

# Acceso a la justicia

*Álvaro Ferrandino*

*"La igualdad es esa otra gravitación universal que aún está esperando al Newton que descubra sus leyes."  
(Anónimo)*

## 1. NOCIÓN TEÓRICA Y MARCO NORMATIVO

La noción de acceso a la justicia es intrínseca al derecho fundamental de toda persona de recibir una respuesta estatal o alternativa a sus conflictos sociales, "en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos" (Cappelletti y Garth, 1996: 13). Sus principios se encuentran en instrumentos de derechos humanos, en diferentes tratados y convenios internacionales y en la mayoría de las constituciones nacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, establece en el art. 10 que: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

377

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

Además, en los arts. 7 y 11 de ese mismo texto se hace referencia a la igualdad de protección de las personas ante la ley, y de las garantías para la defensa penal, respectivamente. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, consagra la igualdad de las personas ante tribunales y cortes de justicia, en el art. 14, inciso 1. En el mismo sentido se encuentra el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales o Convenio de Roma, de 1956, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.

Con la tendencia democratizadora en América Latina, que sucedió a las dictaduras militares, en la última década se dio una apertura para la reforma del sistema de justicia y, con ella, un inusitado interés en torno al acceso a la justicia. Las constituciones reconocen el derecho de igualdad ante la ley y se cuenta con legislaciones procesales que sustentan el derecho de igualdad procesal.

Hasta ahora se ha puesto énfasis en argumentos para la defensa del imputado, pero deben ser considerados con prioridad aquellos instrumentos que regulan los derechos humanos referidos a la protección de las víctimas en la administración de justicia. Debe reconocerse que "la construcción del sistema de garantías del proceso penal se ha hecho pensando básicamente en el imputado, en detrimento y olvido de las víctimas del delito" (Solé y Larrauri, 1999: 5). No significa esto que los derechos del imputado deban sufrir disminución, pero sí de reafirmar los derechos de la víctima y, sobre todo, de velar por su protección en el ordenamiento jurídico procesal, a fin de hacer efectivo su acceso a la justicia.

Dos instrumentos internacionales abordan claramente los derechos de la víctima. En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el art. 8 que "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". En segundo lugar, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de Naciones Unidas (1985) establece, en el inciso 4, el acceso a la justicia y el trato justo al que tienen derecho las

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

víctimas indicando que éstas "serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional".

El marco teórico normativo del acceso a la justicia está, pues, establecido a nivel internacional y nacional. Las personas, hombres y mujeres, pueden acudir a los órganos encargados de la administración de la justicia para buscar la garantía y vigencia de sus derechos o para solicitar su protección y atención cuando ellos hayan sido violados. Este derecho implica "un acceso en condiciones de igualdad. Es decir, que un ciudadano tenga la misma posibilidad que cualquier otro de utilizar las instancias judiciales, no importando su situación económica o cultural" (Abrego, 1999: 2), su género, su edad o cualquier otro tipo de diversidad: étnica, lingüística, ideológica, sexual, religiosa y política. No obstante, queda una enorme agenda pendiente para incorporar y aplicar sistemáticamente las herramientas nacionales que aseguren la efectividad de mecanismos que faciliten el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

La noción de acceso a la justicia requiere necesariamente mirar más allá de los tribunales, utilizar análisis sociológicos, políticos, psicológicos, económicos y de otros tipos, aprender de otras culturas, enfocar la investigación y la enseñanza procesal moderna (Cappelletti y Garth, 1996: 13), conocer y aprender de las diversidades, comunicar ese derecho, y contar con instituciones suficientes y capaces de cumplir con eficacia y calidad la provisión de respuestas.

## 2. ANÁLISIS ESTRATÉGICO DEL ACCESO A LA JUSTICIA

### 2.1. De la pobreza económica a la pobreza legal

Sobre la base de la premisa de que la ciudadanía pueda hacer valer efectivamente sus derechos y resolver sus disputas, bajo auspicio del Estado, con soluciones que se dicten en un plano de igualdad, tanto a nivel individual como en el plano colectivo, se ha constituido un movimiento internacional orientado a fortalecer

## EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

la transparencia en el funcionamiento del sistema de justicia y un proceso de humanización de la misma. Recursos financieros e iniciativas gubernamentales y privadas se destinan a mejorar la asistencia legal gratuita, la asistencia legal a las víctimas, la defensa pública, los métodos alternativos de resolución de conflictos y la simplificación de los procedimientos. Como resultado, se ha diseñado programas de educación legal, se crea centros de asistencia legal, de defensa pública y de resolución de conflictos, y se fortalece organizaciones locales de información jurídica.

En los países de la Unión Europea, por ejemplo, la asistencia jurídica gratuita es una realidad, pero en la práctica se constata que en esos sistemas no se ha logrado que desaparezca toda diferencia entre quienes tienen poder adquisitivo y quienes no lo tienen. En Italia y Bélgica, el servicio es cuasi asistencial y se halla poco desarrollado, mientras que en Holanda y Suecia existe un esfuerzo económico y una reivindicación social del derecho a la igualdad ante la ley, como resultado de lo cual el servicio se otorga con más garantías. En Europa, la administración pública es responsable del servicio público de asistencia legal para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Sin embargo, en países como Inglaterra, Suecia, España y Francia, existen servicios privados, paralelos o alternativos a las defensorías públicas. Usualmente estos servicios son financiados por el Estado o los ayuntamientos y suelen especializarse en cuanto a materia, personas o grupos sociales (pobres, marginados, discriminados), tendencia que de cierta manera consolida la desigualdad: al Estado resulta relativamente barato financiar una ONG para que realice su trabajo, delegando en ella la atención a colectivos marginados (Murallet, 2002: 6; López Álvarez, 1999: 4 - 6).

En América Latina, el esfuerzo en una mejor y mayor accesibilidad de la población a la justicia fue desencadenado durante las transiciones a la democracia y la búsqueda del respeto de los derechos humanos, tan violentados durante los regímenes militares y durante los conflictos armados internos en el continente; periodos durante los que la justicia generalmente se contaminó de los intereses de quienes ostentaban el poder y actuó de manera limitada e ineficaz frente a la violación de derechos fundamentales. El paso a la democracia dejó ver, en la

## ACCESO A LA JUSTICIA

década de los años ochenta, que la mayoría de sus pobladores se encontraban en situación de pobreza y extrema pobreza, y que esta pobreza en cuanto carencia de servicios básicos de salud, educación, vivienda y otros, también se traducían en inaccesibilidad a la justicia.

El inicio de los procesos de transformación judicial en la región corresponde al avance en la consolidación del Estado de Derecho. En la medida en que la democracia representa al gobierno de las mayorías para la obtención de los mayores beneficios sociales, el control de los actos de gobierno y la posibilidad ciudadana efectiva para controvertir, cuestionar y revertir tales actos será un elemento fundamental en el aseguramiento del acceso a la justicia (Biscaretti, 1973: 215).

Cabe preguntarse hasta dónde esta apertura y la incorporación de las necesidades del usuario han calado y transformado la estructura y el funcionamiento de la justicia; hasta dónde el enfoque que ha dado base a los programas de acceso a la justicia ha tenido una visión integral del problema y, especialmente, si tal enfoque forma parte de la agenda política de los Estados en el desarrollo del Estado de Derecho, en el cual efectivamente se brinde a la ciudadanía instrumentos para controlar y controvertir los actos de gobierno. Nadie parece discutir el acceso efectivo a la justicia como un derecho social básico; sin embargo, su eficacia no parece haberse alcanzado de manera generalizada.

