



Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448

revistaiusta@usantotomas.edu.co

Universidad Santo Tomás

Colombia

BURGOS, GERMÁN

El estado de derecho en América Latina: ¿artífice de la igualdad o factor de desigualdad?

Revista IUSTA, vol. 1, núm. 25, enero-junio, 2006, pp. 141-177

Universidad Santo Tomás

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358683008>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# El estado de derecho en América Latina: ¿artífice de la igualdad o factor de desigualdad?

GERMÁN BURGOS\*

Fecha de recibido: enero 24 de 2006

Fecha de aprobación: marzo 24 de 2006

## RESUMEN

En este artículo se sostiene que la institucionalidad del Estado de derecho en América Latina, si bien ha logrado avances formales, no ha permitido avances claros en materia de igualdad. Por el contrario, en determinados ámbitos, como el acceso a la justicia y la regulación de la economía, aquel se ha convertido en un factor de exclusión y no de integración social. El anterior rol cumplido por las instituciones jurídicas se entiende si se tiene en cuenta que éstas no pueden considerarse al margen de las relaciones de desigualdad y marginación que caracteriza a las sociedades latinoamericanas.

## PALABRAS CLAVE

Estado de derecho, igualdad ante la ley, igualdad material, acceso a la justicia, derechos humanos.

## ABSTRACT

In this article is supported that the unconstitutionality of the state of right in Latin America had gotten formal advances but it doesn't allow clear advances in equality matter. On the contrary, in some topics like justice access, the regulation of the economy, the state of right had converted in an exclusion factor instead of social integration. This role performed by juridical institutions is understood if it is taken into account that these institutions can't be considered at the side of inequality relationships and exclusion that characterize the Latin American societies.

## KEY WORDS

State of right, equality in front of law, material equality, access to justice, human rights.

\* Docente de las Universidades Nacional de Colombia y Externado de Colombia. Miembro del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos -ILSA-.

## 1. Introducción

Históricamente, la desigualdad en América Latina ha estado reflejada y alimentada por diversos arreglos de carácter jurídico. La colonia cimentó a través de diversas normas jurídicas la exclusión de las poblaciones indígenas y de los no criollos. Luego de la independencia, las normas legales permitieron el acceso limitado a la tierra y a los derechos políticos de buena parte de la población. Hasta muy avanzado el siglo XX las mujeres vieron limitado el goce de un conjunto importante de derechos civiles y políticos que no les eran reconocidos a través de las leyes.

Este cuadro histórico parece haber variado al menos formalmente con el regreso a la democracia. Casi todos los países de la región han reformado sus constituciones y marcos legales con el fin de adaptarlos al marco democrático y superar las rémoras del pasado dictatorial. Como parte de este proceso, se ha mejorado el reconocimiento y la garantía formal de los derechos humanos considerados de manera amplia. Sin ser su prioridad más clara, estos cambios han permitido un nuevo escenario formal que en principio favorece las condiciones jurídico-formales para una mayor igualdad formal y sustancial.

A la par con estas transformaciones jurídicas, la desigualdad en la región no ha cedido y estimaciones del Banco Mundial establecen que en algunos países se han profundizado en las últimas tres décadas. El 20% más rico de la población tiene el 52,94% del ingreso, proporción muy superior a la de África del Norte y Medio Oriente (45,35%). "Del otro extremo, el 20% más pobre sólo accede al 4,52% del ingreso, el menor porcentaje internacional, aún menor al de África del Norte y Medio Oriente (6,90%)" (Kliksberg, 1999: 14).

El mantenimiento y profundización de la desigualdad en un contexto donde las formas jurídicas

han variado fortaleciendo los derechos que generan expectativas en favor de una mayor igualdad, introduce inquietudes varias sobre el alcance de tales cambios. ¿Hasta qué punto las reformas favorecedoras de la igualdad ante la ley y los derechos económicos y sociales han permitido o no avances sostenidos en materia de igualdad?, ¿de qué forma los patrones de desigualdad, arraigados en una compleja institucionalidad informal de orden social han penetrado el marco de aplicación de los arreglos formales, neutralizándolos y convirtiéndolos en espacios nuevos de desigualdad?, ¿cómo esta última ha dificultado la instauración de un verdadero Estado de derecho en la región?

Guiados por las anteriores preguntas, el presente texto tiene por objeto establecer los diversos términos de la relación normativa y positiva entre el Estado de derecho y la igualdad en América Latina. Respecto a la primera dimensión, ubica inicialmente la manera como la institucionalidad jurídica asume un conjunto de responsabilidades en materia de igualdad. A continuación busca determinar de qué manera este compromiso se desarrolla a nivel formal. En un tercer momento pretende establecer los límites internos y externos de esos avances formales, los cuales han impedido un mejor avance en la igualdad, al menos en lo que corresponde a las tareas del Estado de derecho. Un cuarto apartado tratará de establecer conceptualmente, y con la ayuda de algunos estudios empíricos comparativos, de qué manera la desigualdad dificulta la construcción misma del Estado de derecho. Finalmente se introducirán lo que se consideran los desafíos centrales de un Estado sujeto al derecho en términos de afrontar los complejos patrones de desigualdad.

El abordaje de la temática está sujeto a varias limitaciones. A pesar del papel histórico que la dimensión jurídica ha tenido como factor de des-

igualdad o como mecanismo para enfrentarla, son muy pocos los estudios empíricos comparados que han realizado análisis sobre sus alcances y limitaciones, así como sobre la forma como la desigualdad misma impacta en la inaplicación de las normas jurídicas. La ausencia de un acervo investigativo nos dificulta ofrecer información descriptiva y analítica para todos los países y especialmente líneas de comparación debidamente sustentadas. En tal sentido, este estudio pretende ante todo avanzar en la determinación de algunas hipótesis útiles que, a través de estudios posteriores, contribuyan a superar el anterior vacío y estimulen el surgimiento de nuevos y urgentes estudios sobre la relación entre la institucionalidad jurídica y la desigualdad histórica de la región.

## 2. Estado de derecho e igualdad: la igualdad formal y sustancial

Desde su surgimiento, el Estado de derecho ha asumido normativamente claras responsabilidades relacionadas con el reconocimiento y garantía de distintas dimensiones de la igualdad<sup>1</sup>. Tales aproximaciones se han correspondido fundamentalmente con las nociones de igualdad formal y de igualdad sustancial que han conllevado un conjunto de cargas especiales y diferenciales para los Estados.

La noción de igualdad formal remite inicialmente a la igualdad ante la ley, la cual puede entenderse como la regulación igual de lo que es similar y la aplicación de tal regulación de manera imparcial, es decir al margen de consideraciones particulares injustificadas legalmente. Para que tenga lugar la igualdad ante la ley, las leyes deben ser

generales y abstractas, lo cual a su vez posibilita un marco de seguridad jurídica que permita que los individuos prevean de manera cierta lo establecido en las leyes y organicen a partir de esto sus propios cursos de vida. La igualdad en la aplicación de la ley se alcanza, entre otros, a través del uso del precedente de forma tal que casos similares deben resolverse de forma igual a como se ha hecho en el pasado.

En un segundo sentido, la igualdad formal ante la ley se entiende como la igualdad en los derechos, es decir el reconocimiento y garantía universal a toda la población de los derechos establecidos a nivel constitucional. En ese sentido, el ámbito sustantivo sobre el cual todos debemos ser iguales es el correspondiente a los derechos. Para Nozick, por ejemplo, aquellos corresponden ante todo a las libertades negativas esencialmente inviolables, de forma tal que nadie pueda tener más derecho que otro a la libertad<sup>2</sup>.

La igualdad ante la ley es compatible con el reconocimiento jurídico de discriminaciones o distinciones normativas. Éstas, sin embargo, deben estar debidamente justificadas, para lo cual deben basarse en criterios objetivos o en un fin social imperioso que debe ser demostrado y respecto del cual la distinción aparezca como útil, no existiendo otros medios mejores para cumplirlo. Por esta vía, la igualdad formal ha tratado de reconocer la diversidad, enfrentar las condiciones de desigualdad real que han sufrido determinadas poblaciones como las mujeres o los integrantes de los pueblos indígenas, así como proteger el accionar de determinados colectivos a través de fueros como el militar y sindical<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> El preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en diciembre de 2000 es expresión de ello al definir la igualdad como uno de los “(...)principios universales e indivisibles (...) que reposa en el principio de democracia y el Estado de derecho”.

<sup>2</sup> Definición dada por Sen.

<sup>3</sup> La regla de justicia excluye, en definitiva, toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o por parte del legislador, siempre que por “discriminación arbitraria” se entienda una discriminación introducida (o no eliminada) sin justificación, es decir, en base a diferencias irrelevantes. La relevancia o irrelevancia se establece, desde luego, mediante una decisión valorativa y está, por lo tanto, históricamente condicionada (Mendonca, 1999).

Históricamente, el contenido formal de la igualdad permitió superar el régimen de privilegios y estamentos provenientes de la etapa monárquica y mercantilista de la Europa occidental y, en tal contexto, ayudó a enfrentar la desigualdad generada por diversas formas de discriminación especialmente de orden social (Brinks, 2003). No obstante, la igualdad de tratamiento ante la ley no excluyó la existencia de discriminaciones legales negativas respecto de la raza o el género. Por otra parte, la igualación formal desconocía las condiciones materiales de existencia desiguales, lo cual en la práctica se traducía en una profundización de las mismas y en una limitación para el goce efectivo de los derechos.

Los límites de la noción formal de igualdad llevaron la introducción de la inquietud por una noción de igualdad material o sustantiva. Ésta refiere al reconocimiento jurídico de un conjunto de compromisos dirigidos a avanzar en las condiciones reales de igualdad, para lo cual se trazan un variado tipo de políticas que, según el caso, cuentan con la participación y responsabilidad tanto del Estado como de la sociedad y el sector privado.

En otros términos, la igualdad sustancial atañe al proyecto de avanzar en la realización de los derechos económicos y sociales con el fin de contribuir a superar los factores de desigualdad ligados con los problemas de distribución de los bienes y la diferencia de oportunidades entre los sujetos, así como garantizar la vigencia plena de

los derechos individuales civiles y políticos. Siguiendo a Rawls, bajo este entendimiento la variable focal de la igualdad son los “bienes primarios” o aquellas “cosas que se presume que todo ser racional desea” y que se expresan en “derechos, libertades, oportunidades y poderes, así como ingreso y riqueza” (Rawls, 1995)<sup>4</sup>.

De esta manera, el Estado de derecho asume un conjunto de compromisos en materia de igualdad que conllevan la existencia de un grupo de arreglos institucionales dirigidos a su debida garantía y dentro de los que cabe resaltar:

1. El reconocimiento y garantía de un marco de derechos individuales y sociales entendidos y desarrollados bajo el entendido de su interdependencia.
2. La existencia de un sistema judicial independiente y de una burocracia meritocrática que permita la aplicación de la ley al margen de los intereses de las partes o de los actores poderosos.
3. El desarrollo de políticas especiales de discriminación positiva que permita la superación de las condiciones reales de desigualdad de determinadas poblaciones.
4. El reconocimiento de órganos de control que permitan neutralizar las violaciones de hecho o de derecho de la igualdad o de las condiciones que permiten su existencia.

<sup>4</sup> Los alcances de los compromisos en materia de igualdad dependen en parte de la interpretación y desarrollo de los compromisos constitucionales en la materia. Éste ha estado influido por el debate filosófico sobre el contenido de la igualdad. Entre los autores más considerados está Dworkin, quien plantea una métrica de la igualdad en términos de *recursos* de tipo impersonal (tierra, maquinarias, etc.) y para su distribución diseña un mecanismo de subasta donde todos los recursos son vendidos a participantes que tienen la misma cantidad inicial de poder adquisitivo para adquirirlos. Más recientemente, A. Sen se ha incorporado al debate mediante un enfoque de la igualdad que pretende ser un punto medio entre la objetividad de los bienes primarios de Rawls y la subjetividad de teorías bienestaristas o utilitaristas que buscan la utilidad en alguna característica interior en términos de deseo, placer o felicidad. Al primer enfoque le critica su “feticismo” por los bienes, pues concentra el problema en el *medio* para lograr la libertad y no en la *extensión* de la libertad, del segundo critica que no tienen en cuenta el condicionamiento mental de personas que resignadas a una vida de privaciones aprende a vivir en estados subjetivos de felicidad. La capacidad representa “las diversas combinaciones de funcionamientos (estados y acciones) que la persona puede alcanzar”, estos últimos se definen como las “distintas cosas que una persona puede lograr hacer o llegar a ser” en el desarrollo de su vida, y abarcan desde funcionamientos muy básicos como estar libre del hambre o enfermedad o más complejos como el autorrespeto y el participar en sociedad, es así que la capacidad puede expresarse como “la libertad para lograr diferentes estilos de vida” que cada persona valora (Sen, 1999; Sen, 2000), (Gargarella, 1999).

En el siguiente acápite y en la medida en que la información no lo permita, trataremos de establecer cómo se han desarrollado estos compromisos tanto en el plano formal como en el de su desarrollo práctico.

### **3. Las transformaciones constitucionales y legales en favor de la igualdad: avances, limitaciones y vacíos**

Reconocido el papel de la institucionalidad del Estado de derecho respecto a la igualdad es necesario identificar de qué manera el marco de normas ha integrado tales compromisos, qué vacíos siguen pendientes y qué balances existen sobre su alcance.

