan la supuesta neutralidad del sistema penal y muestran que las leyes de drogas se han usado de manera desproporcionada para castigar a los grupos minoritarios y sectores marginados.

La prohibición de las drogas y las mujeres

Tanto en América Latina como en otras latitudes, hay una interesante dimensión de género en la aplicación de la prohibición de las drogas. Si bien, en términos absolutos, los hombres tienen más probabilidades de ser encarcelados por delitos relacionados con las drogas, la tasa de mujeres encarceladas por estos actos punibles ha aumentado más rápidamente. Según Malinowska-Sempruch y Rychkova (2018), entre 2006 y 2011 la población femenina en las cárceles latinoamericanas aumentó de 40.000 a más de 74.000; algunas enfrentaban condenas de hasta 30 años (LSE 2016,109). En varios países de la región, los delitos relacionados con las drogas son la principal causa de encarcelamiento de las mujeres, especialmente en los sistemas federales de justicia, que juzgan y sancionan los delitos más graves. En Argentina, por ejemplo, el 65 % de las prisioneras de las cárceles federales estaban involucradas en delitos relacionados con las drogas. En Brasil en 2013, el 60% de las prisioneras estaban la cárcel por la misma razón, mientras en Costa Rica en 2011 la proporción era del 75 % (Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos [WOLA, por sus siglas en inglés], IDPC, Dejusticia y CIM-OAS 2016, 9).

Otros estudios muestran que las reclusas tienden a compartir un mismo perfil sociodemográfico: son madres jóvenes, pobres y solteras. En Brasil, por ejemplo, casi el 55 % son afrodescendientes (Boiteux 2015). Muchas de las encarceladas por delitos relacionados con las drogas suelen ser jefas de hogar que cuidan a los niños pequeños o a otros miembros de la familia. Por ello, su encarcelamiento tiene efectos muy negativos sobre sus familias, sus comunidades y la sociedad en general.

Aunque la mayoría de estas mujeres participan en los niveles más bajos del tráfico de drogas, enfrentan condenas extremadamente altas (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM-OAS 2016, 10). En México, la Encuesta a la Población en Reclusión del CIDE mostró que en las cárceles federales el 98,9 % de las mujeres sentenciadas por delitos relacionados con las drogas no tenían condenas previas, el 88 % de ellas solo habían sido acusadas de un delito de drogas (es decir, sus delitos fueron estrictamente no violentos) y el 91,6% no portaba arma alguna (Pérez Correa, Azaola, Salgado Ibarra *et al.* 2012). La Encuesta mostró asimismo que mientras solo el 2 % de las parejas de los reclusos también estaban en prisión, el 22 % de las parejas de las internas también estaban recluidas. Esto da a entender que muchas de esas mujeres fueron condenadas por llevarles drogas a sus parejas para que pudieran intercambiarlas por bienes de primera necesidad en las cárceles (una práctica relativamente común en un sistema penitenciario en el que las autoridades no les proporcionan a los internos bienes y servicios básicos como los artículos de baño, el agua, los alimentos o una cama)[18]. Como lo

señala la *Guía para la reforma política en América Latina y el Caribe* de la WOLA, las mujeres son actores menores y fácilmente reemplazables en las redes del narcotráfico. De ese modo, su detención no reduce el narcotráfico ni mejora la seguridad ciudadana, sin mencionar que no permite enfrentar la violencia ni reducir la corrupción inherente al tráfico de drogas (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM-OAS 2016, 10).

Las violaciones al debido proceso y la aplicación selectiva de la legislación sobre drogas

En esta última sección, analizamos los casos de Colombia y México, donde las políticas de drogas no solo han tenido un impacto negativo profundo, sino que también ayudan a ejemplificar el enfoque punitivo que prevalece en la región. Así como el caso de Colombia permite estudiar la continua criminalización de los consumidores de drogas a través de las prácticas policiales y la regulación administrativa, el caso de México ilustra cómo las prácticas policiales, en el contexto de una guerra contra las drogas, degeneran hasta tal punto que amenazan seriamente los derechos humanos. Aunque otros países, especialmente en Centroamérica, también han sufrido consecuencias negativas, los estudios sobre México y Colombia han documentado ampliamente el costo humano e institucional del modelo prohibicionista. Ambos países no solo se han militarizado considerablemente, sino que también han creado regímenes de excepción a nivel constitucional para perseguir a las ON. Aunque existen otros casos en América Latina, la extensión de este capítulo solo nos permite abordar estos dos ejemplos.

En Colombia, ni consumir drogas ilícitas ni violar las restricciones a su uso (como la prohibición de consumirlas en lugares públicos) son delito. Sin embargo, como lo muestran Lemaitre y Albarracín (2011), los consumidores son criminalizados sistemáticamente a través de la aplicación de normas administrativas[19]. Como resultado de su investigación etnográfica, Lemaitre y Albarracín muestran que los consumidores a menudo son retenidos transitoriamente en las Unidades Permanentes de Justicia (centros de detención), sobre todo si los agentes de policía los perfilan como personas que, según ellos, pueden estar implicadas en disturbios públicos, hurtos, etc. Así, la policía determina las consecuencias del consumo público de drogas en función del perfil sociodemográfico del consumidor. Por ejemplo, en los barrios de clase alta, la policía se limita a registrar el incidente y a pedirle al consumidor que abandone el espacio público. En estos casos, solo ocasionalmente incauta las sustancias. Por el contrario, en las comunidades marginadas, la policía suele retener por un período que oscila entre 12 y 24 horas (la sanción administrativa más severa que puede imponer la policía y que en teoría se usa de manera excepcional) a los hombres jóvenes que se reúnen en las calles para consumir drogas.

De acuerdo con el trabajo de Lemaitre y Albarracín, los policías creen que si les llegaran a aplicar las sanciones más severas a las personas más ricas, podrían ser reprendidos por sus superiores. En contraste, los "hombres jóvenes pobres [son] percibidos por la comunidad y por la misma policía como potenciales o reales agresores: generalmente están desempleados, y a menudo son percibidos como atracadores, ladrones, pandilleros, expendedores de drogas, etcétera" (Lemaitre y Albarracín 2011, 257). El derecho penal vigente podría explicar por qué la policía se concentra en los consumidores

de drogas. Para probar la comisión de delitos como el hurto, es necesario ofrecer testimonios. Sin embargo, en un contexto marcado por la desconfianza de la comunidad en el sistema judicial, las personas no suelen testificar en contra de los delincuentes. Bajo presión por parte de comunidades, pero sin la colaboración de testigos, la policía opta por aplicar sanciones administrativas por el consumo de sustancias en la vía pública para despejar las calles de jóvenes consumidores. Así, el estudio concluye que la policía maneja indirectamente los delitos menores a través de las normas administrativas sobre el consumo de drogas. Como sucede en otros países, las prácticas policiales suelen aprovechar la convergencia del consumo de drogas, la marginación y los delitos menores[20].

Los estudios sobre la aplicación de las leyes en materia de drogas en México también muestran una dura realidad. El trabajo de Ana Laura Magaloni muestra que tanto los casos de tortura como los de maltrato crecieron considerablemente a partir de 2006, justo cuando el presidente Calderón lanzó la guerra contra las drogas (Magaloni 2015). Según el estudio, dos fenómenos podrían explicar este incremento: la militarización y un mayor énfasis en los delitos relacionados con las drogas. A partir de finales de 2006, los militares han llevado a cabo una buena parte de las detenciones por delitos contra la salud. Durante la mayor parte de la presidencia de Calderón, el ejército fue responsable del 25 % de todas las detenciones a nivel federal, solo superado por la policía federal (cada vez más militarizada), que llevó a cabo el 37,1%. Del mismo modo, mientras que antes del Gobierno de Calderón el 34,3 % de los presos habían sido condenados por delitos relacionados con las drogas, esta proporción llegó al 65,7 % a lo largo de su administración. Con los datos de la única encuesta disponible sobre la población penitenciaria federal, Magaloni empleó los siguientes criterios para identificar y clasificar los casos de tortura y maltrato: la gravedad y la participación institucional en el hecho[21], el tipo de delito y la institución responsable de la detención. Magaloni clasificó la población en dos grupos: las personas detenidas antes de la presidencia de Calderón (es decir, antes de la "guerra contra las drogas" militarizada) y las personas detenidas durante su administración. El estudio muestra que los malos tratos y la violencia contra los detenidos aumentaron considerablemente durante el Gobierno de Calderón. Además, si se observan los tipos de maltrato y la participación institucional y se desagregan por el tipo de delito, los datos muestran que las torturas y los maltratos durante las detenciones también aumentaron, siendo aún más notorio el incremento (y la gravedad de los maltratos reportados) en el caso de la gente detenida por delitos contra la salud (esto es, delitos de drogas) (tabla 29.3). Un estudio de la Johns Hopkins-Lancet Commission on Drug Policy confirmó esas conclusiones: si se toman como referencia los datos previos a diciembre de 2006, la guerra contra las drogas en México elevó 1,57 veces la probabilidad de sufrir torturas o abusos durante una detención por un delito relacionado con las drogas (Csete *et al.* 2016).

El estudio de Magaloni muestra que los militares no solo ejecutan una proporción cada vez mayor la política de drogas en México, sino que también crece considerablemente su recurso al abuso y la tortura[22].

Aunque solo hemos presentado los ejemplos de dos países, sus experiencias ilustran los problemas que puede generar la aplicación de las leyes de drogas. Esto sucede especialmente

Tabla 29.3. Malos tratos por tipo de delito

Acción/delito	Secuestro		Homicidio		Delitos de drogas	
	Antes del Gobierno de Calderón (%)	Durante el Gobierno de Calderón (%)	Antes del Gobierno de Calderón (%)	Durante el Gobierno de Calderón (%)	Antes del Gobierno de Calderón (%)	Durante el Gobierno de Calderón (%)
Patadas	5,58	2,79	7,11	1,27	10,66	37,31
Asfixia	6,95	3,09	8,49	1,54	9,27	37,45
Choques eléctricos	6,06	1,82	6,67	1,21	7,88	44,85

Fuente: Ana Laura Magaloni. "La arbitrariedad como método de trabajo: la persecución criminal durante la administración de Felipe Calderón". En *De la Detención a la Prisión. La Justicia Penal a Examen,* editado por Catalina Pérez-Correa. México: CIDE, 2015. p. 43. Traducido por los autores.

cuando los formuladores de políticas públicas ignoran las limitaciones o las realidades de las instituciones que se encargan de implementar las leyes. Los ejemplos también revelan que la política de drogas afecta a la política criminal y a las instituciones penales de formas que no resultan evidentes cuando se miran solamente las leyes en el papel.

Conclusiones

Los enfoques que analizan la política de drogas en las Américas con base en la dicotomía entre la reducción de la oferta y la reducción de la demanda no dan cuenta de uno de los rasgos más importantes y comunes en la región: la criminalización de los consumidores. Cuando analizamos la política de drogas a partir de la distinción entre oferta y demanda, no logramos ver que las estrategias que pretenden reducir la oferta con la ayuda de los aparatos punitivos del Estado (la policía, la justicia penal y la intervención militar) a menudo violentan a las personas que supuestamente protege la política: los consumidores (esto es, la demanda). Diferentes estudios muestran que se ha privilegiado la represión sobre la prevención del uso problemático de drogas y el tratamiento. No obstante, la represión no suele enfocarse en las ON, sino que la padecen los consumidores —que son criminalizados y victimizados por el Estado y los criminales—, las mujeres pobres —que son instrumentalizadas por las ON— y los pequeños expendedores —que tanto las autoridades como las ON consideran un recurso reemplazable y prescindible—.

El estudio de las leyes y las políticas de drogas abre varias preguntas de investigación. En primer lugar, es necesario realizar más investigaciones en torno a las formas en que se criminaliza a los consumidores. Aunque ciertamente el diseño de las leyes juega un papel importante (como hemos tratado de explicar), es necesario responder algunas preguntas relevantes con la ayuda de más trabajo de campo. Por ejemplo, estudios etnográficos como el de Lemaitre y Albarracín podrían ayudarnos a entender mejor las prácticas policiales[23]. En segundo lugar, las investigaciones futuras podrían examinar los impactos de las políticas prohibicionistas sobre la configuración del sistema penal en particular y del sistema jurídico en general. Así como la lucha contra las drogas ha introducido excepciones a los

derechos procesales, la creciente centralización y militarización de las estrategias para reducir la oferta ha modificado sustancialmente los sistemas jurídicos e incluso ha precipitado la creación de regímenes constitucionales excepcionales. ¿Cómo se materializan estas reformas en la práctica? ¿Cómo cambian el derecho al debido proceso o los arreglos institucionales? La política de drogas, específicamente la prohibición de estas, ha impulsado grandes cambios (negativos) en la región. Debemos tener cuidado: aunque la prohibición desaparezca, es posible que perduren los regímenes punitivos que se crearon para hacerla efectiva (Barreto y Madrazo 2015).

