

El litigio estratégico

perspectivas conceptuales y de
implementación

CENTRO DE ASESORÍA LEGAL ANTICORRUPCIÓN



CENTRO DE ASESORÍA LEGAL ANTICORRUPCIÓN

El litigio estratégico

Perspectivas conceptuales y de
implementación

2020

Fundación Nacional para el Desarrollo
San Salvador

323

S218L Sandoval Moreno, Wilson Obed, 1987-
El litigio estratégico, perspectivas conceptuales y de implementación
slv [recurso electrónico] / Wilson Obed Sandoval Moreno. -- 1ª. ed. -- San
Salvador, El Salv. : FUNDE, 2020.
1 recurso electrónico, (18 p. ; 28 cm.)

Datos electrónicos (1 archivo : pdf, 62 kb).--
<http://www.repo.funde.org>

ISBN 978-99961-49-59-7 (E-Book)

1. Derechos civiles y políticos. 2. Derechos humanos.
3. Litigio estratégico. I. Título.

BINA/jmh

Fundación Nacional para el Desarrollo (FUNDE),
Capítulo de Transparencia Internacional en El Salvador
Una publicación del Centro de Asesoría Legal Anticorrupción (ALAC).

ISBN: 978-99961-49-59-7 (E-Book)

Primera edición
San Salvador, El Salvador, Centroamérica
Febrero de 2020
FUNDE, 2020. Derechos Reservados.

La preparación de este documento y su diagramación fue posible gracias al apoyo de Hanns Seidel Stiftung. Los contenidos de este documento son responsabilidad exclusiva de la FUNDE, y no representa, necesariamente, el pensamiento de Hanns Seidel Stiftung.

Tabla de contenido

Abstracto/ **página 7**

CAPÍTULO **UNO**

Antecedentes conceptuales y teóricos del litigio estratégico/ **página 9**

CAPÍTULO **DOS**

Implementación práctica del litigio estratégico/ **página 15**

CAPÍTULO **TRES**

Teoría del cambio/ **página 21**

CAPÍTULO **CUATRO**

Comentarios finales/ **página 23**

Bibliografía/ **página 25**

Abstracto

El presente documento, pretende ser un insumo de punto partida conceptual y teórico del litigio estratégico para el Centro de Asesoría Legal Anticorrupción (ALAC). No puede interpretarse el documento como una guía o receta definitiva de mera aplicación, al contrario, debe verse como un *input* que incentive al establecimiento de un marco para la implementación de “programa” o “herramienta” que formaría parte de las actividades básicas de este centro o de otra organización que busca introducir el litigio estratégico. De igual forma, pretende acercar al lector a un esquema actualizado de comprensión del litigio estratégico, considerando las experiencias latinoamericanas y anglosajonas del tema. El documento abordará tres partes principales: un marco conceptual del litigio estratégico, apreciaciones prácticas para su implementación y un abordaje a la teoría del cambio que promueve el litigio estratégico en materia de injusticias o derechos. Las propuestas acá vertidas de implementación, suponen antecedentes que permitirían no partir de “cero” en la gestión de esta poderosa herramienta, a la vez que servirían para aclarar o disipar dudas sobre las complejidades —que de paso ha de aclararse que existen en variadas formas— que el litigio estratégico supone en la praxis.

Keywords: Litigio, conceptualización, injusticias, derecho, estrategias.