#### **3.1 Los cambios constitucionales**

En el contexto de la transición a la democracia, buena parte de los países de la región transformaron sus marcos constitucionales, brindando especial atención al fortalecimiento del reconocimiento y garantía amplia de los derechos humanos. Entre estos últimos se incluyó con especial claridad el derecho civil a la igualdad ante la ley y el reconocimiento de los derechos al margen de discriminación injustificada alguna en razón del género, la raza y la etnia. Como puede verse en el Cuadro 1 del Anexo 1, casi todas las constituciones de la región incluyen algún reconocimiento en materia de igualdad formal<sup>5</sup>.

En el mismo plano constitucional la igualdad sustancial se ha reconocido de manera menos extendida, destacándose los casos de Colombia,

Nicaragua, Ecuador y Paraguay, quienes incluyen en su norma superior un compromiso directo en términos de la igualdad material (Véase el Cuadro 1, Anexo 1). De todas formas, buena parte de los países de la región han incorporado algún tipo de compromiso constitucional en materia de derechos económicos y sociales, con particular consideración a los derechos a la educación, la salud y la vivienda.

Por su parte, muy pocas constituciones han avanzado en materia de un compromiso formal específico a favor de la igualdad de las mujeres exceptuando los casos de Ecuador, Nicaragua e implícitamente en la norma constitucional colombiana. Por el contrario, la mayoría de los países han consagrado disposiciones constitucionales en lo relativo a la violencia contra las mujeres<sup>6</sup>. Así mismo han procurado integrar en sus ordenamientos normas de carácter internacional en materia de protección a las mujeres como por ejemplo la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo facultativo, así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belém Do Pará, que ha sido ratificada por casi todos los países latinoamericanos (véanse los cuadros 2 y 3, Anexo 1).

La inclusión de las distintas dimensiones de la igualdad, se ha hecho simultáneamente con la debida consideración de la diversidad especialmente cultural y étnica que está presente en varios países de la región (Danler, 1999). Como puede verse en el Cuadro 4 del Anexo 1, aquellos países con una importante población indígena,

<sup>5</sup> Todos los países de nuestro estudio, con excepción de Paraguay, también han ratificado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Pero el mecanismo de denuncia por parte de individuos o grupos sobre violaciones a esta Convención en América Latina solo está aceptado por cinco países: Brasil, Chile, Costa Rica, Perú y Uruguay.

<sup>6</sup> En Brasil, en 1998 el Estado se compromete Constitucionalmente a repudiar la violencia intrafamiliar (Art. 226). En Colombia la Constitución de 1991 estableció que la violencia al interior de la familia es destructiva de la unidad y debe ser sancionada por la ley (Art. 42)(Law.). Guerrero Caviedes (2002) señala que "Ecuador contiene varias disposiciones relevantes para garantizar el derecho de las víctimas en materia de violencia (art. 42, 1998); Paraguay, establece constitucionalmente que el Estado promoverá políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas que atenten contra su solidaridad (art. 60, 1992) y Perú reconoce el derecho a no ser víctima de violencia moral, sicológica o física (1993)".

han reconocido el carácter multiétnico de sus naciones, lo cual en la práctica ha significado su protección especial respecto al resto de la población, y en determinados casos ha llevado al reconocimiento de sus instituciones propias y diferenciales respecto del Estado nacional<sup>7</sup>.

El reconocimiento de la diversidad ha sido la respuesta jurídico-política al largo proceso de igualitarismo homogenizador con que muchos Estados trataron de integrar a las poblaciones indígenas bajo la idea de un ciudadano abstracto occidental y la noción ideal de mestizo. No obstante y como se verá luego, el reconocimiento de la diversidad incluye muy pocas referencias constitucionales dirigidas a enfrentar las condiciones de exclusión que han sufrido históricamente las poblaciones aborígenes.

Finalmente, las constituciones de Brasil, Colombia, Honduras, Nicaragua, Perú y Venezuela, reconocen la protección de las tierras de los afroamericanos y de los descendientes de las comunidades cimarronas (Cottrol et al, 2002).

El marco constitucional descrito ha tenido un desarrollo legal muy diferencial, el cual sin embargo ha ocurrido teniendo en cuenta las condiciones de determinadas poblaciones y en particular de las mujeres y los indígenas.

### **3.2 Los desarrollos legales favorecedores de la igualdad en materia de género<sup>8</sup>**

En América Latina, la mayoría de países consagran a nivel legal la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. Guerrero Caviedes (2002)

señala como “Argentina tiene un decreto supremo que declara la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; Costa Rica cuenta con una Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer; Guatemala posee una Ley Marco de Dignificación y Protección Integral de la Mujer y Venezuela tiene la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer”. De similar forma, buena parte de los países ha realizado reformas constitucionales y legales, consagrando la igualdad de derechos de las mujeres en el lugar de trabajo.

Por su parte, las normas específicas para proteger a la mujer de la violencia se presentan como leyes especiales sobre la materia o modificación de los códigos penales. Estas leyes son de dos tipos: protectoras, en cuanto sólo facultan para solicitar y decretar medidas de protección, y sancionatorias, que establecen un juicio o procedimiento que termina en una sanción (Guerrero Caviedes, 2002).

Respecto a los tipos de violencia que consideran, la mayor parte de las legislaciones contempla la violencia física y sicológica, mientras que varias contemplan también la sexual, como las de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Puerto Rico, Venezuela. En tres países, Costa Rica, Guatemala y Honduras, se incluye además la violencia patrimonial.

En varios países se han modificado los códigos penales para considerar y sancionar diversas manifestaciones de la violencia contra las mujeres, como en el Salvador, Guatemala y República Do-

<sup>7</sup> Reformas constitucionales recientes en México, Bolivia, Paraguay, Colombia y Ecuador reconocen algún valor a los sistemas tradicionales de realización de la justicia o a la sujeción voluntaria a las costumbres y tradiciones. Las normas constitucionales de Colombia y Ecuador posibilitan la combinación territorio-autoridad-justicia, pero aun no han sido puestas en práctica.

En este marco, los pueblos afroamericanos han contado con el reconocimiento constitucional de sus diferencias pero en una medida mucho menor a la de los pueblos indígenas.

<sup>8</sup> Esta parte se basa en los resultados de investigación aportados por la investigadora Diana Guarnizo, quien participó activa y diligentemente en esta sección como en lo relativo a la perspectiva de igualdad aportada por la actual teoría de la justicia.

minicana<sup>9</sup>. Igualmente gran parte de los países de la región han realizado modificaciones tendientes a normar, tipificar y sancionar la violencia sexual. Guerrero Caviedes (2002) señala que “el primero de ellos fue Puerto Rico en 1979, eliminando a través de esta modificación la evidencia de conducta previa o historial sexual de la perjudicada en caso de violación; le sigue México, en 1989, con una reforma al Código Penal que incrementa la sanción para el delito de violación. Durante los noventa se suman Perú (1991), Guatemala (1997), Colombia (1997), República Dominicana (1997), Honduras (1997), Bolivia (1997), Ecuador (1998), El Salvador (1998) y Chile (1999). Con ello, se ha mejorado el marco normativo en términos de delitos sexuales, eliminando conceptos culturales con un claro sesgo de género como son la honra de las víctimas, a través de la consideración de su historial o conducta previa; se aumentan las sanciones para estos delitos y se tipifican los delitos sexuales, entre los que se cuentan la violación conyugal en varios países” (Guerrero Caviedes, 2002).

A pesar de los avances, los principales vacíos en materia de legislación son los relativos a la violencia sexual. Así, no se ha tipificado en forma uniforme la violación conyugal ni los ataques sexuales violentos dentro del hogar como delito y en los que se tipifica se les trata con penas menores o se exigen requisitos excesivos difíciles de demostrar. Este sería el caso de Guatemala, que define violación como aquella que se cometió “usando suficiente violencia”, por tanto si la violencia no es evidente o la mujer no pudo defenderse (por estar amenazada con un arma) la violación no ha sido cometida. En Nicaragua el

abuso aún es considerado un crimen aún si se hizo para terminar un embarazo producto de una violación.

El hostigamiento o acoso sexual no ha sido tipificado en la mayoría de países, lo cual constituye un vacío legal<sup>10</sup>. Otro tanto ocurre con la explotación sexual y el tráfico de mujeres, así como la falta de medidas legislativas de carácter positivo que aborden la problemática de la mujer y los conflictos armados. En la mayoría de países no se han tipificado hechos de violencia sexual que se presentan bajo relaciones de poder sobre las mujeres, como el acoso sexual laboral, violencia sexual en los espacios educativos, en los establecimientos de salud, penitenciarios, entre otros. Sin embargo, en este sentido son positivos los avances de República Dominicana, México, Honduras, Guatemala, Ecuador y Salvador, que en la última década han modificado sus legislaciones e incluido en ellas el delito de acoso sexual. En el caso de Guatemala los acuerdos de paz contemplaron que se incluya el acoso sexual como delito y agravado cuando la víctima sea mujer indígena.

En lo que a los derechos laborales se refiere, la dimensión de la igualdad se ha reconocido a través de las leyes sobre el salario en México, cuya Constitución desde 1917 establece el derecho de la mujer a ser contratada sin discriminación y a percibir un salario igual al del varón por el mismo trabajo (art. 5123). La Ley Federal del Trabajo de dicho país protege la igualdad de salarios, condiciones de trabajo, el derecho a la capacitación, a la seguridad social y a las licencias de maternidad y lactancia. Brasil cuenta igualmente con una pre-

<sup>9</sup> Guerrero Caviedes (2002) dice: “En El Salvador, se realizaron modificaciones al código penal a través de las cuales se establece la sanción a los actos de violencia y a los que no obedecen las medidas dictadas por la ley de violencia. En Guatemala, la modificación penal de 1997 considera como delitos las lesiones, el contagio venéreo, la negación de asistencia económica e incumplimiento de deberes de asistencia, estupro, incesto, abusos deshonestos y violación. En República Dominicana, la Ley 24-97 de 1997 modifica el código penal, el código de procedimiento criminal y el código para la protección de niños, niñas y adolescentes, con lo que se tipifican y sancionan diversas formas de violencia”.

<sup>10</sup> Se exceptúan República Dominicana, Honduras, Ecuador y El Salvador. Argentina y Costa Rica han sancionado normas específicas en este sentido.

visión constitucional en el anterior sentido (Binstock, 1998).

La aplicación de las leyes antes identificadas, sin embargo, no ha sido fácil y ha estado sujeta a diversos tipos de obstáculos, entre los que cabe destacar como los más reiterados en la región los siguientes:

1. *Falta de preparación de los policías, los jueces y funcionarios públicos vinculados a la aplicación de la normativa.* Con frecuencia los funcionarios que imparten justicia incurren en actuaciones discriminatorias y sexistas, fuzan la conciliación sobre la protección de los derechos, minimizan los daños y observan la conducta agresora como una falta menor. Se producen así fenómenos de "victimización secundaria" en donde las afectadas vuelven a ser violentadas y discriminadas en los procesos, en los casos de violencia sexual con interrogatorios imprudentes y en las revisiones forenses no se tiene en cuenta el derecho a la privacidad.

En el caso de Perú, se han implementado Estaciones de Policía de Mujeres, cuyo número se ha venido incrementando, sin embargo, uno de los problemas más serios para la implementación de esta legislación es que la justicia de paz en pequeños pueblos no está cualificada para implementar estos derechos, lo cual es bastante grave pues el 60% de los casos ocurren allí, además, en la jurisprudencia peruana, el requisito de "honestidad" para configurar la violación aún es usado.

2. *La falta de recursos y servicios de apoyo es otro elemento que dificulta la aplicación de la ley.* Los sistemas judiciales de los distintos países se han visto sobreexpasados, haciendo evidente la carencia de recursos humanos y financieros para ofrecer una adecuada atención legal a las demandantes. En Brasil

se ha establecido una estación de policía de mujeres para atender casos de violencia doméstica, sin embargo los recursos materiales y la formación han sido insuficientes.

3. *El uso excesivo de la conciliación.* La legislación en diversos países ha privilegiado la conciliación entre las partes (en Ecuador, Chile, Bolivia y Argentina la diligencia de conciliación es obligatoria), lo cual puede constituir una forma de descriminalización de la violencia familiar y desjudicialización de asuntos que no se consideran de la importancia suficiente como para poder acceder directamente al aparato judicial, vulnerando con ello el derecho al debido proceso.
4. No se dispone de mecanismos de seguimiento de las resoluciones judiciales que permitan evaluar de qué manera está siendo aplicada la ley y la efectividad de la misma, ni siquiera por parte de los mismos jueces a un caso.
5. *Se prefieren las sanciones civiles más que las penales.* Esto puede generar cierto grado de impunidad, aún más, las legislaciones de Salvador y Paraguay no ofrecen ningún tipo de sanción, ni penal ni de otro tipo para la violencia contra la mujer, aunque consagran medidas de tipo cautelar en su protección. Respecto del tipo de sanciones que se establece a esta situación Bolivia, Colombia, Chile y Venezuela consagran sanción de arresto por algunos días o meses para esta conducta; Nicaragua, Panamá, Puerto Rico y República Dominicana han tipificado penalmente esta conducta, dándole una pena de prisión. México ha establecido sanciones administrativas. Otros países han establecido sanciones distintas a las anteriores, como en Perú, donde hay suspensión temporal de la cohabitación, en Argentina, Venezuela, Bolivia y Chile se remite al infractor a terapias y

en algunos de estos países se alterna con trabajo comunitario. Ecuador ha establecido indemnización de perjuicios o trabajo comunitario.