Una encuesta realizada entre los sectores pobres urbanos de Chile indica que 90% de los entrevistados percibía que la justicia dependía de la riqueza, 63.5% veía discriminación en los actores del sistema legal, y 80%, corrupción (Correa, 2000: 2). En Argentina, los ciudadanos no creen en la administración de justicia, perciben que los juicios no cumplen con la función de dar solución a sus problemas y un amplio sector de la población enfrenta dificultades para acceder a las instancias judiciales debido a la distancia y a la falta de recursos para cubrir la demanda del servicio (Ramírez, 2003: 78). *La Prensa* de Nicaragua refiere que el acceso a la justicia es cada día más insatisfactorio en las regiones autónomas Atlántico Norte y Sur del país, debido principalmente a la escasa presencia de la Fiscalía y de la Defensoría Pública en las comunidades, a lo que se suman las

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

dificultades logísticas, la pobreza y la carencia de atención en lenguas nativas.<sup>1</sup> En 2001, en Guatemala se registró una reducción de la confianza en los tribunales de áreas urbanas y rurales, a partir de la percepción de que éstos no garantizan un juicio justo; esta visión también afectaba la confianza en el Procurador de los Derechos Humanos, el Ministerio Público y la Corte de Constitucionalidad (ASÍES, 2002: 19)

Probablemente, estas percepciones son resultado de un proceso de transformación de la justicia cuya velocidad resulta lastrada por modelos históricos de ejercicio del poder, que mantienen privilegios y consolidan nuevas castas, generalmente, vinculadas ahora al crimen organizado que se expresa, principalmente, en la corrupción y el narcotráfico. De allí que, en muchas ocasiones, la falta de avances en la modernización del sistema de justicia se deba a la inexistencia de compromisos políticos para, de un lado, formular y poner en ejecución nueva legislación y, de otro, desarrollar y consolidar instituciones que hagan accesible la justicia a la ciudadanía.

La persona común y corriente ve postergadas sus expectativas de solución de conflictos, debido a la marginación, la estigmatización y la desigualdad que rigen la práctica cotidiana del quehacer judicial, especialmente cuando se es pobre o se pertenece a una minoría desprotegida. La pobreza económica de la población se traduce de manera dramática en una pobreza legal, que impide el litigio, prolonga el encierro e impide una verdadera solución al conflicto planteado.

El proceso de consolidación de las democracias en América Latina –tan lento, tan ineficaz, tan deslegitimado y tan plagado de casos de corrupción– no podrá considerarse avanzado mientras los sistemas de justicia no se encuentren en capacidad de reconocer y facilitar el acceso a la justicia de todas las personas en igualdad de condiciones. En este sentido, se afirma que "la moderación de la desigualdad es el primer paso para poner fin a la pobreza" (PNUD, 1997: 112)

1 Mirna Velásquez Sevilla, "Indígenas con poco acceso a la justicia", *La Prensa*, edición 23.180, Managua, 2003.

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

La legitimación de los sistemas de administración de justicia depende en gran medida de la percepción de una efectiva garantía del acceso a la justicia. En aquellos sistemas en los que el ejercicio del poder tiende a ser arbitrario, el acceso a la justicia es siempre un aspecto postergado. Por el contrario, cuando el ejercicio del derecho se ajusta al imperio de la ley, el acceso a la justicia adquiere preeminencia. El sistema de justicia tiene que contribuir a la reducción de los niveles de tensión entre el funcionamiento del Estado y la ciudadanía, tanto en el nivel individual como en el de grupos de interés. Las instituciones de gobierno suelen perder de vista su cometido de servicio público y su orientación social; se anquilosan y se resguardan en el formalismo y la burocracia, con lo que ponen barreras a la ciudadanía que alberga la necesidad de buscar solución a sus problemas.

En este sentido, se ha advertido:

El hombre humilde de nuestro país está quebrado en muchos aspectos de su persona, económica, psicológica, humana, familiar y socialmente [...] Ha perdido la dignidad de ser humano. El que pueda defender sus derechos o hacerlos valer ante un Juez, o bien el poder ser atendido por un letrado como cualquier hombre se merece, –sin engaños y sin presiones– hace indudablemente más digno a ese hombre. Si existe una posibilidad de no dejarlo excluido también de la Justicia, un gran avance hemos hecho (Roldán y Vidal, 2001: 13).

### 2.2. Usuarios del sistema de justicia

El concepto de acceso a la justicia abarca dos niveles: el derecho de todas las personas de acceder a la justicia en igualdad de condiciones, es decir, "justicia para todos y todas"; y el derecho de acceder a la justicia de quienes carecen de recursos.

En la primera categoría, las barreras que impiden el acceso igualitario de "todos y todas" a la justicia son de diversa índole: desde la ley vigente y las estructuras institucionales, hasta las actitudes de los operadores de justicia. De ahí que el acceso a la justicia deba venir asociado con un sistema de justicia funcional y eficiente.

## EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

En la base de todo orden procesal está el principio y con él el derecho fundamental a la justicia, entendida como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de justicia, valga decir, de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos, lo cual comprende, a su vez, un conjunto de órganos judiciales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato para resolver conflictos y corregir los entuertos de todas las personas en condiciones de igualdad y sin discriminación (Sala Constitucional de Costa Rica, *Resolución 1587*, 1.7.1992).

El derecho a la justicia incorpora el acceso a la justicia y requiere de un sistema de justicia independiente, con tribunales que ejerzan la jurisdicción de manera universal y que sea congruente con el derecho a la no discriminación. El derecho a la igualdad debe entenderse como fórmula rectora para la interpretación de las normas, que implica no solamente la no discriminación por motivos de sexo, color, nacionalidad, origen, antecedentes o condición social sino también el derecho a la justicia gratuita, rápida, sin formalidades ni burocratización, y en el propio idioma.

A poderes judiciales que aún se hallan lejos de tales metas, ha llegado en tiempos recientes una problemática social multiplicada:

Pienso que (un nuevo) factor que ha ayudado a revelar el quehacer judicial está constituido por la llegada a los tribunales de una cantidad de conflictos moralmente muy complejos de resolver. El reconocimiento de la diversidad y la aceptación de diversas pautas de conducta en sociedades fuertemente católicas (o evangélicas) e intolerantes han producido tensiones y conflictos que muchas veces se han radicado en los tribunales. Temas de libertad de expresión, derechos indígenas, asuntos de discriminación contra la mujer, equilibrios entre desarrollo y defensa del ecosistema, derechos de comunidades homosexuales (de la diversidad sexual, derechos de los enfermos de SIDA) [...], se transforman en litigios judiciales, aumentando la presencia y gravitación de los tribunales en nuestro orden social y cultural (Correa, 2000: 12-13).

Para acceder a la justicia en condiciones de igualdad, las personas deben ser atendidas en el propio idioma. Si un porcentaje de la población no conoce el

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

idioma en el que se difunde la información, ésta adquiere un carácter excluyente. La normatividad reconoce la garantía de estar informado acerca de derechos, obligaciones y oportunidades legales, y el derecho de recibir asesoría, atención o de ser procesado en el propio idioma.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el art. 19 que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; derecho que incluye el de recibir informaciones y opiniones. En el caso de la justicia, para que las personas puedan acceder a ella, deben tener conocimiento de ese derecho y contar con la información necesaria sobre los servicios que van a facilitarle tal acceso a la justicia y acerca de cómo puede utilizar esa estructura para hacer valer su derecho de igualdad ante la ley.

En la segunda categoría, es decir la de aquellos desposeídos que no pueden pagar su asistencia legal, es preciso agregar, a las barreras antes mencionadas, la inexistencia o debilidad de los mecanismos de tutela legal. Las generalizadas deficiencias en el funcionamiento de la justicia tienden a acrecentarse cuando las partes interesadas no tienen recursos económicos. Esta situación alcanza niveles dramáticos en el campo penal, con la desatención de casos en menoscabo de los derechos de inculpados y de víctimas; pero son graves también los casos que requieren solución en conflictos agrarios, laborales, de familia o civiles, y la desatención suele ser especialmente preocupante cuando se trata de migrantes, condición extendida en muchos de los países de la región.