“

No se
trata de
**ganar
casos,**
sino de
**efectivizar
derechos**

MARIELA **BALADRÓN**

Antecedentes conceptuales y teóricos del **litigio estratégico**

CAPÍTULO UNO

Existen diferentes conceptualizaciones sobre el litigio estratégico o como se le denomina en inglés *strategic litigation*, denominación que se relaciona con su nacimiento en el sistema de la *common law*. Las conceptualizaciones dependen en gran medida de los alcances que supone la práctica del litigio estratégico en la cultura legal en donde se origina la conceptualización. Sin embargo uno de los rasgos comunes en las conceptualizaciones es que el litigio estratégico pretende generar un impacto a nivel de políticas públicas o de escala social y en la promoción de los derechos humanos. Por ejemplo, Garay (2009) en Böhmer (2010) establece el siguiente concepto: “Una herramienta judicial que involucra la selección y presentación de un caso ante los tribunales con el objetivo de alcanzar cambios en las políticas públicas que deriven en una mejora de la sociedad” (p.1). Es decir, según el concepto anterior, el litigio estratégico pretende alcanzar o generar una modificación estructural en las condiciones sociales. Otros conceptos más genéricos pero que se mantienen en la arena de lo jurídico, es el que propone la Iniciativa para el Litigio Estratégico en África retomada por ILGA World (2019):

El litigio estratégico es una herramienta sumamente fuerte para producir un cambio social, ya que ayuda a redefinir la comprensión de derechos ante la ley y cuestiona el discurso legal con respecto a los

derechos (...) busca utilizar el estado de derecho y los tribunales para promover derechos humanos. (p.12)

Cristosal (2020) plantea un concepto operativo del litigio estratégico, al comprenderlo a nivel organizacional como un “programa que utiliza demandas para avanzar en procesos de cambio legal, social u otro cambio de derechos humanos que va más allá de los objetivos inmediatos del demandante”. En relación a la literatura anglosajona, los conceptos son menos jurídicos y se decantan por elementos de incidencia, discusión y transformaciones en el ambiente político. El *European Center for Constitutional and Human Rights* (2020) conceptualiza el litigio estratégico de la siguiente forma:

El litigio estratégico tiene como objetivo lograr cambios sociales amplios más allá del alcance del caso individual en cuestión. Su objetivo es utilizar medios legales para hacer frente a las injusticias que no se han abordado adecuadamente en la ley o la política. Brinda una plataforma para que las personas afectadas por las violaciones de derechos sean vistas y escuchadas, desencadena la discusión de estas violaciones y destaca las debilidades y lagunas en la ley. El litigio estratégico exitoso produce cambios políticos, económicos o sociales duraderos y desarrolla la ley existente.

Por su parte, Schokman (2012) en su guía de litigio estratégico concibe el siguiente concepto:

Los litigios estratégicos implican que una organización o individuo asuma un caso legal como parte de una estrategia para lograr un cambio sistémico más amplio. El caso puede generar cambios ya sea por el éxito de la acción y su impacto en la ley, la política o la práctica, o al exponer públicamente la injusticia, crear conciencia y generar un cambio más amplio. (p.1)

Nuevamente es visible un elemento importante de incidencia, entendida como la generación de conciencia sobrepasando así los límites meramente legales,

al proponer un cambio más amplio que bien podría implicar la afectación del depósito de valores específico de una sociedad —entendido como cultura— y el impacto a nivel sistémico, es decir, a nivel de políticas públicas. El litigio estratégico en este sentido, no es concebido como un fin en sí mismo, sino que como parte de una campaña más amplia. Un concepto más novedoso es el que utiliza el Weiss (2015): “Litigio estratégico significa asegurar casos legales que previamente los defensores son incapaces de imaginar, tienen un enorme impacto fuera del tribunal y parecen explicables y predecibles solo en retrospectiva”. De acuerdo con Weiss (2015) el litigio estratégico pretende “dar vuelta al mundo de los políticos” y se enfoca en el *doing* en casos potencialmente abiertos en sus resultados antes que en el *thinking* o en el diseño de casos infinitamente “perfectos” con resultados que cualquier experto puede predecir y que sólo vienen a confirmar lo que ya sabemos. En otras palabras, los casos de litigio estratégico son imprevistos por el sistema, en especial por los políticos.

