

ASUMIR LA VULNERABILIDAD

ALICIA RUIZ (1)

*“-Nadie los culpa - dijo Emily,
con suavidad...”*

*-No, pero, por otra parte, si nadie
los salva, es lo mismo que culparlos, ¿no? ¿no es
así? - repitió dirigiéndose a mí...”*

“Memorias de una superviviente”

DORIS LESSING

INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia: ¿o el agujero negro del sistema judicial?

El acceso a la justicia: un espacio por el que navegan teorías que intentan tranquilizar buenas conciencias y llenar un vacío casi insondable en el que, como barcos a la deriva naufragan los discursos garantistas.

El principio de igualdad consagrado unánimemente en las constituciones modernas y en los tratados internacionales implica en uno de sus sentidos posibles, que “todos” están bajo el paraguas salvador del poder judicial que debería protegerlos frente a la afectación de sus derechos, de cualquier derecho en cualquier circunstancia.

Ahora bien ¿quienes son esos “todos”? En verdad, nada es como parece estar dicho en los textos referidos. Son muchos, muchísimos los que esperan vanamente ante las puertas de la ley que su demanda sea satisfecha... y aún puede ser peor: los hay que ni siquiera saben adonde ir en busca de tutela o que no tienen ninguna.

El horizonte luminoso de la igualdad es apenas perceptible, una ilusión que sostiene malamente el imaginario de la modernidad fren-

(1) Integrente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

te a un mundo oscuro, opaco, habitado por individuos sin identidad ni reconocimiento, a los que se procura invisibilizar, desconocer y olvidar. Seres vulnerables de vulnerabilidad extrema hacia los cuales sólo se dirigen, casi siempre y en el mejor de los casos, miradas indiferentes (a veces encubiertas de un manto de piedad definitivamente hipócrita).

Entre los “todos” no están los pobres, ni los inmigrantes, ni los desocupados, ni aquellos a los que por su color de piel, por su creencias religiosas, por su opción sexual, por su ideología política, por su adicción, por estar acusado de un delito o por haber sido condenado, por estar en prisión o por haber salido de ella, por estar enfermo, por haber sido aislado en una institución médica, por ser un niño o un adolescente con “problemas de conducta o “en situación de calle”, o por... La lista sería interminable, en ella están los excluidos, los negados, los perseguidos al que el derecho debería amparar.

El acceso a la justicia es una vía que podría ampliar el campo de los incluidos. Pero, insisto la cuestión es compleja y paradójica. El acceso a la justicia involucra pero no se agota en el sistema judicial. Es un punto de fuerte entrelazamiento entre el derecho y la democracia, que reclama una perspectiva crítica del derecho y una concepción necesariamente distinta de la democracia, si se quiere superar el nivel por el que transitan los análisis más habituales.

Dicho de otra manera, un enfoque epistemológico diferente del acceso a la justicia es también una apuesta política por un futuro en el cual expresiones como “democracia” y “derecho” tengan otros sentidos distintos y más abarcadores que los que están en uso.

ALGUNOS SUBRAYADOS ACERCA DE LA DEMOCRACIA

La democracia se distingue por la posibilidad del cuestionamiento ilimitado de su organización y de sus valores. Allí reside, por un lado la extrema e insalvable vulnerabilidad del sistema democrático y por otro, el vínculo indisoluble entre derecho y democracia. El discurso del derecho es el proveedor de seguridad y previsibilidad en un contexto que se organiza en torno a la incerteza y a la indeterminación, y satisface ese papel efectiva pero “ilusoriamente”. Volveré sobre el derecho en el próximo apartado.

La democracia supone incertidumbre y certidumbre. Hay incertidumbre en cuanto al contenido de la voluntad popular en cada momento, y hay certidumbre en cuanto para afirmar su existencia y operar como regla de formación de esa misma voluntad popular, la democracia necesita de libertad e igualdad.

La democracia coloca, pues, a los hombres y a sus instituciones ante lo que Lefort llama una indeterminación radical. Sin embargo, no hay sociedad democrática sin referencia al poder, a la ley, a alguna singular forma de organización de sus divisiones, y a un orden de lo simbólico que gira en torno a la previsión y a la estabilidad de las relaciones sociales consagradas.