De allí que sea fundamental la definición de una política pública que incorpore al usuario del sistema de justicia como eje principal en su dinámica:

Es el sistema de justicia el que protege al ciudadano contra la delincuencia común o la mala gestión gubernamental, ya sea por motivos arbitrarios o de corrupción. Es el sistema judicial el que proporciona un foro objetivo para la resolución de disputas sobre la base de normas generalmente aceptadas, facilitando así el comercio pacífico, la competencia económica y la inversión productiva. Y es el sistema judicial al que el ciudadano puede apelar directamente sin la intervención de padrinos burocráticos, políticos o económicos, a fin de que se aplique el imperio de la ley para proteger los derechos de los ciudadanos (BID, 1993: 315).

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

### 3. MECANISMOS DE ACCESO A LA JUSTICIA

#### 3.1. Asistencia legal gratuita

La asistencia legal gratuita, conocida también como asistencia jurídica gratuita o ayuda legal o jurídica, es uno de los postulados de todo Estado democrático (Mullerat, 2002: 1). Esta asistencia legal corresponde al derecho de igualdad ante la ley, que tiene toda persona y que implica, cuando la persona carezca de los recursos económicos necesarios para el proceso, contar con asesoría o defensa legal gratuita por parte del Estado, para acceder a una justicia real y efectiva. El derecho de defensa para acceder a la justicia está contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los arts. 3 y 11 que establecen la igualdad de protección ante la ley y, en consecuencia, el derecho de toda persona acusada de delito de contar con un juicio público que asegure las garantías necesarias para su defensa; por tanto, es un derecho fundamental que debe ser garantizado por los Estados miembros.

Tratándose de una persona de escasos recursos, hay dos aspectos que pueden facilitar su acceso a la justicia: el beneficio de litigar sin gastos y la asesoría gratuita otorgada por instituciones sociales y privadas. El primero permite salvar, en parte, el problema económico que tiene la mayoría de la población para acceder a la justicia; el segundo tiene un componente económico adicional, ya que sirve para acercarle las herramientas cualitativas de acceso a la justicia: principalmente, un abogado a quien debido a falta de conocimiento o de dinero no podría, de otro modo, consultar (Roldán y Vidal, 2001: 14).

Respecto a esa segunda vía, puede reconocerse dos tipos de prestaciones:

La primera (que) intenta asegurar el carácter gratuito de la asistencia letrada en casos penales mientras que la segunda intenta asegurar ese objetivo en asuntos no penales (civiles, laborales, administrativos). Ambas prestaciones tratan de garantizar los mandatos constitucionales sobre garantías del derecho constitucional a la libertad personal y tutela judicial efectiva. El carácter gratuito de la asistencia letrada se da siempre en los casos de asistencia letrada al detenido y, en los supuestos configurados legalmente como "justicia gratuita" (Pastor, 1993: 309).

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

En algunos países, la asistencia legal gratuita está regulada de forma expresa en la constitución o por las leyes referidas al Poder Judicial. Su ubicación institucional varía según el país de que se trate; en algunos es responsabilidad de institutos de defensa pública; en otros recae en instituciones autónomas o bien en procuradurías; y también hay casos de instancias dependientes del Poder Judicial (Roldán y Vidal, 2001: 14). La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que el "Estado garantizará una justicia gratuita" (art. 26) (Perdomo, 2003: 10). En Chile, la función de la asistencia jurídica pública y gratuita consiste en facilitar el acceso a la justicia a aquellas personas que no tienen recursos (Valdivieso y Vargas, 2003: 187).

En el ámbito de Centroamérica, la normativa reconoce tanto el derecho de igualdad procesal como el de asistencia jurídica. Guatemala no los tiene reconocidos expresamente en la Constitución pero en ella (arts. 8 y 12) sí se establece los derechos del detenido a que se le provea un defensor y se le permita el acceso libre ante las autoridades judiciales competentes, y la defensa de la persona y la inviolabilidad de sus derechos, respectivamente; además, tales derechos son consignados en la legislación civil y penal. La Constitución de El Salvador reconoce el derecho a asistencia legal gratuita en materia penal y, tratándose de otras materias, se incluye la garantía de audiencia, la gratuidad de la administración de justicia y la creación de la Procuraduría General de la República como organismo encargado de dar asistencia legal a personas de escasos recursos económicos. En Honduras, el Estado tiene la obligación de prestar asistencia legal gratuita a pobres, menores de edad e incapaces (Abrego, 1999: 3). En Nicaragua, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1998 reconoce y regula el derecho a la asistencia jurídica gratuita a favor de personas carentes de capacidad económica. En Costa Rica, se reconoce constitucionalmente la necesidad de la defensa y la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Pensiones Alimentarias incorporan el derecho de las personas de bajos recursos económicos a contar con un defensor público. En el caso de Panamá, el art. 22 de la Constitución reconoce el derecho a la asistencia de abogado y remite su regulación a la ley, disponiendo que ésta arbitre los medios "a quienes por su situación económica no puedan procurárseles por

EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

sí mismos, tanto a través de organismos oficiales creados al efecto, como por intermedio de asociaciones de abogados reconocidos por el Estado" (López, 1999: 3).

En Europa, el principio general consiste en que toda persona que no pueda "hacer frente al coste de la justicia, tiene derecho a beneficiarse de la ayuda legal", según establece el Código de Deontología, aprobado por el Consejo de Abogados de la Unión Europea en 1988 y revisado en 1999, el cual también dispone que "en el supuesto de que el cliente pueda beneficiarse de ayuda legal, el abogado deberá informarle de ello." La asistencia legal gratuita depende, en la mayoría de los casos, de la situación económica del solicitante y existe una gran probabilidad de que sea considerada tratándose de litigios civiles en Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Gran Bretaña, Francia, Liechtenstein, Luxemburgo, Portugal y Suiza. Se regula para que ésta no sea extravagante o caprichosa en Alemania, Austria y Liechtenstein; ni abusiva ni desproporcionada, en Luxemburgo (Murallet, 2002: 6-7).

Quienes se benefician de la asistencia legal gratuita son, pues, personas que no cuentan con ingresos suficientes para costearse asistencia o defensa legal en litigios sobre sus propios derechos. A tal efecto, debe probarse, que no se cuenta con los recursos suficientes y así el juez podrá otorgar tal asistencia; de no probarse, la persona quedará sin poder ejercer su derecho a la asistencia o defensa legal. Éste es el caso argentino, donde el requirente debe demostrar "concretamente la carencia de recursos y la imposibilidad de obtener los necesarios para afrontar la empresa procesal", circunstancias esenciales para el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos. Deben ser consideradas las complicaciones derivadas de normas procesales de caducidad, negligencia, plazos y apelación, entre otros, que resulten de plena aplicación al trámite del beneficio, porque aunque legalmente exista la disponibilidad de un letrado que intervenga para proteger al cliente, el riesgo de que el derecho resulte inexigible por razones procesales no desaparece; de esa cuenta, la persona de escasos recursos que emprende un procedimiento de este tipo corre el riesgo de no alcanzar el beneficio y, seguramente, de no poder hacer valer sus derechos en juicio (Roldán y Vidal, 2001: 15-16).

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

Adicionalmente, en algunos países la ley también establece la asistencia legal gratuita como beneficio para determinados colectivos –como menores de edad, trabajadores, incapaces–, sin tomar en cuenta sus ingresos, cuando litiguen en interés propio y en la jurisdicción específica correspondiente (López, 1999: 4).