### **3.3 Los desarrollos legales sobre la diversidad e igualdad de los indígenas**

En lo que hace a los pueblos indígenas, los desarrollos legales deben diferenciarse entre aquellos relativos al reconocimiento de su diversidad y de las condiciones para su desarrollo, y los que buscan romper con aquellos factores donde se expresa de manera más fuerte la exclusión. En materia de diversidad las tendencias legislativas pueden identificarse en los siguientes términos<sup>11</sup>:

- Diez países reconocen los derechos colectivos en su legislación, pero ese elemento falta en un país indígena tan importante como Guatemala, y en países con una legislación indígena bastante avanzada como Costa Rica y Chile.
- Todos los países de importancia indígena reconocen la propiedad colectiva de la tierra. Los mismos (con excepción de Guatemala y Honduras) aplican restricciones a esas propiedades tales como la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.
- La territorialidad indígena está reconocida de manera amplia en Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Perú, Venezuela. No ocurre lo mismo en México (tanto federal como estatalmente), Argentina, Guatemala y Chile.
- El principio de particularidad penal establecido en el Convenio 169/89 (Artículos 9 y 10), que permite ciertos beneficios a los integrantes de poblaciones indígenas, es reconoci-

do legalmente en Bolivia, Brasil, Colombia, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. El reconocimiento de la justicia indígena se ha dado sólo en Bolivia, Brasil y Colombia.

- Solamente Bolivia y Paraguay reconocen los idiomas indígenas como idiomas paralelos *nacionales*. En el caso de Paraguay los otros 16 idiomas indígenas que existen en el país no gozan de ningún reconocimiento legal. En Bolivia, todos los 33 idiomas indígenas, incluyendo los dos grandes (Quechua y Aymara) están reconocidos como "idiomas oficiales" según un Decreto de 2000. Reconocimiento como idioma oficial en los territorios indígenas existe en Colombia, Ecuador, Nicaragua, Perú y Venezuela. Enseñanza bilingüe y alfabetización en idiomas indígenas ya está garantizado por ley en casi todos los países de importancia indígena. Honduras es una excepción importante.

Los avances dirigidos a facilitar una mayor igualdad estarían representados en:

- Programas de saneamiento, demarcación, y registro de las tierras indígenas con el fin de garantizar el acceso a la tierra en cantidad y calidad suficiente. Bolivia, Perú, Colombia, Costa Rica, Venezuela y Panamá cuentan con sistemas en tal sentido. Brasil no garantiza el saneamiento, pero sí los otros dos. México, Nicaragua y Paraguay solamente garantizan el saneamiento, más no la demarcación ni el registro. En los casos de Ecuador y Guatemala no hay ninguna garantía legal de estos elementos tan claves para el acceso a la tierra por parte de los indígenas. Por su parte, la constitución peruana de 1993 ha retrocedido en el tema de la propiedad indígena al permitir que las tierras comunes puedan ser ad-

<sup>11</sup> La totalidad de esta sección se basa en los aportes de la base de datos de legislación indígena del BID.

quiridas por terceras partes en virtud de la simple posesión y en aquellos casos donde las tierras han sido abandonadas. Tal regulación desconoce la práctica quechua y aymara de la rotación de cultivos, así como los efectos que la acción violenta de terceros ha llevado en el abandono de las tierras por los indígenas (Justino, 2003).

- Bolivia, Brasil, Chile y Venezuela ofrecen peritos especializados en culturas indígenas, intérpretes a indígenas que no dominan bien el idioma “nacional”, financiamiento estatal a indígenas que se encuentran en procesos judiciales y la existencia de un servicio especial de asistencia jurídica a la población indígena. México y Paraguay no tienen servicios especiales pero sí cumplen con las demás medidas. Panamá sí tiene un servicio especial, mientras todos los demás países con gran población indígena tienen algunas de las medidas anotadas sin ser completas. Un caso notable por su ausencia total de estas medidas es Colombia.
- Argentina, Ecuador, Nicaragua y Panamá tienen una cobertura completa en la variable de salud. En Brasil, Colombia y Venezuela es casi completa (aunque en Venezuela falte una legislación especial sobre el tema), mientras la legislación de Bolivia es sorprendentemente débil en este aspecto. Guatemala, Costa Rica y Honduras, junto con Paraguay, no tienen ninguna garantía legal especial ni reconocimiento de la salud tradicional. En Colombia hay una discriminación positiva en cuanto a la salud indígena.
- En lo relativo a los derechos económicos, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Nicaragua cuentan con acceso a recursos controlados

por el Estado, por medio de transferencias fiscales u otras formas, y protección y promoción de la economía indígena. Ningún país admite el uso de las tierras colectivas como base de créditos. Por lo general, los derechos económicos están bastante mal cubiertos en la mayoría de los países<sup>12</sup>.

- En el caso de la mujer indígena, Guatemala, Panamá y Perú son los únicos países que cumplen con programas de discriminación positiva en materia de educación, salud, promoción económica, social y política. Dentro de los países que no ofrecen ningún tipo de promoción especial a la mujer indígena se encuentran Brasil, Costa Rica, Honduras y Paraguay.

Según lo visto, parece claro que los desarrollos legales han privilegiado el reconocimiento de la diferencia si se le compara con las medidas dirigidas a la igualdad. Sin embargo, el marco legal resulta incompleto en al menos dos sentidos: 1. el escaso uso de la discriminación positiva con el fin de enfrentar de manera más categórica los históricos patrones de exclusión, y 2. la ausencia de reformas dirigidas a instituir mecanismos idóneos que permitan una más adecuada realización de los derechos, especialmente de orden económico y social. Lamentablemente, para los efectos de este informe no fue posible identificar un estudio comparativo que permitiera establecer los balances sobre los alcances y limitaciones del nuevo marco legal.

En lo referente a las poblaciones afroamericanas, los desarrollos legislativos son muy disímiles y más limitados si se les compara con las poblaciones indígenas. La legislación más avanzada se encuentra en Brasil, donde se establece como delito la discriminación racial a nivel del empleo, el comer-

<sup>12</sup> En el Gráfico 1, del Anexo 1, pueden verse de manera comparada y agregada los avances legislativos en materia indígena.

cio, los hoteles, oficinas públicas y centros educativos. Esta regulación se ha visto complementada con la reciente iniciativa del gobierno en favor de establecer diversas medidas de discriminación positiva particularmente para mejorar el acceso de la población negra a la administración y educación pública. Por su parte, Colombia, Honduras y Nicaragua cuentan con normas que prohíben la discriminación racial a nivel laboral, educativo y de servicios públicos, pero éstas no constituyen faltas delictivas (véase el Cuadro 5, Anexo 1)<sup>13</sup>.

Perú, si bien cuenta con varias leyes que prohíben la discriminación, éstas se encuentran plagadas de vacíos y excepciones que las hacen casi inexistentes. Así, aun cuando la ley establece la no procedencia de la discriminación en materia de empleo, existe una excepción que la permite en aquellos casos en que sea objetiva y razonable. Por su parte, la ley 27049 de 1998 pretendió poner fin a la discriminación que sufren los negros e indígenas por parte de las discotecas que les niegan su ingreso. La mencionada ley prohibía cualquier forma de discriminación racial por los dueños de establecimientos abiertos al público. No obstante, el congreso rechazó poner sanciones penales o administrativas a aquellos establecimientos que incurrieran en dicha discriminación. En el 2000, el legislativo igualmente rechazó la petición del ministerio de educación de desarrollar un currículo que promoviera el conocimiento y el respeto de todos los grupos étnicos peruanos (Cottrol et al, 2002).

En medio de los limitados avances legales, la eficacia de la ley ha sido sin embargo limitada. Si bien en Brasil se han creado unidades de policía para conocer e investigar los problemas de discriminación, la práctica ha demostrado que muy pocos casos llegan a las altas cortes del país, en buena parte porque la policía no los considera

como delitos. El sistema legal tiende a tratar el racismo como una expresión aislada y no como parte de un patrón social ampliamente extendido (Cottrol et al, 2002).

### 3.4 Los derechos económicos y sociales (DESC)

En lo referente a los derechos económicos y sociales, los desarrollos legales más importantes se dieron a nivel de los derechos en el ámbito laboral, lo cual no se ha replicado a nivel de un desarrollo legal específico en materia de derechos como el de la salud, la educación, etc. Esta situación es jurídicamente superable en aquellos países donde se admite la aplicación directa de la constitución, es decir al margen de la existencia de una ley que la desarrolle. Sin embargo, esta posibilidad se ha visto limitada por la consideración de progresividad de los DESC que algunas veces se incluye en la misma constitución, como en Venezuela, y que ha significado dificultar la justiciabilidad de los mismos.

La ambigüedad normativa en torno a los DESC ha estado acompañada en la práctica por un cambio importante en el rol del Estado como prestador y garante de determinados servicios sociales. Así, a pesar de que varios países han aumentado el reconocimiento directo o indirecto de los DESC, la situación de los mismos se ha deteriorado como producto del desmantelamiento o reforma estructural de las instancias públicas encargadas de desarrollar las políticas públicas en materia de salud, educación y vivienda. Por su parte, el rol asumido por el sector privado, en reemplazo del Estado, no ha significado una mejora sustancial en la calidad y extensión de los servicios básicos necesarios para la garantía debida de los DESC.

En el anterior contexto jurídico-político, los avances nacionales en materia de DESC han estado

<sup>13</sup> En el caso colombiano la ley 70 protege los derechos de las tierras tradicionales de los afro-colombianos.

sujetos al creciente uso de los mecanismos constitucionales clásicos para la defensa de los derechos, así como a la apelación a los instrumentos y organismos internacionales para su defensa.

Así, ante la falta de mecanismos propios para su reconocimiento, la acción jurídica en torno a los DESC ha hecho uso de instrumentos como la acción de inconstitucionalidad, de nulidad y amparo. El balance al respecto es, sin embargo, muy diferencial. En Nicaragua es muy limitado por los problemas para acceder a la justicia en razón de los costos, el formalismo y la corrupción. Venezuela y Argentina han tenido experiencias más exitosas en buena parte porque el marco legal reconoce el amparo colectivo (Argentina) y la actitud de los jueces ha sido más abierta<sup>14</sup>. Como producto de lo anterior, estos dos países cuentan con una importante jurisprudencia en materia de DESC (IIDH, 1999).

En lo relativo al marco internacional en la materia, buena parte de los países de la región son firmantes de los pactos de Naciones Unidas e Interamericanos de derechos Sociales y Económicos, los cuales en algunos países forman parte de la legislación interna. A pesar de estos esfuerzos, el alcance en cuanto al uso e impacto del marco legal internacional es muy bajo. La experiencia de Nicaragua y República Dominicana muestra que existe un escaso conocimiento de estos recursos y resulta costoso su uso en el ámbito internacional. En el caso argentino, los jueces aun no conocen y por tanto no usan las normas previstas en los tratados internacionales (IIDH, 1999).

De esta forma, el desarrollo jurídico formal de los DESC podría enmarcarse dentro de dos tendencias. Por un lado su baja profundización legal especialmente en áreas diferentes al derecho laboral, lo cual es en parte producto del retiro del Estado en cuanto proveedor directo de servicios sociales. Por el otro, la ampliación del reconocimiento constitucional de los derechos y de los instrumentos internacionales en la materia ha abierto vías nuevas para la reivindicación de los DESC, los cuales ahora se discuten en el ámbito judicial antes que en los espacios donde se generan las políticas públicas<sup>15</sup>.

### 3.5 Los vacíos en torno a las libertades económicas

Uno de los aspectos más críticos del marco institucional del Estado de derecho que reproduce la desigualdad y afecta la posibilidad misma de su enfrentamiento tiene que ver con el acceso y protección diferencial de los activos económicos de los más pobres. Salvo experiencias excepcionales<sup>16</sup>, la ausencia de una clara preocupación pública en torno a las libertades económicas de los más pobres constituye el vacío más notable en los procesos de reforma legal dirigidos a promover un mayor avance en términos de igualdad. Esto es particularmente claro tanto en lo referente a su acceso y formalización de la propiedad de la tierra como en lo relativo al reconocimiento adecuado de las libertades económicas de los más pobres.

<sup>14</sup> Para una presentación en detalle de cómo estos mecanismos han sido utilizados en varios países de América Latina, puede verse IIDH, 1999.

<sup>15</sup> La creciente judicialización de las decisiones en materia de DESC ha abierto una interesante discusión doctrinal sobre si las instituciones de justicia deben decidir sobre la vigencia o no de los derechos económicos y sociales, en cuanto por su progresividad y costo deben ser ante todo parte de las políticas establecidas por los poderes ejecutivo y legislativo. Véase Alegre, 2002. En la práctica el activismo judicial en materia de derechos económicos y sociales ha aumentado en América Latina de forma tal que los jueces cada vez toman más decisiones dirigidas a hacer efectivos los derechos económicos y sociales ligados a la igualdad. Véase Uprimny, 2003.

<sup>16</sup> Entre éstas se encuentran los casos de la formalización de los asentamientos urbanos en Perú y el proyecto similar encabezado por Lula en Brasil.