La democracia da legitimidad a lo provisorio, a lo cambiante, a lo imprevisible. Somete permanentemente la autoridad al juicio de todos. Exhibe la precariedad y los límites que la caracterizan y al mismo tiempo, sorprendentemente, afirma un plexo de valores absolutos, de garantías y libertades inviolables y articula una serie de ilusiones que permiten soportar la incerteza y la angustia que produce la carencia de un referente último.

La democracia es la realización histórica de una forma de organización política cuyas notas más características han sido el estado de derecho, las garantías individuales, la soberanía popular, el derecho al disenso y a la desobediencia. Ella instaura un tipo de sociedad que autoproclama la expansión ilimitada en un doble sentido de la creatividad humana: más creatividad para más individuos, lo que exige redefinir de manera permanente los lazos de solidaridad.

Claro que esta afirmación se sitúa en el campo de la utopía, en el horizonte de los ideales democráticos, quiero decir en la imagen que la democracia tiene de sí misma y no en su efectiva realización. Porque es preciso señalar que, en los actuales límites de nuestra formación histórico social, las condiciones necesarias —libertad e igualdad—, para la subsistencia, reproducción y radicalización del modelo democrático, están en crisis.

Un aspecto que siempre complica la caracterización del sistema democrático es cómo el poder opera en su interior, sin excesos ni privilegios (otra vez reaparece la imagen que la democracia desea ver de sí misma). Foucault señala que el poder “...no es una cosa, ni una institución ni una estructura de la que algunos estarían dotados. Es el nombre que se presta a una situación estratégica, en una sociedad dada...” (2). Y Luhmann, sostiene que el poder “no es una esfera perfectamente autárquica, sino que depende de otros factores en todo lo que se refiere a las condiciones en que aquel puede realizarse, así como a las necesidades y pretensiones a que está unido” (3), que el poder no es una sustancia concentrada en uno o más lugares topológicos

(2) Foucault, Michel, “Historia de la sexualidad”, Tomo I, Siglo XXI, México, 1977.

(3) Luhmann, Niklas, “Teoría de la sociedad”, Universidad de Guadalajara, México, 1993.

determinados, sino un medio de comunicación dotado de un código simbólico específico que circula ampliamente por todos los subsistemas. No interesa, aquí, establecer ningún paralelismo entre Foucault y Luhmann, tarea más bien ardua como advierte Marramao (4).

Importa, en cambio, advertir que concepciones de lo social distanciadas de los modos tradicionales de reflexionar sobre este tema, habilitan la construcción de nuevas teorías de la democracia y del derecho.

Complejidad y fragmentación caracterizan a la sociedad de nuestros días, y ninguna explicación lineal alcanza a dar cuenta de ella. La miseria, el desempleo, las hambrunas, los migrantes que buscan refugio para sobrevivir en algún lugar del planeta, la crisis de la representación política, la corrupción, los horrores y las amenazas de guerras no convencionales, los conflictos nacionales, étnicos y religiosos se expanden al mismo tiempo que aumentan las posibilidades de nuevas experiencias, de la diversificación del consumo y de la incontenible incorporación de tecnología que facilita la vinculación con el mundo y el acceso a la información.

PUNTOS DE PARTIDA PARA UNA TEORÍA CRÍTICA DEL DISCURSO JURÍDICO

“Una teoría crítica del derecho es una lectura que cuestiona los fundamentos de lo que es el derecho y de lo que es una teoría acerca del derecho. Es una lectura que es al mismo tiempo una decisión.

‘Una lectura crítica no es, por definición, un ejemplo de lectura ingenua, no es una lectura a través de la cual se conoce lo que es como es. Esto de que haya algo que “es lo que es”, resulta inaceptable para un jurista crítico. En términos más clásicos, la afirmación de que las cosas son lo que son, de que es factible acceder a su esencia es incompatible con un pensamiento crítico” (5).

El derecho es discurso y práctica social y no pura normatividad. No hay un mundo de valores inmutables, eternos y universales que definen cuándo una norma es jurídica ni una relación de derivación de una norma a otra que asegure su validez. La legitimidad no es

(4) Marramao, Giacomo, “Las paradojas del universalismo”, en Sociedad N° 4, Buenos Aires, 1994.