Ha de considerarse que los derechos otorgados carecen de sentido si no pueden llevarse a la práctica. El Estado debe, pues, proveer de infraestructura, "maquinaria procesal o recursos requeridos para litigar" (Murallet, 2002: 6) y recursos económicos y humanos necesarios para la asistencia legal gratuita de forma eficiente, en correspondencia con un acceso a la justicia en condiciones de igualdad ante la ley para todas las personas. Esto significa que las personas de escasos recursos puedan acceder a una asistencia legal de la misma calidad de aquella que obtendrían si pudieran pagarla.

Algunos Estados limitan la gratuidad de la asistencia a los nacionales y residentes legales del país, dejando así al margen de este derecho a un número considerable de personas que se encuentran en calidad de inmigrantes indocumentados, usualmente padecen serias limitaciones económicas y resultan así impedidos de acceder a la justicia en cualquiera de sus ramos. Por tanto, en lo que se refiere a asuntos penales, al detenido debería, independientemente de si puede o no puede satisfacer los honorarios de un abogado, nombrársele uno de oficio, el cual debería atenderlo de forma obligatoria (Mullerat, 2002: 3-4).

En definitiva, "la justificación de este subsidio para quienes carecen de medios es de tipo distributivo o de equidad; está basada en el deseo de garantizar que quien carece de medios no sea por ello privado del acceso a la justicia o sufra desigualdad en el proceso frente a quien sí dispone de recursos" (Pastor, 1993: 312). Pero, en algunos casos, su funcionamiento se torna discriminatorio y marginal, al no permitir efectivamente a toda persona ejercer su derecho de acceso a la justicia, dada su condición social o legal.

Un factor que influye en el éxito de la asistencia legal gratuita son las relaciones entre abogados (para el caso de Europa) o defensores públicos (para el de América Latina) y usuarios; estos últimos en muchos casos carecen de confianza

## EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

respecto de los primeros. Este hecho tiene que ver, por un lado, con la falta de libertad del usuario para elegir a su abogado; y, por otro, con la percepción de que los abogados de oficio no tienen la capacidad técnica para llevar adelante exitosamente un litigio. Cabe la renuncia a la designación de abogado o defensor público y el libre nombramiento de uno; pero el problema reside en que el usuario que requiere este tipo de asistencia no tiene recursos económicos para contratar libremente un abogado de su confianza. El Estado debería estar en condiciones de proporcionar abogados o defensores públicos con calidad profesional probada, para fundar la confianza del usuario. Estos profesionales, además, deberían contar con independencia de actuación; es decir, no estar vinculados ni depender de otros organismos del Estado, como el legislativo y el ejecutivo, con el objeto de evitar parcialidad en su actuación en razón de vinculaciones con el gobierno o con algún grupo político partidario.

El otro camino para proveer asistencia legal gratuita corresponde a instituciones sociales y privadas, prestadoras de servicios alternativos, paralelos o complementarios al otorgado por el Estado. A ellas pueden recurrir las personas, en busca de ayuda legal, no sólo en razón de carencia de recursos sino debido a la centralización de los servicios jurídicos estatales, la ausencia de atención legal en su idioma, la distancia, la ilegalidad de su situación personal en el país de residencia y otra serie de limitaciones propias de las condiciones personales y de la diversidad social. El funcionamiento de estas instituciones en América Latina, por un lado, ha aliviado enormemente a la administración pública, respecto de su obligación de garantizar el derecho de igualdad ante la ley y, por otro, ha brindado la oportunidad de asesoría y defensa legal a muchas personas a quienes, de otro modo, les quedaría vedado el acceso a la justicia.

Entre estas instituciones se puede contar colegios de abogados, bufetes populares, escuelas y facultades de derecho de diversas universidades, iglesias, organismos no gubernamentales, asociaciones y fundaciones, que ofrecen establemente un servicio jurídico en determinada materia y dirigido a ciertos grupos sociales; sobre todo a aquéllos marginados o discriminados. En Inglaterra funcionan los centros jurídicos y las oficinas de asesoramiento al ciudadano para atender asun-

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

tos de vivienda; la Junta de Quejas Públicas de Suecia protege y atiende a consumidores de clases bajas y medias; en España existen los servicios de orientación jurídica dentro de los colegios de abogados, para atender a menores de edad, mujeres, extranjeros y presos; funcionan financiados por las comunidades autónomas o los ayuntamientos, y los servicios son prestados voluntariamente por los abogados (López, 1999: 6). Sobre esta última modalidad de servicios de asistencia legal se entiende que se trata de un servicio retribuido con fondos comunales para el cual los abogados se inscriben de manera voluntaria.

En Chile la modalidad adoptada es la de las corporaciones de asistencia judicial, que reciben subvenciones del Ministerio de Justicia para otorgar asistencia judicial y prestar servicios jurídico-sociales a las personas de escasos recursos; usualmente tienen convenios con municipalidades en todo el país, con el objeto de atender consultorios y financiar algunas de sus actividades (Valdivieso y Vargas, 2003: 187). En Argentina, varios colegios de abogados, universidades –como la Universidad de Buenos Aires, que formó el Práctico Profesional basado en la atención gratuita y que representa a los indigentes en distintos litigios judiciales– y parroquias católicas cuentan con gabinetes de abogados para atender a personas de escasos recursos (Roldán y Vidal, 2001: 18).

### 3.2. Asistencia legal a las víctimas

Las reformas penales implementadas en la región en los últimos diez años, reimpulsaron el tema de la víctima, lo que condujo a importantes modificaciones legales que dieron mayor participación a la víctima dentro del proceso, principalmente durante las audiencias orales. Asimismo, se creó y fortaleció oficinas u otras iniciativas encaminadas a brindar atención básica a las víctimas directas y colaterales de delitos.

La atención legal a víctimas en el marco del sistema de justicia corresponde al intento de dar respuesta a quienes adquieren esta condición en relación a un hecho tipificado como delito. En este aspecto, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (Naciones Unidas, 1985) establece en el inciso 1) que:

## EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Esa definición de "víctima" resulta extendida, en el inciso 2), a "los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización."

Sin embargo, desde su origen, la justicia penal había considerado que la mejor retribución a la víctima es la satisfacción de su deseo de venganza y por lo mismo, al obtener la condena, la víctima quedaba reparada. Este postulado —que resultó cuestionado, tanto desde el plano puramente penal como desde la eficacia frente al conflicto social y al interés de la víctima— condujo a que la persona agraviada fuera desplazada y olvidada por el sistema, especialmente en lo que refiere a sus reales intereses y necesidades, que no necesariamente corresponden al deseo de aplicar un castigo retributivo.

El sistema penal nació en nombre de la víctima pero se orientó hacia el imputado, su persecución y procesamiento, bajo el signo de la venganza y el castigo; durante siglos, esto sólo ha cambiado para limitar el poder penal del Estado —a través del reconocimiento de garantías— y asegurar el respeto a la condición humana del sindicado. En su afán de perseguir y castigar, el sistema penal olvidó a la víctima y esto dio lugar a un reclamo reafirmado en los últimos años. En este aspecto debe coincidir con el juicio de Zaffaroni sobre el funcionamiento del sistema penal: "El dolor y la muerte que siembran nuestros sistemas penales están tan perdidos, que el discurso jurídico-penal no puede ocultar su desbaratamiento, valiéndose de su vetusto arsenal de racionalizaciones reiterativas; nos hallamos frente a un discurso que se desarma al más leve roce con la realidad" (Zaffaroni, 1989: 16).