### **3.5.1 La desigualdad en el acceso y protección de la propiedad**

De acuerdo con el coeficiente Gini, los índices de desigualdad en el acceso a la propiedad de la tierra son cercanos a 0,80 sobre un nivel absoluto de desigualdad representado en 1. Como puede verse en el Cuadro 6, Anexo 1, esta magnitud supera a la mayor parte de las regiones del mundo. Las diferencias en acceso a la propiedad de la tierra y tamaño promedio de las explotaciones han influido en la más baja productividad agrícola y en la menor demanda de mano obra (Kliksberg, 1999). A los problemas de acceso debe unirse que cuando éste tiene lugar, los pobres afrontan serios problemas para tener títulos jurídicos saneados o su propiedad se ve afectada por la presión de actores económicos o armados poderosos.

La anterior dinámica puede ejemplificarse teniendo en cuenta los problemas de acceso, pero especialmente de titulación de las tierras indígenas. A este respecto deben constatarse los avances legales vividos en varios países. Así, Chile y Guatemala reconocen el derecho de los indígenas de acceder a la tierra cuando carezcan de ella, así como a recibir el apoyo del Estado con el fin de posibilitar su permanencia y desarrollo en ellas. En cuanto a la seguridad de los títulos, se han reconocido, entre otros, los derechos a la regularización de la propiedad a través de la titulación individual o colectiva en México, la demarcación en Brasil, o el saneamiento en Bolivia. Algunos ordenamientos jurídicos, como los de Bolivia y Brasil, reconocen igualmente el derecho de los indígenas al usufructo de los recursos naturales (renovables) que se encuentran en sus tierras (Aylwin, 2002).

Ahora bien, el marco legal mencionado aun presenta algunas insuficiencias, entre las que cabe indicar:

- El concepto de territorio indígena incluido en el convenio 169 de la OIT y que comprende la totalidad del “hábitat de las regiones que los indígenas ocupan o utilizan de alguna manera, incluyendo derechos al uso, administración y conservación de los recursos naturales que hay en ellos” (Aylwin, 2002), ha sido acogido de manera relativa en Bolivia y Brasil, lo cual significa su total desconocimiento por el resto de países que han suscrito dicho convenio. En este último sentido, Chile y Brasil son los únicos países de la región que no han suscrito este instrumento.
- México no cuenta con una ley específica de los derechos de los indígenas a la tierra y que desarrolle la norma constitucional. En Guatemala, la normativa legal vigente sobre tierras se aplica indistintamente a campesinos indígenas y no indígenas, desconociendo por esta vía las particularidades del acceso de aquellos a la tierra.
- Los problemas de financiamiento estatal adecuado han impactado negativamente en los alcances de los procesos de saneamiento de los títulos. Lo mismo ha ocurrido con los proyectos de desarrollo productivo, especialmente en Bolivia, Chile, Guatemala y México.
- La ausencia o deficiencias de los sistemas de registro y catastro de la propiedad, como ocurre en Bolivia y Guatemala, han incidido en la sobreposición de títulos y en la proliferación de conflictos de tierras (Aylwin, 2002).
- La titulación, cuando ha sido exitosa, no ha impedido la invasión y explotación de las tierras indígenas. “Los antecedentes disponibles dan cuenta de que en la totalidad de los países estudiados, éstas se encuentran afectadas por la presencia o por proyectos de terceros, incluyendo proyectos públicos y pri-

vados. El caso más ejemplificador parece ser el de Brasil, donde tanto FUNAI como las ONG involucradas en esta temática concuerdan en que un porcentaje muy elevado de las tierras indígenas demarcadas presentan alguna forma de invasión, sea esta por agricultores o por la realización de proyectos mineros, forestales, hidroeléctricos, carreteros u otros" (Aylwin, 2002).

A los problemas ya históricos del acceso a la tierra de campesinos e indígenas, se agrega hoy la falta de un debido reconocimiento legal de la propiedad urbana y mueble de los más pobres y en especial de aquellos que viven en el sector informal (De Soto, 2000). A este nivel uno de los asuntos de mayor urgencia es la debida consideración de la forma como las mujeres vienen siendo discriminadas respecto al acceso a la propiedad y tenencia de la tierra.

La situación identificada ofrece impactos críticos que terminan por profundizar la desigualdad. Como lo han demostrado estudios del Banco Mundial los problemas de acceso a la tierra y seguridad en los títulos desincentiva la inversión en la tierra y limita la capacidad de las personas para defender sus derechos y demandar servicios básicos tales como salud, educación, carreteras y agua. La ausencia de títulos dificulta que las personas presten dinero con el fin de alimentar su negocio o abrir otro nuevo.

### **3.5.2 La carga regulatoria y burocrática**

El último reporte *Doing Business in 2004*, del Banco Mundial, establece que los países más pobres mantienen altos niveles de regulación que dificultan el inicio y mantenimiento de la actividad económica. De acuerdo con este estudio, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Paraguay y Venezuela están entre los países con alta carga regulatoria, mientras ningún país de la región destaca por lo contrario (Banco Mundial, 2003).

La excesiva carga regulatoria es mucho mayor para los pobres. En Perú, el registro de la propiedad cuesta el equivalente a 2000 dólares. En Guatemala, obtener el cumplimiento judicial de un contrato toma 1500 días. Un proceso de quiebra en Brasil puede durar cerca de 10 años (Banco Mundial, 2003).

Los costos excesivos, los innumerables trámites y la falta de confianza en los gobiernos, desaniman a las personas para formalizar su propiedad o sus actividades económicas, las cuales permanecen en la informalidad. No es por tanto casualidad que en América Latina el 80% de los inmuebles estén al margen de la ley y el sector informal integre entre el 50 y el 70% de la población trabajadora (De Soto, 2000).

La carga mencionada no incluye la proveniente de la corrupción, en parte generada por el exceso de reglamentaciones con baja capacidad de cumplimiento. La corrupción pública sigue discriminando a los más débiles. De acuerdo con De soto, en Perú los sobornos aumentan los costos de funcionamiento de los pequeños negocios en un 10 o 15%.

La respuesta pública ante esta situación ya se ha iniciado. Estimaciones del Banco Mundial establecen que, en Perú, cerca de cuatro millones de personas se han incorporado a la economía formal y se han creado 6000 millones de dólares en activos como producto de la regularización de la propiedad. Para el caso de la regularización de la propiedad colectiva de las comunidades negras, el Banco Mundial ha apoyado proyectos en Bolivia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

Sin embargo, estos procesos todavía son marginales en el contexto regional y por lo demás su dinámica va muy por detrás del mejoramiento de las libertades económicas otorgadas a los inversores internacionales. Así, para el caso de Boli-

via, el desarrollo legislativo de la libertad económica ha tenido un importante alcance en lo que hace al margen de acción brindado a las empresas internacionales interesadas en invertir en el país. Su cuadro de libertades económicas es amplio y está representando en:

- Libertad para invertir sin necesidad de aprobaciones gubernamentales, restricciones sobre el capital o sobre su salida fuera del país.
- Libertad cambiaria y de convertibilidad de divisas.
- Libertad para establecer, mantenerse o expandirse sin necesidad de cumplir determinados requisitos de desempeño.
- Libertad de someter controversias a instancias arbitrales nacionales e internacionales.
- Aun en sectores controlados férreamente por el estado según el marco constitucional, tales como la minería y el sector de hidrocarburos, se han abierto las puertas a las *joint ventures* con empresas privadas.
- Libertad para contratar seguros de inversión a nivel nacional o internacional.
- Libertad para negociar el valor de la remuneración salarial (BOUNCHIL, 1999).

Ahora bien, los esfuerzos dirigidos a garantizar un ambiente más libre económicamente en relación con los agentes económicos nacionales, se han dirigido a superar los problemas de tiempo y costos que influyen negativamente en la creación y formalización de las empresas. De esta manera, el desarrollo del marco legal de la libertad económica en Bolivia, si bien ha incluido importantes avances dirigidos a facilitar e incentivar el ingreso de la inversión internacional, no ha tenido un correlato claro en el fortalecimiento de las condiciones de libertad económica para los agentes

económicos nacionales y en particular para los más pobres. A través de la ley de inversiones y de hidrocarburos, entre otras, el gobierno boliviano ha dejado claras las reglas de juego de libertad económica que benefician a los inversores internacionales. Sin embargo, frente al importante desafío de integrar al dominante sector informal de la economía no se cuenta con estudios y en consecuencia con una estrategia clara que permita su vinculación formal garantizando la protección adecuada de sus libertades económicas.

Finalmente, al exceso de regulación generalmente inaplicada para los fines originalmente perseguidos, debe unirse el tratamiento que las burocracias públicas y privadas brindan a los más pobres:

"Tal vez nada revele mejor la carencia de derechos de los pobres y los vulnerables que su interacción con la burocracia cuando deben obtener un empleo o un permiso de trabajo, o hacer trámites para obtener beneficios jubilatorios o simplemente cuando tienen que ir a un hospital... no sólo queda la inmensa dificultad que enfrentan para obtener, si es que lo logran, algo a lo que nominalmente tienen derecho, sino también la indiferencia, si no el desdén, con que son tratados" (O'Donnell, 1998).

Como parece evidente, buena parte de los países de la región han avanzado en materia legislativa con el fin de responder a los retos de igualdad. Sus desarrollos más importantes han tenido lugar en el área de género y de las poblaciones indígenas, teniendo un menor desenvolvimiento respecto a los afroamericanos y casi nulo en lo referente a las libertades económicas de los más pobres. A pesar de los cambios, las leyes presentan aún rémoras discriminatorias especialmente contra las mujeres y, como se anotó, han surgido diversos problemas para su debida eficacia.

Es importante notar que los marcos legales han sido construidos sin atender de manera directa a los problemas de igualdad existentes en la región y en particular a los problemas que impiden la igualdad formal en cuanto al acceso universal a los derechos. En muchos países el Estado afronta problemas para su monopolio legítimo de la fuerza en el territorio, lo cual en la práctica conlleva la exclusión de una parte de la población del derecho estatal. Resalta también el vacío legal en torno al *cleavage* clasista, el cual, si bien no es siempre fácil de determinar, permea aún buena parte de las relaciones sociales de diverso orden en distintos países de la región.

#### 4. Los límites a la eficacia del marco legal

El desarrollo de los derechos antes indicados está sujeto a un variado orden de políticas públicas donde intervienen diversas instancias de los poderes ejecutivo y legislativo. Simultáneamente y en un ámbito más cercano al Estado de derecho, el poder judicial tiene igualmente cargas dirigidas a permitir la práctica de estos derechos. En esta sección trataremos de identificar qué aspectos del funcionamiento del sistema de justicia dificultan la garantía de los derechos a la igualdad establecidos normativamente. Esta aproximación nos permitirá determinar de qué forma los patrones de desigualdad existentes socialmente impactan en las instituciones judiciales, así como identificar la manera como las reglas informales de éste terminan por reproducir y profundizar la desigualdad.

##### 4.1 Los límites al acceso a la justicia

En lo que hace al acceso a la justicia, buena parte de los países de la región han mantenido la asistencia legal pública a los más pobres, especialmente en materia penal. Sin embargo, esta si-

gue arrastrando problemas irresueltos de cobertura y calidad que básicamente limitan seriamente su eficacia y calidad<sup>17</sup>. Recientemente algunos países han intentado desritualizar ciertos procedimientos judiciales permitiendo su trámite directo por las personas sin necesidad de abogado, lo cual debe beneficiar a los sectores más pobres que enfrentan las mayores dificultades para acceder a servicios legales. En Perú, Bolivia, Colombia y buena parte de Centroamérica, se ha intentado acercar el servicio de justicia a los más pobres a través de la creación de casas de justicia ubicadas en las barriadas populares y las cuales ofrecen diversos servicios relacionados con la aplicación del derecho.

El acceso a la justicia estatal, no obstante, sigue estando vedado a buena parte de la población más pobre o históricamente excluida. A pesar de los procesos de desformalización con el fin de facilitar la litigación directa, los sectores más débiles de la población no pueden llevar sus conflictos a la justicia dado que no confían en ella, no pueden asumir los costos de un abogado, del papeleo judicial y en determinados casos el valor del desplazamiento permanente a las zonas judiciales inhibe el inicio mismo de cualquier demanda o denuncia judicial (Gargarella, 2001).

Esta dinámica también está influida por la falta de conocimiento de los derechos, la cual es especialmente inquietante en los sectores más pobres y en determinados casos afecta a la población indígena que ni siquiera puede conocer las leyes en sus propias lenguas. Por ejemplo y para el caso de las mujeres, en Nicaragua una de cada dos ha sido abusada una o más veces por el hombre con quien convive y solo una de cada cinco denuncian este trato. De ellas el 80% no buscó ayuda porque sintió vergüenza o miedo a las represalias.

<sup>17</sup> Para una aproximación a los distintos modelos de defensa pública, véase Garro, 1997.

Ante el fracaso ya casi crónico de la asistencia legal estatal, la acción se ha dirigido a facilitar el acceso a través del reconocimiento y patrocinio de mecanismos alternativos de solución de conflictos. La idea es llevar aquellos casos de menor valor económico o connotación social a instancias no judiciales de resolución de conflictos, en las cuales no intervienen abogados, se busca llegar a un acuerdo no necesariamente sujeto al marco legal y además se tramita oralmente.

Si bien no existe un balance contundente sobre la eficacia de estos mecanismos para resolver los conflictos de los más pobres, hay dudas fundadas, aunque no analizadas en profundidad, sobre de qué manera estos mecanismos no reconocen adecuadamente la desigualdad de las partes u otras garantías jurídicas básicas. Las inquietudes al respecto se sintetizan en la preocupación por la creación de una justicia de segunda clase que reproduzca los patrones de desigualdad ya existentes a nivel social. Tal consideración es especialmente clara en los casos de familia y laborales, donde el desequilibrio de las partes es particularmente evidente.