Notas

1. Con la excepción de Costa Rica, véase la tabla 29.1.
2. Como lo señala la tabla 29.1, la Corte Suprema de Colombia declaró que el uso de esos umbrales es incompatible con la Constitución.
3. Así, por ejemplo, el umbral tolerado para la cocaína en México es 0,5 gramos, pero la dosis mínima que se consigue en el mercado es un gramo. Véase Pérez Correa, Silva y De la Rosa 2012.
4. La recomendación es utilizar los umbrales como límites mínimos por debajo de los cuales no se puede castigar a ningún consumidor, no como límites máximos por encima de los cuales los consumidores sean castigados automáticamente sin necesidad de probar la intencionalidad. Véase Pérez Correa, Corda y Boiteux 2015a.
5. El Consejo Nacional de Estupefacientes y el Fondo Nacional de Estupefacientes se encargan de coordinar la política de drogas. En ella participan también las fuerzas de seguridad y los ministerios de Salud, Educación y de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Véase Uprimny y Guzmán 2010.
6. Para más detalles sobre la militarización de la política de drogas en Colombia, véase Barreto y Madrazo (2015, 151-93).
7. Véase también el Código Penal Argentino y la Ley 23737, artículo 34. http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0–4999/138/texact.htm. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).
8. Es decir, las aprueban y ejecutan las autoridades federales. Es necesario hacer algunas salvedades con respecto a la fecha. Con la reforma constitucional de 2005 se introdujo la posibilidad de que algunos delitos estuvieran sometidos a "jurisdicción concurrente". La reforma de 2005, que fue propuesta por el presidente Fox, fue muy similar a la que se aprobó en 2009. El proyecto de reforma constitucional creaba un sistema de "dosis personal" (la versión de *techo* de este sistema). Debido a que la tolerancia a la posesión de drogas fue recibida con escepticismo por las autoridades de Estados Unidos, el presidente Fox vetó su propio proyecto. En consecuencia, la reforma constitucional que autorizaba al Congreso a establecer tipos penales de jurisdicción concurrente prevaleció. Se habrían necesitado cuatro años y una guerra militarizada contra las drogas para que la reforma hubiera sido aprobada en 2009 y sin reparos de los Estados Unidos.
9. Los delitos que se denominan como "narcomenudeo" pueden ser de tres tipos: 1. La venta o distribución de las drogas ilícitas más comunes; 2. La posesión con intención de venta o distribución; y 3. La posesión sin intención de venta ni distribución. Véase Ley General de Salud (México), título XVIII,

capítulo VII, artículos 473 a 482. Sin importar si las personas tienen la intención de distribuir las sustancias, las autoridades estatales deben perseguir los delitos de distribución y posesión si las cantidades son iguales o mayores al resultado de multiplicar por 1.000 los umbrales de dosis personal. Excepcionalmente, al menos en teoría, la Fiscalía General de la República puede perseguir cualquier delito de drogas que caiga bajo la jurisdicción estatal si lo comete el crimen organizado cuando inicia la investigación o simplemente cuando le solicita al fiscal del Estado de la república que renuncie al caso.

10. Para una descripción del régimen formal de la "extinción de dominio" a nivel federal, véase *infra* nota 11. Para una descripción más detallada del régimen en Ciudad de México, véase Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) 2009. Para un análisis sobre la implementación de un régimen similar de "extinción de dominio" en Colombia, véase Iturralde y Ariza (2011, 289-293).
11. Véase Madrazo 2014.
12. En México, los delitos de drogas se definen como la realización de actividades con respecto a las sustancias prohibidas que han sido prohibidas por la administración. Véase Código Penal Federal de México, artículos 193 a 198. En un pronunciamiento sobre la prohibición administrativa del consumo, la Corte estableció que las actividades conexas, incluyendo el cultivo, también están protegidas constitucionalmente.
13. Para una amplia documentación sobre la política exterior de Estados Unidos en América Latina y la guerra contra las drogas, véase Youngers y Rosin 2005. Sin embargo, la influencia de los Estados Unidos en la política regional de drogas no se limita a la política exterior. Por ejemplo, de acuerdo con Daniel Mejía, entre 2000 y 2006 Estados Unidos financiaron directamente el 42 % de los esfuerzos del Gobierno colombiano para reducir la producción, principalmente a través de la fumigación aérea de los cultivos de coca, y el 67% de los esfuerzos para detener el tráfico. Véase Mejía (2011, 76-77).
14. Véase, por ejemplo, Madrazo y Guerrero 2012. La tabla 29.2 compara las muertes por sobredosis, por la violencia asociada al narcotráfico y por otras causas. Véase también Csete *et al.* 2016. Caiuby Labate y Ruiz Flores critican los instrumentos que se usan para medir el consumo de drogas en México: Caiuby Labate y Ruiz Flores 2015. Véase también Martínez, Valdez y Ramos 2014. Para el caso de Colombia, véase Camacho, Gaviria y Rodríguez (2011, 41-65).
15. Véase Pérez Correa, Uprimny y Chaparro 2016.
16. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica sentó las bases para esta directriz. En particular, revocó las penas de prisión que se les habían impuesto a las personas que poseían menos de 200 gramos de marihuana o cocaína. Según la Sala, no había pruebas suficientes para afirmar que esas personas tenían la intención de distribuir o vender las drogas incautadas. Véase Cortés Amador 2013.
17. Véanse Organización Mundial de la Salud y "Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida 2007"; Izazola, Labastida y Villanueva 1998; Marcela Briseño 2006.
18. Para más información al respecto, véase Pérez Correa 2015c.
19. Véase Lemaitre y Albarracín 2011. Los dos párrafos siguientes resumen algunos de los hallazgos importantes de esta investigación.
20. Para algunos estudios empíricos, desde una perspectiva disciplinaria diferente, sobre el

uso de regulaciones administrativas por parte de la policía para trabajar con los usuarios de drogas en México, véase Beletsky *et al*. 2016.

21. De los más de 16 tipos diferentes de maltrato que denuncian las personas detenidas, Magaloni eligió tres como *proxies* de la gravedad y la participación o la tolerancia institucional: las patadas, la asfixia y las descargas eléctricas.
22. Magaloni (2015) nos cuenta que bajo la administración de Calderón "*the army ….replicated the arbitrary practices of the police at the moment of detention*".
23. Véase la nota 19.

Referencias

Argentina, Código Penal. Ley N° 23.737, artículo 34. http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/138/texact.htm. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2009. *A. 891, XLIV* (Caso Arriola). http://druglawreform.info/images/stories/documents/fallo-arriola.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Ariza, Libardo José y Manuel Iturralde. 2011. *Los muros de la infamia: Prisiones en Colombia y América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF). 2009. *Para la libertad… siete leyes históricas de la IV Legislatura*. México: ALDF/Porrúa.

Atuesta, Laura H. 2014a. Addressing the costs of prohibition: Internally displaced populations in Colombia and Mexico. En *Ending the drug wars. Report of the LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy*. Londres: LSE.

Atuesta, Laura H. 2014b. La política de drogas en México 2006-2012: análisis y resultados de una política prohibicionista. *Cuadernos de Trabajo del Seminario del Programa de Política de Drogas (CIDE)* 1.

Azaola, Elena y Marcelo Bergman. 2009. *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la Tercera Encuesta a Población en Reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*. México: CIDE.

Barreto, Antonio y Alejandro Madrazo. 2015. Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas: Dos estudios de caso de las transformaciones de las comunidades políticas de las Américas. *Isonomía* 43: 151-93.

Beletsky, Leo, Karla D. Wagner, Jaime Arredondo, Lawrence Palinkas, Carlos Magis Rodrıguez, Nicolette Kalic, Natasha. Ludwig-Barron y Steffanie A. Strathdee. 2016. Implementing Mexico's "Narcomenudeo" drug law reform. A mixed methods assessment of early experiences among people who inject drugs. *Journal of Mixed Methods Research* 10(4): 384-401.

Boiteux, Luciana. 2015. *The incarceration of women for drug offenses*. México: CEDD. www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/luciana_i.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Bouzat, Gabriel. 2011. Desigualdad, delito y seguridad en la Argentina. En *Inseguridad, democracia y derecho: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2010*, 120-25. Buenos Aires: Libraria.

Briseño, Marcela. 2006. *Garantizando los derechos humanos de las mujeres en reclusión*. México: Inmujeres.

Camacho, Adriana y Daniel Mejía. 2012. Consecuencias de la aspersión aérea en la salud: Evidencia desde el caso colombiano. En *Costos económicos y sociales del conflicto en Colombia: ¿Cómo construir un posconflicto sostenible?*, comps. María Alejandra Arias,

Adriana Camacho, Ana María Ibáñez, Daniel Mejía y Catherine Rodríguez, 117-38. Bogotá: Universidad de los Andes.

Carranza, Elías. 2012. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, 8: 31-66. www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Colombia, Congreso de la República. 2009. *Acto Legislativo 02 de 2009*. www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=38289. (Consultado el 4. De diciembre de 2017).

Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 2016. *Sentencia n.° 41760 SP2940*, M. P. Eugenio Fernández Carlier, 2016.

Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia (CAPDC). 2015. *Lineamientos para un nuevo enfoque de política de drogas en Colombia*. Bogotá: CAPDC. www.odc.gov.co/Portals/1/comision_asesora/docs/informe_final_comision_asesora_politica_drogas_colombia.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2011. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. Washington: OEA. www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de. 2017).

Corda, Alejandro. 2010. Encarcelamientos por delitos relacionados con estupefacientes en Argentina. En *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina*, eds. Pien Metaal y Coletta Youngers, 11. Amsterdam-Washington: TNI-WOLA.

Corda, Alejandro. 2015. *Drug policy reform in Latin America: Discourse and reality*. México: CEDD. www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/alejandro_i.pdf. (Consultado el 4 diciembre de 2017).

Corda, Alejandro. 2016. *La estrategia fallida: Encarcelamientos por delitos relacionados con estupefacientes en la Argentina*. Buenos Aires: Intercambios Asociación Civil-Universidad de Buenos Aires. http://intercambios.org.ar/wp-content/uploads/2016/09/2016.-Corda.-La-estrategia-fallida.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Corda, Alejandro, Araceli Galante y Diana Rossi. 2014. *Personas que usan estupefacientes en Argentina: De "delincuentes-enfermos" a sujetos de derechos*. Buenos Aires: Intercambios Asociación Civil-Universidad de Buenos Aires. www.drogasyderecho.org/publicaciones/prop_del/argentina-usuarios.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Cortés Amador, Ernesto. 2013. *Control social del consumo de drogas en Costa Rica. Para orientar las políticas nacionales de drogas hacia el enfoque de derechos humanos*. Tesis de maestría, Universidad para la Cooperación Internacional. www.uci.ac.cr/Biblioteca/Tesis/PFGMCSH45.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Csete, Joanne, Adeeba Kamarulzaman, Michel Kazatchkine, Frederick Altice, Marek Balicki, Julia Buxton, Javier Cepeda, Megan Comfort, Eric Goosby, João Goulão, Carl Hart, Thomas Kerr, Alejandro Madrazo Lajous, Stephen Lewis, Natasha Martin, Daniel Mejía, Adriana Camacho, David Mathieson, Isidore Obot, Aedolu Ogunrombi, Susan Sherman, Jack Stone, Nandini Vallath, Peter Vickerman, Tomáš Zábranský T. y Chris Beyrer. 2016. Public health and international drug policy. *The Lancet Commissions* 387(10026): 1427-80. www.thelancet.com/journals/lancet/article/

PIIS0140-6736(16)00619-X/abstract. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Chile, Suprema Corte de Justicia. 2016. Sentencia de la Corte Suprema de Chile sobre autocultivo de cannabis. *Revista Pensamiento Penal.* www.pensamientopenal.com.ar/fallos/43105-sentencia-corte-suprema-chile-sobre-autocultivo-cannabis. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Gaviria, Alejandro y Daniel Mejía (eds.). 2011. *Políticas antidroga en Colombia: Éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Universidad de los Andes.

González-Aréchiga, Bernardo, David Pérez, Alejandro Madrazo y José Antonio Caballero (eds.). 2014. *El mal menor en la gestión de las drogas. De la prohibición a la regulación*. México: McGraw Hill.

Intercambios Asociación Civil. 2009. *Fallo 'Arriola' de la Corte Suprema sobre tenencia de estupefacientes para consumo personal. Proyecto de TNI sobre reformas a las leyes de drogas.* http://druglawreform.info/es/informacion-por-pais/america-latina/argentina/item/386-fallo-arriola-de-la-corte-suprema. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Izazola, Elena, Antonio Labastida y Ruth Villanueva. 1998. La situación actual del VIH/sida en prisiones en México. Identificación de prácticas institucionales útiles. En *Estudios de caso de prácticas adecuadas sobre VIH/sida en prisiones de América Latina*, eds. José Antonio Izazola y Elena Izazola. México: Fundación Mexicana para la Salud/Instituto Mexicano de Prevención del Delito e Investigación Penitenciaria.

Labate, Beatriz y Pamela Ruiz Flores. 2015. Midiendo el uso de drogas ilegales en México: Reflexiones sobre las encuestas nacionales de adicciones y una encuesta independiente. *Cuadernos de Trabajo del Seminario del Programa de Política de Drogas (CIDE)* 13.

London School of Economics (LSE). 2016. *After the drug wars. Report of the LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy*. Londres: LSE. www.lse.ac.uk/IDEAS/publications/reports/pdf/LSE-IDEAS-After-the-Drug-Wars.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Lemaitre, Julieta y Mauricio Albarracín. 2011. Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates de políticas públicas sobre el consumo de drogas ilícitas en Colombia. En Daniel Mejía *et al. Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Uniandes, Bogotá.

Madrazo, Alejandro. 2014. El impacto de la política de drogas 2006-2012 en la legislación federal. *Cuadernos de Trabajo del Seminario del Programa de Política de Drogas (CIDE) 7* (junio). http://ppd.cide.edu/documents/302668/0/Libro%207.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Madrazo, Alejandro y Ángela Guerrero. 2012. Más caro el caldo que las albóndigas. *Nexos* (diciembre).

Magaloni, Ana Laura. 2015. La arbitrariedad como método de trabajo: la persecución criminal durante la administración de Felipe Calderón. En *De la detención a la prisión. La justicia penal a examen*, ed. Catalina Pérez Correa, 29-54. México: CIDE.

Malinowska-Sempruch, Kasia y Olga Rychkova. 2018. *The Impact of Drug Policy on Women*. Nueva York: The Open Society Foundation.