Según la organización Poder Ciudadano (2016) el litigio estratégico consiste en “el reclamo judicial en la forma de acciones individuales o colectivas que buscan la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución” (p. 111). Esta definición apunta al cambio social y dicho cambio puede buscarse a través de distintos medios, tales como provocar una decisión judicial que ordene al Estado a llevar adelante acciones para satisfacer un determinado derecho (individual o colectivo), generar avances en la jurisprudencia en el entendimiento sobre un determinado derecho —y así sumar elementos al debate político sobre el asunto—, incorporar un asunto en la agenda pública, entre otros. En definitiva, de distintas maneras, el litigio estratégico pretende alcanzar reformas estructurales en torno a situaciones de vulneración de derechos y elevar los estándares de protección de los derechos humanos (Poder Ciudadano, 2016, p.112).

Realizando un *collage* de los diferentes conceptos, es pertinente establecer un concepto general que sugiera un punto de partida en el contexto salvadoreño y en especial de los intereses organizacionales de ALAC. Esta conceptualización puede generarse a partir de los elementos comunes identificados en los concep-

tos antes vertidos. Así se tiene que el litigio estratégico es una *herramienta* que se aplica de manera *planificada* requiriendo al menos de recursos financieros, técnicos y comunicacionales —en especial si se enmarca dentro de una campaña— que se caracteriza por ser *impredecible* al sistema y que como resultado *incidirá* en la arena de la formulación de políticas públicas (en los hacedores y tomadores de decisión) y/o en la manera de aplicar la norma jurídica, así como en la conciencia del colectivo de manera que se genere apropiación de un derecho o una injusticia. Sin duda alguna, el concepto antes propuesto es un primer acercamiento teórico de lo que el litigio estratégico puede implicar para ALAC. Este acercamiento puede nutrirse con la práctica y experiencia de las organizaciones que tienen el litigio como parte de sus acciones básicas o primarias. En tal sentido, es posible presentar a continuación algunas ventajas y desventajas que representa el litigio estratégico de acuerdo con Schokman (2012):

Tabla 1

Ventajas y desventajas del litigio estratégico

Ventajas	Desventajas
El litigio estratégico puede ser una llave para el cambio de la ley o en materia de políticas públicas, sentando precedentes importantes.	El litigio estratégico es costoso y puede ser una carga para los limitados recursos.
Los efectos incidentales del litigio estratégico tales como la mayor cobertura de medios y el posicionamiento de un tema en la opinión pública, puede ser significativo, incluso si el caso no obtiene resultados exitosos.	Como es natural, el litigio estratégico es incierto y no existen garantías de éxito para los involucrados.
El litigio estratégico puede generar conciencia y apropiación en la sociedad sobre un derecho o injusticia.	No alcanzar el éxito en un caso puede generar publicidad negativa para la organización y el personal involucrado.

Fuente: Elaboración propia según Schokman (2012).

Ahora bien, parecen existir dos escuelas o caminos al momento de comprender la práctica del litigio estratégico. La primera escuela limita el litigio estratégico al ámbito legal sin mayores consideraciones de impacto en la opinión pública y con menores pretensiones a nivel de generación de conciencia en el colectivo, basada en la proyección de ganar un caso en consideración de sus posibilidades de éxito. Si bien este esquema puede resultar eficaz en términos de sentar precedentes legales, su principal debilidad radica en que una injusticia o un derecho no queda lo suficientemente apropiada por la sociedad y que además, sólo confirman la suposición de algo que se intuye técnicamente sin mayores cambios en la percepción general. En cambio, la segunda escuela entiende que además de procurar el impacto a nivel legal, pretenden generar la apropiación a escala social y en virtud de ello, consideran el litigio estratégico como parte de un todo, como lo puede ser una amplia campaña que pretende impactar en las concepciones de los políticos y las políticas públicas. Poder Ciudadano (2016), propone precisamente que el uso del litigio estratégico puede alcanzar mayores niveles de impacto si se acompaña de otras herramientas en el marco de una campaña de incidencia, como el involucramiento de otros actores, interpelación de las autoridades, difusión y visibilización, seguimiento, movilización, etc. El concepto que acá se sugiere retomar para ALAC se sustenta en una combinación de ambas escuelas, manteniendo un balance que reconoce la necesidad multidisciplinaria para generar un impacto especialmente en el sistema político, tanto a nivel legal como a nivel de políticas públicas, es decir, entendido como un catalizador del cambio (Open Society, 2018).