La consecuencia más compleja de los problemas de acceso es que la universalidad de los derechos formalmente reconocidos se ve cuestionada en la medida en que una buena parte de la población no puede garantizarlos judicialmente, o los mecanismos existentes no son garantistas de manera adecuada. De esta forma, la igualdad en derechos en cuanto elemento de la igualdad formal, termina siendo limitada de manera apreciable. Las protecciones del Estado de derecho se convierten entonces en un privilegio para una parte de la población, antes que en un conjunto de derechos para la mayoría de ella.

#### 4.2 El tratamiento diferencial por la administración de justicia y las fuerzas de policía

En aquellos casos donde se ha resuelto el acceso a la justicia, esto no significa contar con un servicio apegado a una aplicación imparcial de la ley. Es común en varios países de la región el tratamiento desigual que sufren los sectores más pobres, las mujeres y los indígenas y el cual se concretiza en comportamientos como el maltrato administrativo o la producción de decisiones judiciales adversas a los más débiles (O'Donnell, 1998). De acuerdo con un informe de la defensoría del pueblo de Chile, los usuarios que llegan al sistema "se sienten tratados como ciudadanos de segunda clase, mientras la justicia de calidad es dispensada para aquellos que pueden costearse un abogado. Los pobres obtienen un servicio más diluido, a través de no profesionales y dependiendo de la voluntad de la administración"<sup>18</sup>. Esta investigación también mostró que el 63.5% de la población sostuvo que los jueces se comportaban diferentemente hacia los ricos que respecto de los pobres. Prácticamente un 90% (88,7%) dijo compartir la opinión de que en Chile la justicia era una para los ricos y otra distinta para los pobres (Barros y Correa, 1993). Un reciente estudio de la defensoría del pueblo de Bolivia arroja resultados muy similares para este país andino (IIG, 2003).

Una de las dimensiones más críticas del tratamiento desigual tiene lugar a la hora de la investigación y sanción de los delitos. Es práctica común que los delitos cometidos por los sectores más pobres de la población conlleven las penas máximas mientras las conductas ilegales cometidas por los actores políticos o económicos poderosos nunca terminan de ser investigadas o reciben penas sensiblemente menores respecto al daño causado a la sociedad.

<sup>18</sup> Executive Summary of the Fourth Report of the Presidential Advisory Commission for the Protection of People's Rights, p. 3.

Un tipo similar de desigualdad, aunque de connotaciones diferentes, ocurre cuando no se reconocen las especificidades de ciertas poblaciones. Así, en el caso de las mujeres objeto de violación, los procedimientos no valoran adecuadamente sus testimonios como prueba y respecto de los indígenas la posibilidad de defender sus derechos en su propia lengua no ha sido implementada con la contundencia debida.

Dos factores permiten explicar los problemas de tratamiento desigual por la administración de justicia. Uno sería los problemas irresueltos de independencia judicial y el otro corresponde a la pervivencia de ciertos comportamientos corruptos en las judicaturas de algunos países.

La independencia judicial es un medio fundamental para garantizar, entre otros, la aplicación imparcial de la ley, es decir, al margen de consideraciones de clase, raza o etnia. Al respecto, varios países han introducido cambios dirigidos a crear mejores condiciones institucionales para la independencia funcional y personal de los jueces. Encontramos así que algunas constituciones y las leyes han establecido períodos fijos para los magistrados de las altas cortes y para los jueces ordinarios, han prohibido los traslados sin justa causa y sin la anuencia del juez afectado y han establecido un porcentaje mínimo del presupuesto público que debe ser dirigido al poder judicial. En términos prácticos, muchos países han mejorado las condiciones salariales de los jueces y se han dotado de regímenes disciplinarios fundados legalmente y aplicados por instancias diferentes al poder ejecutivo. La instauración y desarrollo de la carrera judicial, que permite el ingreso y ascenso al margen de los partidos políticos, también ha caracterizado este proceso de transformación estructural de buena parte de los judiciales latinoamericanos (Popkin, 2001; Hamergren, 2002).

A pesar de los cambios formales, los problemas de independencia judicial siguen estando presentes. Las estimaciones de Lars y Voigt establecen que los avances en materia formal no siempre se han expresado en los niveles de independencia de facto cuyo comportamiento es muy diferente<sup>19</sup>. Como puede verse en el Cuadro 7, Anexo 1, sobre un óptimo valorado en 1, los países sufren una evaluación no del todo óptima. Este índice valora, entre otros, cuál es el estado real del respeto a los períodos legales de los magistrados de las altas cortes, los cambios en el número de integrantes de las mismas o en el fundamento de sus competencias legales, la existencia de un adecuado presupuesto, salario y dotación organizacional, etc.

Por su parte, la corrupción sigue estando a la orden del día, a pesar de las reformas judiciales llevadas adelante en la región. En Bolivia y Paraguay es común la solicitud de pagos a las partes para que los jueces y funcionarios cumplan con sus funciones legales. En Argentina, el juicio de responsabilidades a una parte de la actual corte se ha hecho sobre la base de acusaciones por corrupción. La desconfianza judicial es solo el resultado de este y otros procesos críticos de forma tal que no es sorprendente que según el último latinobarómetro, solo el 26% de la población de la región expresa algún nivel de confianza en la judicatura.

La existencia de la corrupción y las deficiencias en la independencia respecto a las partes más poderosas en un caso han conllevado que la aplicación de la ley no sea imparcial sino enmarcada en las relaciones económicas de desigualdad. Los jueces no han sido en general los principales valedores de la aplicación igual de las leyes, sea por sus propios prejuicios, sea por la acción de

<sup>19</sup> Al respecto también puede verse Stephenson, 2001. Matthew C. Stephenson, When the Devil Turns: The Political Foundations of Independent Judicial Review 5 (Aug. 30, 2001), disponible en <http://pro.harvard.edu/abstracts/026/026009Stephenson.htm> (documento sin publicar presentado al Annual Meeting of the American Political Science Association).

actores políticos o económicos poderosos. Esto ha minado la posibilidad de que el sistema jurídico sea un verdadero factor generador de la igualdad ante la ley.

El tratamiento desigual tiene además una de sus dimensiones más preocupantes en la acción discriminatoria de las fuerzas de policía. Es hoy altamente documentado que la atención de las fuerzas de seguridad ciudadana está dirigida especialmente contra determinados sectores de la población, generalmente aquellos más pobres, considerados en la práctica como "clases peligrosas". No solo los niveles de control son diferentes sino que las víctimas de abuso policial vía torturas, detenciones arbitrarias, etc., son las personas pertenecientes a los niveles más bajos de la escala social. En determinados eventos la ley penal ayuda a la estigmatización de los más pobres asociándolos con la delincuencia y la inseguridad. Éstos, en cuanto víctimas, tienen a su vez muy pocas posibilidades de buscar una justicia adecuada frente a estos casos.

En Uruguay, la policía sigue dirigiendo prioritariamente su atención a los más pobres y desfavorecidos, a los que considera sujetos peligrosos. En Argentina, las violaciones a los derechos de los más débiles a manos de la policía tienden a la impunidad. En São Paulo, hay un claro patrón de represión a los más pobres respecto del cual los jueces no terminan la mayoría de investigaciones y se acepta un patrón de exculpación por la violencia de la víctima (Brinks, 2003). En Chile, una encuesta arrojó que dos tercios de la población considerada percibía que los carabineros trataban bien a los bien vestidos y mal a los pobres (Barros y Correa; 1993).

Producto de estas tendencias, la confianza en la policía está en niveles críticos. En Brasil la policía militar es, conjuntamente con el Congreso, la institución con menores niveles de confianza poblacional. En Perú, sólo el 19% de los partici-

pantes en una encuesta expresaron que la policía realizaba un buen trabajo. En Ecuador, el 58,3% de los encuestados no denunció los delitos de que fue víctima porque consideraba que la policía no haría nada, mientras un 13.6% consideraba que denunciar era peligroso (Weyland, 2003).

Las dinámicas anteriores tienen profundas raíces. En determinados casos provienen de la ausencia de una debida formación por parte de los jueces y policías. Sin embargo, existen factores más estructurales que tiene que ver con la penetración de los patrones de desigualdad en el funcionamiento de la institucionalidad jurídica. En otros términos, los niveles de desigualdad existentes a nivel social permean el funcionamiento de las reglas de juego de forma tal que terminan reproduciendo y ahondando dichos patrones. Esta dinámica es particularmente clara en cuanto al acceso a la justicia, el tratamiento judicial y penal de los más débiles y el desconocimiento de las libertades económicas de los más pobres.

#### **4.3 Las reglas informales del sistema judicial y su impacto en la desigualdad**

El papel de las instituciones jurídicas en cuanto factor de desigualdad está asociado igualmente a ciertos patrones propios del entendimiento y funcionamiento del sistema legal y judicial en América Latina. Estos tienen que ver particularmente con el excesivo peso del formalismo y el instrumentalismo jurídico y la ausencia de una burocracia apegada al principio de legalidad, lo cual en conjunto ha generado la falta de una cultura de los derechos que termina por retroalimentar los anteriores.

América latina arrastra una cultura jurídica formalista y ritualista donde los procedimientos, el fetichismo de los términos legales y los diversos formalismos previstos en las leyes se imponen por sobre la resolución de fondo de los casos y la determinación de la verdad jurídica. Esta práctica, propia de jueces y alimentada estratégicamente

por los abogados, impacta en la desigualdad en la medida en que el acceso se ve seriamente limitado por una cultura legalista que pone barreras para el tratamiento de los casos y, cuando este ocurre, se empantana en un sucedáneo de formalismos que impiden la resolución a tiempo y de fondo de los asuntos, lo cual, evidentemente, afecta a los más pobres.

El formalismo jurídico ha convivido con otra práctica inveterada, cual es el abuso de la ley en cuanto instrumento del poder. El instrumentalismo jurídico ha significado que los actores poderosos han usado las leyes con fines particulares y en el marco de disputas de diverso orden. Esto ha significado, de una parte, el cambio permanente de las leyes en cuanto los equilibrios de poder varían, mientras de otra el diseño y aplicación de una parte de la normatividad es sesgada<sup>20</sup>. El uso las leyes como parte de la disputa de intereses ha dificultado la creación de una cultura de la ley en cuanto límite al poder, la cual es el corazón mismo de la idea del Estado de derecho. El instrumentalismo y la ausencia de la noción de los límites jurídicos al poder ha facilitado la aplicación desigual de las leyes a los disidentes políticos y a los excluidos.

Algo similar puede decirse de las burocracias públicas. Aún siguen regidas por amplios niveles de discrecionalidad y no circunscritas al principio de legalidad, lo cual ha facilitado que, a la hora de aplicar la ley, no siempre se haga de manera neutral sino mediada por los incentivos de la corrupción, las presiones de los más poderosos o las redes de pertenencia existentes a nivel social. De esta manera, el funcionamiento de las burocracias ha impactado por tanto en ahondar los patrones de desigualdad existentes (Michalon, 2000).

Como producto de lo anterior y por fuera del ámbito propio de las instituciones legales y judiciales, se ha generado una muy baja cultura de los derechos, que a su vez retroalimenta patrones como los anteriores. La limitada cultura en tal sentido ha alimentado el tratamiento desigual a nivel de las relaciones sociales entre los actores privados y no ha permitido generar un control frente a la creación sesgada y la aplicación desigual de las leyes.

Es necesario plantear que en buena parte el cumplimiento de las tareas del Estado de derecho en materia de igualdad pasa por la superación de las instituciones informales que vienen impidiendo su papel adecuado, así como de la neutralización apropiada de las presiones provenientes de un ambiente desigual. Es en este plano que pueden ubicarse los desafíos centrales de la institucionalidad del Estado de derecho en lo que hace a su papel concreto en los avances en igualdad<sup>21</sup>.

## 5. La desigualdad y su impacto en las posibilidades del Estado de derecho

El estudio de la relación entre instituciones y desarrollo ha permitido determinar su interdependencia. Si bien una parte de la institucionalidad del Estado de derecho es de vital importancia para generar las condiciones del crecimiento económico, la extensión y calidad de aquél depende igualmente de los niveles de generación de riqueza y en general de los resultados del desarrollo. En otros términos, los alcances de cualquier desarrollo legal están subordinados por los efectos de una mejor distribución de los recursos, la superación de la pobreza, el ejercicio de la democracia y la participación social. Expresamente, el Estado de derecho tiene muchas más oportu-

<sup>20</sup> Este instrumentalismo permite entender la ya clásica frase "A mis amigos todo: a mis enemigos, la ley".

<sup>21</sup> Es necesario anotar que el nivel de investigaciones sobre los temas antes anotados es casi nulo y por tanto es muy difícil determinar su efectivo impacto según área y país.

nidades de cumplir sus objetivos en cuanto el desarrollo económico y social haya ganado dinámica (Sen, 2000)<sup>22</sup>.

La mencionada interdependencia nos introduce en un tema poco explorado en América latina, cual es el de la consideración de las condiciones que posibilitan o dificultan la implantación de un Estado de derecho. Estudios particularmente centrados en el análisis de la realidad asiática y africana han planteado que un estado sujeto al derecho encuentra dificultades en realidades sociales donde el Estado no ha logrado un monopolio legítimo de la fuerza, los actores políticos no respetan el derecho en cuanto límite al poder o las leyes no son estables en razón de los reacomendamientos políticos. Estos análisis han planteado que los niveles de fragmentación y desigualdad impactan negativamente en la construcción de un Estado de derecho eficaz<sup>23</sup>.