Metaal, Pien y Coletta Youngers (eds.). 2010. *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Ámsterdam-Washington: TNI-WOLA.

México Evalúa. 2010. *Índice de Desempeño del Sistema Penal*. México: México Evalúa.

México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2010. *Controversia Constitucional 20/2010*. http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=117071. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2014. *Amparo en Revisión 237/2014*. www.smartclub.mx/uploads/8/7/2/7/8727772/doc.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Núñez, Héctor Mauricio y Rafael Garduño. 2014. Un análisis económico de la oferta de drogas ilícitas y la política contra el narcotráfico en México 2004-2009. *Cuadernos de trabajo del Seminario del Programa de Política de Drogas (CIDE)* 2 (junio).

Organización de los Estados Americanos (OEA). 2014. *El Informe de Drogas de la OEA: 16 Meses de Debates y Consensos*. Guatemala. www.oas.org/docs/publications/LayoutPubgAGDrogas-ESP-29-9.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Organización Mundial de la Salud y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida. 2007. *VIH/sida: Prevención, atención, tratamiento y apoyo en el medio carcelario.* Nueva York: ONU.

Pérez Correa, Catalina. 2011. De la constitución a la prisión. Derechos fundamentales y sistema penitenciario. En *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, coords. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. México: UNAM.

Pérez Correa, Catalina, ed. 2012a. *Justicia Desmedida: Proporcionalidad y Delitos de Drogas en América Latina*. México: Fontamara.

Pérez Correa, Catalina, Elena Azaola, Juan Salgado Ibarra, Gabriela Pérez, Marcelo Bergman, Carlos J. Vilalta Perdomo, Rodrigo Meneses, Miguel Quintana Navarrete y Karen Silva. 2012b. *Primera Encuesta a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social*. México: CIDE. http://biiacs-dspace.cide.edu/handle/10089/16531 Accessed December 4, 2017.

Pérez Correa, Catalina, Karen Silva y Carlos de la Rosa. 2012c. (Des)proporcionalidad y delitos contra la salud en México. *Documento de Trabajo de la División de Estudios Jurídicos (cide)* 59 (agosto). www.libreriacide.com/?P=docs_trabajo&PRODfamily=dt&PRODclassification=202.(Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Pérez Correa, Catalina. 2013. Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho. *Revista Mexicana de Sociología* 72(2): 287-311.

Pérez Correa, Catalina y Coletta Youngers (eds.). 2014. *En busca de los derechos: Usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*. México: CEDD-CIDE.

Pérez Correa, Catalina, Alejandro Corda y Luciana Boiteux. 2015a. *Drug consumption and consumers in Latin America*. México: CEDD. www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/catalina_i.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Pérez Correa, Catalina, Alejandro Corda y Luciana Boiteux. 2015b. *La regulación de la posesión y la criminalización de los consumidores de drogas en América Latina*. México: CEDD. www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Catalina_v09.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Pérez Correa, Catalina. 2015c. *Las mujeres invisibles: Los costos de la prisión y los efectos indirectos en las mujeres*. México: Banco Interamericano de Desarrollo. https://publications.iadb.org/handle/11319/7235. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Peroni, Lourdes. 2011. Seguridad y desigualdad. ¿desprotegidos y perseguidos? En

Inseguridad, democracia y derecho: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2010, 136-57. Buenos Aires: Libraria.

Plugge, Emma H., Charles E. Foster, Patricia L. Yudkin y Nicola Douglas. 2009. Cardiovascular disease risk factors and women prisoners in the UK: The impact of imprisonment. *Health Promotion International* 24(4): 334-43.

Tlacaelet, Tania. 2016. La expansión de los tribunales de drogas en México. *Cuadernos de Trabajo del Monitor del Programa de Política de Drogas (CIDE)*, 21. http://politicadedrogas.org/PPD/documentos/20160824_141453_21_cide3.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Trejo, Guillermo y Sandra Ley. 2016. Federalism, drugs, and violence. Why intergovernmental partisan conflict stimulated inter-cartel violence in Mexico. *Política y Gobierno* 23(1): 9-52.

Uprimny, Rodrigo, Diana Guzmán y Jorge Parra. 2013. *Addicted to punishment: The disproportionality of drug laws in Latin America*. Bogotá: Dejusticia-CEDD. www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/addicted-punishment-20130530.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Washington Office on Latin America (WOLA), IDPC, Dejusticia y CIM-OAS. 2016. *Women, drug policies, and incarceration. A guide for policy reform in Latin America and the Caribbean*. www.wola.org/sites/default/files/WOLA%20WOMEN%20FINAL%20ver%2025%2002%201016.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Youngers, Coletta y Catalina Pérez Correa (eds.). 2014. *In search of rights: Drug users and state responses in Latin America*. México: CEDD/CIDE. www.drogasyderecho.org/publicaciones/prop_del/full-report-english.pdf. (Consultado el 4 de diciembre de 2017).

Youngers, Coletta y Eileen Rosin (eds.). 2005. *Drugs and democracy in Latin America. The impact of U.S. Policy*. Boulder: Lynne Rienner Publishers.

ÍNDICE

A

abuso sexual, 632

academia
- América del Norte, 33, 79, 286, 383
- sociojurídica europea, 21, 27
- jurídica latinoamericana, 21-24, 32, 34, 74, 154, 171, 172, 183, 205, 226, 271, 404, 565

acceso a la justicia, 34, 71, 74, 288, 301, 302, 321, 330, 423, 485, 612, 649

acción
- afirmativa o positiva, 36, 189, 190, 195, 196, 197, 511
- inconstitucional, 251, 253, 273, 274-276, 520
- pública de inconstitucionalidad, 273, 274, 503
- *ver también* reparaciones

activismo, 470
- derechos humanos, 29, 77, 91, 138, 179, 310, 447
- de izquierda, 501, 506
- indígenas, 75
- judicial, 38, 424
- legal, 63, 76, 155, 172, 179, 196, 272, 439, 514, 515
- LGBT, 468, 479, 482, 487
- redes de académicos activistas, 27, 28, 32, 59, 63, 92, 286, 570
- *ver también* feminismo judicial

actores
- internacionales, 77, 101, 185, 323, 416, 486, 535
- judiciales, 24, 29, 38, 76, 94, 158, 159, 160, 164, 182, 264, 306, 321, 347, 348, 350, 354, 356, 362, 376, 392, 393, 394, 395, 399, 400, 405, 406, 420, 422, 424, 427, 441, 456, 457, 480, 535, 549, 550
- sociales, 26, 38, 39, 70, 75, 77, 111, 115, 155, 210, 275, 276, 279, 280, 287, 310, 333, 335, 373, 384, 391, 392, 423, 466, 502, 518, 535, 538, 565
- sociedad civil, 34, 35, 40, 72, 158, 165, 166, 181, 247, 262, 332, 368, 370, 371, 395, 400, 404, 406, 442, 447, 486, 527, 645
- políticos, 24, 29, 69, 71, 74, 76, 79, 154, 195, 209, 213, 216, 217, 247, 249, 250, 252, 271, 280, 302, 361, 372, 381, 419, 425, 442, 444, 458, 465, 515, 534, 538, 568, 587, 615

adjudicación constitucional, 564, 571, 627

afrocolombianos, 183, 191, 192, 195, 199
- desplazamiento, 191, 192, 195
- *ver también* Colombia

afrodescendientes, 21, 27, 36, 92, 98, 99, 189-192, 194, 196, 571, 574, 633, 645
- mujeres, 182, 183, 633

afroecuatorianos, 193

afroperuanos, 193

agencia, 41, 153, 156, 159, 160, 166, 424, 426-428, 481, 511, 595

agenda, 41, 72, 182, 224, 250, 350, 352, 371-373, 382, 460, 468, 471, 501, 506, 508, 509, 513, 516
- de investigación, 152, 183, 199, 252, 383, 384, 406, 414, 416, 422, 565, 569
- para la reforma judicial, 26, 438, 439, 441, 442, 443
- para el derecho y desarrollo, 23, 26, 172, 205, 206, 208, 211, 215-217, 336, 368, 414, 422
- *ver también* feminismo

Agencia Nacional de Tierras (ANT) (Colombia), 574

Alemania, 74, 283, 398

Allende, Salvador, 64, 138, 233

Alianza para el Progreso, 21, 23, 137, 138

amnistía, 145, 527
- ley, 26, 76, 284, 308, 420, 424, 535, 536

Amnistía Internacional, 145, 650

amparo, 287, 291, 335, 466, 474
Alemania, 275
Argentina, 276
Colectivo, 574
Colombia, 71, 250
Español, 275
LGBTI, 266
México, 213, 273, 274, 471
Perú, 255
análisis
etnográfico crítico, 30, 43
sociojurídico crítico, 43, 70, 114, 604
antidiscriminación, 190
antiglobalización, 39
antipresidencialismo, 59
antropología jurídica, 28, 30, 31, 45, 92, 95, 100, 123, 144, 145, 164, 362
aproximaciones
antropología y derecho, 31, 45, 100, 156, 511
derecho, 163, 551, 554, 562, 570
derecho y etnografía, 33, 34, 38
derecho y movimientos sociales, 95, 538
derecho y sociedad, 32, 43, 164
etnográfico, 22, 30, 31, 35, 43, 92, 153, 156, 569
feminismo legal, 172
marxista, 25, 35, 36, 209, 224, 226-228, 231, 235, 239, 240, 653
metodológicos, 165, 277, 442, 455
multidisciplinarios, 22
arbitraje, 215, 216, 321, 401, 402, 405, 458
arbitrariedad, 279, 636
Argentina
altas cortes, 25, 26
Constitución, 55, 56, 274, 488, 490
Corte Suprema, 72, 159, 164, 165, 250, 254, 256, 482, 483, 489, 624, 627, 645
protecciones constitucionales de los derechos, 26, 32
Asamblea General de las Naciones Unidas, 61
Asamblea Legislativa de la Ciudad de México, 487
Asociación Americana de Ciencia Política (APSA), 30
Asociación de Estudios Latinoamericanos (AEL), 30
Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual (ALITT), 483, 484, 489, 492, 493
Asociación Nacional de Clínicas y Asistencia Jurídica, Colombia (Asocliva), 402
Asociación Pro Derechos Humanos, Perú (Aprodeh), 441
asociaciones civiles, 213, 483
autodefensa, 132, 135, 345, 584, 586, 594
autodeterminación, 91, 100, 102, 230, 235, 514, 575
autonomía
de instituciones legales, 285, 304, 306, 336, 653
de las mujeres, 506, 507, 511-514, 516
del Estado y del derecho, 27, 34, 227, 231, 232, 327, 445, 626
derechos, 36, 75, 93, 231, 233, 358, 406, 438, 439, 478, 479, 484, 486, 493
indígena, 75, 77, 78, 93, 94, 100
judicial, 27, 36, 77, 78, 91, 100, 103, 232, 234, 235, 357, 446, 460
jurisdiccional, 92, 614
regímenes jurídicos autoritarios, 154, 603
ver también autonomía indígena
autoridades civiles, 41, 71, 111, 116, 117, 262, 282, 360, 369, 401, 477, 491, 526, 529, 540, 555, 556, 586, 603-608, 610, 612, 613, 616, 617, 625, 626
carcelarias, 329, 345, 348, 356-359, 633
del Estado, 41, 43, 101, 192, 194, 283, 327, 337, 345, 477, 478, 486, 586, 637, 638
fiscales, 262, 306, 307, 310, 311, 355, 360, 370, 438, 464, 479, 595, 621, 625, 626, 630, 636
indígenas, 89, 91, 102
militares, 28, 59, 64, 71, 138, 139, 140, 145, 278, 328, 352, 371, 378, 379, 425, 532, 604, 607, 610, 611, 613, 614, 616, 617
políticas, 262
públicas, 279, 322, 326, 328, 519
tradicionales, 101, 116, 191, 584, 586, 587, 591, 593, 625,
autoritarismo, 213
gobiernos, 25, 134, 322, 540
legados autoritarios, 30, 37, 58, 133, 375

populismos autoritarios, 371, 372, 373, 375, 382, 446, 447, 646
progresivo, 57, 299, 375
regímenes, 607

B
Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 458
Banco Mundial, 26, 154, 392, 458, 566
Bolivia
Constitución, 27, 60-62, 78, 92, 234, 237, 272, 276, 323, 470, 577
Corte Constitucional, 612
Corte Suprema, 471
Ley 1008, 353, 624
protección constitucional de los derechos, 58, 60, 61, 65, 226, 236, 323, 324, 327, 328, 329, 331, 333, 336, 428, 488, 518, 519, 526, 527, 529
regulación de coca y otras sustancias controladas, 353, 624
Tribunal Constitucional, 275, 460, 613
Tribunal Constitucional Plurinacional, 275
Tribunal Supremo de Justicia, 527, 587, 610, 613, 617
Sistema Indígena Originario Campesino, 275
ver también pluralismo jurídico
Brasil
Asamblea Constituyente, 55, 58
Constitución de 1934, 58
Constitución de 1937, 58
Constitución de 1988, 27, 59, 60, 61, 305, 506
Corte Constitucional, 356
Corte Suprema, 208
Supremo Tribunal Federal, 254, 257, 272, 491, 520, 589
ver también reformas constitucionales
buen vivir, 62
ver también sumak kawsay
burocracia, 25, 35, 37, 97, 116, 151, 152, 153, 155, 156, 159-165, 176, 192, 228, 262, 287, 322, 328, 329, 335, 336-339, 356, 360, 382, 391, 503
estatal, 35, 151, 159, 328, 335, 336, 382, 391, 392
legal, 160, 161
prácticas burocráticas, 97, 152, 155, 156, 322, 339