(5) Ruiz, Alicia E. C., “Miradas, Lecturas, Teorías”, ponencia presentada el 4 de octubre de 2007 en las XXI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, organizado por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho; celebradas en la Ciudad de Buenos Aires.

idéntica a la validez, pero tampoco es la realización inevitable de un modelo axiológico ajeno al mundo social y político en el que se presenta. El discurso jurídico se construye en un entretejido de discursos sociales diversos, aludidos y eludidos en cada tramo de esa construcción —y no por azar—. El derecho no deviene ni de la pura razón, ni de dios. Es de la cultura, que es contingente y cambiante, es opaco, las ficciones lo atraviesan y su trama es la de un relato peculiar que constituye realidades, relaciones, sujetos, que legitima o deslegitima pedazos del mundo, que “naturaliza” y declara verdaderos sólo aquellos que incluye en su texto bajo determinadas formas. El derecho tiene un vínculo con el poder y con la violencia (sobre todo con esta última) inescindible y necesariamente oculto. Y por fin hay historia en el derecho y el derecho moderno lleva las marcas del tiempo en que surgió y también metaboliza, modificándolas, las herencias recibidas, con lo cual desmiente toda lectura instrumentalista de su estructura.

La organización del discurso jurídico depende de un principio de control ubicado en otros discursos, en formaciones no discursivas, en instituciones, acontecimientos políticos, formas de distribución del poder social, pero su estructura impide advertir esta interrelación. El discurso jurídico encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social, se instala como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral. Es un discurso que aparece como ordenado, coherente y racional. Cuya regla básica de formación es aquella que determina quiénes “están autorizados” para imprimir sentido jurídico a sus actos o palabras. Esa “autorización” se plantea en términos de doble ficción: como si siempre fuera explícita y proviniera del propio discurso y como si su efecto significante fuera únicamente producir normas. Doble ficción que ocupa el lugar de la verdad y genera desplazamiento.

Un “dibujo” de la matriz teórica del discurso jurídico permitiría distinguir entre un nivel en el cual se agruparían todas las operaciones discursivas y/o prácticas que producen normas, otro nivel de prácticas teóricas y profesionales y un tercer nivel que aloja la porción más negada, más oculta y cuya significación se revela en los intercambios, articulaciones, intervenciones de unas operaciones discursivas respecto de otras. Allí descubrimos las creencias, los mitos, las ficciones en acción, allí está el imaginario social.”... el derecho... construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen {como} real. Tan real que sólo cabe pensar, juzgar, actuar en consecuencia. Actuar como si... fuéramos libres e iguales; como si... contratáramos en cada oportunidad en paridad de condiciones con el otro; como si... conociéramos las normas que debemos conocer; como si... nunca incurriéramos en “error de derecho”. Juzgar como si... nuestra sentencia tuviera garantía de justicia y el fundamento de la verdad; como si... la realidad fuera

lo que el discurso del derecho dice que es. Y lo más sorprendente de esta ilusión es otra ilusión que la acompaña; en la mayor parte de los casos no es a través de la exhibición, la amenaza o la efectivización de la violencia que el derecho produce tales efectos. Es que el derecho reprime muchas veces haciéndonos creer que estamos de acuerdo con ser reprimidos y censurados” (6).

Claro que el derecho (la Ley) esconde su origen, no dice de dónde viene, “se ofrece rehusándose” y este silencio y esta discontinuidad constituyen el fenómeno de la Ley. Hay que hacer como que la ley no tiene historia para que, el “debes” o el “no debes” imponga toda su fuerza. Cuando indagamos más el derecho pierde algo de la magia que le es propio. O mejor, queda al desnudo y como un rey sin ropas, la majestad que se le atribuye tambalea. Se trata de un discurso que, paradójicamente, al tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para su transformación. De un discurso cargado de historicidad y de ideología, pero que no reproduce en forma mecánica la estructura de la sociedad. De un discurso que deposita en el imaginario colectivo, las ficciones y los mitos que dan sentido a los actos reales de los hombres. De un discurso que remite para su comprensión al poder y, en última instancia, a la violencia. De un discurso que incluye a la ciencia que pretende explicarlo. De un discurso que es en sí mismo dispositivo de poder. Que reserva su saber a unos pocos, y hace del secreto y la censura sus mecanismos privilegiados.

La estructura del discurso jurídico encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social y permite al derecho instalarse como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral. Parafraseando a Foucault diría que el poder es tolerable sólo con la condición de enmascarar una parte importante de sí mismo, de esconder sus mecanismos...”. Para el poder el secreto no pertenece al orden del abuso, es indispensable para su funcionamiento”.