Sin duda el primer y más directo impacto de la desigualdad en el Estado de derecho es la exclusión de una buena parte de la población de los beneficios ofrecidos por la institucionalidad jurídica. Así, no es posible contar con un debido goce de los derechos en un marco de analfabetismo y extrema pobreza (Garzón, 2000; Binder, 2000). En este contexto, la población excluida social y económicamente también lo es jurídicamente al no contar con las posibilidades para usar las herramientas brindadas por el Estado de derecho con el fin de defender los derechos formalmente reconocidos. Esta marginación termina por profundizar los niveles de desigualdad y alimenta una reducida fe y confianza en las instituciones que impide en el fondo un ejercicio efectivo de la ciudadanía (Banco Mundial, 2003). Ahora bien, existen dos formas más complejas en que la des-

igualdad impacta en la posibilidad y calidad del Estado de derecho.

### **5.1 El impacto de la desigualdad en las demandas al servicio de justicia**

Si bien la exclusión indicada significa una menor demanda social respecto del servicio de justicia, la demanda existente está fuertemente cruzada por los términos de desigualdad. Esto es particularmente claro en el caso del aumento de la criminalidad en la región y el uso creciente del sistema judicial para la garantía de los DESC.

Las crecientes tasas de criminalidad han aumentado de manera preocupante especialmente en la década de los noventa del pasado siglo. En Venezuela, las tasas de homicidio por cien mil habitantes han aumentado de 12.6 en 1990 a 22 en el 2000. En Brasil el paso fue de 18.6 homicidios en 1990 a 25 en 1999. Mientras, en Tegucigalpa, Honduras, las tasas aumentaron dramáticamente de un 38.3 en 1995 a un 53.9 en 1998. En Centroamérica, la tasa promedio de asesinatos es de 58 por cien mil habitantes (Weyland, 2003).

Las tasas de criminalidad tienen relación con los niveles de desigualdad existentes. Cuando las diferencias son muy pronunciadas, los individuos más pobres tienen más incentivos para apelar a formas de redistribución directa a través del uso de la violencia. Las privaciones con que viven los sectores más bajos de la sociedad alimentan la criminalidad entre los mismos pobres (Weyland, 2003).

El aumento de la criminalidad ha impactado en el sistema de justicia penal, el cual se muestra incapaz para dar una respuesta a tiempo y en la práctica se mantiene colapsado. De igual forma, la

<sup>22</sup> Desde otras perspectivas diversas a las de Sen se sostiene también esta interdependencia. Véanse, entre otros, Elster, 1994 y Posner, 1998.

<sup>23</sup> Véanse, entre otros, Karpen, 2000; Michalon, 2001; Schor, 2000 y Garzón, 2000.

tendencia identificada ha significado el aumento vertiginoso de la población carcelaria en varios países. De esta forma, el sistema penal ha terminado por convertirse en parte central de la respuesta estatal frente a los problemas irresueltos de desigualdad. Tal respuesta no sólo es inadecuada sino que, por el tamaño del problema, no alcanza a cumplir siquiera las tareas de control social encargadas al sistema penal.

En otros niveles, las demandas venidas de la sociedad y asociadas a los problemas de desigualdad están generando tensiones que terminan por afectar la relación entre los poderes públicos. La constitucionalización de un amplio catálogo de derechos, la existencia de acciones para su reivindicación, conjuntamente con la extensión de los servicios legales a los más pobres, han llevado a que las cortes conozcan de manera creciente asuntos relacionados con los derechos económicos y sociales. En determinadas situaciones el tratamiento de estos asuntos ha conllevado el poner en cuestión las políticas económicas y sociales de los gobiernos, por lo que se considera que son sus efectos contrarios en materia de derechos.

En Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional, en defensa del derecho a la igualdad, ha declarado inconstitucionales varias medidas económicas tomadas por el ejecutivo. En particular, las decisiones judiciales han dejado sin piso jurídico normas en relación con el sistema de vivienda y las relacionadas con los límites a la indexación de los salarios<sup>24</sup>. Los efectos de estas decisiones han comprometido un aumento del gasto público que ha puesto en aprietos a los gobiernos para cumplir sus metas de ajuste, pero sobre todo abrió una agria discusión sobre los efectos económicos de las sentencias de la corte en materia de derechos económicos y sociales. El último episodio de este desencuentro

ha sido la discusión por parte del gobierno colombiano de un proyecto de reforma constitucional dirigido a no permitir que la corte constitucional tome decisiones que puedan afectar el gasto público.

En Brasil, por su parte, las cortes, especialmente medias e inferiores, han sido utilizadas por diversos actores sociales para promover y finalmente obtener la paralización de importantes empresas públicas. De acuerdo con Ballard, lo anterior es producto del catálogo de derechos económicos y sociales reconocidos en la Constitución de 1988, el aumento de los sujetos legitimados para iniciar una acción legal en defensa de los derechos, y el surgimiento de una suerte de activismo judicial que otorga a los jueces la tarea de proteger a las clases sociales vulnerables (Ballard, 2000). En este contexto, el gobierno ha preparado un proyecto de reforma judicial. Éste está representado en una serie de medidas que incluyen la obligatoriedad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, dificultando por este medio el activismo de los sectores medios de la judicatura.

Como puede verse de los ejemplos considerados, que se han dado de manera diversa también en Costa Rica y Ecuador (Clavijo, 2001), el activismo de las cortes ha conllevado la generación de fuertes tensiones entre las cortes y el poder ejecutivo, así como la judicialización de decisiones económicas para las que las cortes no siempre están preparadas. Estas tensiones han puesto hoy en riesgo los términos de la independencia judicial en los países aquí considerados. Sin embargo, la respuesta de las cortes no ha sido el producto de un activismo autopropulsado, sino de un crecimiento de las demandas sociales que no encuentran respuesta través de las instancias políticas. De la misma forma, la situación en cuestión plantea la interesante cues-

<sup>24</sup> Para una aproximación en detalle de los casos y bajo una posición crítica puede verse Clavijo, 2001. Para una defensa calificada del papel de la corte véase, Uprimny, 2002.

tión de los límites constitucionales a las políticas económicas de los gobiernos o, en otros términos, de cómo los derechos económicos y sociales no pueden dejar de considerarse a la hora de diseñar y llevar adelante determinadas decisiones económicas.

### **5.2 La desigualdad y su impacto en el diseño de las instituciones y la seguridad de los derechos de propiedad**

Los niveles de desigualdad impactan de igual forma en el diseño y funcionamiento de las instituciones del Estado de derecho. Estas últimas terminan por representar de manera excesiva los intereses y expectativas de los sectores más poderosos. Siguiendo a Bardhan,

"En áreas de elevada desigualdad social y económica, los problemas de la 'captura' de las agencias locales de gobierno por parte de la élite local pueden ser severos, quedando las secciones más débiles y pobres de la población gravemente expuestas a su merced y malversación. El gobierno central también puede ser 'capturado', pero hay muchas razones por las que el problema puede resultar más serio a nivel local" (Bardhan, 2001).

Los niveles de polarización derivados de la desigualdad también dificultan la generación de consensos en torno a las políticas. Según Keefer, la desigualdad en el ingreso aumenta la polarización y dificulta por ejemplo la generación de acuerdos en materias como leyes de bancarrota, o la protección de patentes. Por su parte, la polarización étnica afecta el establecimiento de políticas de desarrollo local y la reforma de las burocracias públicas (Keefer y Knack, 2001).

Con la captura y la dificultad para generar consensos, nacida de la desigualdad, se dificulta la

calidad de las leyes en cuanto no representan el equilibrio de intereses o la inclusión de valores y expectativas públicas. De esta forma las leyes desde su origen reproducen sesgos que terminan por afectar su legitimidad frente a la población o en otros términos limitan su apropiación por la mayoría de la misma. Esta dinámica termina por ahondar la perspectiva dominante según la cual las leyes benefician a los más poderosos y afectan a los más débiles<sup>25</sup>. De la misma manera, los problemas de consenso dificultan la toma de decisiones acertadas y respaldadas para enfrentar las crisis (Keefer y Knack, 2001).

De otro lado, la inestabilidad de las leyes y especialmente aquellas relativas a los derechos de propiedad y al cumplimiento de los contratos es también alimentada por los niveles de desigualdad. Estudios comparativos basados en el establecimiento de correlaciones entre los niveles de protección de los derechos de propiedad y los niveles de polarización ligada a la desigualdad han permitido concluir que esta última dificulta la seguridad de los derechos de propiedad como producto de los cambios abruptos y permanentes en las políticas y por ende en las leyes (Keefer y Knack, 2001).

La inseguridad sobre los derechos de propiedad debilita la seguridad jurídica y por ende los horizontes de expectativa de los empresarios de forma tal que no cuentan con incentivos para realizar inversiones de largo plazo. Por esta vía, el crecimiento mismo se ve afectado y la desigualdad tiende a profundizarse (Keefer y Knack, 2001).

Los diversos impactos de la desigualdad en las reglas de juego jurídicas nos denotan la comple-

<sup>25</sup> Un ejemplo de esta situación es el marco legal de tributación en Colombia. A pesar del complejo déficit fiscal existe un amplio régimen de exenciones que favorece a sectores económicos poderosos. Así, en el contexto latinoamericano, Colombia cuenta con una de las tasas más bajas de impuestos sobre la propiedad de la tierra agrícola. Mientras, el impuesto al valor agregado es del 16% y próximamente se extenderá a todo los bienes de consumo.

jidad de la relación entre el Estado de derecho y la igualdad. Si bien aquel tiene un rol importante en materia de igualdad, su oportunidad está fuertemente enmarcada si no condicionada por los fuertes patrones de desigualdad. Esta interdependencia conlleva exigencias claras de integralidad y realismo. El papel del Estado de derecho en términos de igualdad no está al margen de los avances producto de un compromiso estatal y social para revertir los actuales patrones de desigualdad. El realismo nos dice que el impacto del Estado de derecho en favor de la igualdad debe medirse en términos de sus capacidades para responder a los mínimos básicos de igualdad ante la ley y sustancial para toda la población.

## 6. Conclusiones: Los desafíos del Estado de derecho en materia de igualdad

En América Latina, la institucionalidad del Estado de derecho cuenta con un amplio desarrollo formal que no siempre se expresa en la práctica institucional y por ende en la calidad efectiva de su desempeño. Asumiendo esta característica estructural de la institucionalidad jurídica de la región, las normas que desarrollan los compromisos del Estado de derecho en materia de igualdad han vivido un prolífico desarrollo. Éste se ha centrado en la constitucionalización de la igualdad en y ante la ley y en menor medida en el reconocimiento de los derechos económicos y sociales relativos a la igualdad sustantiva o material.

Los desarrollos legales en materia de igualdad han sido especialmente extensos respecto a aquellos grupos que han sufrido condiciones de discriminación históricas, como las mujeres, los pueblos indígenas y las comunidades afroamericanas. Éstos han trascurrido simultáneamente con el reconocimiento de su diversidad en diversas dimensiones.

Para el caso de las mujeres, la legislación en favor de la igualdad se ha centrado en los temas de la lucha contra la violencia intrafamiliar y la discriminación en el lugar de trabajo. La violencia sexual en sus diversas expresiones sigue siendo el gran tema pendiente de un mejor tratamiento legal. También continúa siendo problemática la ausencia de normas en contra de la discriminación laboral en varios países de la región. Finalmente, la legislación sigue contando con algunas rémoras del pasado como las referentes a la necesidad que tienen algunas mujeres de contar con el permiso de su marido para trabajar o la ausencia de una valoración adecuada de las dificultades que tienen las mujeres para ser titulares efectivas de la propiedad.

En lo relativo a los pueblos indígenas las reformas normativas han sido igualmente amplias. Respecto a la igualdad, las medidas han estado dirigidas a facilitar el acceso y titulación de la tierra, facilitar su acceso calificado a la justicia estatal y mejorar la garantía del derecho a la salud de los integrantes de las comunidades originarias. Lamentablemente no ha sido posible determinar el alcance de estas medidas en el cumplimiento de sus objetivos, así como en la determinación del balance entre las normas que buscan garantizar la diversidad y aquellas que en menor medida tratan de garantizar algunas dimensiones de la igualdad.

La situación de los pueblos afroamericanos es más crítica real y legalmente. Al respecto los desarrollos legislativos son mucho menores y su eficacia lo es aún menor. Los vacíos y ambigüedades en el ámbito de las leyes son reiterados, existen muy pocas normas que permitan la denuncia y castigo por discriminación racial y cuando las hay, el sistema judicial y de policía no las tramita de la manera esperada.

El gran vacío en materia del derecho civil a la igualdad ante la ley tiene que ver con el ámbito de las

libertades económicas. Los más pobres siguen siendo víctimas de los inveterados problemas de acceso y titulación adecuada de la propiedad. Los costos formales e informales de los procedimientos burocráticos afectan a los más débiles arrojándolos a la precariedad del mundo informal. Las burocracias continúan siendo actores privilegiados de la discriminación contra los más pobres, quienes no pueden ejercer los pocos controles que ofrecen las leyes en estos eventos.