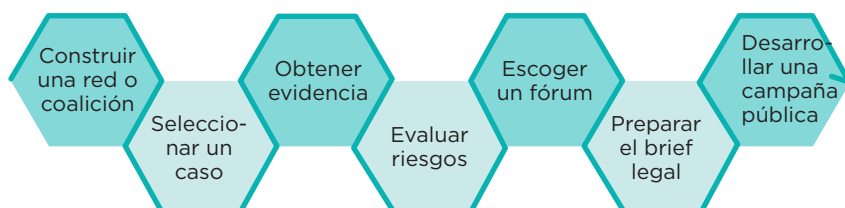
Implementación práctica del litigio estratégico

CAPÍTULO DOS

La *International Commission of Jurist* (2019), el *Center for human rights and humanitarian law* (2016) y Londoño (2015) proponen ciertas estrategias y criterios para poner en práctica o implementar el litigio estratégico dentro de una organización. Cada una de estas, conllevan un conjunto de posibles “pasos” sistemáticos a seguir teniendo en cuenta las consideraciones organizacionales antes mencionadas. Si bien, la idea de retomar estos “pasos” no consiste precisamente en aplicar una “receta” de cómo hacer litigio estratégico, se pueden comprender como insumos ideales para plantear mínimos que permitan avanzar sobre ciertas líneas de acción previamente testeadas por otras organizaciones de la sociedad civil o la misma academia. Agregado a lo anterior, es posible también establecer un listado de prácticas comunes de lo que conlleva en la práctica el litigio estratégico, a partir de la experiencia de otra ALAC, como lo es Poder Ciudadano en Argentina y otras organizaciones similares. A continuación se presenta la primera de estas estrategias, resumida en la siguiente ilustración:

Ilustración 1

Pasos para el litigio estratégico.



Fuente: Comisión Internacional de Juristas (2019).

En relación a la *construcción de una red o coalición*, este paso consiste en crear una red entre la organización, la sociedad civil y el grupo afectado por una injusticia o en su derecho. La experiencia ha demostrado, que contar con una red de este tipo resulta importante ante casos complejos y de largo plazo. Este tipo de redes, permite compartir esfuerzos a nivel de asesoría legal, compartir o identificar recursos financieros y compartir estrategias de colaboración y organización. La intención es generar cooperación y no competencia entre las redes en virtud del interés público. Por su parte, *la selección de un caso* conlleva ciertas consideraciones básicas, entendidas como méritos o principios:

- El caso representa una oportunidad de clarificar, desarrollar o fortalecer la ley.
- El caso representa una oportunidad de homologar la ley local con el derecho internacional y que la ley local avance hacia los estándares internacionales.
- El caso representa una oportunidad de aumentar el cumplimiento de una ley.
- El caso representa una oportunidad de arrojar luz sobre un problema particular.
- El caso es concerniente con una infracción seria de la ley.
- El caso es apoyado por la sociedad civil y puede ser respaldado por un litigio estratégico.

La *obtención de la evidencia* radica en obtener toda aquella evidencia legal y factual, es decir basada en datos. La intención de *evaluar los riesgos*, implica asistir o brindar soporte a los involucrados en el litigio estratégico, especialmente a los usuarios de los servicios de una organización. Se debe asegurar que la vida de los usuarios no esté en juego considerando los mínimos éticos, habiendo examinado entre todas las partes involucradas los posibles riesgos previos a entablar el litigio. La *selección del fórum* conlleva lo que previamente se mencionó sobre la independencia e imparcialidad de una Corte o Tribunal. Ambos elementos deben visualizarse, de manera que el esfuerzo no suponga resultados o ponga en riesgo la vida de los usuarios o personal asociado al caso. La *preparación del brief legal* implicaría preparar la estrategia meramente legal a partir de las alternativas existentes. Böhmer (2010) sugiere que estas alternativas en la práctica pueden ser: amparos, medidas cautelares, pruebas, audiencias, sentencias, involucramiento de los jueces, ejecución de sentencias y acciones complementarias que busquen generar conciencia e instalar en la agenda pública la problemática que originó el litigio. Por último, en relación a la *campaña de publicidad o medios*, esta pretendería establecer una estrategia de comunicaciones, de manera que se genere conocimiento público del caso y se obtenga como contribución el soporte del público. Además, la estrategia a nivel de media permitirá que el público identifique el cambio social con los resultados de abordar una injusticia o el menoscabo de un derecho.