El discurso del derecho es ordenado y coherente. Desde ese orden y esa coherencia genera seguridad y confianza en aquellos a quienes su mensaje orienta. Es un discurso peculiar, que aparece como autosuficiente y autorregulado en su producción, y crea la impresión de que su origen y su organización sólo requieren de la Razón para ser aprehendidos, y que su modo de creación y aplicación depende exclusivamente de su forma. Es un discurso que, en una formidable construcción metonímica, exhibe uno de sus aspectos como si éste fuera la totalidad. Lo visible es la norma y, por ende, el derecho es la

(6) Ruiz, Alicia E. C., “La ilusión de lo jurídico”, Parte II de Aspectos ideológicos del discurso jurídico en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991.

“ley”. Esta equívoca identificación del derecho con la Ley necesita ser asumida en toda su magnitud. No es por error, ignorancia o perversidad que el sentido común y la teoría jurídica han coincidido tantas veces en la historia de la ciencia y de la sociedad, en esa identificación del derecho con la ley, y en la posibilidad de pensarlo separado de lo social y de lo ideológico.

Los críticos cuestionan a la tradición teórico-jurídica que enfatizó los aspectos formales del derecho, olvidando sus aspectos finalistas; que desconoció el fenómeno de su historicidad, de su articulación con los niveles de la ideología y del poder; y que negó toda cientificidad a un análisis de la relación entre derecho y política. Sin embargo, no dejan de advertir que es la propia estructura del discurso jurídico la que enmascara y disimula al poder, y habilita las interpretaciones que garantizan ese ocultamiento y que contribuye a la preservación de la relación entre derecho y poder.

El derecho significa más que las palabras de ley. Organiza un conjunto complejo de mitos, ficciones, rituales y ceremonias, que tienden a fortalecer las creencias que él mismo inculca y fundamenta racionalmente, y que se vuelven condición necesaria de su efectividad. También la teoría deberá hacerse cargo de explicar esta curiosa combinación de la razón y del mito que es propia del derecho moderno, que es, por otra parte, el horizonte histórico sobre el que estas notas se recortan.

El derecho es un saber social diferenciado que atribuye a los juristas, los abogados, los jueces, los legisladores “...la tarea de pensar y actuar las formas de administración institucionalizadas, los procedimientos de control y regulación de las conductas. Ellos son los depositarios de un conocimiento técnico que es correlativo al desconocimiento de los legos sobre quienes recaen las consecuencias jurídicas del uso de tales instrumentos. El poder asentado en el conocimiento del modo de operar del derecho se ejerce, parcialmente, a través del desconocimiento generalizado de esos modos de operar y la preservación de ese poder está emparentada con la reproducción del efecto de desconocimiento ...la opacidad del derecho es, pues, una demanda objetiva de la estructura del sistema y tiende a escamotear el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de la dominación social” (7).

La teoría crítica ha priorizado el análisis de la paradójicalidad de las “ilusiones” sin las cuales el derecho no se constituye como un discurso social específico. Ficciones “necesarias” para que cumpla su papel.

(7) Cárcova, Carlos María, “La opacidad del derecho”, en *Derecho, política y magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996.

En situaciones límite queda al descubierto cuánto hay de ilusorio en la justicia y en el orden que el discurso del derecho promete. Y en esas circunstancias, la actuación judicial es significativa en la realización de principios y garantías consagrados en la ley. Esta es la clave que da sentido a lo que sino resultaría inexplicable: que pese a todo los ciudadanos reclamen a los jueces la tutela de sus derechos y que los tribunales puedan convertirse en obstáculos para la perpetuación de su violación. Claro que para esto los ciudadanos tienen, al menos, que poder acceder a la justicia.

LOS VULNERABLES

Quiero retomar ahora y en el marco de las precisiones teóricas introducidas en los dos apartados anteriores, la cuestión del acceso a la justicia.

Por un lado para colocar en primer plano el papel simbólico del derecho y la enorme responsabilidad de quienes disponen de este saber peculiar. Por otro, para analizar el acceso a la justicia como parte de una política pública antidiscriminatoria que compromete al Estado y a cada uno de sus órganos en su realización y no únicamente como un problema de la justicia.