Los derechos económicos y sociales en cuanto sustratos de los compromisos en materia de igualdad sustancial han avanzado de manera más episódica que sistemática. Dados los cambios en la acción económica del Estado, el poder judicial se ha convertido en uno de los defensores centrales de los DESC ante la ausencia de respuestas adecuadas de los otros poderes. No obstante, la respuesta ofrecida por el judicial es ante todo reactiva y por tanto no permite una acción integral y sostenida en la materia.

Por su parte, el escenario institucional en el cual descansa en última instancia la aplicación y defensa de la constitución y la ley, la administración de justicia, sigue siendo inaccesible para los más débiles y la independencia no ha mejorado lo suficiente para permitir una aplicación imparcial de las leyes. Así, los costos, el ritualismo y el desconocimiento de los derechos, mantienen alejados del aparato público de justicia a una gran parte de los pobres. La independencia judicial aun sigue apriisionada en cambios formales cupulares y un gremialismo corporativo que no ha permitido a los jueces que conocen de los asuntos de los pobres una interpretación y aplicación de la ley al margen de los intereses de los poderosos. Por lo demás, la administración de justicia no se ha mostrado preparada para conocer y tramitar adecuadamente las reivindicaciones jurídicas de las mujeres y los indígenas.

Las prácticas informales relativas al uso del derecho en latinoamericana también han influido en esta crítica relación del poder judicial con la desigualdad. El formalismo jurídico reproducido por jueces y abogados no sólo encarece los costos de la justicia sino que dificulta la solución de fondo de los conflictos, lo cual obviamente afecta a los más pobres. El instrumentalismo jurídico ha alimentado una cultura según la cual los actores poderosos utilizan las normas como armas de poder, antes que como límites del mismo, lo cual impacta en el comportamiento de las burocracias y termina por desvalorar el derecho como una instancia de defensa antes que como una herramienta usada en contra de los enemigos.

Un cuadro como el anterior se explica pero a la vez se complica si tenemos en cuenta el impacto de la desigualdad en el desempeño de las instituciones jurídicas. La desigualdad dificulta seriamente la posibilidad misma del Estado de derecho por diversas vías. Una de ellas es en el diseño y desarrollo de las instituciones que tienden a privilegiar los intereses y expectativas de los más poderosos, lo cual repercute en el carácter no público de las leyes y en su apropiación mayoritaria por la población. En igual forma, la estabilidad de las normas relativas a la propiedad se ve cuestionada por los problemas de polarización generados por la desigualdad, impactando final y negativamente en el papel del Estado de derecho respecto al crecimiento económico.

De esta manera, el rol del Estado de derecho en materia de igualdad está fuertemente condicionado por los términos de la desigualdad existente que penetran y afectan el diseño y funcionamiento del mismo. Esta compleja interdependencia, además del balance previo sobre lo avanzado y pendiente, permite determinar los términos de los desafíos que el Estado de derecho tiene respecto a sus compromisos en materia de igualdad.

1. Si bien la institucionalidad del Estado de derecho es un puntal importante para enfrentar la desigualdad, su rol central se ubica en la garantía de la igualdad ante la ley en cuanto constituye una de las áreas más pendientes dentro del inacabado proceso de reconocimiento efectivo de los derechos civiles. El rol de las instituciones jurídicas en materia de la igualdad sustancial debe ser sin embargo subsidiario en cuanto las capacidades del poder judicial para responder en materia de DESC son limitadas y pueden abrir complejos terrenos de tensión entre los poderes públicos. Los jueces no pueden convertirse en los autores de la política social, la cual merece volver al terreno de los actores políticos bajo un control mayor de las poblaciones.
2. El Estado de derecho no sólo está limitado por sus capacidades internas para responder a los retos de la igualdad. Está condicionado por los patrones de desigualdad provenientes del marco de reglas informales existentes en la sociedad y aun impermeables en el sostenimiento de distintos patrones de discriminación. En este sentido, los avances del Estado de derecho en materia de igualdad dependen en buena parte de los avances en materia de igualdad venidos del desarrollo económico y de la calidad de las democracias de la región.
3. El diseño, desarrollo y evaluación de las instituciones jurídicas ligadas con los derechos deben asumir un claro compromiso con la igualdad. En otros términos, la ingeniería legal en sus diversas dimensiones debe reconocer que no basta con la adopción más o menos adecuada de un patrón legislativo determinado. Se trata también de que estos asuman que enfrentan una realidad muy desigual, que es reproducida por las instituciones jurídica mismas y que por tanto debe existir una prioridad clara en superar aquellos factores internos y externos que impiden la básica igualdad ante la ley.
4. Es fundamental establecer balances nacionales y estrategias de acción con el fin de excluir del ordenamiento jurídico aquellas normas que aún establecen discriminaciones injustificadas contra las mujeres, los indígenas y los afroamericanos. Es vital llenar los vacíos legislativos en materia de violencia sexual contra las mujeres, libertades económicas de los más pobres y desconocimiento de los derechos de los homosexuales.
5. Los avances legales no han logrado enfrentar adecuadamente las realidades de discriminación especialmente respecto a las mujeres en el ámbito del trabajo, los indígenas y las poblaciones negras. En este sentido, parece necesario fortalecer las herramientas para su progresiva pero clara mejoría, para lo cual parece útil ampliar los mecanismos de discriminación positiva tanto para todas estas poblaciones como respecto de los ámbitos laboral, educativo y de salud. Simultáneamente deberían considerarse mecanismos civiles y penales que permitan la denuncia y sanción en casos de discriminación.
6. En términos de igualdad, el acceso a la justicia debe continuar con el proceso abierto en la región en favor de superar los obstáculos que dificultan el uso del servicio por los más pobres. Los mecanismos de casas de justicia y descentralización son una buena oportunidad para acercar la justicia a la población. En tal sentido debe realizarse un balance de cuál ha sido el impacto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, no sólo en términos de la solución de las diferencias sino en la garantía efectiva de la igualdad de las partes.

7. La independencia judicial debe continuar su proceso de fortalecimiento, especialmente respecto de los jueces intermedios y más bajos de la judicatura, que son los que se relacionan más directamente con la población. La corrupción judicial debe ser una preocupación pública tanto de la judicatura como de las otras ramas del poder, del gremio de los abogados y de la sociedad civil organizada.
8. El enfrentamiento de las diferencias de trato realizadas por la judicatura y las burocracias, precisa de fortalecer sus niveles de formación en derechos y en los ajustes de la legislación a los temas de la diversidad. La posibilidad de contar con mecanismos para denunciar y buscar la sanción disciplinaria, civil o penal por discriminación debe permitir enfrentar este fenómeno críticamente dominante. En este sentido debe fortalecerse el acceso e institucionalización de la justicia administrativa.

## BIBLIOGRAFÍA

- AYLWIN, J. *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos*. Serie Desarrollo Productivo. Santiago: CEPAL, 2002.
- BALLARD, M. "The clash between local courts and global economics: the politics of judicial reform in brazil". *Berkeley Journal of International Law*. Vol 17, 2, 1999.
- BANCO MUNDIAL. Inequality in Latin America & the Caribbean: breaking with history? [en línea]: <http://Inweb18.worldbank.org/LAC/LAC.nsf/ECADocbyUnid> [Consulta: 15 nov. 2003]
- BANCO MUNDIAL. *Doing Business in 2004. Understanding Regulation*. Washington, 2003.
- BARDHAN, P. "Entendiendo el subdesarrollo: retos de la economía institucional desde el punto de vista de los países pobres". *Instituciones y Desarrollo*, No. 10, 2001.
- BINDER, A. *Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual* [en línea] Barcelona, 2000. <http://www.iigov.org/papers/tema4/paper0036.htm> [Consulta: 15 nov. 2003]
- BINSTOCK, H. *Hacia la igualdad de la mujer. Avances legales desde la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Santiago: CEPAL, 1998.
- BRINKS, D. *Legal equality and effectiveness in the courts of Argentina, Uruguay and Brazil*. Artículo preparado para el encuentro anual de la Asociación de Ciencia Política del Medio Oeste. Abril 3-6, 2003, Chicago.
- BONCHIL GROUP. *Frequently asked questions on doing business in Bolivia*. 2001 [en línea] <<http://www.bomchilgroup.org/bolfaq.html>> [Consulta: 12 jul. 2003].
- CLAVIJO, S. Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991. Mimeo, 2000.
- CORREA, J. y BARROS, L. *Justicia y marginalidad. Percepción de los pobres*. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria, 1993.
- COTTROL, R. Y HERNÁNDEZ, T. The role of law and legal institutions in combating social exclusion in Latin American countries: afro-american populations [en línea]: [www.iadb.org/exr/events/conference/pdf/legalexecutive.pdf](http://www.iadb.org/exr/events/conference/pdf/legalexecutive.pdf) [Consulta: 12 jul. 2003].

- DANLER, J. "Pueblos indígenas e imperio de la ley en América Latina: ¿tienen una oportunidad?". En: O'Donnell et Al. *La ineffectividad de la ley y los excluidos en América Latina*. Barcelona: Paidós, 2001.
- DE SOTO, H. *El misterio del capital*. Perú: Empresa Editora El Comercio, 2000.
- ELSTER, J. *The impact of constitutions on economic performance. Proceedings of the 6th World Bank Annual Conference on Development Economics*. Washington, 1995.
- FELD, L. y STEFAN, V. Economic growth and judicial independence: cross country evidence using a new set of indicators [en línea]: <http://www.wirtschaft.uni-kassel.de/Voigt/PDF/GroningenRevstv.pdf> [Visitado: nov. 10, 2003].
- GARGARELLA, R. *Teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999.
- GARGARELLA, R. "Too far removed from the people". *Access to justice for the poor: The case of Latin America* [en línea]: [www.undp.org/governance/docsaccount/latin-america.pdf](http://www.undp.org/governance/docsaccount/latin-america.pdf) [Visitado: nov. 10, 2003].
- GARRO, A. "El acceso de los pobres a la justicia en América Latina". En: O'Donnell et Al. *La ineffectividad de la ley y los excluidos en América Latina*. Barcelona: Paidós, 2001.
- GARZÓN, E. "Constitución y democracia en América Latina". Anuario de derecho Constitucional. Número 3 (2000). CEDLA-Konrad Adenauer, pp. 55-78.
- GUERRERO, E. *Violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe español 1990-2000: balance de una década*. Santiago de Chile: Isis Internacional/UNIFEM, 2002.
- HAMMERGREN, L. "Do judicial councils further judicial reform? Lessons from Latin America". *Rule of Law Series*, No. 28, junio, Washington: Carnegie Endowment Working Papers, 2002.
- HOPENHAYN, M. y BELLO, A. *Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe*. Serie Políticas Sociales. Santiago de Chile: CEPAL, 2001.
- IIDH. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Un desafío impostergable*. San José: IIDH, 1999.
- IIG. *Desarrollo posible: Instituciones necesarias*. La Paz: Ed.Plural-PNUD-Bolivia. En prensa.
- ISHR. "Law and the status of Latin America women. Women's rights in Brazil, Colombia, Guatemala, Nicaragua and Perú" [en línea]: <http://www.ishr.org/sections-groups/germany/latinamericanwomen>. [Visitado: nov. 10, 2003].
- ITURRALDE, D. *Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales y discriminación*. Texto preparado para el Seminario de Expertos sobre Racismo, Discriminación, Xenofobia y otras Formas de Inequidad. Santiago, Chile, 2001.
- JUSTINO, P y ACHARYA, A. *Inequality in Latin America: processes and inputs*. Prus Working Paper No. 22. Poverty Research Unit at Sussex, University of Sussex, 2003.
- KARPEN, U. "Condiciones de eficiencia del Estado de derecho, especialmente en los países en desarrollo y en despegue". Anuario de derecho Constitucional. Número 3 (2000). CEDLA-Konrad Adenauer.
- KNACK, P. y KEEFER, P. "Polarization, politics and property rights". Policy Research Working

- Paper 2418. *World Bank - Country Economics Department* from World Bank - Country Economics Department. [en línea]: <http://wbln0018.worldbank.org/Research/workpapers.nsf/wps2418.pdf> [Visitado: nov. 10, 2003].
- KLISKBERG, B. *Desigualdad y desarrollo en América Latina: el debate postergado*. DOCUMENTOS / 17. Secretaría de Promoción Social - Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 1999.
- MENDONCA, D. *La igualdad en la aplicación de la ley*. Mimeo, 1999.
- MICHALON, T. "Non-industrialized societies and the rules of law" [en línea]: CEPMLP Journal. 2000. Vol 6-1. <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol6-1.html> [Consulta: dic. 17, 2001].
- O'DONNELL, G. 1998. Polyarchies and the (un) rule of law in Latin America". [en línea]: <http://www.uoregon.edu/~caguirre/lawandsociety.htm> [Consulta: dic. 17, 2001].
- POSNER, R. "Legal Development and legal infrastructure", *The World Bank research Observer* 13, 1, 1998.
- RAWLS, J. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- SCHOR, M. "Constitucionalismo en América Latina. Consolidando el Estado de derecho" [en línea]: Metapolítica. 2000 Número 15. <http://www.metapolitica.com.mx/meta/metapass/15/schor.html#b> [Consulta: nov. 17, 2003].
- SEN, A. *Nuevo Examen de la desigualdad*. Madrid: Alianza, 1999.
- SEN, A. *Desarrollo y libertad*, Bogotá: Planeta, 2000.
- SEN, A. "What is the role of legal and judicial reform in the development process". [en línea]: World Bank, 2000. Disponible en: [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org) [Consulta: dic. 15, 2000].
- POPKIN, M. "Informe comparativo sobre la independencia judicial en América Latina", documento preparado en el marco de la construcción de la "Guía para la independencia judicial". Washington: US-AID, 2001.
- UPRIMNY, R. "Crítica jurisprudencial". *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 13-14, 2000.
- WEYLAND, K. *Political repercussions of crime and violence in Latin America. An essay for the Conference on culture and peace: violence, politics and representation in the Americas*. University of Texas at Austin, Law School, marzo 24-25, 2003.