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

Las reformas legales y la creación de oficinas o unidades de atención a la víctima, corresponden a dos tipos de respuesta a aquella situación. Un primer tipo de respuesta da participación e incidencia a la víctima en el proceso, pero no deja de tener como el centro de su atención al imputado y como respuesta principal, el castigo. El avance de la justicia en temas como atención legal a víctimas, métodos alternativos de resolución de conflictos, medidas desjudicializadoras, derecho indígena o participación ciudadana, tampoco implica un cambio en su naturaleza o carácter. Estos y otros temas operan, en realidad, fuera del sistema y permiten atender el conflicto y sus efectos desde perspectivas y respuestas no penales. Tratándose de conflictos familiares, vecinales, comunitarios, laborales, daños a la propiedad, incumplimiento de contratos o deudas, las partes en conflicto tienen el poder de decisión sobre el acuerdo, que resulta así apropiado por ellas, en tanto son quienes lo proponen y aceptan libremente.

La creación de las oficinas o unidades de atención a las víctimas dentro de entidades de justicia constituye una contradicción interna y, a la vez, una iniciativa utilizada políticamente a favor de la imagen institucional. Si bien la creación de estas oficinas está amparada usualmente por leyes ordinarias y reglamentarias, su incorporación orgánica y funcional resulta difícil. Al igual que la víctima —que es desplazada por la naturaleza o el carácter del sistema penal—, las oficinas de atención son relegadas, debido a que las entidades de justicia poseen la misma naturaleza o carácter del conjunto del sistema. Aún así, las iniciativas de atención a las víctimas ya forman parte de aquello que comprende el acceso a la justicia, y queda pendiente la definición de la forma más conveniente en la que puedan operar dentro del sistema.

La relación entre acceso a la justicia y atención a las víctimas parte de dos realidades: (i) la sanción penal no es una respuesta satisfactoria a sus necesidades de reparación, y (ii) su ingreso y participación en el sistema extiende o aumenta el sufrimiento causado por el delito. De estos dos factores se deriva que las oficinas de atención a la víctima deban orientar sus esfuerzos a las áreas no cubiertas por la administración de justicia, así como propiciar la disminución de la sobre-victi-

## EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

mización producida por el sistema penal. El origen de este último aspecto se halla en que

Frecuentemente la víctima del delito no tenga información sobre sus derechos, que no reciba la atención jurídica correspondiente, que sea completamente mediatizada en su problema y que, más aún, en muchos casos, reciba un tratamiento que le significa ahondar la afectación personal sufrida con el delito, implica que los operadores del sistema penal procesal le determinan características de desamparo e inseguridad, con lo cual se reafirma su etiqueta de víctima (Solé y Larrauri, 1999: 6).

En otras palabras este segundo tipo de reacción del sistema, se orienta a dar respuesta psicológica, emocional, física, social y a procurar que la persona afectada, participe como sujeto y no como objeto dentro del sistema. El acceso a la justicia en este plano tiene un carácter eminentemente humano, reparativo y de protección frente a las imperfecciones del sistema.

No obstante, este tipo de iniciativa viene a ser un contrasentido en el carácter e impulso de una entidad de justicia, dado el carácter prioritario que tiene en este caso la persecución penal frente al interés o a la problemática particular de la víctima, de ahí el reto que implica integrarla orgánica y funcionalmente, a partir del hecho de que involucrar otras disciplinas en un ambiente eminentemente jurídico representa una seria dificultad. Sin embargo, esto no le resta validez y legitimidad al esfuerzo, especialmente a partir de la deuda histórica que representa para el sistema de justicia el no dar respuestas satisfactorias a un actor tan importante del conflicto como la víctima, en un contexto de impunidad y daño social en el que operan las entidades de justicia en la región.

### 3.3. Defensa pública

394

El acceso a la justicia requiere disponer de mecanismos de tutela legal para la gran masa de desposeídos que, a partir de la marginalización y la exclusión social prevalecientes en la región, hacen de la delincuencia su forma de vida ordinaria, sin que se vislumbre una opción preventiva que compense la cultura de la represión que caracteriza a nuestros Estados.

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

A este respecto, la prevención social sigue siendo irremplazable, aunque su eficacia puede verse afectada hoy día, limitada por las presiones de los ciudadanos y algunos grupos sociales (policía y políticos) que invocan, no sin razón, la existencia de factores sobre los cuales las medidas preventivas han de actuar, tales como la disolución del grupo familiar, el abandono de la misión educativa de la escuela o la influencia de los medios de comunicación en la creación y determinación de ciertas percepciones sociales sobre la criminalidad y el delincuente, sin olvidar que sus posibles efectos, de realizarse, lo serán a largo plazo. El verdadero valor de este enfoque consiste [...] en atacar las causas profundas de la delincuencia y, al hacerlo, contribuir a un mundo con una mejor calidad de vida (CAJ, 2003: 67).

Un aspecto débil de la asistencia legal reside en los sistemas de defensa a cargo del Estado que, pese a su carácter público, derivado de compromisos convencionales y constitucionales, no han encontrado un desarrollo adecuado. De manera reiterada, se constata debilidades en los sistemas de defensa pública y, por ende, en las intervenciones específicas de los defensores, algunos de los cuales ni siquiera ostentan un título profesional —como ocurre en Nicaragua, donde los defensores de oficio pueden ser personas sin título y, en ocasiones, pasantes de derecho—. Esta debilidad tiene un efecto pernicioso sobre el sistema debido a que el defensor no proyecta una efectiva defensa, de tal manera que ésta genere un cambio favorable en las decisiones de los operadores de justicia:

La defensa en juicio actúa como el motor de las otras garantías, es decir, tiene un carácter operativo. Las demás garantías tienen, en cierto modo, un carácter estático hasta que el defensor las pone en marcha, las torna reales dentro de la vida concreta de los ciudadanos. Esto supone claro está, un cierto grado de desconfianza frente al Estado: no se trata simplemente de observar la ley y dejar que el Estado se auto limite en su ejercicio; también se le va a proporcionar al imputado un asesor para que pueda vigilar si se están cumpliendo las reglas del juego (Binder, 1993b: 9).

La práctica tribunalicia sigue la tendencia de arbitrariedad y represión impuesta en el Estado, de manera que, pese a la adopción de sistemas procesales acusatorios, los abusos en el sistema penal siguen reiterándose. Desde la intervención de la policía, que no respeta los plazos constitucionales dispuestos para poner al detenido a la orden de autoridad competente, hasta las decisiones carentes de

## EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

fundamento de los jueces para restringir la libertad de las personas, son innumerables las disfunciones del sistema. En ese marco, la intervención del defensor público ni siquiera es reconocida como una gestión capaz de ser valorada o tomada en cuenta por la autoridad judicial.

Existen otras irregularidades de gravedad, como detenciones por faltas, ingresos a prisión sin orden de juez, abuso en la aplicación de la prisión preventiva, utilización de prueba ilegítima que, pese a violentar de manera flagrante el derecho de defensa, suelen ser escasamente cuestionadas por los sistemas de defensa pública. Como resultado, por ejemplo, los porcentajes de presos sin condena siguen siendo alarmantes en la mayoría de Centroamérica y Panamá: Honduras, 76%; Guatemala, 60.9%; Panamá, 57.6%; El Salvador, 49.8%; Nicaragua, 30.8% y Costa Rica, 25.5% (PNUD, 2003: 2). Tales hechos ocurren, en cierta medida, debido al escaso desarrollo técnico en el ejercicio de la defensa pública, asociado al reducido espacio político ganado por él tanto en el interior del sistema de justicia como en la proyección externa en los medios de prensa y la sociedad civil.