La segunda de las estrategias, es promovida por el *Center for human rights and humanitarian law* y se resume de la siguiente forma:

- **Escoger la causa:** Se debe elegir bien la causa, de manera que esta conlleve a un caso que ofrezca el máximo de impacto posible con los resultados que han de obtenerse. También se requiere identificar los potenciales organizaciones que reaccionaran en oposición a la causa elegida. Estas organizaciones pueden provenir del Estado o de la misma sociedad civil. Deben identificarse los potenciales actores que estarán directa o indirectamente asociados al caso y además, identificar posibles aliados que acompañen la causa con otro tipo de herramientas tales como: conferencias, campañas en redes sociales o medios de comunicación, etc.

- **Escoger el cliente o usuario:** los intereses del usuario y de la organización pueden no coincidir y en ese sentido, la organización debe estar consciente de que el usuario puede cambiar su opinión acerca de la estrategia a seguir o incluso de continuar o no con el caso. En dicha circunstancia, la organización debe seguir y acompañar la decisión del usuario, protegiendo en todo momento sus intereses y privacidad.
- **Escoger el fórum correcto:** más allá de determinar la imparcialidad o independencia de una corte o tribunal, lo que se propone acá es delimitar la arena en que se proyecta abordar el caso, esta puede ser a nivel nacional o a nivel internacional, especialmente en materia de derechos humanos, lo que a su vez implicaría llevar los casos ante entidades como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Londoño (2015) por su parte realiza una aproximación puntual sobre cómo poner en marcha el litigio estratégico, mediante ciertos criterios de selección para un caso:

- Que el interés público aparezca con nitidez en el caso, de manera que la organización respectiva no se vea en la necesidad de tomar partido entre intereses privados igualmente legítimos.
- Que se trate de casos paradigmáticos, que puedan servir de modelo para el desarrollo de otros casos y para fortalecer la jurisprudencia.
- Que sea posible detectar en el caso defectos estructurales del orden legal interno, de manera de promover, a través de la acción jurídica, cambios o sustituciones en él.
- Que sea previsible que el caso pueda producir un impacto público significativo.
- Que exista la posibilidad de usar los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.
- Que exista un compromiso institucional con las defensas asumidas.
- Que el caso sea plausible, en el sentido que pueda concebirse como un caso “jurídico” y que su tramitación judicial tenga cierta viabilidad. (p.87)

Otras formas de visualizar la práctica del litigio estratégico, es identificando las acciones concretas. Así Poder Ciudadano (2016) y Böhmer (2010) exponen una lista de estas posibles acciones:

- El amparo.
- Las medidas cautelares.
- El acceso a la información pública (como fin en sí mismo) y el análisis presupuestario.
- Audiencias.
- Involucramiento de los jueces.
- Sentencias.
- Acciones complementarias tales como: generación de conciencia, instalar en la agenda pública una problemática que generó el litigio estratégico, seminarios, campañas en los medios de comunicación, etc.