Cuando el discurso jurídico instala la categoría de “vulnerable” o “en condiciones de vulnerabilidad” quiebra la igualdad formal de los “todos” y amplía y transforma el campo de los sujetos de derecho. Nombrar desde la “ley” —apelo a la metonimia como recurso retórico— las marcas estigmatizantes que operan desconociendo y negando identidad es ir más allá de la denuncia. Nombrar desde la “ley” es poner en escena lo diferente, lo silenciado, lo negado y habilitar la participación de otros actores sociales, porque los sujetos son producidos mediante prácticas excluyentes y legitimadoras que se invisibilizan como tales, entre las cuales las jurídicas son altamente eficaces en ese proceso de “naturalización”.

El derecho moderno ha hecho suyo el problema de la igualdad. Y una vez que la igualdad entra en la historia, difícilmente sale de ella. De ahí que los temas de la ciudadanía y de los derechos se convierten en representaciones complejas de nuevas formas de sociabilidad, en las que cambia la semántica y donde los “espacios de experiencia” se transforman en “horizontes de expectativa” (8).

(8) Resta, Eligio, “El derecho fraterno. Igualdad y diferencia en el sistema del derecho”, en *Anales Cátedra Francisco Suarez* 31, Granada, 1994.

En sociedades donde las diferencias se acumulan como “reclamos de reconocimiento” y como “síntomas” de discriminación, el sentido de la igualdad no puede limitarse a la “igualdad ante la ley”. Sin embargo, el discurso jurídico, por su carácter social y performativo aunque insuficiente, es imprescindible para constituir subjetividades y para ampliar esos espacios de “igualdad”.

LAS 100 REGLAS DE BRASILIA

La Cumbre Judicial Iberoamericana con la participación de las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial aprobó “Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad”.

Las 100 Reglas imponen a los integrantes del poder judicial el deber insoslayable de “hacerse cargo” de que la edad, el sexo, el estado físico o mental, la discapacidad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de libertad, las condiciones socioeconómicas hacen vulnerables a millones de personas más allá de que el derecho los declare iguales. Al mismo tiempo recomiendan la elaboración de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de quienes estén en situación de vulnerabilidad.

Esas 100 Reglas constituyen nuevas formas de subjetividad y lo hacen a partir de poner al descubierto la discriminación, la fragmentación y la marginalidad. Es tanto como dar vuelta la noción de igualdad que la modernidad consagró para superar las diferencias más terribles que atraviesan el mundo social.

En los Capítulos II y III de las 100 Reglas están reunidos, de manera prolija y exhaustiva, mecanismos institucionales y procedimentales que pueden garantizar justicia para los más vulnerables. La serie de principios, criterios y especificaciones allí contenidos no aportan demasiadas novedades. Sin embargo, como el derecho no es sólo texto sino práctica social de dimensiones múltiples y muy diversos efectos, su enunciación en el marco de la Cumbre se torna relevante.

El documento aprobado, mirado desde otro ángulo, se resignifica notablemente y hasta permite albergar esperanzas en cuanto al compromiso y la comprensión de algunos operadores jurídicos.

Quienes promovieron y aprobaron las 100 Reglas parecen advertir el poder del que disponen como intérpretes privilegiados del derecho y están dispuestos a correr el riesgo que supone darse cuenta de que intervienen en la construcción del mundo social en el que viven, en la

constitución de los más débiles como sujetos, en la definición (denuncia) de las discriminaciones que ellos padecen y en el diseño, desde su ámbito específico, de los caminos a recorrer para superarlas. Están dispuestos a abandonar una visión voluntarista del derecho, a ir más allá de la percepción y del lugar en el que habitualmente quedan colocados cuando, por ignorancia o por desidia, declaran lo que no hacen y obstan a la realización de los mismos principios que repiten. Son concientes de que solos no pueden llevar adelante esa tarea, y de que el discurso jurídico es condición necesaria pero no suficiente para que “la justicia” incluya a los vulnerables.

Asumir y superar la vulnerabilidad que niega a tantos el ingreso al rango de sujetos de derecho requiere la apertura a nuevos paradigmas epistemológicos para el discurso jurídico, conjuntamente con una radical profundización de las prácticas democráticas en los espacios públicos y privados (que debe abarcar a la justicia como órgano estatal) y una participación activa y permanente del estado en su conjunto a través de la formulación y ejecución de las políticas públicas adecuadas. Paradójicamente necesita además de un Poder Judicial que no renuncie bajo ninguna circunstancia a su responsabilidad de controlar que las garantías no sean sólo palabras.