Más allá de tales carencias, la defensa pública —con institucionalización, independencia y calidad técnica— sigue representando una opción de desarrollo político para la justicia democrática. La presencia del defensor en el proceso obedece al mandato constitucional del derecho a la defensa. Por lo tanto, si bien el defensor comparece en el proceso con el fin de tutelar intereses particulares —los del imputado—, lo hace en virtud de un fin público: el de administrar justicia rectamente. Será poca la contribución que haga el sistema de defensa pública al acceso a la justicia si, además de contar con un marco jurídico que le asegure independencia funcional, autonomía presupuestaria y cobertura geográfica, no cuenta con un componente profesional que pueda ejercer a cabalidad la defensa técnica.

La formalidad consistente en suministrar al imputado un defensor de oficio ha sido cumplido por el sistema de justicia. El derecho de defensa, por lo general, fue satisfecho mediante la designación formal de un defensor —no necesariamente abogado— que, en el marco escrito del sistema inquisitivo, poco o nada hizo para ejercer una mínima defensa técnica. La adopción de sistemas procesales

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

acusatorios —con principios de oralidad, intermediación y contradicción— no termina de asegurar una verdadera defensa técnica, ejercida por profesionales competentes, ya que en muchas ocasiones la normativa novedosa sigue siendo aplicada con los viejos conceptos y esquemas de trabajo por los operadores de justicia.

La defensa debe, pues, ser ejercida por profesionales, sobre la base de un sistema de organización que brinde al abogado defensor el apoyo técnico necesario en el desempeño de su función. Ejercida de forma oportuna, es decir, desde el momento en que la legislación reconoce tal derecho, una verdadera defensa tiene como objetivo obtener a favor del imputado la mayor cantidad de beneficios legales posibles. Se entiende que el acompañamiento legal del defensor público se debe producir cuando el imputado comparece a rendir su primera declaración, ante el juez o el fiscal; en algunas legislaciones, como el Código Procesal Penal de Guatemala, se dispone que el derecho de defensa puede hacerse valer por sí o por medio de su abogado defensor desde el primer acto del procedimiento en su contra y hasta su finalización.

La oportunidad en el ejercicio de la defensa se convierte no sólo en un imperativo legal sino también en una exigencia básica para el servicio de asistencia legal que proporcionan los sistemas de defensa pública. Esto, especialmente, en relación con la tutela de los derechos fundamentales que la defensa debe ejercer cuando el imputado se encuentra librado a la autoridad incontrolada de la policía, debido a que "nuestros sistemas policiales están a tal punto inficionados por problemas de abuso, corrupción e instrumentación política [...] que genera(n) una legitimación en espiral de los abusos que se pretende erradicar" (Elbert, 1998: 80). El ejercicio de la defensa oportuna representa una de las fallas más frecuentes en los sistemas de la región y se yergue como un enorme obstáculo para el acceso a la justicia en igualdad de condiciones. En concreto, a las comisarías y delegaciones policiales los abogados se hacen presentes sólo cuando ejercen el cargo en forma privada, mientras que la clientela del sistema de defensa pública ve postergarse su necesidad y derecho de comparecer ante juez o de defender sus intereses legalmente ante las autoridades policiales.

## EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

La continua sustitución de los abogados defensores es una situación que se produce de ordinario en los sistemas de defensa pública, dada la escasa planilla de abogados con la que cuentan. Esta constante afecta severamente la relación imputado-defensor y, con ello, la implementación de una buena estrategia de defensa. Tal debilidad, constatada en el funcionamiento del servicio, plantea la necesidad de que el defensor público permanezca en la función a lo largo de todo el proceso, sin que se produzcan sustituciones; especialmente, cuando ya se han fijado las fechas para las audiencias orales.

El otorgamiento discriminatorio de mayor atención al abogado privado que al defensor público ocurre, en alguna medida, debido a la falta de argumentación técnica del defensor público en razón de su escasa preparación, su desinterés, la falta de estímulos institucionales o la inexistencia de mecanismos de asesoría para el manejo de casos y de control de gestión de los responsables del sistema de defensa pública.

En relación con la experiencia latinoamericana en el desarrollo de sistemas de defensa pública, en Centroamérica, Honduras, en 1989, El Salvador, posteriormente y Guatemala, en 1992, instauraron la defensa pública. Las entidades respectivas fueron reforzadas mediante planes piloto apoyados por la cooperación internacional, con ocasión de la entrada en vigencia de los códigos procesales penales, en 1996 en Guatemala y en 2002 en Honduras, y de haberse institucionalizado la Procuraduría General de la República en El Salvador, en 1994. En Guatemala, el Instituto de Defensa Pública Penal opera de manera autónoma, pero en Honduras la Corte Suprema de Justicia asumió la defensa pública desde 1992. En Nicaragua, la defensa pública se creó en 1999 mediante una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero Costa Rica inició su experiencia de defensa penal en 1969, adscrita al Poder Judicial (Ferrandino, 2002: 1-5).

398

En Bolivia, el Sistema de Defensa Pública opera a través del nombramiento de un defensor de oficio nombrado por el Poder Judicial o de defensores públicos que pertenecen a la Dirección Nacional de Defensa Pública, del Ministerio de Justicia. En Chile, la Defensoría Penal Pública está sometida a la supervigilancia



## EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

do les represente un beneficio por lo menos equivalente al que hubieran obtenido recurriendo al sistema oficial.

No obstante el hecho de que, "a pesar de las diferencias, los modelos vienen marcados por una misma filosofía, en esencia la de recuperar el conflicto y no en los problemas procesales u organizativos" (González Álvarez, 2000: 116), se ha señalado que existen tres motivaciones para el establecimiento de los MARC (Vargas 2001: 1-10). La primera los concibe como métodos alternativos a los sistemas formales –percibidos como difíciles, lejanos y costosos–, para que los excluidos de ellos tengan acceso a la justicia. En este sentido, los MARC proveen un servicio que el Estado no está en condiciones de proporcionar a través de los tribunales. La segunda motivación los concibe como mecanismos eficientes para descargar a los tribunales de la cantidad de trabajo que los abruma y que no realizan con eficiencia. En esta postura hay que distinguir dos tesis: la primera propugna que los MARC atiendan a cualquier persona, ya que la razón de acudir a ellos corresponde a que son flexibles, eficientes y baratos; y la segunda sostiene que los MARC pueden trasladarse a sistemas privados, principalmente cuando se trate de casos civiles y comerciales, cuyas consecuencias no trascienden a la comunidad. De esta cuenta, el Estado se descargaría de la tarea y del costo de solución de casos de índole privada. Finalmente, la tercera motivación concibe a los MARC como sistemas para resolver conflictos con mayor calidad que la judicial. Aquí se encuentra dos argumentos: el primero, sobre conciliación y mediación, considerados como métodos cooperativos que facilitan soluciones democráticas y participativas, una mayor comunicación entre las partes y la cultura de diálogo; y, el segundo, que subraya la calidad técnica en el caso de los arbitrajes, ya que el árbitro puede ser un experto en la materia específica sobre la que versa el conflicto.

Vargas (*op. cit.*) señala también que estas contradicciones favorecen la posición de quienes se oponen al establecimiento y expansión de los MARC, con el múltiple argumento de que (i) son sistemas inaceptables debido a constituir una "justicia de segunda clase", reservada a quienes no pueden acceder a la justicia estatal; (ii) favorecen a los poderosos en razón de la desigualdad que puede haber entre las partes y no resulta compensada por la intervención del tercero; (iii) se tuerce en

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

ellos la voluntad del legislador a través de la libertad para alcanzar soluciones, lo que viola la igualdad ante la ley; y (iv) lesionan el derecho de defensa, sobre todo cuando se acepta su funcionamiento sin intervención de letrados. La controversia ha significado un obstáculo para la incorporación de los MARC en las legislaciones de la región. No obstante, los MARC están siendo utilizados en toda Latinoamérica, en varios países están regulados legalmente –Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Perú y Venezuela– y en otros constituyen experiencias piloto impulsadas por el Estado, por instituciones sociales y privadas o por la cooperación internacional; tales son los casos de Guatemala, Chile, El Salvador, México, Paraguay, República Dominicana y Uruguay (Álvarez y Highton, 2001: 1-17).