C
Calderón, Felipe, 353, 379, 587, 629, 635, 636
campesinos, 134, 135, 136, 143, 162, 163, 565, 570, 573, 574, 575, 577
revolucionarios en México, 116
capitalismo y derecho, 205, 214, 228, 234, 236, 380
crisis del, 101, 223-225, 227, 230, 238, 239
global, 99
variaciones del, 227, 230, 231, 233, 236
carteles de droga, 97, 101, 143, 144, 174, 370, 379, 584-586
mexicanos, 584
organización criminal, 78
ver también crimen organizado
cascada de la justicia, 420, 533, 534
casación, 273, 625
Castro, Fidel, 137, 138, 540
catolicismo, *ver* Iglesia católica
caudillo, 118, 133
Centro de Derechos Reproductivos (Nueva York), 32
Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, 374
Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED), 207
Centro de Estudios Juridiciales de las Américas, 198, 304
Centro de Estudios Legales y Sociales, Argentina (CELS), 32, 441
Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 32, 91, 441, 518
Chávez, Hugo, 143, 237, 351, 379, 443, 445, 616
Chile
Constitución, 54, 55, 59, 60, 65, 138, 233, 457, 577, 604, 606
Comisión Constitucional, 439, 526, 527, 528
cortes, 71, 272, 465, 470, 627
Suprema Corte, 253, 305, 627

China, 117, 137, 206, 435
ciudadanía, 75, 90, 91, 97, 98, 110, 118, 120, 141, 189, 271, 275, 277, 280, 285, 288, 297, 310, 373, 484, 511, 552, 568, 571
civilización
  defensa de, 135-138, 141, 144
  nacional, 134, 135
  proyectos civilizadores, 133-136, 138-143
  y barbarismo, 32, 35, 131-136, 139-142, 144, 225
  ver también civilización y barbarismo
Código Civil
  argentino, 56, 483
  Chileno, 395
  Ciudad de México, 487
  Napoleónico, 134
Confederación Nacional de Obispos de Brasil (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), 513
Colombia
  Constitución de 1863, 55
  Constitución de 1991, 61, 78, 92, 142, 190, 250, 324, 457, 606
  conflicto armado, 63, 180, 181, 191, 192, 203, 323, 573, 574, 606
  Corte Constitucional, 45, 73, 192, 198, 255, 257, 274, 275, 279, 284, 285, 293, 446, 459, 462, 468, 475, 495, 519, 537, 606, 613, 624, 627, 649
  Corte Suprema, 285, 293
  desplazamiento, 191, 192, 195, 280
  Fiscalía General de la Nación, 625
  Ley 70 de 1993, 191, 192
  Ley 115 de 1993 (Ley General de Educación), 192
  Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), 192
  Propiedad Colectiva de las Comunidades Negras, 191, 192
  pluralismo jurídico, 61
  ver también tutela
comisiones de la verdad, 172, 528, 529, 533, 537-539
  Argentina, 526-528
  Bolivia, 526-528
  Brasil, 528
  Chile, 526-528
  Colombia, 528
  Ecuador, 527, 531
  El Salvador, 526-528
  Guatemala, 526-528
  Haití, 526-528,
  Honduras, 526, 528
  México, 531
  Panamá, 527, 528
  Paraguay, 527, 528
  Perú, 526-528
  Uruguay, 526, 528
  Venezuela, 531
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 310, 348, 356, 603, 612, 613, 614, 615, 617
Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), 584, 587, 595
Comisión Peruana de la Verdad y la Reconciliación, 528, 541
  ver también comisiones de la verdad
comportamiento judicial, 30, 71-73, 81, 252, 257, 259-261, 272, 455
Comunidad Homosexual Argentina (CHA), 483, 484, 489, 492
comunidades rurales, 78, 161, 571-573, 576, 594
comunismo, 64, 240
  abstracto, 239
  normativo, 136, 137, 224, 227, 230, 238, 240
colonialismo, 133, 183
  poscolonialismo, 57, 90, 98
concepción del mundo maya, 239, 570
conflicto armado, 63, 181, 323, 375, 526, 537, 540, 606
  Colombia, 180, 191, 192, 573, 574
  posconflicto armado, 173, 419, 527, 530
  violencia sexual, 175
conocimiento legal, 40, 151, 153, 155, 157, 162, 184, 208, 395, 479, 480, 562
Consejo Nacional de Justicia (Conselho Nacional de Justiça [CNJ]), 355, 518
constitucionalismo

controversia, 185, 251, 253, 258, 264, 274, 416
democrático, 40
en acción, 29
global, 282
multicultural, 28, 89, 90, 93, 94, 102, 189, 190, 192
neoconstitucionalismo, 34, 74, 139, 282
nuevo constitucionalismo, 27, 29, 62, 63, 132, 138, 139, 224, 226, 233, 237, 238, 239, 272, 428
redistributivo, 139
constituciones
controversia, 185, 251, 253, 258, 264, 274, 416
políticas, *ver por país*
plurinacionales, 27, 275
ver también constitucionalismo
Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), 356, 435, 440, 443-446, 494
Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), 437
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), 518, 519
Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW), 179
Convenio de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 91
Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CAJAR) (Colombia), 441
Correa, Rafael, 380, 531
Costa Rica
Constitución, 58, 65, 81, 276, 303, 324, 326, 457, 470, 471, 612, 616, 630
Sala Constitucional, 257, 284, 461
protección constitucional de los derechos, 60, 71, 304, 330, 426, 449, 463, 464, 466, 518, 519, 577, 624, 631
Corte Europea de Derechos Humanos, 437, 494
Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), 29, 91, 179, 261, 282, 326, 417, 418, 421, 424, 425, 427, 495, 576, 577, 603
Corte Penal Internacional (CPI), 435
corte(s)
altas, 44, 73, 79, 255, 257, 258, 271-277, 280, 281, 284, 285, 287, 288, 445, 455, 456-463, 465, 470, 589, 613
de instancia, 164, 238, 280, 285, 297, 328, 355, 362, 459, 461, 489
empoderamiento, 247, 250, 251, 252, 262, 264
militares, 28, 41, 59, 139, 145, 532, 603, 604, 609-611, 613-615, 617, 625
rol de, 462
Suprema, 72, 159, 164, 165, 175, 208, 250, 254, 256-258, 264, 273-275, 280, 285, 305, 418, 428, 457, 459, 460, 461, 464, 467, 471, 482, 483, 487, 489, 493, 494, 611, 624, 625, 627, 638
Cono Sur, 26, 532, 535
contrahegemonía, 93, 142, 226
corrupción, 21, 37, 41, 43, 79, 97, 117, 120, 383, 384, 594
policíal, 208, 368, 369, 370, 373, 375, 376, 379, 380, 623, 632, 634
política, 103, 120, 140, 143, 154, 215, 307, 309, 312, 335, 370, 509, 589, 595, 596
y crimen organizado, 41, 42, 96, 583, 370, 583, 584, 585, 587-589, 592, 593, 595
crimen(es)
de lesa humanidad, 419, 420
organizado
corrupción, 41, 42, 96, 583, 370, 583-585, 587-589, 592, 593, 595
droga, 131, 353, 356, 607, 621
grupos criminales organizados (GCO), 584-594, 596
organización criminal, 360, 369, 371
ver también carteles de droga
sexuales, 537
criminalización
del aborto, 180, 210, 503, 506, 507, 513
de la discriminación racial, 28, 36, 175, 183, 189, 190, 192-196, 351
de la protesta social, 96, 97, 225, 312

de pueblos indígenas, 74, 94, 100
de usuarios de drogas, 43, 622, 623, 628-631, 634, 636
etnográfica, 43, 96
ver también despenalización del aborto
criminología, 141, 384, 397
crítica legal, 25, 176, 180
Cuba
Constitución de 1940, 58, 137
guerrilla, 138
ver también Revolución cubana
cumplimiento
de decisiones, 92, 98, 248, 249, 252, 256, 428, 448
de sentencias, 38, 70, 74, 252, 261, 280, 415, 417, 423, 426, 427, 442, 469
del derecho, 228, 230, 239, 262, 311, 530, 553
equilibrio, 114
medición, 216
patrones, 442
toma de decisiones y cumplimiento, 32, 33, 43, 261, 114, 251, 287, 306, 329, 334
ver también incumplimiento
cultura
constitucional, 287
de la legalidad, 38, 76, 116, 117, 123, 140, 154, 211, 217, 261, 273, 281

D

deferencia estratégica, 445, 446
Declaración Universal de Derechos Humanos, 61, 356
Dejusticia (Colombia), 32, 399, 633, 634, 647
democracia
consolidación democrática, 539
instituciones democráticas, 212, 213, 310, 481
transición a, 21, 60, 307, 309, 367, 419, 420, 493, 502, 528, 530, 532, 607, 617
y derechos humanos, 532, 534, 539, 615
ver también constitucionalismo
democratización, 75, 182, 208, 213, 271, 306, 337, 348, 375, 400, 413, 427, 436, 440, 443, 458, 459, 482, 501, 526, 532, 533, 535, 537, 568, 604, 610, 649, 654
derecho
constitucional, 28, 29, 38, 45, 54, 60, 65, 142, 179, 194, 205, 237, 276, 282, 427, 441, 465, 652, 653
en acción, 22-25, 29, 32, 35, 36, 38, 42, 43, 152, 157, 158, 165, 193, 397, 414, 416, 427, 561, 562, 567
en los libros, 23, 24, 35, 43, 97, 152, 157, 158, 165, 193, 210, 397, 414, 427, 567, 575
enfoque marxista, 22, 25, 35, 36, 209, 223, 224, 226-228, 231, 232, 234, 235, 238, 239, 240
laboral, 58, 173, 249
liberal, 132, 133, 138
penal, 28, 36, 38, 39, 43, 97, 116, 122, 141, 142, 179, 180, 189, 192, 193, 205, 210, 297, 298, 350, 351, 401, 402, 613, 621, 622, 628, 630, 634
tradicional, 29, 63, 103, 138, 152, 208, 210, 281, 301, 392, 395, 396, 401, 479, 480, 575
y propiedad, 42, 161, 211, 215, 216, 359, 458, 468, 553, 561-567, 570, 571, 573-577
derecho internacional de los derechos humanos, 28, 39, 59, 60, 91, 93, 98, 179, 413-417, 426, 427, 441, 447, 459, 484
derechos
civiles, 29, 31, 138, 141, 167, 195, 208, 260, 273, 278, 298, 301, 312, 322, 325, 329, 337, 339, 401, 402, 464, 465, 471, 487, 488, 489, 495, 530, 574, 578, 646
constitucionales, 27, 44, 190, 276, 456-458, 462, 463, 465, 466, 470, 471, 556
humanos
activistas, 32
impunidad, 41, 307, 309, 312, 417, 419-422, 457
instituciones, 322, 337, 338, 437, 442, 444
judicialización, 94, 413, 419, 422-427, 464, 527
litigio, 32, 174, 175, 179, 262, 276, 279, 414, 417, 447, 465, 466

ombudsman, 322, 325, 340
regímenes, 39, 59
y democracia, 532, 534, 539, 615
ver también derecho internacional de los derechos humanos
multiculturales, 60, 63, 190, 195, 571
territoriales, 42, 190, 191, 195, 562, 563, 571-577
desaparición forzada, 32, 138, 484, 536
descentralización del Estado, 95, 274
desglobalización, 435, 443
desigualdad
estructural, 140, 177, 424, 478
raciales, 23, 27, 28, 74, 193, 280
sexual, 35, 171, 185, 468, 510
sistémica, 74, 140, 141, 194, 216, 217, 223, 225, 463, 567
socioeconómica, 23, 28, 196, 214, 215, 224, 225, 234, 428, 447, 448, 567
ver también género
desnacionalización, 154
desobediencia, 110-112, 114-117, 121
civil, 115, 237
despenalización del aborto, 180, 210, 279, 469, 470, 501, 506, 508, 513
ver también criminalización
desplazamiento
afrocolombianos, 191, 192
debido a proyectos extractivos, 568
en Colombia, 163, 191, 192, 195, 280, 529
en Perú, 529
detención preventiva, 39, 354-357
discriminación
género, 22, 94, 378, 488
penalización, 61, 479, 495, 513
racial, 28, 36, 175, 183, 189, 190, 192-199, 307
social, 193, 198, 308, 378, 402, 428, 484, 489-491, 494, 512
teorías de la discriminación, 36, 175, 194, 195, 482
ver también antidiscriminación
diversidad cultural, 61, 66, 90, 99, 117, 120, 140, 142, 145, 183, 190, 192
droga
carteles, 97, 101, 143, 144, 174, 349, 370, 379, 584-586
"cortes o tribunales de drogas" , 628, 631
crimen organizado, 356
delitos, 43, 348, 353, 355-357, 585, 621, 623, 625, 630-633, 635, 638
"guerra contra las drogas", 43, 211, 352, 353, 540, 605, 625, 629, 634, 635, 638
organizaciones traficantes de drogas, 584, 623
tráfico, 41, 131, 141, 143, 191, 353, 357, 586, 624, 625, 634
ver también criminalización

E

economías
extractivas, 75, 99, 154
transnacionales criminales, 97
Ecuador
Corte Constitucional, 27, 58, 60-62, 65, 66, 92, 193, 226, 234, 237, 253, 272, 276, 470, 488, 605, 606, 610
Ley 108 de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas 1991, 353, 362
protección constitucional de los derechos, 58, 61, 305, 324
educación, 205-208, 210, 400-402, 404-406, 614
eficacia constitucional, 276, 286
El Salvador
protección constitucional de los derechos, 60, 65, 305, 323, 324, 327, 329, 415, 503, 535,
ver también maras
élites conservadoras, 133, 185
enfoque marxista del derecho, 22, 25, 35, 36, 209, 223, 224, 226-228, 231, 232, 234, 235, 238, 239, 240
esfera semiautónoma, 93
Estado
de derecho, 23, 26, 29, 30, 34, 42, 43, 69, 73, 80, 97, 119, 139, 140, 141, 158, 194, 206, 209, 211-213, 216, 226, 232-235, 250, 271, 297, 300, 301, 306, 308-312, 348, 356, 360, 361,