Teoría del cambio para el litigio estratégico

CAPÍTULO TRES

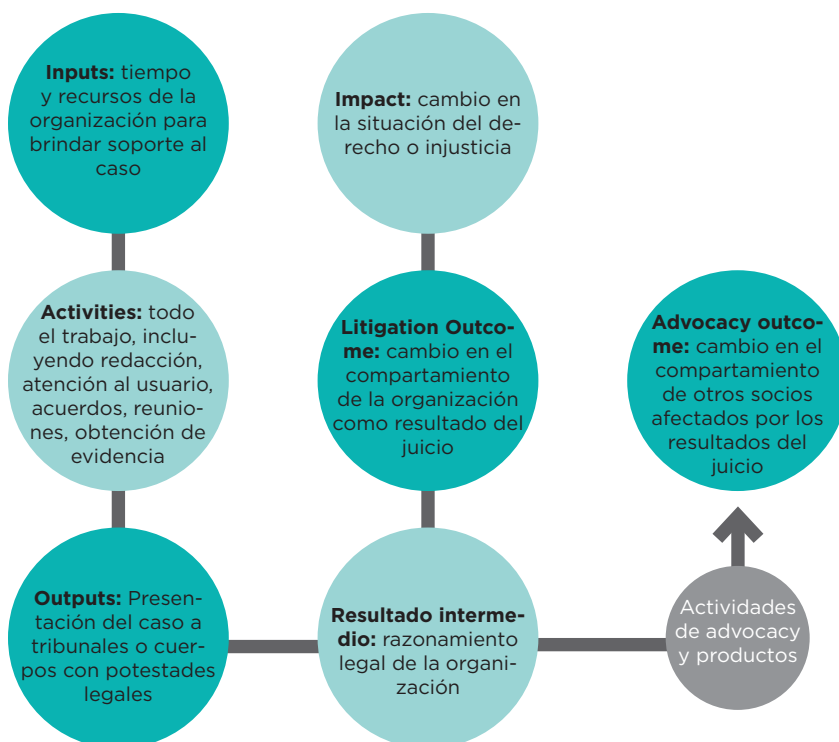
Tal y como antes se mencionó, el litigio estratégico busca ser un catalizador del cambio, especialmente a nivel o escala social. En tal sentido se hace necesario establecer un modelo que desarrolle una teoría del cambio. El *European Roma Rights Center* (ERRC) propone un modelo de teoría del cambio desarrollado en colaboración con la Agencia Internacional de Desarrollo y Cooperación Sueca. Este modelo se aplica ante cada caso que se retoma en el ERRC y se revisa según los detalles del caso en particular para así implementar modificaciones que sean necesarias. En la ilustración 2 se describe el modelo básico a seguir.

Uno de los aspectos claves del proceso propuesto por el ERRC, es la generación de un impacto en la situación del derecho o injusticia. Cada caso tomado por una organización debería pretender precisamente generar un impacto, que sea escalable a nivel social en materia de efectivizar derechos. Para ello, se necesitan de ciertos *inputs* que se encontrarían delimitados por las capacidades de la organización lo que en el camino se traduciría en las acciones, entendidas como aquellas que han de sustentar el caso que debe presentarse ante la autoridad, tanto a nivel jurídico como político o social. Ya de por sí, el razonamiento generado por la organización en cuanto al derecho o la injusticia que el litigio estratégico pretende abordar, es un “producto” que debe buscar posicionarse a nivel social para que reciba soporte o apoyo, mediante esfuerzos de *advocacy* o incidencia. Una vez obtenidos los resultados, sean

estos exitosos o no, la organización adecúa su comportamiento, es decir, proyecta nuevas acciones que han de dar continuidad al litigio estratégico de ser necesario.

Ilustración 2

Teoría del cambio del litigio estratégico.



Fuente: Elaboración propia según European Roma Rights Centre (2015).

Comentarios finales

CAPÍTULO CUATRO

Finalmente, pueden establecerse al menos 3 consideraciones claves cuando de litigio estratégico se trata. La primera es que el litigio estratégico requiere de una planificación previa que se ha de establecer sobre la base del reconocimiento de las fortalezas y debilidades de la organización, es decir, del reconocimiento de las capacidades con que se cuente o no, para hacer frente al consumo de recursos de lo que el litigio estratégico requiere en su máxima expresión.