Aunque es en la década de los años noventa cuando los MARC empiezan a ser conocidos y valorados, existe un antecedente como el de Colombia, que en 1890 incorporó el arbitraje al Código Procesal Penal, en 1920 una ley remitió la solución de conflictos laborales a la negociación y conciliación entre empresarios y obreros, y en 1923 se recurrió a un arbitraje internacional. Probablemente en razón de esta tradición, Colombia reconoce a los MARC como una forma de administrar justicia en la Constitución de 1991, cuando se buscaba descongestionar y superar la crisis judicial de la década anterior. Otro caso interesante es el de Perú, donde la justicia conciliadora data de la época colonial a través de la institución de la justicia de paz, aunque este método empieza a ser reconocido formalmente hacia finales de los años ochenta; y, en general, era utilizado por los pueblos indígenas, desde la época precolombina, para resolver conflictos.

Los MARC abarcan la conciliación, la mediación, la negociación y el arbitraje, cada uno con modalidades y ámbitos de aplicación establecidos en las regulaciones legales de los Estados. Por ejemplo, en Argentina, la legislación regula en la etapa prejudicial, la mediación, la conciliación y el arbitraje, y si bien se prevé la designación del mediador o conciliador por sorteo judicial o ministerial, según sea el caso, éstos se desarrollan en el ámbito privado, es decir, fuera de la esfera estatal, sea jurisdiccional o administrativa; en algunos casos, como en los relacionados a los derechos de los trabajadores, existe tutela por parte del Estado (Álva-

## EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

rez y Highton, 2001: 1-17). En la mayoría de los países latinoamericanos, conciliación y arbitraje fueron introducidos, primero, en materia comercial e impulsados por las cámaras de comercio. Su uso se extendió luego en las áreas comercial, civil, laboral y agraria.

En cuanto a la conciliación penal, su justificación está emparentada con la crisis de efectividad del sistema penal. La crisis de la prisión y de los fines de la pena, de la reeducación y de la resocialización justifica recurrir a otros métodos para obtener resultados más positivos. La conciliación y, en particular, la reparación, han venido a restablecer y hacer más efectivos los postulados tradicionales del derecho penal —que mantienen una base más teórica que real—, buscando hacer del proceso un sistema más confiable y creíble en la práctica cotidiana. Desde luego, "la conciliación víctima-delincuente, debe ubicarse dentro del derecho penal y regirse según sus principios generales, aunque se lleve a término fuera del proceso penal. La conciliación víctima-delincuente necesita por consiguiente del derecho penal para decidir qué es delito, quién es el delincuente, quién es la víctima" (González Álvarez, 2000: 119).

En la región, algunas legislaciones adoptaron métodos alternativos para dirimir el conflicto penal. Estas opciones pueden ser clasificadas en tres grupos. El primero admite la conciliación en forma directa como una causa extintiva de la acción penal (Colombia, Costa Rica, El Salvador, Venezuela) y la incluye como una forma de eximirse de la aplicación de una pena privativa de libertad (Brasil). El segundo acepta la conciliación como un presupuesto para aplicar la suspensión provisoria del proceso, o bien un criterio de oportunidad por parte del Ministerio Público (Guatemala y Perú; en Europa puede citarse a Portugal). El tercer grupo no admite la conciliación en delitos de acción pública para la justicia penal de adultos (Bolivia, Chile, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay; en Europa puede citarse España) (González Álvarez, 2000: 124).

402

En relación con los pueblos indígenas, existen diversas experiencias. En Colombia, se reconoce funciones jurisdiccionales a las autoridades de los pueblos indígenas de acuerdo al derecho tradicional, en su ámbito territorial, y siempre y cuando no se

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

contraría la Constitución y las leyes de la República. En Chile, el juez civil actúa como conciliador en el marco de la legislación de protección de los derechos de los indígenas (Álvarez y Highton, 2001: 1-17). En Guatemala, el Código Procesal Penal dispone que en la conciliación puede aplicarse usos y costumbres de las diversas comunidades, siempre y cuando no se viole las garantías constitucionales ni los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En Perú, las autoridades campesinas y nativas pueden ejercer funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial conforme al derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (González Álvarez, 2000: 122).

Actualmente, los MARC se presentan como instrumentos para solucionar nuevas modalidades de conflictos. En Bolivia, los conflictos socio-ambientales —derivados de la situación económica del país originada por la explotación de petróleo— han motivado a las comunidades a negociar con las empresas el resarcimiento por daños ambientales y culturales; sin embargo, los procesos no han sido transparentes. En algunos países se ha creado oficinas o centros especializados para la resolución de conflictos de forma alternativa: Nicaragua creó la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos (DIRAC); Colombia, los Centros de Arbitraje y Conciliación; Guatemala, los Centros de Mediación y Conciliación; Perú, los Centros de Conciliación; y Uruguay, el Centro de Conciliación y Arbitraje. A través de estos centros se ha realizado actividades de capacitación y difusión sobre los MARC, llegándose a impulsar especializaciones universitarias y maestrías (Colombia) y el trabajo con medios de comunicación (Álvarez y Highton, 2001: 1-17).

Al mismo tiempo, se empieza a perfilar la participación de terceros institucionales en los conflictos sociales: en Bolivia, la Iglesia Católica, a través de la Conferencia Episcopal, y el Defensor del Pueblo son mediadores y facilitadores; y en Nicaragua, la negociación en el ámbito político y gremial (sindicatos, Estado y sector privado) involucra a personalidades relevantes del país con el fin de asegurar su cumplimiento (Álvarez y Highton, 2001: 1-17).

En la percepción de los resultados de los MARC existen resultados diversos y opiniones encontradas. De forma general, puede mencionarse como inconve-

## EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

nientes: el bajo nivel profesional y la insuficiente capacidad técnica del personal a cargo, y la escasez de recursos financieros, humanos y materiales; éstos son los mismos problemas que enfrentan las instituciones del sistema de justicia en la región latinoamericana y que constituyen un límite en el acceso a la justicia. Particularmente, se señala que los MARC no alcanzan su finalidad en cuanto a descongestiónamiento, desconcentración y agilidad en la administración de la justicia; en el caso de Perú se les critica por la falta de orientación clara para su aplicación e implementación; en México se ha señalado que este tipo de salidas jurídicas no han contribuido a mejorar la justicia, sino que han sido utilizadas por el sistema político en situaciones que bordean la ingobernabilidad o para legitimar fraudes, crisis económicas, expropiaciones y convertir en deuda pública los errores administrativos del sistema financiero; y en Bolivia se les acusa de brindar un aporte reducido, en cuanto no se encaminan a la transformación de las relaciones humanas (Álvarez y Highton, 2001: 1-17).