374, 445, 456, 458, 469, 471, 485, 603, 604, 607, 611, 613, 615
multicultural, 571, 572, 577
pluricultural, 61
plurinacional, 65
ver también multiculturalismo
estructura institucional, 62, 73, 98, 271, 423
estudios jurídicos críticos, 25
etnografía
análisis de instituciones penales, 30
análisis de procesos de criminalización, 43
aproximaciones al derecho y la sociedad, 152, 156, 569
aproximaciones al Estado, 35, 156
estudios, 22, 153, 384, 636
investigación, 31, 158, 361
prácticas de justicia dentro de comunidades indígenas, 92
ver también aproximaciones
exclusión
de minorías sexuales, 483, 492
de mujeres, 492
económica, 156, 166, 551, 567, 649
estructural, 76, 96, 178, 192
racial, 91, 190, 192, 196, 202, 350
sexual, 483, 490, 492
social, 57, 74, 96, 175, 225, 359, 490
evasión de impuestos, 554

F

federalismo, 55, 264, 626
feminicidio
en América Latina, 519, 520
en Brasil, 502, 503, 509, 516
en Guatemala, 310
en México, 518, 520,
ver también Ley Maria da Penha y Ley de Feminicidio
feminismo
activista, 35, 172, 175, 183, 184, 185,
agenda, 178, 181, 183, 185, 517
demandas, 482
judicial, 172, 181, 183, 502, 517
jurisprudencia, 470
Latinoamericano, 171, 178, 183, 502
legal, 172
movilización legal feminista, 172, 174, 176, 181, 185, 469, 501-503, 506-508, 510, 513, 516-518, 521
movimientos, 172, 185,
políticos, 35, 171, 179, 184, 185,
teoría legal, 35, 171, 173, 178, 183
filosofía legal, 259, 350, 401
fiscales, 306-311
Fiscalía(s)
de Brasil, 211
de Colombia, 303, 625
de Costa Rica, 624, 630
de México, 624, 637
Generales, 210, 638
independencia, 302, 303, 306, 308, 309
órganos, 297, 298, 302, 303, 305, 307-311
poderes, 298, 307, 312
rendición de cuentas, 306, 307, 310
flexibilización laboral, 253
Frente Sandinista de Liberación nacional (FSLN), 460, 461
Fujimori, Alberto, 323, 526, 528, 529, 541, 542, 616
fuerzas
armadas, 64, 96, 336, 350, 370, 378-380, 530, 532, 541, 574, 603-616
conservadoras, 55, 145, 504
Fundação Getulio Vargas, Brasil (FGV), 207, 208, 348, 399
Fundar (México), 32

G

garantismo, 210, 349
género
comisiones de la verdad, 175
crímenes, 537
desigualdades, 33, 35, 155, 501, 512

discriminación, 22, 94
identidad, 477, 479, 480, 482, 484-492, 495,
estudios de género y derecho, 93
judicialización, 469, 505
justicia transicional, 41
relaciones, 93, 505
roles, 501, 515, 518
violencia por razón de, 22, 94, 179, 308, 378, 384, 464, 506, 510, 511, 515-518, 537
y derecho, 93, 64, 178
ver también igualdad
geografía crítica, 181
globalización, 31, 44, 99, 207, 224, 404, 405, 435, 436, 443, 447, 562, 570
de la economía, 99, 224, 404, 435, 443, 447, 570
de la educación jurídica, 207, 436
desglobalización, 443
derechos de propiedad, 562
legal, 31, 44, 405, 435, 647
ver también antiglobalización
gobernanza
autogobernanza, 240
comunitaria, 78, 93, 144, 223, 229, 239, 240
constelaciones de, 89, 90, 95, 96, 97, 98, 102, 103
de seguridad, 235
democrática, 253, 302, 306, 311, 481, 604
derecho y gobernanza, 99, 101, 155, 227, 237
indígena, 27
insurgente, 78, 144
municipal, 78
neoliberal, 27, 99, 102, 154, 647
y justicia, 32, 228, 236, 240, 653
grupos subalternos, 90, 91, 95, 116, 227, 229, 569
Guatemala
Constitución, 58, 60, 65, 470, 526, 570, 605
protección constitucional de derechos, 92, 190, 303, 304, 322, 324, 330, 333, 336, 424, 426, 540, 594
guerra(s)
civiles, 133, 142, 145, 353, 369, 371, 375, 537, 540
"contra las drogas", 43, 211, 352, 353, 540, 605, 625, 629, 634, 635, 638
Fría, 136-139, 205, 425, 435-437, 438, 440, 442, 446
posguerra fría, 436, 437
Guerrero (México), 101, 428, 531, 586

H

Honduras
Constitución, 65, 323, 470, 604, 606
protección constitucional de derechos, 190, 324, 329, 518
prevención del crimen, 369, 376, 379, 538
hiperlegalidad, 41
hiperlegalización, 99
hiperpenalización, 39, 43
hiperpresidencialismo, 37, 55, 59, 64, 212
historia
constitucional, 53, 54, 212
legal, 43, 153
Human Rights Watch, 371, 607

I

identidad racial, 36, 190, 195, 196
Iglesia católica, 56, 118, 133, 482, 488, 495, 501, 506, 513, 517
igualdad, 26, 39, 61, 65, 118, 136, 144, 177, 178, 185, 189, 198, 199, 281, 425, 466, 482, 484, 486, 488, 491, 501, 511, 518, 520, 564, 565, 566, 572
de género, 65, 185, 501, 511, 518, 520, 566
de culturas, 61, 572
LGBT, 466, 482, 484, 486-488, 491
racial, 189
y derecho, 26, 39, 118, 136, 144, 177, 178, 281, 425, 564, 646, 653
Illegal Immigration Reform and Immigration Responsability Act 1996, 353
ilegalidad, 23, 35, 41, 43, 90, 95, 96, 99, 100, 102, 104, 110, 131, 140-142
categoría de, 96, 97
detención, 28, 308, 345, 356, 357, 630
en sistemas carcelarios, 345, 348, 361
inmigración, 353
mercados, 113, 142, 144, 367, 632

racial, 189, 198
tipos de ilegalidad, 29, 33, 34, 98, 345
y espacio urbano, 549, 551, 552, 569
impunidad, 309, 311, 312, 382, 535
por violaciones a derechos humanos, 356, 417, 419-422, 457
selectiva, 116, 307, 308, 312
sistemática, 100, 371, 372, 383, 590
sistémica, 79, 307, 308, 310, 311
incumplimiento (*noncompliance*) 24, 26, 33, 43, 74, 113, 541
cultura de, 34, 111, 115, 116, 120, 122
de la ley, 24, 33, 35, 110-113, 119, 140, 154, 256
de las reglas, 35, 109, 111, 112, 119, 120, 121
entendimiento sociológico del, 121, 122, 262
equilibrio, 74, 114
mentalidad, 114
ver también cumplimiento
inclusión racial, 183, 189, 196
independencia judicial, 25, 34, 37, 38, 72, 73, 248, 250, 255, 272, 302-304, 306, 419, 420, 445, 455, 462, 469, 470, 535, 611
indígenas
autonomías, 27, 102, 77, 78, 93, 94, 100
comunidades, 54, 60-62, 76-78, 92, 99, 102, 562, 574
comunitarios, 93, 136, 190
criminalización, 74, 90
cuestiones, 60, 61, 65
derechos, 21, 27, 28, 31, 34, 36, 53, 60-62, 66, 75, 77, 78, 89, 91, 92, 136, 145, 190, 238, 277, 279, 281, 327, 441, 444, 449, 463, 546, 570, 571, 576, 577, 645, 654
etnografía, 91, 101, 121, 189, 190, 196, 229, 236, 239
género, 93, 94, 95, 182, 183, 185
gobernanza, 27
jurisdicciones, 92, 98, 99
movimientos, 40, 65, 91, 92, 97, 100, 139
represión, 89, 133, 135, 137, 143, 151, 191, 193, 195
territorios, 66, 92, 101, 133, 134, 136, 144, 191, 236, 424, 562, 566, 645
ver también autoridades
informalidad, 42, 96, 99, 381, 561-563, 567-569, 572
instituciones
de justicia, 77, 78, 348, 349, 595
derechos humanos, 322, 337, 338, 437, 442, 444
informales, 210, 255
judiciales, 24, 30, 37, 69, 70, 77, 306, 413, 592, 596
policiales, 367-370, 372, 374-379, 382, 383
públicas, 176, 329, 373
ver también democracia
Instituto Autónomo Tecnológico de México (ITAM), 32, 45
Instituto de Defensa Legal (Perú), 32
Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG), 32
instrumentos internacionales, 26, 174, 185, 444, 482, 483, 486, 490, 493, 495, 520
integridad territorial, 605, 606
interlegalidad, 93, 103, 185
interseccionalidad, 35, 175, 176, 178
perspectivas internacionales, 35
intervención militar, 64, 606, 629, 636
investigación
acción colaborativa, 25
penal, 30, 299, 312
sociojurídica crítica, 21, 32, 41, 44, 157, 164, 394

J

judicialización
de la política, 39, 40, 76, 260, 261, 455, 456, 461
de las relaciones de género, 505
de los derechos, 94
de los derechos humanos, 40
jurisdicciones
afrodescendientes
de la Corte Europea de Derechos Humanos, 435
de la Corte Interamericana, 440, 443
militares, 41, 603, 609-611, 613-617, 625
ver también autonomía, indígenas

justicia
comunitaria, 78, 144, 192, 223, 236, 239, 594
militar, 42, 603, 609-611, 613-616
transnacional
estudios en América Latina, 45, 285, 402, 417, 447
mecanismos, 91, 95, 154, 171
reparaciones, 139, 182, 490
y género, 35, 77, 183, 279
ver también acción afirmativa o positiva
justiciabilidad, 21, 278, 422, 427, 462

L

Latinobarómetro, 583
Law and Society Association (EUA), 22, 44
legalidades subalternas, 89
legalismo liberal, 185, 205, 206, 209, 564
Ley 807 de Identidad de Género (Bolivia), 488
Ley de Cultura Cívica (LCC), 352
Ley de Feminicidio, 502, 503
Ley Maria da Penha, 502, 503, 508-512, 515, 516, 518
Ley sobre el matrimonio igualitario (Ley DIG 26618, Argentina), 2012, 483
libertades civiles, 56, 136, 137, 468, 481
líderes comunitarios, 72, 101, 136, 190, 191
litigio
estratégico, 31, 32, 75, 95, 417, 467
civil, 404
constitucional, 180, 276, 277
Lleras Camargo, Alberto, 112
Lula da Silva, Luiz Inácio, 503

M

"mandados" (tutela), 287
maras, 353, 358, 360, 584-587, 590, 593
mediación, 92, 298, 392, 337, 339, 401, 402, 405
Menem, Carlos Saúl, 250, 380
México
Asamblea Constituyente, 56
Código Penal Federal 1994, 353, 638
Constitución de 1917, 53, 55, 57, 58, 604
Constitución de 1992, 61, 324
Ley Federal contra la Delincuencia Organizada 1996, 353, 355
Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, 352
Suprema Corte, 627
migrantes
derechos de los, 174, 337
forzados, 174, 353, 590
trabajadores, 175
ver también ilegalidad
militarización
de la policía, 39
de la seguridad pública, 368, 380, 616, 621
minorías
étnicas, 60, 61, 308
sexuales, 60, 337, 426, 482, 483, 486, 488, 489, 494, 495
movilización legal, 24, 30, 31, 40, 41, 75, 174, 180, 185, 262, 416, 417, 466, 469, 501-503, 505, 516
Movimiento Derecho y Desarrollo, 23-26, 36, 122, 205, 207, 209, 564, 565, 566
reformas, 137, 206-209, 211, 215, 216, 217, 566
movimientos
a favor de derechos sexuales, 279, 503, 504, 509
afrolatinoamericanos, 139, 201
ambientales, 40, 279, 337, 402, 447, 552
anticomunistas, 136, 138
de mujeres, 41, 501, 506, 507, 518
indígenas, 40, 77, 92, 97, 100, 139, 151
insurgentes y contrainsurgentes, 78, 139, 173, 528
feminismo, 502, 503, 506-510, 515-518
populares, 25, 76, 118, 134, 140, 333, 517, 531, 593
revolucionarios, 70, 116, 136, 137
sociales, 25, 30, 31, 33, 34, 39, 40, 45, 61, 70, 75, 76, 77, 91, 98, 102, 139, 142, 145, 154, 240, 350, 417, 439, 442, 444, 453, 455, 456, 469, 488, 492, 495, 501, 504-507, 515, 572, 573
y reproductivos, 41, 210, 441, 444, 516
y derechos de la salud, 30

ver también enfoques
mujeres
exclusión, 492
movimiento, 41, 501, 506, 507, 518
roles, 513
subordinación, 179
ver también autonomía
multiculturalidad, 27, 28, 36, 53, 54, 61, 63, 65, 89, 90, 93, 94, 102, 189, 190, 192, 195, 571, 572, 577