Como se ha venido insistiendo, el litigio estratégico no implica únicamente ganar casos —concepción que deriva un pobre análisis del asunto y sus alcances— de hecho no puede considerarse como un fin en sí mismo, sino que es una herramienta que ha de permitir generar cambios a escala social e impactos en la vida de las personas o colectivo ante un derecho o injusticia.

En segundo lugar, es necesario contar una estrategia inclusiva y participativa para poner en marcha esta herramienta, así pues, contar con un equipo articulado y multidisciplinario que permita impulsar una campaña de incidencia, alianzas estratégicas con otros actores claves, obtención de recursos, etc. es un requerimiento fundamental para que se alcance a posicionar la problemática que originó el litigio estratégico en la conciencia de la sociedad y se generen cambios culturales que permitan apropiarse de los resultados obtenidos en el futuro.

En tercer lugar, el litigio estratégico no puede limitarse al ámbito meramente jurídico. Al contrario, debe entenderse como una herramienta de amplio impacto que supone poner en marcha un cambio sustancial a nivel de políticas públicas y por ende, pretende afectar el ambiente político y lo que sucede dentro de aquella “caja negra” donde se formulan e implementan las políticas públicas. Sentar precedentes legales debe estar acompañado de una sociedad capaz de demandar políticas públicas coherentes con los derechos adjudicados y a la vez, capaces de superar las injusticias que el litigio estratégico pretendería abordar.

Bibliografía

- American University (2016). *Impact litigation: an introductory guide*. Washington: Center of human rights and humanitarian law.
- Cristosal (2020). *Strategic Litigation*. Recuperado de: <https://www.cristosal.org/what-strategic-litigation>
- Londoño. B. (2015). *Educación legal clínica y litigio estratégico en Iberoamérica*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Böhmer. M. (2010). *Litigio estratégico: una herramienta para que el Poder Judicial tenga voz en políticas públicas claves*. Buenos Aires, Argentina: CIPPEC.
- International Commission of Jurist (2019). *Strategic Litigation Handbook for Myanmar*. Geneva: Switzerland: International Commission of Jurist.
- Ilga World (2019). *Jurisprudencia de los Órganos de Tratados de la ONU en materia de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales*. Ginebra: Ilga World.
- Open Society (2018). *Strategic Litigation Impacts*. New York, USA: Open Society Foundation.
- Poder Ciudadano (2016). *Manual para la incidencia de la sociedad civil en políticas públicas*. Buenos Aires, Argentina: ALIAR.
- Schokman. B. (2012). *Short guide – strategic litigation and its role in promoting and protecting human rights*. Advocates for International Development.
- Weiss. A. (2015). *What is strategic litigation*. Budapest, Hungary: European Roma Rights Centre. Recuperado de: <http://www.errc.org/news/what-is-strategic-litigation>

El presente documento, pretende ser un insumo de punto partida conceptual y teórico del litigio estratégico para el Centro de Asesoría Legal Anticorrupción (ALAC). No puede interpretarse el documento como una guía o receta definitiva de mera aplicación, al contrario, debe verse como un *input* que incentive al establecimiento de un marco para la implementación de “programa” o “herramienta” que formaría parte de las actividades básicas de este centro o de otra organización que busca introducir el litigio estratégico. De igual forma, pretende acercar al lector a un esquema actualizado de comprensión del litigio estratégico, considerando las experiencias latinoamericanas y anglosajonas del tema. El documento abordará tres partes principales: un marco conceptual del litigio estratégico, apreciaciones prácticas para su implementación y un abordaje a la teoría del cambio que promueve el litigio estratégico en materia de injusticias o derechos. Las propuestas acá vertidas de implementación, suponen antecedentes que permitirían no partir de “cero” en la gestión de esta poderosa herramienta, a la vez que servirían para aclarar o disipar dudas sobre las complejidades —que de paso ha de aclararse que existen en variadas formas— que el litigio estratégico supone en la praxis.