Aunque estas afirmaciones son válidas, porque se refieren a hechos que afectan la credibilidad y la confianza en los MARC, debe tenerse en cuenta que el diseño y funcionamiento de ellos es reciente, y que se requiere de estrategias para reformarlos y mejorarlos. Por otro lado, es innegable que los MARC permiten, en muchos casos, la apertura de espacios de diálogo, consenso y conciliación entre las partes, cuyo manejo se hace difícil en el sistema formal de justicia debido a lo específico de la materia o a la burocracia que hace lento el acceso a la justicia y la aplicación de soluciones. Algunas experiencias prueban que los MARC han servido para el descongestiónamiento judicial (Nicaragua y Guatemala) o como "un aporte invaluable para la tolerancia y convivencia cotidiana" (Argentina); otros países hacen esfuerzos para fortalecerlos en cuanto al mejoramiento del recurso humano, a través de capacitación a mediadores para incrementar la participación, el protagonismo y la satisfacción de la ciudadanía (Chile); en ciertos casos, se plantea convertir a los MARC en una instancia prejudicial obligatoria en procesos civiles, comerciales y contencioso administrativos (Colombia) (Álvarez y Highton, 2001: 1-17).

El posicionamiento de los MARC en una sociedad dada dependerá, en gran medida, de dar a conocer a la opinión pública las posibilidades de solución de

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

conflictos, de las que son portadores. Pero este conocimiento debe ir acompañado de la capacidad para responder, con prontitud y efectividad, a la demanda que pueda ocasionarse. Se requiere recobrar un método que es parte de la idiosincrasia de los pueblos de América Latina: los indígenas lo utilizaban para resolver conflictos y en la mayoría de las relaciones humanas lo utilizamos para solucionar nuestras diferencias o conflictos. Se necesita, además, recobrar la confianza de las personas en la justicia y motivar una concepción diferente de ésta, enfocada en métodos que puedan proporcionarle resultados rápidos, a menor costo, mediante soluciones transaccionales y de forma satisfactoria.

### 4. CONCLUSIONES

Cualquier búsqueda de cambio relacionada con la justicia requiere de diversos frentes de acción, pero a la vez —y he aquí el verdadero reto— bajo una dinámica armonizada. Al acercarse a una perspectiva sistémica del cambio, conviene descubrir y entender las diferentes áreas hacia las que se orientan los esfuerzos existentes a favor del acceso a la justicia, poniendo en evidencia su estrecha vinculación.

El acceso a la justicia requiere necesariamente de decisiones políticas favorables por parte de altas autoridades de las entidades del sistema de justicia. También se necesita la participación de las cámaras o congresos legislativos y del Poder Ejecutivo, instancias de gran responsabilidad que, generalmente, no se sienten comprometidas con esta temática, siendo así que está en juego el fortalecimiento y la credibilidad de las instituciones vinculadas a la resolución de conflictos sociales. Esta falencia se halla relacionada con determinadas resistencias y algunos intereses creados, de los cuales son portadores los actores con mayor cuota de poder formal. Las iniciativas de acceso a la justicia proponen pérdidas importantes de poder jerárquico o institucionalizado y, cuando son apoyadas en el nivel del discurso político, cabe preguntarse cuán coherentes y consistentes son las prácticas consiguientes con tal discurso. La respuesta seguramente descubrirá que:

El desarrollo de las mismas ha estado altamente contaminado con intereses político partidistas. Frecuentemente bajo la retórica de establecer nuevas bases para

## EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA

un Poder Judicial independiente se esconden esfuerzos de gobiernos y partidos por mantener la máxima dependencia posible. Son escasas las señales de poderes judiciales fuertes luchando por su propia independencia y la sola idea de que los otros poderes del Estado serán capaces de concederles esta independencia resulta poco creíble en los contextos latinoamericanos (Correa, 2000: 10).

La brecha entre discurso y práctica de las autoridades se ha convertido en una cultura estatal, gracias a la repetición de comportamientos políticos irresponsables e incoherentes, que son una fachada o retoque de la justicia y configuran cierta impunidad institucional.

El problema no se agota en esos rasgos. Existen factores supra estatales que se evidencian más en las intimidades del poder del más alto nivel. La justicia en América Latina está cada vez más desbordada por: (i) el crimen organizado, la corrupción y el narcotráfico; (ii) la influencia de viejas y nuevas estructuras militares asociadas a los factores mencionados; y (iii) el ilimitado poder de los grupos oligárquicos. La posibilidad de una administración de justicia efectiva se enfrenta a una lucha desigual debido a que los grupos de poder fáctico poseen recursos y fuerza coercitiva superiores a los otorgados al Poder Judicial por los Estados.

El poder de tales grupos ha crecido frente al Estado y la sociedad. Las capacidades de respuesta efectiva se encuentran dormidas, no perdidas, como suele pensarse en momentos de "calamidad institucional". El Estado y la sociedad cuentan con recursos pero tienen ante sí un gran desafío: "democratizar al Poder Judicial en el sentido de aumentar la adhesión de los jueces a los valores democráticos" (Correa, 2000:10) y descubrir la fuente de poder real para el cambio que representa la participación social.

406 La posibilidad de cambio depende de sumar fuerza política, a mediano plazo, tanto en el Estado como en la sociedad, buscando unidad de enfoques y criterios sobre el *qué* de la justicia y articulando acciones alrededor del *cómo*. El factor político da el marco y la orientación a otros esfuerzos, pero es uno de los más descuidados.

## ACCESO A LA JUSTICIA

.....

El acceso a la justicia requiere de un marco normativo constitucional favorable, y de un ordenamiento sustantivo, procesal y reglamentario, congruente con la realidad política, social, económica y cultural de la sociedad. Esta necesidad no ha sido considerada históricamente en la región, debido a que el derecho ha sido un instrumento de dominación y no ha resultado del consenso social.

Los cambios impulsados (en materia de defensa pública, derecho consuetudinario, resolución de conflictos, etc.) en las legislaciones constitucionales latinoamericanas, a raíz de la reconstrucción de la democracia y con apoyo de la comunidad internacional, se han tropezado con una cultura institucional y social contraria al Estado de Derecho. Los tribunales constitucionales enfrentan permanentemente el boicoteo político de otros sectores estatales y no estatales, que se encuentran aún en una cultura dictatorial.

Las reformas legislativas se han centrado en la justicia penal como la materia casi exclusivamente atingente al acceso a la justicia, desplazando peligrosamente el desarrollo legislativo en las materias civil, laboral, fiscal y agraria. Esto ha traído como consecuencia la penalización de los conflictos sociales y el congestionamiento del sistema de justicia penal, cuya capacidad de respuesta ha sido rebasada cuantitativa y cualitativamente.

Se observa periódicamente el apoyo a iniciativas casuísticas, aisladas o coyunturales, que responden a intereses particulares y que crean contradicciones, crisis y retrocesos en el sistema de justicia. Inclusive se impulsa proyectos de ley claramente contrarios a las constituciones nacionales y, en la práctica judicial, se da a los preceptos una valoración contraria a lo normado. No se puede hablar de acceso a la justicia sin Estado de Derecho, así como de éste sin hacer valer el poder jerárquico de la constitución en cada norma y práctica judicial. Ignorar este criterio esencial del orden jurídico ocasiona que las disposiciones legales sean invocadas recurrentemente como excusa para negar o hacer más difícil el acceso a la justicia.

Las dificultades en el funcionamiento y acceso a la administración de justicia constituyen en sí un sistema de carácter negativo, sobrepuesto al sistema formal

**EN BUSCA DE UNA JUSTICIA DISTINTA. EXPERIENCIAS DE REFORMA EN AMÉRICA LATINA**

---

establecido para la administración de justicia en la ley. Para favorecer el acceso, se requiere esfuerzos de distinta naturaleza, que sólo juntos pueden provocar un cambio. De igual forma, las iniciativas de cambio y fortalecimiento deben ser impulsadas con una perspectiva sistémica, que permita la sinergia entre las mismas. Este principio fundamental de interdependencia reafirma la tesis de que ninguna iniciativa por separado ha sido ni será capaz de provocar un cambio estructural y sostenible en el funcionamiento y el acceso a la justicia, por muchos recursos, tiempo y voluntad política que sean invertidos en su ejecución.