N

neoconstitucionalismo, 34, 74, 139, 282
nuevo constitucionalismo, 27, 62, 63, 132, 138, 139, 224, 226, 233, 237-239, 272, 428
ver también constitucionalismo
neoliberalismo
políticas, 100, 225, 348, 351, 422
Estado, 102, 226, 234
reformas, 75, 224
nuevo, 27, 62, 63, 132, 138, 139, 224, 226, 233, 237-239, 272
neoconstitucionalismo, 34, 74, 139, 282
ver también constitucionalismo, gobernanza
Nicaragua
Constitución, 54, 61, 65, 66, 323-326, 334, 415, 460
Código Penal, 194
Corte Suprema, 461
derechos colectivos de afrodescendientes a la tierra y la cultura, 190
protección constitucional de derechos, 60, 77, 190
ver también reformas constitucionales
normas culturales, 279, 569, 574

O

ombudsman, 322, 340, 340
Organización de los Estados Americanos (OEA), 437, 442, 444, 446
Organización Internacional del Trabajo (OIT), 57, 61, 66
organizaciones
criminales, 79, 101
de la sociedad civil, 30-32, 40, 70, 73-77, 154, 213, 233, 239, 272, 280, 288, 300, 321, 322, 333, 335-337, 339, 354, 377, 382, 383, 416, 417, 420, 436, 442, 444, 447, 459, 464, 483, 486-489, 504, 505, 508, 509, 520, 527, 535, 555, 606
territoriales, 55, 575
ver también carteles
Ortega, Daniel, 460, 461, 474

P

pacto liberal-conservador, 55, 56, 62, 63
Panamá
Constitución, 65, 66
protecciones constitucionales de derechos, 77, 324, 518, 528
ver también comisiones de la verdad
Paraguay
Constitución de 1992, 61, 65, 66, 470
protecciones constitucionales de derechos, 193, 323, 324, 415, 577
paralegalidades, 89
paramilitarismo, 96, 603
patriarcado, 178, 179
pensamiento legal, 158, 160, 161, 163, 184, 185, 416, 417, 423
Peña Nieto, Enrique, 379
Perón, Juan Domingo, 57, 58
perspectivas
críticas, 25, 38
territoriales, 62, 97, 181, 183, 551, 573, 585, 605, 606
Perú
comisiones de la verdad, 213, 526-529, 537
Constitución de 1993, 92, 604, 605
Corte Constitucional, 71, 255, 272, 275, 323
cortes, 305, 423
protecciones constitucionales de derechos, 190, 213, 276, 323, 324, 327-330, 336, 415, 518, 519, 536, 540, 624
pluralismo legal, 61, 66, 78, 535

reforma agraria de 1969, 576
ver también afroperuanos
Pinochet, Augusto, 64, 420
Plan de Ayala (reforma agraria, México), 136
Plan Nacional de Vigilancia Comunitaria por Cuadrantes (Colombia), 376
pluralismo jurídico, 23, 27, 31, 33, 34, 61, 89-95, 97-103, 121, 143, 144, 154, 238, 562, 569
Bolivia, 61
Colombia, 61, 92
Ecuador, 61, 92
Perú, Venezuela, 61
policía
comunitaria, 101
corrupción en la, 370, 375
instituciones, 367, 368, 369, 370, 372, 374, 375-379, 382, 383
militarización de la, 39
ombudsman, 332, 335, 340
reconocimiento constitucional, 78, 192, 323, 563, 566
reformas, 368, 373, 375, 382, 384
represión, 481
violencias, 22, 76, 143, 198, 208, 210, 368, 371, 421, 465
Policía Comunitaria (México), 101
Policía de Investigaciones de Chile, 303, 369
políticas
culturales, 61, 141, 158, 176, 177, 493, 504, 505, 515
de mano dura, 356
judiciales, 30, 38, 39, 45, 80, 247, 248, 257, 263, 271, 423, 455
Primeiro Comando da Capital (PCC), 358
prisioneros
captura, 39, 345, 347, 349, 354, 357, 358, 360
derechos de los, 361
políticos, 346, 347, 349
privatización, 101, 132, 568, 570
Procuraduría de Narcocriminalidad (Argentina), 630
Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PDNU), 348, 458
protecciones constitucionales de derechos, 324, 471, 518, 519, 526, 527, 528, 623
Propiedad
colectiva, 78, 135, 145, 190, 191, 571, 572, 575
derecho y desarrollo, 42, 215, 216, 566
privada, 42, 57, 141, 163, 228, 229, 234, 563-565, 571, 573, 575, 576
urbana, 41, 550, 552
ver también globalización
protección de los derechos constitucionales, 212, 250, 414, 652
Proyecto de Opinión Pública de América Latina (POPAL), 331, 583
proyectos extractivos, 101, 568, 573, 575

Q

Quintín Lame, 136

R

racismo, 74, 190, 193-195, 197, 198, 287
raza, 29, 32, 35, 36
estudios de derecho y, 32
literatura sociojurídica, 36, 189
ver también interseccionalidad, racismo
rebelión, 114, 119, 137, 141, 237, 307
Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU), 28, 92
Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas (RLCJ), 402
redes transnacionales, 70, 77, 279, 403
Redes Transnacionales de Defensa (RTD), 77
reforma(s)
agraria, 91, 136, 165, 173, 175, 183, 564, 576
ver también Plan de Ayala (México)
constitucionales
Argentina (1994), 59, 72, 189
Bolivia (2009), 60, 276, 324, 460, 488, 470
Brasil, 27, 55, 60, 61, 190, 470, 506, 596, 605, 612

Chile (1980), 59
Ecuador, 58, 92, 276, 488
Guatemala, 58, 60, 61, 65, 276, 322, 324, 330, 331, 336, 470
México (1917), 53, 57, 58, 577, 604
México (1992), 61, 324, 577
Venezuela (1999), 60, 65, 92, 324, 460, 470
institucional, 29, 71, 211, 249, 383, 458, 460, 649
judicial, 26, 30, 39, 71, 72, 251, 392, 401, 458
legales, 24, 26, 75, 136, 137, 214, 351, 564
policiales, 368, 373, 375, 382, 384
religión
disidencia religiosa, 183
grupos religiosos, 508
libertad religiosa, 281
tolerancia religiosa, 56
regulación urbana, 41
ver también ilegalidad, propiedad, urbanización
rendición de cuentas, 75, 310, 322, 419, 525, 535
contribuciones de organismos de derechos humanos, 421, 535
de la policía, 367
horizontal, 70, 301, 306, 313, 459
independencia de la, 38, 307, 335, 336
judicial, 38, 262, 322, 459, 460, 462, 470, 527, 535
política, 38
por violaciones de derechos humanos, 38, 418, 534
social, 76
vertical, 70, 301
ver también fiscales
reparaciones, 27, 195, 280, 425, 526-529, 532, 538, 617, 618
justicia transicional, 526-529, 532, 538
ver también acción afirmativa o positiva
represión
de libertades civiles, 136-138, 166, 224, 302, 438, 481, 622, 623
de indígenas, 90, 97
militar, 481, 532, 617
policial, 481
política, 57, 307, 438, 526, 531, 532
víctimas de, 484, 629, 636
República de Weimar, 57
República Dominicana
Constitución, 65, 470, 503, 526, 530, 538, 540, 606, 610
protección constitucional de los derechos, 198, 303
Ley contra la Violencia Intrafamiliar 1997, 194
respuestas judiciales, 40, 94
Revolución cubana 1959, 137, 401, 438
Rousseff, Dilma, 215, 509

S

Sarmiento, Domingo Faustino, 131, 132
Samper, Ernesto, 192
Seminar in Latin América on Constitutional and Political Theory (SELA) (Yale Law School), 29, 45
sectores conservadores, 254
sexismo, 177
sexualidad, 172, 359, 477, 481, 482, 490, 494, 517
sindicatos, 173, 481
Sistema Indígena Originario Campesino (Bolivia), 275
Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 37, 39, 42, 264, 415, 417, 418, 435, 445, 449, 450, 508, 518, 532, 536
sistemas
de procedimiento penal, 145, 299, 303, 401
carcelarios, 345, 347, 354, 357, 359, 360, 361
ver también, autoridades
socialismo, 135, 443
internacional, 135
real, 227, 228, 237, 240
soberanía
fragmentada, 34, 89, 90, 99-103
subalternos, 103
sociedad civil, 540, 608-611
sumak kawsay (buen vivir), 62, 237
Sur Global, 23, 29, 99, 207, 287, 423, 444, 447, 458, 569

T
tecnicismos legales, 151, 157, 158, 165
teoría crítica, 226, 230
terrorismo, 42, 350, 353, 405, 531, 603
tortura, 43, 59, 120, 138, 208, 225, 307, 355, 371, 464, 481, 484, 514, 515, 528, 529, 531, 621, 635
tribunales constitucionales, 71, 255, 274, 275, 329, 460, 612, 613, 627
Transparency International, 370, 589
trabajo
  división sexual del, 180, 182
  informal, 144
  forzado, 90, 135, 143
  ver también Organización Internacional del Trabajo
tierra
  acceso a la, 164, 565, 580
  colectiva, 135, 190, 191, 571, 572, 575
  comunal, 101, 236
  derechos de, 572, 573, 577
  disputas sobre la, 35, 152
  restitución de, 530, 573, 574
  terratenientes, 135, 141, 142
tutela, 71, 73, 276, 279, 457
  Colombia, 71, 73, 276, 279, 457
  Costa Rica, 71, 276
  ver también amparo

U
Unidades de Policía Pacificadora (UPP) (Brasil), 376
Unión Soviética, 137, 205, 231
urbanización, 42, 550, 552, 562, 568
Uruguay
  cortes ápices, 58, 272, 330, 415, 470
  legalización del *cannabis*, 625, 627, 628, 631, 632
US Agency for International Development (USAID), 458, 577, 586, 648
usos y costumbres comunitarias, 78, 229, 240

V
Vargas, Getulio, 57, 58
Venezuela
  Constitución de 1999, 60, 61, 65, 66, 92, 226, 234, 272, 273, 470
  Corte Suprema, 460
  protecciones constitucionales de derechos, 324, 325, 337, 428, 531, 538
vernacularización, 94
víctimas
  del conflicto armado, 156, 163, 175, 574
  de conflictos políticos, 194, 301, 308
  de violencia policial, 22, 76, 143, 198, 208, 210, 211, 368, 371, 421, 465, 481, 484
  de violencia sexual, 97, 173, 174, 301, 481, 483, 494, 503, 507, 511, 512, 516, 519, 536, 537, 541
  de violaciones a los derechos humanos, 27, 76, 280, 311, 370, 424, 427, 438, 441, 530, 536
  ver también represión
violencia
  racial, 189, 194, 197-199
  sexual, 173-175, 503, 516, 517, 519, 536, 537
  policial, 22, 76, 143, 198, 208, 210, 368, 371, 421, 465

W
Washington Office for Latin America (WOLA), 374, 633, 634

Z
Zapatistas, 240
  Consejos Municipales Autónomos (México), 78

SOBRE LOS AUTORES

Tatiana Alfonso es profesora-investigadora titular de la División de Estudios Jurídicos del CIDE (Ciudad de México) e investigadora global de Law-Transform, el Centro para el Derecho y la Transformación Social (Bergen, Noruega). Sus intereses de investigación incluyen derechos humanos, sociología del derecho, sociología de la raza y la etnia, sociología del desarrollo y metodologías para la investigación jurídica. En su trabajo, explora la relación entre el derecho y las desigualdades sociales, centrándose en cómo las instituciones legales y políticas pueden tener efectos distributivos entre actores desiguales en la sociedad. Para perseguir esos intereses, ha realizado investigaciones sobre discriminación racial y derechos humanos, movimientos sociales y cambios legales, y derechos de propiedad de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en América Latina. Es psicóloga y abogada de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia) y tiene una maestría y un doctorado en Sociología de la Universidad de Wisconsin-Madison (Estados Unidos).

Karina Ansolabehere es investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, e investigadora de tiempo parcial en FLACSO (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede México). Es socióloga de la Universidad de Buenos Aires, tiene una maestría en Sociología Económica de la Universidad de General San Martín y un doctorado en Investigación en Ciencias Sociales con especialización en Ciencias Políticas de FLACSO (México). Sus temas de interés son política judicial, derechos humanos, judicialización de los derechos humanos, culturas jurídicas y teoría política, con especial enfoque en América Latina. Ha impartido cursos sobre sociología del derecho, política judicial, derechos humanos y teoría política. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México.

Leticia Barrera es investigadora independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Argentina (CONICET), en la Escuela Interdisciplinaria del Instituto de Altos Estudios Sociales (IDAES) en la Universidad de San Martin y profesora adjunta de Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (ambas en Argentina). Su interés de investigación se centra en la producción y circulación de saberes expertos en instituciones organizadas burocráticamente, dentro y fuera de las estructuras estatales. Es autora de numerosos trabajos sobre este tema, incluidos artículos, capítulos de libros y el libro *La Corte Suprema en escena*, una etnografía de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Sus investigaciones recientes incluyen experiencias de participación ciudadana en procesos judiciales.

Lucía Dammert es profesora titular de la Facultad de Humanidades de la Universidad de Santiago de Chile. En los últimos 20 años ha trabajado con gobiernos nacionales y locales, organizaciones de investigación y agencias

de cooperación internacional en temas de violencia urbana en América Latina. Tiene una extensa lista de publicaciones en revistas internacionales. Entre sus libros más recientes publicados en inglés se encuentran: *Making police reform matter* (en coautoría con M. Malone y O. Pérez, Lynne Rienner Publishers, 2023) y *Contra el populismo punitivo. Retrato de un país inseguro y la inutilidad de las políticas de mano dura* (Planeta, 2022). Ha sido nombrada miembro de la Junta Asesora en Cuestiones de Desarme del Secretario General de las Naciones Unidas (2017-2020). Entre marzo y octubre de 2022 fue la jefa de Asesores del Presidente de la República de Chile. También es miembro global del Woodrow Wilson Center for Scholars en Washington, DC.