## ANEXO 1

**Cuadro 1. La igualdad en las constituciones de América Latina**

<b>País</b>	<b>Términos de reconocimiento de la igualdad</b>	<b>Tipo de igualdad</b>
<b>Argentina</b>	<p><b>Artículo 16.</b> La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales antes la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.</p> <p>Art. 75. Inc 23. Entre las facultades del Congreso Nacional se encuentra la de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato" (IIDH, 1999).</p>	Igualdad formal ante la ley e igualdad sustancial.
<b>Bolivia</b>	<p><b>Artículo 6.</b> Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social u otra cualquiera...</p>	Igualdad en materia de derechos.
<b>Chile</b>	<p><b>Artículo 19.</b> La Constitución asegura a todas las personas:</p> <p>2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados... Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias...</p>	Igualdad formal ante la ley.
<b>Colombia</b>	<p><b>Artículo 13.</b> Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.</p> <p>El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.</p> <p>El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o malos tratos que contra ellas se cometan.</p>	Igualdad formal ante la ley, de derechos y sustancial.
<b>Costa Rica</b>	<p><b>Artículo 33.</b> Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.</p>	Igualdad formal ante la ley.
<b>Ecuador</b>	<p><b>Artículo 23.</b> Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:</p> <p>3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.</p>	Igualdad ante la ley e igualdad sustancial en razón del género.

País	Términos de reconocimiento de la igualdad	Tipo de igualdad
Ecuador	<p><b>Artículo 34.</b> El Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a recursos para la producción y en la toma de decisiones económicas para la administración de la sociedad conyugal y de la propiedad.</p> <p><b>Artículo 41.</b> El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a través de un organismo especializado que funcionará en la forma que determine la ley, incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.</p>	Igualdad ante la ley e igualdad sustancial en razón del género.
México	<p><b>Artículo 12.</b> En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.</p>	Igualdad formal ante la ley
Nicaragua	<p><b>Artículo 27.</b> Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social.</p> <p>Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país.</p> <p>El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.</p> <p><b>Artículo 48.</b> ...existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.</p>	Igualdad formal ante la ley, igualdad sustantiva en materia de derechos económicos y sociales y en razón del género.
Panamá	<p><b>Artículo 20.</b> Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley; pero esta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales.</p>	Igualdad ante la ley
Paraguay	<p><b>Artículo 47. De las garantías de la igualdad</b></p> <p>El Estado garantizará a todos los habitantes de la República:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen;</li> <li>2. la igualdad ante las leyes;</li> <li>3. la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y</li> <li>4. la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.</li> </ol>	Igualdad ante la ley e igualdad sustantiva. Criterios de igualdad particulares.

País	Términos de reconocimiento de la igualdad	Tipo de igualdad
Perú	<b>Artículo 2.</b> Toda persona tiene su derecho: 2. A la igualdad ante la Ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole...	Igualdad ante la ley
República Dominicana	<b>Artículo 8.</b> La ley es igual para todos: no puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica...	Igualdad ante la ley
Uruguay	<b>Artículo 8.</b> Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.	Igualdad ante la ley

**Fuente:** Base de datos políticos de las Américas. Elaboración. IIG.

**Cuadro 2. Estado de ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (cedaw) y Protocolo Facultativo**

*América Latina y el Caribe español*

País	Firma CEDAW	Ratificación/Suscripción /Adhesión CEDAW	Firma Protocolo Facultativo	Ratificación/Adhesión Protocolo Facultativo
Argentina	17.07.1980	15.07.1985 b/	28.02.2000	
Bolivia	30.05.1980	08. 06.1990	10.12.1999	27.09.2000
Brasil	31. 03.1981 b/	01.02.1984 b/	13.03.2001	28.06.2002
Colombia	17.07.1980	19.01.1982	10.12.1999	
Costa Rica	17.07.1980	04.04.1986	10.12.1999	20.09.2001
Cuba	06.03.1980	17.07.1980 b/	17.03.2000	
Chile	17.07.1980	07.12.1989 b/	10.12.1999	
Ecuador	17.07.1980	09.11.1981	10.12.1999	05.02..2002
El Salvador	14.11.1980 b/	19.08.1981 b/	04.04.2001	
Guatemala	08.06.1981	12.08.1982	07.09.2000	09.05.2002
Honduras	11.06.1980	03.03.1983		
México	17.07.1980 b/	23.03.1981	10.12.1999	15.03.2002
Nicaragua	17.07.1980	27.10.1981		
Panamá	26.06.1980	29.10.1981	09.06.2000	09.05.2001
Paraguay	06.04.1987 a/		28.12.1999	14.05.2001
Perú	23.07.1981	13.09.1982	22.12.2000	09.04.2001
Puerto Rico				
República Dominicana	17.07.1980	02.09.1982	14.03.2000	10.08.2001
Uruguay	30.03.1981	09.10.1981	09.05.2000	26.07.2001
Venezuela	17.07.1980	2.05.1983 b/	17.03.2000	13.05.2002

**Fuente:** [www.un.org/womenwatch/daw/cedaw](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw). Citado en: Guerrero Caviedes, 2002

**Nomenclatura:** a/ adhesión b/ declaraciones de reservas

**Cuadro 3.** Estado de ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

*Belém do Pará  
América Latina y el Caribe español*

País	Firma	Ratificación/Adhesión
Argentina	10.06.1994	05.07.1996
Bolivia	14.09.1994	05.12.1994
Brasil	09.06.1994	27.11.1995
Colombia		15.11.1996
Costa Rica	09.06.1994	12.07.1995
Cuba		
Chile	17.10.1994	15.11.1996
Ecuador	10.01.1995	15.09.1995
El Salvador	14.08.1995	26.01.1996
Guatemala	24.06.1994	04.04.1995
Honduras	10.06.1994	12.07.1995
México	10.06.1995	12.11.1998
Nicaragua	09.06.1994	12.12.1995
Panamá	05.10.1994	12.07.1995
Paraguay	17.10.1995	18.10.1995
Perú	12.07.1995	04.06.1996
Puerto Rico		
República Dominicana	09.06.1994	07.03.1996
Uruguay	30.06.1994	02.04.1996
Venezuela	09.06.1994	03.02.1995

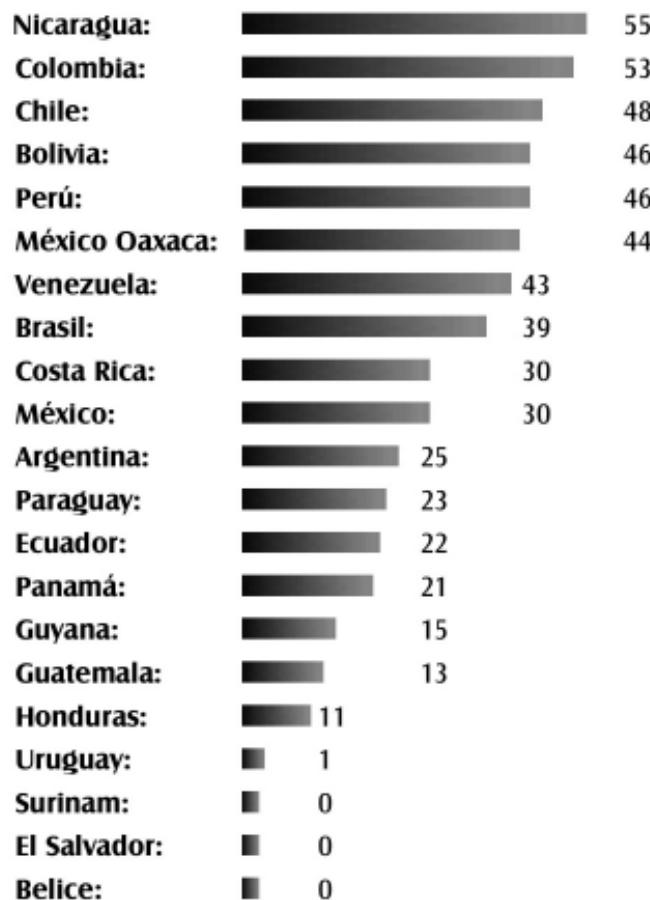
**Fuente:** [www.isis.cl](http://www.isis.cl). Citado en Guerrero Caviedes, 2002.

**Cuadro 4. Países de América Latina con normativa constitucional relativa a las poblaciones indígenas**

Argentina	(1994)	Reconocimiento de derechos de los Pueblos Indígenas en el artículo 75°, inciso 17.
Bolivia	(1994)	Se declara Nación multiétnica y pluricultural.
Brasil	(1998)	Reconoce los derechos originales de las tierras indígenas, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, derecho a defender sus derechos de manera directa, etc. (Danler, 1997).
Colombia	(1991)	El Estado reconoce y protege la diversidad étnica cultural de la Nación.
Ecuador	(1998)	Se define como país pluricultural y multiétnico.
Guatemala	(1985)	Declara la protección de los grupos étnicos del país.
México	(1992)	Declara una composición pluricultural sustentada originalmente en los pueblos indígenas.
Nicaragua	(1987)	Declara el pluralismo político, social y étnico de la nación. Declara la naturaleza multiétnica del pueblo de Nicaragua.
Paraguay	(1992)	Reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.
Perú		Señala que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, la posibilidad de que las comunidades campesinas y nativas ejerzan funciones jurisdiccionales.

**Fuente:** Organización Internacional del Trabajo, OIT (1999),

Pueblos indígenas: Normativa constitucional por tema. En: <http://www.oit.or.cr> y elaboración propia.

**Gráfico 1.** Legislación primaria donde se desarrolla la problemática indígena

Este gráfico muestra, por cada país, en qué medida existen leyes ordinarias sobre derechos indígenas, expresado en porcentaje de incidencia entre un total de 142 indicadores, sin analizar la calidad, la profundidad o el cumplimiento real de las normas.

Fuente: BID.

**Cuadro 5. Protecciones legales a las poblaciones afroamericanas en algunos países de América Latina**

<b>Census 65</b>	<b>Const. 66</b>	<b>Const. 67 Antidisc.</b>	<b>Statutory 68</b>	<b>Lingüistic 69</b>
Brazil	Sí	Sí	No	Sí
Colombia	Sí	Sí	Sí	Sí
Honduras	No	Sí	Sí	Sí
Nicaragua	Sí	Sí	Sí	Sí
Peru	No	Sí	No	Sí
Venezuela	No	Sí	No	Sí

- 65 El censo identifica a la población afro-americana
- 66 Existe una norma constitucional que prohíbe la discriminación racial.
- 67 Existe una norma constitucional que protege la propiedad tradicional de las comunidades afroamericanas.
- 68 Existen leyes contra la discriminación que incluyen su prohibición en el empleo, los hoteles y servicios del gobierno.
- 69 Existe una protección legal o constitucional al uso de la lengua por las poblaciones afroamericanas.

**Cuadro 6. Coeficiente Gini de distribución inicial de la tierra por región**

<b>Década</b>	<b>1950</b>	<b>1960</b>	<b>1970</b>	<b>1980</b>	<b>1990</b>
Sudeste Asiático	67,18	59,56	61,96	61,44	58,35
OECD e Ingresos Altos	58,43	59,43	52,26	54,62	59,03
Asia Oriental y Pacífico	44,84	47,32	48,86	46,94	41,12
Medio Oriente y África del Norte	78,30	64,56	71,90	67,53	
Subsahara Africano		48,60	56,88	46,73	49,00
Latinoamérica	82,00	81,19	81,33	80,47	77,42

**Fuente:** Deininger y Squire. "New ways of looking at old issues: inequality and growth". Unpublished. World Bank, 1996. Retomado de Kliksberg, 1999.

**Cuadro 7.** Índice de independencia judicial (de hecho)

	<b>2002</b>
<b>Argentina</b>	0.333
<b>Brasil</b>	0.494
<b>Chile</b>	0.575
<b>Colombia</b>	0.571
<b>Costa rica</b>	0.92
<b>Ecuador</b>	0.4
<b>Guatemala</b>	0.55
<b>México</b>	0.707
<b>Paraguay</b>	0.6
<b>Venezuela</b>	0.4

**Fuente:** LARS, F. y VOIGT, S. (2002)<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Este indicador pretende establecer los niveles de desempeño del marco institucional que debe permitir una mayor independencia judicial. Los valores van entre 0 y 1, donde una magnitud más alta indica un mayor grado de independencia judicial. Este indicador es el producto de cruzar un conjunto de variables sobre cuyo comportamiento se ha realizado una encuesta a nivel internacional con más de 75 expertos. Las variables consideradas fueron: a. el efectivo respeto a los períodos legales de los magistrados de las altas cortes; b. los cambios en el número de integrantes de las cortes o en el fundamento de sus competencias legales; c. la existencia de un adecuado presupuesto, salario y dotación organizacional; y d. la existencia de una adecuada cooperación de los otros poderes respecto de las decisiones judiciales. Datos retomados del Latin American Governance Knowledge System (LAGNIKS) del Institut Internacional de Gobernabilitat. Una medición aún más crítica es la que se hace por el World Economic Forum (LAGNIKS, 2003).