Pedro Fortes es profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la FGV (Río de Janeiro), investigador asociado del Centro de Estudios Sociojurídicos de la Universidad de Oxford y fiscal de la Fiscalía General de Río de Janeiro. Tiene un DPhil (Oxford), un JSM (Stanford), un LLM (Harvard), un MBE (Coppe/UFRJ), un BA (Puc-Rio) y un LLB (UFRJ). Actualmente es copresidente de CRN Law and Development (LSA), WG Law and Development (RCSL) y la corriente Exploring Legal Borderlands (SLSA). Sus intereses de investigación incluyen derecho y desarrollo, derecho y tecnología, derecho del consumidor y procedimientos civiles. Sus publicaciones clave incluyen Pedro Fortes, Larissa Boratti, Andrés Palacios y Tom Gerald Daly (eds.), *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions, and rights* (2017); Pedro Fortes, "Cómo los indicadores legales influyen en un sistema de justicia y en el comportamiento judicial: el Consejo Nacional de Justicia de Brasil y la 'Justicia en números'", *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* (2015); "La transformación de la profesión jurídica brasileña" (con Maria Bonelli) en Abel, Schultz, Sommerlad y Hammerslev, *Lawyers in 21st century societies* (2019), y "Brasil: Dramas de justicia televisiva" (con Germano Schwartz) en Robson y Schulz, *Ethnicity, gender and diversity: Law and justice on TV* (2019).

Janice Gallagher es profesora asistente de Ciencias Políticas en la Universidad Rutgers (Newark, Estados Unidos) y durante el año escolar 2021-2022, fue profesora visitante de democracia en el Centro Ash para la Gobernanza e Innovación Democráticas de la Universidad de Harvard. Su investigación se centra en las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, específicamente en cómo las instituciones informales, las relaciones y la movilización dan forma a los resultados judiciales y de derechos humanos. Fue becaria posdoctoral en el Instituto Watson de la Universidad de Brown y tiene un doctorado en Gobierno de la Universidad de Cornell. Su libro, *Bootstrap justice: The search for Mexico's disappeared,* fue publicado por Oxford University Press en 2022. También es codirectora principal de un proyecto dirigido por la doctora Lisa Hilbink, titulado "Igualdad de derechos y remedios desiguales: comprensión de las percepciones ciudadanas y el compromiso con el sistema judicial". Su investigación ha aparecido en *Comparative Politics* y otras revistas indexadas, y también es una académica comprometida con publicaciones basadas en su investigación en medios populares como el *Huffington Post* y openglobaldemocracy.net.

Mauricio García-Villegas tiene un doctorado en Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica) y es doctor *honoris causa* de la Escuela Normal Superior de Cachan (Francia). Es profesor del Instituto de Estudios

Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI) de la Universidad Nacional de Colombia, además de investigador de Dejusticia y columnista del diario colombiano *El Espectador.* Es profesor afiliado del Instituto de Estudios Jurídicos de la Universidad de Wisconsin (Estados Unidos) y del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Grenoble (Francia). Entre sus publicaciones más recientes se encuentran: *Normas de papel* (Bogotá, 2009); *La eficacia simbólica del derecho* (Bogotá, 2014); *El derecho al Estado* (con J. R. Espinosa, Bogotá, 2013); *Les pouvoirs du droit* (París, 2015), y *El orden de la libertad* (2017).

Roberto Gargarella es abogado y sociólogo de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y doctor en Derecho de la misma Universidad. Tiene maestría y doctorado en Derecho de la Universidad de Chicago. Estudios posdoctorales en Balliol College (Oxford). Es profesor de Teoría Constitucional y Filosofía Política en las Universidades de Buenos Aires y Torcuato Di Tella. Gargarella ha sido profesor e investigador en las Universidades de Bergen y Oslo (Noruega), Pompeu Fabra (España) y Columbia y New School (Estados Unidos). También ha sido profesor visitante en la Universidad de Harvard. Recibió una beca John Simon Guggenheim (1999) y también una beca Harry Frank Guggenheim (2002). Actualmente es investigador superior en el CONICET (Argentina), y profesor visitante en la Pompeu Fabra, donde dirige un proyecto sobre "Institutional Changes for Democratic Dialogue", financiado por el European Research Council (ERC). Ha publicado numerosos libros, entre ellos, *Los fundamentos jurídicos de la desigualdad* (2010); *El constitucionalismo latinoamericano* (2013); *La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis* (2020), y *Manifiesto por un derecho de izquierda* (2023).

Camila Gianella tiene un doctorado en Psicología de la Universidad de Bergen, una maestría de la Charité, Universitätsmedizin Berlin y una licenciatura en Psicología de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde actualmente es profesora de la Facultad de Psicología. También es investigadora del Chr. Instituto Michelsen (CMI) e investigadora global de LawTransform, el Centro para el Derecho y la Transformación Social (Bergen, Noruega), donde participa en distintos proyectos, entre ellos, "Elevando los derechos del agua a derechos humanos: ¿ha fortalecido el reclamo de agua de los pueblos marginados?", "El derecho al aborto en América Latina, la puesta en práctica de un enfoque basado en derechos para la prestación de servicios de salud" y "Determinantes políticos de la salud sexual y reproductiva: criminalización de los impactos en la salud y cambios en las reglas del juego y litigio por el derecho a la salud".

Manuel A. Gómez es profesor de Derecho y decano asociado de Estudios Internacionales y de Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de Florida en Miami (Estados Unidos). Tiene un JSD y un JSM de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, y una especialización en derecho procesal y una licenciatura en derecho (*cum laude*) de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). El profesor Gómez es autor, editor o coeditor de numerosas publicaciones en el campo de la resolución de disputas y la gobernanza y la globalización de la profesión jurídica. Sus investigaciones prestan especial atención al impacto de la cultura y las normas sociales, y las fuerzas económicas y políticas en la génesis y funcionamiento del derecho con un interés geográfico predominante en América Latina.

Juan F. González-Bertomeu es investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Argentina (CONICET) en el Instituto Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Sus temas de investigación giran en torno a la teoría constitucional, los derechos y el estudio empírico de las instituciones jurídicas y judiciales. Recibió un LLB en la Universidad Nacional de La Plata (Argentina), y obtuvo un LLM y un título en JSD de la Universidad de Nueva York.

Martha Gutiérrez es profesora de Derecho y Derechos Humanos de la Universidad Jorge Tadeo Lozano (Bogotá). Tiene un doctorado en Ciencias Políticas y una maestría en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Salamanca. Sus intereses de investigación se encuentran en la política comparada en América Latina con enfoque en el poder judicial, los derechos humanos y la justicia transicional. Algunos de sus trabajos han sido publicados en *América Latina Hoy*, *Revista de Ciencia Política* (RCP), y en los libros: *Transitional justice in Latin America: The uneven road from impunity towards accountability* (2016); *Derechos humanos y resolución de conflictos: superando la brecha teórica y práctica* (2017), y *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Impacto más allá del cumplimiento* (2018).

Linn Hammergren es una exespecialista senior en gestión pública del Banco Mundial, que ahora trabaja como consultora independiente en temas de reforma judicial. Tiene un doctorado en Ciencias Políticas de la Universidad de Wisconsin-Madison. Conocida por su trabajo en América Latina, ha ampliado su enfoque para incluir Europa del Este, el Sudeste Asiático, África y el Pacífico. En los últimos años, ha realizado diagnósticos y evaluaciones de proyectos de donantes, enfatizando la evaluación del desempeño, la organización y uso de estadísticas institucionales y la identificación de prácticas y procedimientos que impiden la mejora del servicio. Antes de unirse al Banco Mundial, trabajó como consultora interna para la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), diseñando y gestionando proyectos de justicia en Perú, El Salvador y Costa Rica, además de supervisar un programa regional de USAID implementado por el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Ha publicado tres libros y numerosos capítulos, monografías y artículos sobre reformas de la justicia en América Latina y otras regiones.

Tanya Katerí Hernández es la profesora de la Cátedra de Derecho Archibald R. Murray en la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham. Recibió su licenciatura en Derecho de la Universidad de Brown y su doctorado en Derecho en la Universidad de Yale. Anteriormente fue becaria de Derecho y Asuntos de Políticas Públicas en la Universidad de Princeton y miembro del cuerpo docente del Instituto de Investigación sobre la Mujer de la Universidad de Rutgers. La profesora Hernández es miembro de la American Bar Foundation, del American Law Institute y de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación. Su interés académico está en el estudio de las relaciones raciales comparadas y la ley contra la discriminación. Sus libros incluyen *Racial subordination in Latin America: The role of the State, customary law and the new civil rights response* (traducido a español y portugués); *Multiracials and civil rights: Mixed-race stories of discrimination*, y *Racial innocence: Unmasking Latino anti-black bias and the struggle for equality*.

Lisa Hilbink tiene un doctorado en Ciencias políticas de la Universidad de California, San Diego, y es profesora asociada de Ciencias Políticas en la Universidad de Minnesota, Twin Cities. Su investigación y docencia se centran en el papel del poder en la democracia y la democratización, con especial atención a América Latina y la península ibérica. Es autora del libro premiado *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: Lessons from Chile* (2007), cuya versión ampliada fue publicada en español por FLACSO-México en 2014. También es coeditora (con Ofelia Ferrán) de *Legacies of violence in contemporary Spain* (2016), y está terminando un libro sobre jueces para la democracia con asociaciones de España y América Latina. Su proyecto de investigación más reciente, con la doctora Janice Gallagher, examina los orígenes de las percepciones públicas de las instituciones judiciales y sus consecuencias para el acceso a la justicia en las Américas.

Alexandra Huneeus es profesora de Derecho y Estudios Jurídicos en la Universidad de Wisconsin (Madison). Recibió su doctorado en Derecho y su licenciatura en Derecho en la Universidad de California (Berkeley), y realizó un posdoctorado en el Centro sobre Desarrollo, Democracia y Estado de Derecho de la Universidad de Stanford. Sus investigaciones se centran en el derecho de los derechos humanos, con énfasis en América Latina. Su trabajo se sitúa en la intersección del derecho, las ciencias políticas y la sociología, y ha sido publicado en el *American Journal of International Law*, *Harvard International Law Journal*, *Law and Social Inquiry*, *Yale Journal of International Law*, *Leiden International Law Journal* y por Cambridge University Press. En 2017 fue nombrada para desempeñarse por un período de diez años como jurista experto extranjero en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) de Colombia, un tribunal creado como parte del proceso de paz colombiano. En la Universidad de Wisconsin se desempeña como directora del Centro para el Derecho, la Sociedad y la Justicia. Es presidenta del Programa de Derechos Humanos de la Universidad de Wisconsin, del que fue cofundadora, y directora del Programa de Estudios Jurídicos Globales. Forma parte de la junta editorial del *American Journal of International Law* y de *Law & Social Inquiry*.

Isabel Cristina Jaramillo Sierra es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá) y directora del área de Teoría e Investigación Jurídica. Es abogada de la Universidad de los Andes (*cum laude*) y SJD de la Facultad de Derecho de Harvard. Su trabajo académico se ha centrado en la reforma legal feminista: cómo se imagina, cómo se lleva a cabo, y cómo se puede pensar en lo que se gana y se pierde con la reforma. Sus libros sobre la reforma de la ley del aborto (con Tatiana Alfonso, *Mujeres, cortes y medios*, 2008) y la influencia del derecho de familia en la producción de familias, la pobreza y la exclusión (*Derecho y familia en Colombia. Historias de raza, sexo y propiedad, 1580-1990*, 2013) son reconocidos como contribuciones críticas al campo en América Latina. También ha sido consultora del Gobierno colombiano en temas de derechos sexuales y reproductivos, y reforma institucional para la transición. En 2015 y 2017 se desempeñó como jueza *ad hoc* de la Corte Constitucional de Colombia y del Consejo de Estado. Fue nominada en 2017 a la Corte Constitucional de Colombia por el presidente Juan Manuel Santos. Entre 2019 y 2025 fue la coordinadora general de la Red

ALAS (Red Latinoamericana de profesoras/es de Derecho trabajando temas de Género y Sexualidad).

Sergio Latorre es profesor asistente en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte (Colombia). Tiene un JSD (Doctor en Ciencias del Derecho) y un LLM de la Universidad de Cornell. Sus intereses de investigación se centran en las prácticas de conocimiento y las tecnologías jurídicas de la propiedad y la tenencia de la tierra en la Colombia rural. A través de una lente etnográfica, también analiza las prácticas burocráticas estatales y no estatales que materializan la relación entre los dominios público y privado en entornos institucionales posconflicto. Estos temas de investigación se conectan con debates académicos y públicos más amplios sobre la tierra, la justicia transicional y la paz en América Latina.

Julieta Lemaitre es jueza de la Sala de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia, creada en 2018 para implementar el componente de justicia transicional de los acuerdos de paz. Antes de su nombramiento, impartió clases en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, donde es profesora titular desde 2007. Es licenciada en Derecho de la Universidad de los Andes, maestra en Estudios de Género y Religión de la Universidad de Nueva York (NYU) (1998) y doctora en Derecho (SJD) de la Universidad de Harvard, con especialidad en Derecho y Teoría Social. En el año académico 2014-2015 fue académica visitante Robina Human Rights en la Facultad de Derecho de Yale y becaria global PRIO 2014-2017. Trabaja en derecho y movimientos sociales, derecho y violencia, violencia contra las mujeres y derechos sexuales y reproductivos. Ha publicado artículos sobre estos temas en *Harvard Human Rights Journal*, *International Journal of Constitutional Law*, *Law and Society Review*, *Social & Legal Studies* y *Feminist Legal Studies*, así como numerosos capítulos de libros en volúmenes editados. Entre sus libros se encuentran *El Derecho como conjuro* (2009) y *La paz en cuestión* (2011), y ha editado *La quintíada* (2013) y *Derechos enterrados* (2011).

Fiona Macaulay es profesora titular de la División de Estudios de Paz y Desarrollo Internacional de la Universidad de Bradford (Inglaterra). Anteriormente trabajó en Amnistía Internacional, el Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Londres y el Centro de Estudios Brasileños de la Universidad de Oxford. Sus áreas de investigación son las relaciones de género, la política, los derechos humanos y el sistema de justicia penal, especialmente el sistema penitenciario, en Brasil y América Latina. Su atención se centra en la dinámica de la reforma institucional: las oportunidades y la resistencia a la reforma de políticas dentro de las instituciones de justicia, y cómo la sociedad civil ejerce influencia sobre estas instituciones. Actualmente investiga la entrada de policías y militares en la política en Brasil y ha trabajado con la policía brasileña en el combate a la violencia de género, con el Foro Brasileño de Seguridad Pública.

Alejandro Madrazo Lajous estudió derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y en el ITAM, egresado con honores de este último. Tiene maestría y doctorado en Derecho de la Universidad de Yale (Estados Unidos). Ha sido profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la División de Estudios Jurídicos del CIDE

y de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown. Madrazo Lajous ha publicado en revistas revisadas por pares en México y el extranjero sobre la enseñanza del Derecho, la historia del pensamiento jurídico, la libertad de expresión, la justicia electoral, los derechos sexuales y reproductivos, el control del tabaco y la regulación de drogas. También ha dirigido varios casos clave de litigios de interés público ante la Corte Suprema de México sobre cuestiones relacionadas con la libertad de expresión, el derecho al aborto y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Fue el coordinador y fundador del Programa de Políticas de Drogas del CIDE y es actualmente director académico de Talisis y profesor de la Universidad Regiomontana.

Elena Martínez Barahona tiene un doctorado en Ciencias Políticas del Instituto Universitario Europeo (Florencia). Actualmente es profesora de Ciencia Política y miembro investigador del Instituto de Estudios Iberoamericanos de la Universidad de Salamanca. Sus intereses de investigación se centran en la política comparada en América Latina con un enfoque en el poder judicial, la justicia transicional y las cuestiones de seguridad. Es autora de *Buscando el rol político del tercer poder gubernamental: un enfoque comparativo de las altas cortes en Centroamérica* (2009). Elena Martínez Barahona nació en España y su trabajo sobre instituciones políticas ha involucrado investigaciones de campo en Centroamérica, Brasil, República Dominicana, México y Venezuela. Ha sido profesora invitada en varias universidades europeas y latinoamericanas y ha estado involucrada en proyectos de investigación y consultoría de políticas tanto para gobiernos nacionales como para organizaciones internacionales.

Fernanda Emy Matsuda es profesora de tiempo completo en la Universidad Federal de São Paulo (Unifesp). Recibió su maestría y su doctorado en Sociología en la Universidad de São Paulo. Trabajó como investigadora en el Centro de Estudios sobre Delito y Castigo de la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas de São Paulo, en el ILANUD y en el Centro de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo (NEV-USP). Se desempeñó como consultora en Conectas Derechos Humanos, en el Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile y en el Departamento Penitenciario Nacional del Ministerio de Justicia. Gran parte de su trabajo ha consistido en mejorar la comprensión y el desempeño de los sistemas de justicia penal y juvenil, principalmente mediante la aplicación de estudios de sentencias y métodos cualitativos. Sus intereses actuales de investigación son la violencia de género, los movimientos feministas, la violencia institucional y la responsabilidad del Estado.

Rodrigo Meneses Reyes es profesor y decano del Departamento de Estudios Jurídicos del CIDE en la Ciudad de México. También enseña desviación y control social en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM-FCPyS). Sus principales áreas de especialización son la regulación urbana, la informalidad y el sistema de justicia penal en América Latina. Sus proyectos de investigación actuales incluyen estudios sobre la historia del crimen y la violencia en la Ciudad de México, el papel de los abogados públicos en las sentencias y procesos judiciales en América Latina, y la regulación de la informalidad en las zonas urbanas de América Latina.

Verónica Michel es profesora asistente de Ciencias Políticas en el John Jay College-CUNY (Nueva York). Originaria de la Ciudad de México, obtuvo una licenciatura en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional Autónoma de México y un doctorado en Ciencias Políticas de la Universidad de Minnesota. Sus intereses de investigación incluyen derechos humanos y derechos de las víctimas, Estado de derecho y justicia procedimental, justicia penal internacional y comparada, abogacía de causas y movilización legal, con un enfoque regional en América Latina. Ha publicado en revistas como *International Studies Quarterly*, *Law and Society Review* y *Journal of Human Rights*. Su primer libro, *Prosecutorial accountability and victims' rights in Latin America*, se publicó en 2018.

Catalina Pérez Correa recibió su LLM y JSD de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford. Ha sido becaria visitante en el Centro Schell para los Derechos Humanos Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale y en la Facultad de Derecho de Georgetown, y fue profesora e investigadora del CIDE en la Ciudad de México. Su investigación se centra en el estudio de los procedimientos y prácticas legales –particularmente el funcionamiento del sistema de justicia penal– desde una perspectiva interdisciplinaria. Ha realizado varias encuestas en prisiones mexicanas para estudiar las condiciones carcelarias, los derechos al debido proceso, los reclusos y sus familias y los guardias penitenciarios. También estudia género en el sistema de justicia penal y políticas de drogas en América Latina.

Francisca Pou Giménez es investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Fue profesora de Derecho en el ITAM de la Ciudad de México, donde impartió clases de Derecho Constitucional y Derecho Constitucional Comparado. Tiene títulos de la Universidad Pompeu Fabra (LLB) y de la Facultad de Derecho de Yale (MA y PhD). Antes de incorporarse al ITAM, trabajó como secretaria del juez Cossío en la Corte Suprema de Justicia de México. Su trabajo se centra en la revisión judicial, las relaciones entre el diseño institucional y el desempeño del poder judicial, el constitucionalismo latinoamericano, las modalidades de cambio constitucional y los derechos fundamentales. En este último ámbito aborda discusiones normativas comparadas, mecanismos de protección de derechos y las relaciones entre fuentes internas y externas de derechos.

Julio Ríos-Figueroa es profesor asociado del Departamento de Derecho del ITAM en la Ciudad de México. Antes de incorporarse al ITAM, fue profesor de Ciencia Política en el CIDE de la Ciudad de México. Recibió su doctorado en Política de la Universidad de Nueva York. Es autor del libro *Constitutional Courts as mediators: Armed conflict, civil-military relations, and the rule of law in Latin America* y coeditor, junto con Gretchen Helmke, del volumen *Courts in Latin America*. El profesor Ríos-Figueroa ha sido investigador Hauser en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, profesor invitado en el Instituto Juan March de Madrid y becario O'Gorman en la Universidad de Columbia. Es el actual editor de *Política y Gobierno* y fue becario Andrew W. Mellon en 2017-2018 en el Centro de Estudios Avanzados en Ciencias del Comportamiento de Stanford.

Carlos Rivera Lugo es doctor en Derecho de la Universidad del País Vasco (España); maestro

en Derecho de la Universidad de Columbia, Nueva York; y doctor en Jurisprudencia y licenciado en Ciencia política de la Universidad de Puerto Rico. Actualmente es investigador y académico independiente, miembro del Grupo de Trabajo sobre Pensamiento Jurídico Crítico y Conflictos Sociopolíticos del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) y editor de su boletín *Crítica jurídica y política en Nuestra América*. Fue decano fundador y profesor de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos en Puerto Rico. Sus principales intereses de investigación son el pensamiento marxista sobre el derecho y el Estado, incluida la pluralidad normativa y la creciente autonomía comunizante de las fuentes materiales de gobernanza y regulación social en América Latina y el Caribe. Ha publicado varios libros, entre ellos: *La rebelión de Edipo y otras insurgencias jurídicas* (2004); *¡Ni una vida más para el derecho! Reflexiones sobre la crisis actual de la forma jurídica* (2014) y *El comunismo jurídico* (2013), en coautoría con Óscar Correas Vázquez. También ha publicado, en portugués, *Crítica a economia política do direito* (2019) y *Estado, direito e revolução* (2022).

Marta Rodriguez de Assis Machado tiene una maestría y un doctorado en Filosofía y Teoría del Derecho de la Universidad de São Paulo y desde 2007 es profesora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas en São Paulo y codirectora del Centro de Estudios sobre Crimen y Castigo en la misma institución. También es investigadora senior del Centro Brasileño de Análisis y Planificación (CEBRAP); investigadora global de LawTransform, el Centro de Derecho y Transformación Social (Bergen), y uno de los investigadores principales del Centro Internacional María Sibylla Merian para la Convivencia en Sociedades Desiguales de América Latina. Su investigación se ubica en el campo interdisciplinario del derecho, las ciencias políticas y la sociología jurídica, y se centra en las relaciones entre los movimientos sociales y el derecho. En 2022 fue nombrada secretaria nacional de Políticas de Drogas y Gestión de Activos del Ministerio de Justicia en el gobierno de Luiz Inácio Lula da Silva.

Laura Saldivia Menajovsky es una abogada argentina. Tiene una maestría y un doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de Yale. Es profesora de Derecho Constitucional en las Universidades de Palermo y de Buenos Aires. Ha sido profesora de Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Discriminación y Sexualidad y Derecho en la Universidad Nacional de General Sarmiento y la Universidad Nacional de La Matanza (Buenos Aires, Argentina). Exasesora jurídica senior de derechos humanos en la Secretaría Nacional de Derechos Humanos de Argentina. También estuvo a cargo de Programas de Investigación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR. Sus campos de investigación incluyen derecho y sexualidad, laicismo, globalización, igualdad y no discriminación. Entre sus publicaciones más recientes se encuentra su libro *Subordinaciones invertidas: Sobre el derecho a la identidad de género.*

Rachel Sieder es profesora-investigadora titular del Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) en la Ciudad de México. También es investigadora asociada del Chr. Instituto Michelsen e investigadora global de LawTransform, el Centro para el Derecho y la Transformación Social (Bergen, Noruega). Sus intereses de investigación incluyen derechos humanos, derechos

indígenas, movimientos sociales, derecho indígena, antropología jurídica, el Estado y la violencia. Sus libros incluyen: *Exigiendo justicia y seguridad: mujeres indígenas y pluralidades jurídicas en América Latina* (2017); *Justicia de género y pluralidades legales: perspectivas latinoamericanas y africanas,* editado con John-Andrew McNeish (2012), y *Cultures of legality: Judicialization and political activism in Latin America* (2010), editado con Javier Couso y Alex Huneeus. Tiene una maestría en Estudios Latinoamericanos y un doctorado en Política de la Universidad de Londres.

Fredrik Uggla es profesor titular de la Universidad de Estocolmo (Suecia). Como politólogo, los intereses de investigación de Uggla se han centrado en las políticas de democratización y reforma institucional en América Latina, y en diferentes formas de participación e influencia política. Su investigación ha sido publicada en revistas como *Comparative Political Studies*, *Journal of Latin American Studies*, *Latin American Politics and Society* y *Comparative Politics*. Paralelamente a su carrera académica, Uggla ha trabajado para la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo con puestos en las embajadas suecas en América Latina y en Medio Oriente y África del Norte, con asignaciones frecuentes como experto en temas relacionados con el apoyo a la democracia, los derechos humanos y la sociedad civil.

Ana Luiza Villela de Viana Bandeira es abogada de la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas de São Paulo y tiene una maestría en Antropología Social de la Universidad de São Paulo (PPGAS–USP). Fue investigadora del Instituto para la Defensa del Derecho de Defensa (IDDD) y de la Red de Justicia Penal. Estuvo vinculada al Centro de Antropología del Derecho de la USP (Nadir), al Centro de Estudios sobre Delitos Penales de la FGV-SP y secretaria ejecutiva de la Plataforma Memoria Masacre Carandiru. Coordinó el Proyecto Inocencia Brasil, una organización dedicada a revertir condenas de personas inocentes. Fue asesora en una audiencia de custodia para la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Es autora del libro *Audiência de custódia: percepções morais sobre violência policial e quem é vítima* (2020). Actualmente se desempeña como jefa de Gabinete de la Secretaría Nacional de Políticas de Drogas del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Brasil.

Bruce M. Wilson tiene un doctorado en la Universidad de Washington. Es profesor de Ciencias Políticas en la Universidad de Florida Central (Orlando) e investigador senior asociado en el Chr. Instituto Michelsen (Bergen, Noruega). Su investigación sobre política judicial comparada se centra en el uso de los tribunales por grupos marginados en América Latina. Su investigación ha aparecido en *Comparative Political Studies*, *Journal of Latin American Studies*, *Health and Human Rights*, *Comparative Politics*, *Latin American Politics and Society*, entre otras revistas. Sus libros son *Costa Rica: Politics, economics, and democracy* (1998), *El agua como derecho humano: Reconocimientos y disputas en Costa Rica (2022)* y como coautor, *Courts and political power in Latin America and Africa* (2010). Fue director del proyecto de investigación "Elevar los derechos del agua a derechos humanos", financiado por el Consejo Noruego de Investigación (2017-2021).

Manual de derecho y sociedad en América Latina es una publicación que hace parte de la colección Derecho y Sociedad, editada por Siglo Editorial, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario. En esta publicación se utilizaron caracteres GoudyOlSt BT; papel Coral Book Ivory de 70 gramos para las páginas internas y Propalcote SBS de 280 gramos para la cubierta, en un formato cerrado de 21 x 24 cm.